



Revista jurídica

In Verbis

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de
Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Ano XIV Número 25 jan./jun. 2009

Natal/RN, 2009

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente

Aron Abrahão Moreira

Membros

Pedro Jorge Emiliano Guedes Alcoforado

Davi Costa Feitosa Alves

Marcela Brasil Pedrosa Pinheiro

Vitor Teixeira de Albuquerque

Colaboradores

Beatriz Ferreira de Almeida

Gabriele Freira de Araújo

Ilana Alcântara Monteiro da Fonseca

Talita Nunes Maciel Silva

CONSELHO EDITORIAL

André Vicente Pire Rosa

Diogo Pignataro de Oliveira

Elaine Cardoso de Matos Novais

Fábio Athaide

Gleidson

Gustavo Binenbojm

Halissom

Igor Alexandre Felipe de Macêdo

Ivan Lira de Carvalho

José Marcelo Ferreira Costa

José Miquéias Antas de Gouveia

Luciano

Marcus Aurélio

Morton Luiz Faria de Medeiros

Patrícia

Tatiana Mendes Cunha

Thompson

Vladimir da Rocha França

Walter Nunes da Silva Júnior

Xisto Tiago de Medeiros Neto

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Reitor

José Ivonildo do Rêgo

Vice-Reitora

Ângela Maria Paiva Cruz

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Diretora

Ana Lúcia Assunção Aragão

Vice-Diretora

Maria Lussieu da Silva

Coordenador do Curso de Direito

Jair Elói de Souza

Chefe do Departamento de Direito Público

José Orlando Ribeiro Rosário

Chefe do Departamento de Direito Privado

Maria da Salete Guimarães Menezes

Coordenador da In Verbis

Xisto Tiago de Medeiros Neto

CAPA

Hélder Souza de Lima

REVISÃO

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis

TIRAGEM

450 Exemplares

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos Acadêmicos
do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. – Ano 14, n. 25 (jan./jun. 2009).

Semestral
ISSN 1413-2605

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA/UFRN

CDU - 34

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3.000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br
E-mail: contato@inverbis.com.br

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.



Sumário

| | |
|--|-----------|
| EDITORIAL | 07 |
| A INADMISSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO DIREITO DO TRABALHO: A PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS PROCESSUAIS | 11 |
| Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira | |
| A JURISDIÇÃO DE CONTAS | 25 |
| Ana Júlia Gomes Dantas de Araújo Lorena Neves Macedo | |
| APONTAMENTOS ACERCA DO PRÍNCIPIO DA SOBERANIA E O PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO | 41 |
| Felipe Araújo Castro | |
| APONTAMENTOS SOBRE A REGULAÇÃO ESTATAL NAS ÁREAS DE PRÉ-SAL | 53 |
| Marcelo Lauar Leite | |
| ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL | 65 |
| Arianne Castro de Araújo | |
| AUTONOMIA DE VONTADE <i>VERSUS</i> LIVRE CONCORRÊNCIA: UM ESTUDO ACERCA DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NO CENÁRIO JURÍDICO-ECONÔMICO BRASILEIRO | 81 |
| Zaqueu Hudson de Araújo Gurgel | |

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 97

Gudson Barbalho do Nascimento Leão

FORÇA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA 111

Lauro Tércio Bezerra Câmara

O DIREITO PENAL E O INDÍGENA: ASPECTOS ACERCA DA IMPUTABILIDADE PENAL E DA COMPETÊNCIA JUDICIÁRIA 127

Julianne Holder da Câmara Silva

O NOVO PAPEL DO JUIZ: FRENTE ÀS NOVAS PRÁTICAS DE GESTÃO DO PODER JUDICIÁRIO 141

Jaynara Suassuna Nunes

O PRÍNCÍPIO DA EFICIÊNCIA E SUA APLICAÇÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS 157

Ana Carla Dias Ferreira

O PRÍNCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES APLICADO A UM MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR 169

Jair Soares de Oliveira Segundo

O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL E A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO SISTEMA JURISDICIONAL PÁTRIO 187

Felipe Bruno da Costa Brito Meneses

Júlia Brilhante Portela Vidal

ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO: GESTÃO PRIVADA DE RECURSOS PÚBLICOS E A INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO LICITATÓRIO ANTE OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR 201

Raiane Mousinho Fernandes Borges

OS LIMITES LEGAIS DA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 219

Camila Gomes Câmara

OS NOVOS RUMOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA PRINCIPAL APÓS A ADI 4048: A POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO DE LEIS FORMAIS COM EFEITOS CONCRETOS 233

Delmir de Andrade Dantas Ferreira Júnior

Rafael Barros Tomaz do Nascimento

TRANSFERÊNCIA SUPRANACIONAL DE COMPETÊNCIAS: PARÂMETROS PARA IMPLEMENTAÇÃO 249

Mayara de Carvalho Araújo

Siddharta Legale Ferreira

CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE: O CONTRIBUTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1891 263

Edilson Pereira Nobre Júnior

DIREITO E CINEMA: CONCILIAÇÃO POSSÍVEL? 283

Mayara de Carvalho Araújo

Siddharta Legale Ferreira

PARÂMETROS PARA A REVISÃO JUDICIAL DE DIAGNÓSTICOS E PROGNÓSTICOS REGULATÓRIOS EM MATÉRIA ECONÔMICA 289

Gustavo Binenbojm

André Rodrigues Cyrino

REGRAS DE PUBLICAÇÃO PARA A PRÓXIMA EDIÇÃO 313

Editorial

Caríssimos leitores,

É lançada mais uma edição da Revista Jurídica *In Verbis*, e, portanto, é dada a continuação ao incentivo e a propagação da visão crítica e da pesquisa em nosso Curso, o que é, a nosso ver, um fator primordial para a construção da excepcional qualidade dos juristas formados por esta casa. Com este exemplar atingimos o número vinte e cinco, e com ele trazemos à tona lembranças dos meses de trabalho, que foram repletos de vitórias e renovações aos quais mencionaremos no transcorrer deste breve texto.

Faz-se de primordial importância ressaltar o grande número de artigos recebidos para a produção dessa edição que agora se faz materializada, chegando a um total de 60, o que torna visível a dimensão alcançada pela *In Verbis*, o êxito das alterações promovidas pela Comissão Editorial anterior e a cada vez mais pronunciada predisposição da comunidade jurídica à produção científica, grande objetivo de todo este projeto que aqui se apresenta.

Nesta edição focamos nossos esforços para aprimorar a qualidade material da Revista, aumentando para vinte o número de artigos publicados; dessa forma concedemos uma maior oportunidade para que os acadêmicos proclamem suas inquietações e pensamentos. Vale salientar que o nível dos artigos é de relevante qualidade, o que motivará mais discussões e a conseqüente produção de novos trabalhos. Devido à ampliação do conteúdo, acrescentou-se mais páginas a esta, o que demanda um trabalho cada vez mais árduo por parte desta comissão para que nosso objetivo, de repassar e publicizar o conhecimento elencado dentro desta instituição, seja de fato alcançado e possamos tornar verdade este fruto que por ora atrai a sua atenção, leitor, alvo de toda essa cadeia produtiva.

Temos ainda a satisfação de informar que recebemos o pedido da Advocacia Geral da União para que encaminhe exemplares da *In Verbis* para compor o acervo da Biblioteca da AGU, fato mais do que suficiente para depreendermos os rumos que a Revista Jurídica *In Verbis* está tomando. São horizontes cada vez

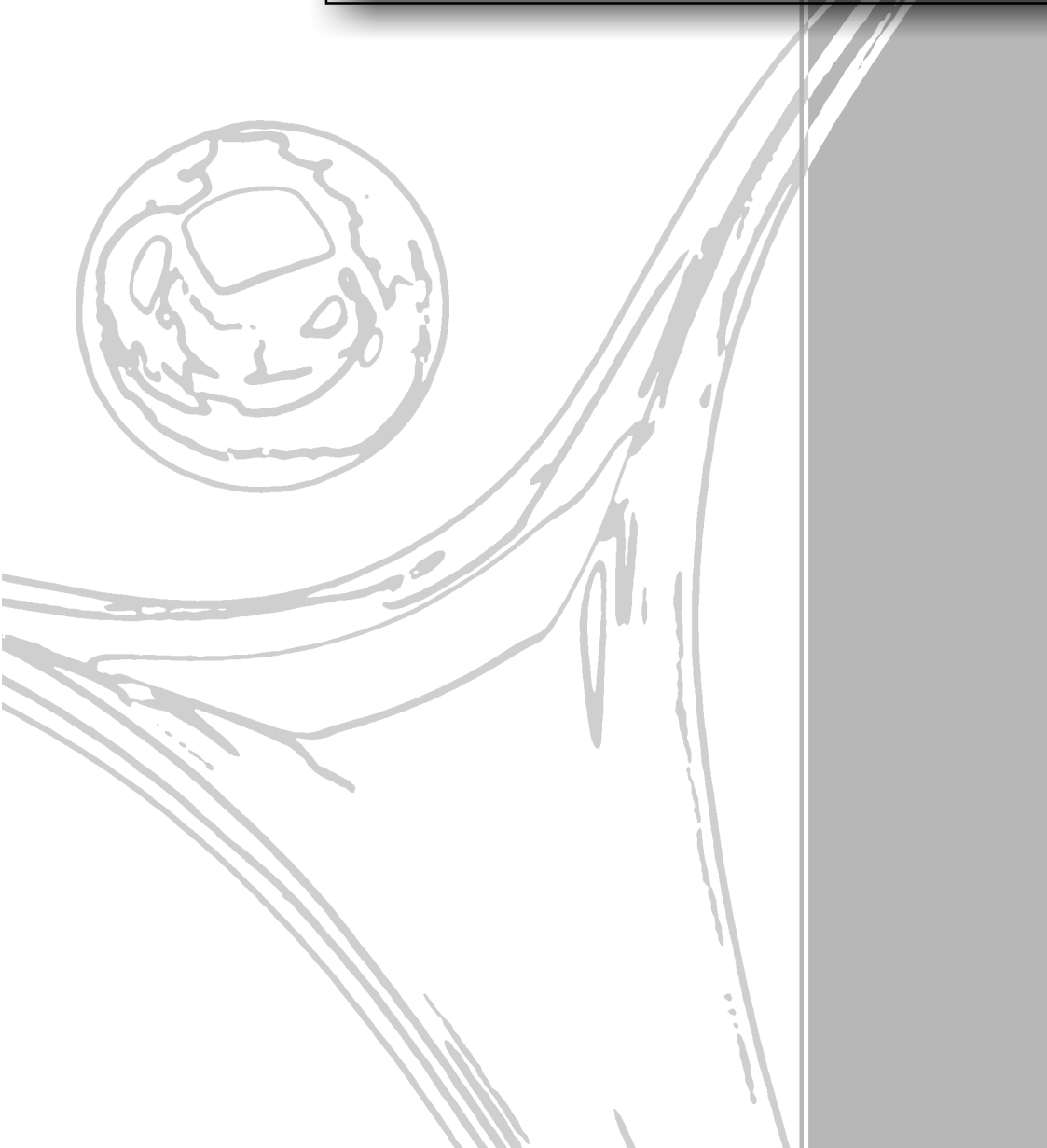
maiores sendo alcançados por uma publicação feita por cada um de nós, pesquisadores, autores, alunos, professores orientadores e conselho editorial.

Outorgamos a continuação dos avanços alcançados no exemplar anterior, permanecendo assim as mesmas condições estilísticas, como a forma estrutural e a capa. Demos prosseguimento ao site, principal voz de nós que fazemos a comissão editorial. Inovações estão sendo desenvolvidas, para que este portal se torne cada vez mais eficiente no papel a que se destina. Ressalta-se que a seção de artigos convidados foi preservada, mantendo-se o modelo proposto pela edição vinte e quatro; tal seção enriquece de forma clara o conteúdo da Revista, proporcionando honra aos estudantes, que possuem artigos publicados no mesmo exemplar que juristas de renome propagam suas pesquisas, e estímulo aos demais.

Por fim, gostaríamos de agradecer a todos que submeteram artigos, aos professores orientadores, ao Conselho Editorial, aos patrocinadores que capitalizam esse sonho, enfim, a cada um que nos estendeu a mão nessa empreitada, tornando-a ainda mais gloriosa. Certos do requinte e do primor da edição vinte e cinco da Revista Jurídica *In Verbis*, desejamos a todos uma ótima e proveitosa leitura, que esta enriqueça e incite grandes debates.

Comissão Editorial

Artigos



A INADMISSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO DIREITO DO TRABALHO: A PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS PROCESSUAIS

Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira

Acadêmico do 10º período do Curso de
Direito da UFRN

Tassos Lycurgo

Professor orientador

RESUMO

O instituto da intervenção de terceiros possui aspecto controvertido na seara trabalhista e tentar dirimi-lo é o foco principal deste trabalho. Assim sendo, é fundamental se debruçar sobre o cabimento ou não das formas possíveis em que algumas pessoas, que embora não sejam partes efetivas no processo, possam nele influir substancialmente. A assistência, apesar de não figurar no rol das intervenções, é assim considerada por maioria significativa da doutrina. Tal instituto é o único que se afigura cabível no âmbito do processo do trabalho, por não tumultuá-lo e ser benéfico ao resultado final das lides. Os demais institutos interventivos, contudo, não possuem compatibilidade nem se adequam aos princípios informativos deste ramo processual, devendo, portanto, ser espargidas do processo do trabalho. A oposição é o instituto em que se há maior discussão quanto ao seu cabimento, havendo dissonância expressiva na doutrina. Utilizando o argumento atinente à competência da matéria discutida, conclui-se pelo seu não cabimento nesta seara. A nomeação à autoria é incabível por causa do caráter obrigacional do direito laboral, o que não dá margem a esta nomeação. A denúncia da lide enfrenta o choque direto com os princípios da simplicidade e celeridade, configurando, assim, incongruência com o sistema laboral. Quanto ao chamamento ao processo, deduz-se que aplicá-lo ao processo do trabalho até seria possível, embora, seja inócuo. Este fato decorre da ausência de força executiva da Justiça do Trabalho para tanto. Conclui-se que, excetuando-se a assistência, as demais formas de intervenção não são aplicáveis ao processo do trabalho.

Palavras-chave: Intervenção de terceiros. Princípio da Celeridade. Processo do Trabalho. Inadmissibilidade de intervenção.

1 INTRODUÇÃO

O processo do trabalho é um ramo do direito que sempre se caracterizou pelo seu vanguardismo. Tanto o é que entre seus princípios informativos e elementares figura o princípio da celeridade. A rápida prestação na tutela jurisdicional é sem dúvida a expressão maior deste processo.

Em função de lidar com sujeitos que urgem em obter a prestação satisfativa de caráter alimentício, o processo do trabalho não se deve deter em certas averiguações pormenorizadas autorizadas pelo processo civil comum. Por intermédio de seu caráter mais aproximado da realidade social, os trâmites do processo trabalhista devem sempre se desvencilhar de elementos processuais que possam incutir em si certa carga de demora, ou de atraso no seu devido pronunciamento de jurisdição.

É com este enfoque que o presente trabalho visa observar os aspectos mais relevantes de cada espécie de intervenção de terceiros, analisando até que ponto elas podem ser úteis ao processo do trabalho sem descaracterizá-lo. Isto é, destrichar as hipóteses em que são suscitadas como possíveis as referidas intervenções, com o intuito de se visualizar se há ou não mácula ao desenvolvimento efetivo do processo do trabalho em consequência de sua admissibilidade.

Seguindo sempre a metodologia de análise fática e atualizada da doutrina acerca do tema, busca-se apresentar uma visão crítica dos institutos, tentando resgatar o aspecto célere dos procedimentos desta seara jurídica.

Manter a integridade principiológica do sistema processual do trabalho é a chave-mestra para que a Justiça do Trabalho persista a ter aquilo que sempre a caracterizou, uma célere e razoável duração de seus processos com a efetiva consecução do ideal de justiça social.

Na segunda seção do artigo será abordado o descabimento da intervenção de terceiros quando o processo seguir o rito sumário ou sumaríssimo, por expressa disposição legal. Na seção seguinte será defendida a única hipótese interventiva na seara trabalhista, que se refere ao cabimento da assistência na seara laboral em todas as suas modalidades. Na quarta seção será abordado o polêmico tema da oposição no processo do trabalho, que será resolvido por uma regra de competência da própria Justiça do Trabalho, existindo também adendo subseccional com relação ao instituto dos embargos de terceiro e suas semelhanças com a oposição, e as hipóteses de cabimento daquele no ramo processual em tela. Na próxima seção é abordado o caráter essencialmente obrigacional do direito do trabalho, o que lastreia o descabimento da nomeação à autoria no mesmo. Na sexta seção tem-se em comento a questão da denúncia da lide e as possíveis mudanças no entendimento do instituto em face da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Embora certa polêmica tenha sido gerada em torno de uma possível nova posição da jurisprudência e da doutrina em face das alterações operadas pela referida emenda, não procede ao argumento que após o cancelamento de uma orientação jurisprudencial esta forma de intervenção agora tenha que ser aceita. Na penúltima seção se aborda o chamamento ao processo e mais uma vez conclui-se pela sua inadmissibilidade no processo do trabalho, esta conclusão se faz incontroversa em face da inexistência



de força executiva dos pronunciamentos judiciais da Justiça Laboral nos quesitos abordados nas hipóteses de chamamento. Na última seção faz-se uma abordagem geral das intervenções, chegando-se à convergência final de que apenas a assistência é tida como forma interventiva a operar na seara trabalhista.

2 CONCEITUAÇÃO DE INTERVENÇÃO DE TERCEIROS: POSITIVAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E SEU DESCABIMENTO PLENO NO PROCEDIMENTOS AFETOS AOS RITOS SUMÁRIO E SUMARÍSSIMO

Com o intuito de analisar o presente instituto e sua influência na seara trabalhista, cabe-se ter em mente a sua conceituação de acordo com a doutrina mais abalizada. Assim sendo, segundo Ovídio Batista da Silva (1991, p. 215) a intervenção de terceiros:

Ocorre quando alguém dele participa, sem ser parte na causa, com o fim de auxiliar ou de excluir os litigantes, para defender algum direito ou interesse próprio que possam ser prejudicados pelos efeitos da sentença. Embora deva limitar-se a coisa julgada apenas às partes, não raro, seus efeitos se expandem até alcançar os terceiros que estejam, por uma forma ou outra, ligados às partes.

Esta conceituação é bastante acurada, uma vez que prima não só por definir quem são os terceiros numa relação processual, mas também por demonstrar as possíveis reverberações dos efeitos da lide sobre tais pessoas.

Além da possibilidade de alteração dos elementos subjetivos da demanda, outra grande repercussão do instituto da intervenção de terceiros no processo civil se refere à possibilidade do deslocamento da competência do órgão judicial, caso ocorra, por exemplo, a intervenção da União num processo no qual as partes primitivas eram pessoas naturais.

Para abordar o tema acerca da intervenção de terceiros no direito processual do trabalho convém, inicialmente, ter-se idéia que este ramo processual se pauta essencialmente na celeridade processual para atingir seus escopos sociais.

Dito isso, tem-se que na Justiça do Trabalho, a celeridade processual obtém destaque especial em face da natureza alimentícia dos créditos trabalhistas. Grande parcela daqueles que ajuízam ações de cunho trabalhista está desempregada e, portanto, urge em receber seus créditos da maneira mais rápida possível.

É sempre com essa mentalidade que se faz necessário analisar o cabimento das hipóteses de intervenção de terceiros nos processos trabalhistas. Para tanto, elencam-se as hipóteses plausíveis de intervenção no processo civil: assistência (embora essa modalidade não esteja inserta no capítulo destinado às intervenções constantes no Código de Processo Civil, é assim considerada pela doutrina e jurisprudência mais abalizada), oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide, e chamamento ao processo. Sendo, outrossim, imperioso destrinchar cada um destes institutos com o escopo de determinar sua possibilidade aplicativa ao processo do



trabalho.

Antes de tudo, faz-se necessário compreender que não há disposição expressa em qualquer diploma legal que seja afeto em exclusivo ao processo do trabalho, logo, todos os desencadeamentos jurídicos das questões por ora abordadas são feitos de maneira subsidiária ao conteúdo inserto nos diplomas que tratam de direito processual civil. Dito isto, considerando a disposição da Lei nº 9.099, de 26 de dezembro de 1995, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, tem-se que descabe qualquer forma de intervenção de terceiros na hipótese de se tratar de processos sujeitos à sua competência, fato este afeto à peculiaridade de não se aplicar o rito ordinário aos processos que tramitam nos referidos Juizados. Sendo isto depreendido da redação do seu artigo 10, *in verbis*: “Art. 10. Não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio”. Logo, por força da aplicação subsidiária dos diplomas processuais civis ao processo do trabalho – fruto do art. 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) – na Justiça do Trabalho quando se tratar de processo sujeito aos ritos sumário e sumaríssimo também descaberá de plano qualquer sorte de intervenção de terceiros.

Superando este primeiro óbice quanto ao rito processual, há de se analisar o cabimento de cada espécie de intervenção quando se tratar de procedimento comum ordinário na Justiça do Trabalho.

3 ASSISTÊNCIA SIMPLES E LITISCONSORCIAL: ÚNICAS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NA SEARA TRABALHISTA

O primeiro destes a se ter em comento é o da assistência, regulada nos artigos 50 a 55 do Código de Processo Civil (CPC). Segundo o art. 50, o assistente poderá intervir em qualquer grau de jurisdição, todavia, recebe o processo no estado em que ele se encontrar. Na verdade, o terceiro assistente se torna um interessado-sujeito do processo, mas não chega a ser qualificado como parte, na sua acepção estrita, pois o seu escopo processual é meramente de coadjuvante de uma das partes já existentes. Este é basicamente o conceito de assistência simples (ou adesiva), quando apenas se denota certo interesse jurídico do terceiro na causa. Esta modalidade de assistência é possível no processo do trabalho, conforme se observa na leitura do verbete da súmula nº 82 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), *in verbis*: “A intervenção assistencial, simples ou adesiva, só é admissível se demonstrado o interesse jurídico e não o meramente econômico”.

Existe ainda outro tipo de assistência, denominado de litisconsorcial. Sua definição é encontrada no art. 54 do CPC, com base no qual: Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.

Esta modalidade de assistência nada mais é do que um litisconsórcio facultativo ulterior, já que desde a gênese processual poderia ter havido o litisconsórcio da usa referida espécie com a parte assistida.

Esta modalidade era prevista expressamente pela súmula nº 310 do TST, todavia, ela foi cancelada. Alguns doutrinadores se equivocam por pensar



que cancelamento de súmula indica mudança de posicionamento do tribunal. Isso é errado. Cancela-se a súmula quando a posição deixa de ser majoritaríssima no tribunal. Assim, em que pese tal fato superveniente, a doutrina trabalhista ainda se inclina a considerar que há a possibilidade de assistência litisconsorcial entre o sindicato e seus substituídos. Havendo julgados que mantêm a idéia contida no verbete da referida súmula¹.

A assistência – que, repete-se, deve ser compreendida como uma forma de intervenção de terceiros, embora o código não a tenha elencado como tal no capítulo destinado a estes institutos – por ser a forma mais simples de intervenção, deve ser de todo modo considerada como apta a reverberar seus efeitos no direito processual do trabalho. Fato é que a doutrina justralhista não mantém resistência a tal instituto, por certo porque sua incidência não causa grande tumulto ou nenhum prejuízo excepcional às partes que deram gênese ao processo.

Desta feita, esta forma de intervenção deve ser facilmente assimilada pelo processo do trabalho e aplicada em todas as suas formas.

4 A OPOSIÇÃO: SEU DESCABIMENTO NA ANÁLISE DO PROCESSO DO TRABALHO

Superando os questionamentos quanto à assistência, é de mais-valia adentrar na questão da oposição como forma interventiva. Esta modalidade é uma forma voluntária de intervenção e apenas é cabível em sede de processo de conhecimento, e está conceituada no art. 56 do CPC. Segundo a doutrina mais abalizada a oposição é: “a demanda através da qual terceiro deduz em juízo pretensão incompatível com interesses conflitantes de autor e de réu de um processo cognitivo pendente” (DINAMARCO, 1997, p. 37). Ou seja, na oposição se forma uma nova pretensão que se configura resistida mutuamente pelo réu e pelo autor em face de um novo elemento que pleiteia o direito material em face de ambos.

O grande questionamento da doutrina é se da oposição se resulta numa nova ação, haja vista um novo elemento se contrapor a ambas as partes primitivas da demanda. Carlos Henrique Bezerra Leite (2006, p. 375) a qualifica como uma ação incidental ao processo de conhecimento. Considerando-se que o oponente é novo autor e os sujeitos primitivos são os novos réus da ação, formando, desta feita, um processo acessório.

¹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL. CONHECIMENTO. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL. ART. 50, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. 1. Agravo regimental que a Assistente Litisconsorcial Passiva interpõe na mesma oportunidade em que requer seu ingresso na relação processual e quando já decorrido o respectivo prazo recursal, para os Assistidos. 2. A assistência litisconsorcial ou qualificada constitui direito processual subjetivo de terceiro que, interessado na vitória de uma das partes, colabora para evitar o pronunciamento de decisão capaz de influir na relação jurídica entre ele próprio e o adversário do assistido (art. 54 do CPC). O assistente recebe o processo no estado em que se encontra (CPC, art. 50, parágrafo único), razão pela qual a preclusão que se opera para o assistido alcança o assistente, ainda que este ingresse posteriormente na relação processual. (AG-AC - 606554/1999. Min. João Oreste Dalazen. j. 23/11/2000. DJ. 09/02/2001).



Dada a sua conceituação, agora há de se verificar se este instituto é compatível ou não com o processo trabalhista. Há um elemento essencial que obstaculiza fortemente a sua aplicação ao processo do trabalho, que é o retardamento da prestação jurisdicional que a oposição provoca. Todavia, ainda surgem outros óbices que ela ocasiona.

Um desses óbices resulta das regras de competência estatuídas para a Justiça do Trabalho, que são em razão da matéria ou em razão da pessoa. Isto porque a oposição gera o nascimento de duas demandas. Numa a Justiça do Trabalho seria competente para julgar, uma vez que resulta diretamente da relação de trabalho, na outra, inexistiria este liame, uma vez que quando o litígio versasse entre dois empregadores ou dois empregados, a Justiça do Trabalho seria incompetente para apreciar a matéria.

Assim sendo, Carlos Henrique Bezerra Leite (2006, p.377) se posiciona desfavorável à admissão da oposição no processo do trabalho. Sergio Pinto Martins (2007, p. 215) se inclina de forma diferente, dizendo ser possível a oposição em sede de dissídio coletivo laboral, para decidir a respeito de disputa intersindical (art. 114, III, da Constituição da República). Todavia, mesmo em sede de direito coletivo este instituto de intervenção não logra êxito, mesmo que o referido doutrinador cite um dispositivo constitucional que se refere à competência da Justiça do Trabalho, as matérias a serem discutidas dentro do instituto da oposição jamais poderão ser afetas à relação empregatícia, nem que esta seja coletivamente considerada, uma vez que ontologicamente não houve mudança na essência da relação analisada.

4.1 Semelhanças entre o instituto da oposição e os embargos de terceiro

O instituto da oposição muitas vezes vem a ser bem semelhante a outro instituto processual denominado de embargos de terceiro. Tal instituto encontra-se positivado no art. 1.046 e seus parágrafos, todos insertos no Código de Processo Civil. Apesar de não se referir a uma intervenção de terceiro propriamente dita como nas outras hipóteses aqui descritas, os embargos de terceiro sem dúvida alguma, até por uma rápida análise etimológica da palavra, levam a crer de se tratar de um instituto processual no qual há uma interferência externa sensível e considerável no próprio processo principal.

Um conceito bastante acurado diz que os embargos de terceiro:

Constituem ação de tipo especial e de caráter incidental, que se encontra submetida a procedimento sumário. O traço de incidentabilidade desses embargos está em que não se enquadra ao seu escopo teleológico o desfazimento da execução forçada, mas apenas o de afastar a turbação ou o esbulho quanto à posse dos bens proveniente de ato judicial como a penhora, o arresto, o seqüestro, o depósito, etc. (TEIXEIRA FILHO, 1995, p. 573).

Por conseguinte, da mesma forma que possuem um caráter essencialmente incidental, esta espécie de embargos ainda fica adstrita a certa autonomia conceitual



em sua aplicação prática, por mais paradoxal que esta assertiva pode parecer. Isto é, a autonomia e a incidentalidade se imbricam de tal forma que são totalmente indissociáveis da natureza deste instituto.

Adentrando-se na sua aplicação no processo do trabalho, tem-se que ela também é subsidiária como os demais institutos por ora analisados. De modo que, em vários casos a interposição de embargos de terceiro poderá ser muito mais útil do que a própria oposição no curso do processo trabalhista, guardadas sempre as devidas semelhanças entre os institutos. Sempre possuindo os embargos a vantagem de serem mais úteis que a própria oposição, sem, contudo, ocasionar a morosidade provocada pelo referido instituto opositorista.

Portanto, deve-se sempre afastar a incidência da oposição no processo trabalhista, permitindo-se apenas – quando houver a possível ou provável semelhança institucional e finalística – interpor os embargos de terceiro para resguardar coisa de terceiro que indevidamente sofreu constrição ou foi-lhe excutida. Sempre sendo de grande valia reiterar que o maior argumento contra o instituto da oposição é prevenir a bizarra ocorrência de pessoas que não podem figurar em pólos opostos na Justiça do Trabalho, como, por exemplo, dois empregadores litigando entre si.

5 A NOMEAÇÃO À AUTORIA E O CARÁTER OBRIGACIONAL DO DIREITO DO TRABALHO

Outro instituto referente à intervenção é denominado de nomeação à autoria. Ele encontra-se positivado nos artigos 62 a 69 do CPC. Na redação do art. 62 temos que aquele que estiver a deter a coisa em nome alheio, sendo-lhe esta demandada em nome próprio, estará incumbido de nomear à autoria o proprietário ou o possuidor. Para explicar melhor o instituto, nada mais esclarecedor que as lições de Ovídio Batista da Silva (1991, p. 234) que anuncia que:

Nomeação à autoria é o incidente por meio do qual o detentor da coisa demandado, sendo erroneamente citado para a demanda, nomeia o verdadeiro proprietário ou possuidor, a fim de que o autor contra este dirija sua ação, admitindo-a em qualquer espécie de procedimento.

Nessa esteira, Carlos Henrique Bezerra Leite (2006, p. 377) ao discorrer sobre o tema aduz:

A finalidade da nomeação à autoria é alterar a legitimação passiva ad causam, a fim de que o réu, parte ilegítima, seja substituído pelo nomeado à autoria, que assume a titularidade passiva da demanda.

De pronto, analisando os conceitos trazidos pela boa doutrina, percebe-se que o intuito primordial da nomeação à autoria é livrar do ônus da legitimidade passiva alguém que indevidamente lá se encontra.

Cabe salientar que essa espécie interventiva tem lugar restrito às



demandas que versam sobre direitos reais, sobre coisas alheias e de garantia. Algo que lhe confere um caráter ontológico diverso do direito do trabalho, que é totalmente fundado nas relações obrigacionais. Assim sendo, o pressuposto intrínseco dessa intervenção é ter de haver uma lide que objetive discutir sobre certa coisa, desta feita, sua aplicação ao direito processual do trabalho é de todo impossível, pois, nessa seara, só há litígios entre pessoas (empregadores contra empregados, por exemplo), e, nunca entre pessoas e coisas (empregados alegando, perante a Justiça do Trabalho, terem direito à garantia de penhor referente à máquina de datilografar da empresa em que laboram).

Ainda assim, há na doutrina pátria quem defenda (LOCATELLI *apud* LEITE, 2006, p. 278) que, em face da EC. nº 45, em casos extraordinários, seria admitida a nomeação à autoria, como, por exemplo, no caso de ação de indenização intentada pelo empregador em face do empregado, sob a alegação de danos causados por dolo ou culpa a veículo que se encontrava na posse do empregado. Com espeque no art. 63 do CPC, o empregado poderia defender-se dizendo que praticou o ato em cumprimento de instruções de superiores, e, em razão disso nomear este superior à autoria. *Data concessa maxima venia*, não há como existir essa forma de intervenção no processo do trabalho, nem mesmo no esdrúxulo exemplo ofertado pelo referido jurista, uma vez que esta ação ainda assim seria de competência do juízo comum por se referir à coisa em litígio. Esta também é a posição de porção majoritária da jurisprudência².

6 AS PERSPECTIVAS DA DENUNCIÇÃO DA LIDE NO PROCESSO DO TRABALHO EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 (EC 45)

O próximo instituto correlato a ser analisado é denominado de denúncia da lide. Encontra-se regulado nos arts. 70 a 76 do CPC, e, constitui uma das formas provocadas de intervenção de terceiros.

Sua definição básica encontra-se propriamente no art. 70 do diploma processual civil, o qual a considera – segundo redação legal – obrigatória. Ela é uma intervenção que possui natureza de ação em que o terceiro reivindica a coisa. A hipótese do inciso primeiro descreve a possibilidade de se intentá-la no caso de evicção. O inciso subsequente enuncia os casos de o proprietário ou o possuidor indireto estarem a exercer a posse direta da coisa demandada na qualidade de usufrutuário, de credor pignoratício, de locatário. Já o último inciso, refere-se à hipótese da denúncia à lide ser interposta por aquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder

² TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 3ª REGIÃO – MG – DENUNCIÇÃO DA LIDE. CHAMAMENTO AO PROCESSO E NOMEAÇÃO À AUTORIA.

Estas três figuras estão nos artigos 62 a 80 do CPC e podem ser tratadas neste subtítulo, conjuntamente, pela característica do ponto comum existente entre elas: a "inaplicabilidade destas figuras ao processo do trabalho..." (00044-2005-073-03-00-6 RO - Terceira Turma. Relator Bolívar Viégas Peixoto. j. 29/03/2006. DJMG. 08/04/2006 . p. 4) [Grifos do autor]



a demanda.

Apesar do dispositivo da lei considerá-la claramente como obrigatória, o entendimento de larga porção da doutrina é pela obrigatoriedade apenas dos dois primeiros incisos, sendo facultativa a denúncia no caso do inciso III.

A aplicação mais óbvia que se poderia ser transportada ao processo do trabalho é a contida no inciso julgado como facultativo no processo civil, ou seja, a determinação contida no III. Outrossim, parte da doutrina traça semelhança deste para com o art. 455 da CLT que haverá a responsabilização do subempreiteiro pelas obrigações que sejam oriundas do contrato de trabalho que celebrar, sendo possível, contudo, que os empregados reclamem contra o empreiteiro principal pelo subempreiteiro. O parágrafo único do referido inciso ainda acrescenta que fica resguardada ao empreiteiro principal, nos termos dos diplomas civilistas, a ação de regresso em face do subempreiteiro e a de importâncias a este devidas, para que sirvam de garantia das obrigações aludidas.

A fundamentação para o cabimento deste instituto na seara justralhista é que, uma vez cumprida a obrigação pelo empreiteiro, a lei assegurar-lhe-ia o direito de regresso contra o subempreiteiro.

O entendimento doutrinário acerca deste instituto não é de todo uniforme, Sergio Pinto Martins (2007, p. 220) e Carlos Henrique Bezerra Leite (2006, p. 380) compreendem ser incabível tal instituto no processo do trabalho e se lastreiam na incompetência da Justiça do Trabalho para conhecer de ambos os capítulos da sentença a ser proferida nos casos de denúncia para considerá-la como inadmissível. Sendo certo que: inexistente na Constituição da República ou na lei previsão para a Justiça do Trabalho julgar as ações entre tomadores de serviço ou entre trabalhadores.

Por outro enfoque, Renato Saraiva (2006, p. 242) se posiciona pela admissibilidade deste instituto, uma vez que, depois do cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 227 da Seção de Dissídios Individuais – I (OJ nº 227 SDI-I), a qual a apontava como incompatível, o douto jurista entende que, consoante com a EC 45/2004 e decorrente ampliação da competência da Justiça do Trabalho, passou-se a admitir esta forma de intervenção também na justiça laboral.

Mesmo com todo o alastramento do espectro de competência da Justiça do Trabalho em virtude da referida emenda, ainda há de compreender sua incompetência neste ramo do judiciário para conhecer deste instituto³. Para tanto há de se escorar em jurisprudência recente da própria corte máxima⁴.

³ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 3ª REGIÃO – MG – DENUNCIÇÃO À LIDE. PROCESSO DO TRABALHO. Apesar do cancelamento da OJ no. 227 da SDI-1 do TST, a denúncia à lide ainda não é, em regra, aplicável às causas em tramitação nesta Especializada, ante a *ausência de competência para se dirimir conflitos que escapam ao âmbito das relações de trabalho*, nos termos da EC no. 45/04. (RO 01059-2007-058-03-00-0. Sexta Turma. Relator: Ricardo Antônio Mohallem. j. 28/04/2008. DJMG. 08/05/2008. p. 14) (Grifado).

⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – RECURSO DE REVISTA MUNICÍPIO DE DIONÍSIO CERQUEIRA – DENUNCIÇÃO À LIDE ADMINISTRADOR RESPONSABILIDADE PESSOAL AÇÃO DE REGRESSO. A propositura de ação trabalhista unicamente contra o Município impede que se reconheça no próprio feito a responsabilidade direta do antigo administrador diante do trabalhador pelos débitos trabalhistas. *Eventual direito de regresso do Município em face do ex-Prefeito deve ser analisado e julgado no Juízo competente.*



Não é porque o conteúdo da supracitada OJ nº 227 SDI-I foi cancelado que automaticamente há a admissão da denunciação da lide nos processos que envolvem matéria trabalhista. Mesmo que a doutrina e a jurisprudência venham no futuro ter alguma inclinação pela aceitação e cabimento deste instituto no átimo subsequente à revogação referida há de se analisar certos pressupostos atinentes ao instituto e sua compatibilidade com os princípios que regem o processo do trabalho.

Desta feita, averiguando o conceito da denunciação da lide em face dos princípios fundamentais do processo do trabalho, quais sejam, o da celeridade e concentração dos atos processuais, obriga-se por mais acertado ter o posicionamento de que esta forma de intervenção de terceiros é totalmente inaceitável no processo do trabalho, haja vista que, mais uma vez, apenas traria demora e letargia ao processo que prima essencialmente pela formas mais céleres de provimento.

7 O CHAMAMENTO AO PROCESSO NO DIREITO DO TRABALHO E A AUSÊNCIA DE FORÇA EXECUTIVA DOS PRONUNCIAMENTOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NESTES CASOS

Por fim, faz-se necessário analisar o cabimento do chamamento ao processo no direito processual do trabalho. Este instituto está disciplinado no CPC nos arts. 77 a 80.

No ponto, Carlos Henrique Bezerra Leite (2006, p. 383) define que:

Trata-se de intervenção facultada ao réu para solicitar ao juiz que sejam convocados para integrar a lide, como seus litisconsortes, o devedor principal ou os co-responsáveis ou coobrigados solidários que deverão responder pelas obrigações correspondentes.

Assim sendo, a finalidade do instituto é: fazer comparecer ao processo outros responsáveis que não foram demandados no pólo subjetivo desde o início. Ou seja, trazer ao processo aqueles que deveriam lá estar desde os primórdios do mesmo.

Na doutrina mais abalizada, mais uma vez, a questão está longe de ser interpretada uniformemente. É entendido que o chamamento ao processo na seara trabalhista seria possível nos moldes do inciso III do art. 77 do CPC: “de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum” (LEITE, 2006, p. 384).

Em posição diametralmente oposta, há quem entenda ser inaplicável tal instituto ao processo do trabalho, haja vista que o pronunciamento deste ramo do Poder Judiciário não será válido como título executivo para quem promove o chamamento e para o chamado, sendo obrigatória para a constituição deste título

Recurso de revista não conhecido. (RR 883/2005-015-12-00. Primeira Turma. Min, Vieira de Mello Filho. j. 21/05/2008. DJ. 05/09/2008) [Grifos do autor]



demanda paralela na Justiça Comum (MARTINS, 2002, p. 220).

Misturando ambas as concepções, Saraiva (2006, p. 245) defende que é até aplicável o chamamento, todavia, este é na praxe inócuo. Isto porque o título formalizado na Justiça do Trabalho não se afigura hábil para forçar os outros coobrigados ao adimplemento da obrigação.

De toda forma, a posição de Saraiva em termos práticos nada acrescenta a cizânia que se apresenta, o mais correto sem dúvida alguma é afirmar que esta figura interventiva também não é cabível no processo do trabalho, pois, além de só tumultuar a lide, de nada adianta ter um pronunciamento jurisdicional sem força executiva. Há de acrescentar aos argumentos contrários à possibilidade do chamamento ao processo que este instituto é um atentado lancinante contra a celeridade processual⁵, motivo este que se torna imperioso espargi-lo de qualquer forma de provimento de tutela laboral.

8 CONCLUSÃO

Em síntese, os procedimentos interventivos por mais que se pugne por sua rápida tramitação sempre maculam o processo do trabalho com o seu proceder moroso. Indubitavelmente eles sempre atrasam e retardam de alguma forma os trâmites, e admitir estas demoras no processo do trabalho é ferir letalmente sua marca maior, que sempre foi o princípio da celeridade.

O processo do trabalho não pode se emaranhar em várias intervenções repentinas que podem tumultuar a relação processual previamente estabelecida, algo que pode comprometer severamente a prestação da tutela jurisdicional de caráter eminentemente alimentar.

Logo, compreendo que a única possibilidade não passível de questionamento quanto à intervenção de terceiros no rito ordinário (haja vista que nos outros ritos qualquer forma de intervenção é plenamente incabível) é a assistência, e, só e somente só quando não provocar a demora no provimento jurisdicional.

Assim sendo, por mais que alguns doutrinadores ou sugiram eventos teratológicos – caso em que Locatelli sugere para a possível admissão da nomeação à autoria na Justiça laboral – ou defendam abertamente a aplicação de algumas formas interventivas, o primor principiológico do direito do trabalho deverá sempre ser mantido. Isto só é alcançado quando se veda as formas de intervenção de terceiros, resguardando sempre a intacta integridade dos princípios informativos.

⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CHAMAMENTO AO PROCESSO. COOPERATIVAS. *O chamamento ao processo é incompatível com as disposições do processo do trabalho, na medida em que se contrapõe à celeridade processual, que visa restabelecer parcelas de natureza alimentar. Violação de dispositivo de lei e constituição não constatadas.* (AIRR - 1406/2003-050 -02-40. Min, Kátia Magalhães Arruda. j. 25/06/2008. DJ. 01/08/2008) [Grifos do autor]



REFERÊNCIAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de Terceiros**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

LEITE, Carlos H. B. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Execução no Processo do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 1995.

THE INADMISSIBILITY OF THIRD PARTY ACTION IN THE LABOUR LAW PROCESS: THE PREVALENCE OF PROCEDURAL INFORMATIVE PRINCIPLES

ABSTRACT

The third party action is a very controversial institute involved in the labour law process and trying to solve it is the main focus of this work. Thus, it is very important to discuss the admissibility of some situations on which someone – even though he or she could not be considered as an effective party in the process – can force on its results. The joinder of parties, although not listed as a form of intervention, is considered as one by the majority of the doctrine. This is the only intervention used on the labour law process, mainly because it does not disturb and can even bring some benefits. The other institutes are not compatible with the pivotal principles of the labour law. Intervention itself is the



most controversial institute. A expressive dissonance about its admissibility persists in the doctrine. By using the argument that labour jurisdiction power does not include the analyzed subject of intervention, it is considered inadmissible. The *nominatio auctoris* is not accepted because the labour law is essentially an obligational law. The impleader also is not admissible because shocks directly on the principles of simplicity and speedy trial process, representing an incongruity with the labour law system. About the vouching-in is deduced that it could be accepted, but, would have no utility, because the Labour Court has no executive force on it. This work concludes that, excepting the institute of the joinder parties, all other forms of intervention can not be used on the labour law process.

Keywords: Third Party Action. Speedy Trial Process. Labour Law Process. Intervention Inadmissibility.

Artigo finalizado em outubro de 2008.



A JURISDIÇÃO DE CONTAS

Ana Júlia Gomes Dantas de Araújo

Acadêmica do 6º período do Curso
de Direito da UFRN

Lorena Neves Macedo

Acadêmica do 6º período do Curso
de Direito da UFRN

RESUMO

Busca, o presente estudo, delinear o real significado das funções conferidas pela Lei Suprema quando utiliza, em seu texto, os verbos *julgar* e *decidir* para se referir a atribuições dos Tribunais de Contas. Para tanto, analisa as estruturas sobre as quais o Estado brasileiro se encontra construído, sendo imprescindível a idéia da inexistência da separação absoluta dos poderes, pelo que prevalece a concepção de que o Estado exerce *funções*. Da análise, queda demonstrada a autoridade manifestamente *jurisdicional extravagante* dessa Corte no que atine ao processamento e julgamento de causas em que reste uma *condenação* do gestor. De tal inferência, fica necessariamente estabelecida uma relação diferente da que parte da doutrina compreende que exista entre os *títulos executivos*, aqui entendidos como *extrajudiciais extravagantes*, gerados pelas Cortes de Contas, e a sua execução, promovida pelo Poder Judiciário. Nessa esteira, deve ser admitida a irretratabilidade de efeitos das decisões condenatórias de tal Corte.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Lei Suprema. Jurisdição extravagante. Condenações.

1 INTRODUÇÃO

A natureza das decisões condenatórias das Cortes de Contas enseja antigas divergências na ciência jurídica do país. Conseqüência prejudicial disso é a incerteza quanto à eficácia de tais decisões, o que desacredita a atuação de órgão de tamanha monta para a sustentação do Estado Democrático de Direito. Em virtude de o sistema constitucional estabelecido no país não se compatibilizar ao contencioso administrativo, afigura-se de difícil identificação a natureza da condenação emanada de uma Corte de Contas no atual modelo construído doutrinariamente, através de tentativas de interpretação das disposições constitucionais presentes no art. 71, inc. II e § 3º.¹ Nessas Cortes, atualmente, há quem admita serem processadas as despesas públicas e emitidas decisões condenatórias de caráter meramente administrativo, dado o auxílio ao Poder Legislativo a que se prestariam nesses casos, gerando, portanto, a possibilidade de rediscussão do mérito no momento da execução, pelo Poder Judiciário.

Contudo, ao mesmo tempo, é composta tal Corte por membros possuidores de garantias da magistratura, estruturados em modelo semelhante ao do Poder Judiciário – com uma espécie de postulação promovida pelo Ministério Público que atua junto a elas - e órgãos que lhe conferem inigualável qualidade técnica, além de outros aspectos a serem apresentados, ao longo da discussão.

É partindo dessa incongruência substancial de parte das funções dos Tribunais de Contas – discutir-se-ão, apenas, aquelas referentes às decisões de natureza condenatória, em virtude da brevidade do estudo, mas jamais por serem as únicas combatíveis - que a exposição que se inicia tenta desvendar qual delineação conferiria os resultados práticos mais fiéis à função constitucional dos *juízes* de contas. Em outras palavras: o que queria dizer o constituinte originário quando utilizou os termos *julgar* e *decidir* para definir atribuições do Tribunal de Contas da União?

2 A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL AUTÔNOMA E SUBORDINANTE

O *locus* jurídico-positivo de nascimento das atribuições dos Tribunais de Contas é o texto constitucional, que elenca, em seu art. 71, as competências específicas de tais Cortes. As funções relativas aos verbos *julgar* e *decidir*, por sua vez, são enumeradas, especificamente, no inc. II e § 3º do art. 71 da Constituição.² Tem-se,

¹ O sistema do contencioso administrativo se desenvolveu nos países da Europa continental, notadamente na França, Alemanha e Portugal. Parte do princípio de que a jurisdição não é una, para, assim, conferir à Administração o exercício de funções jurisdicionais, concomitantemente com o Poder Judiciário. Assim, de forma genérica e simplificada, é possível afirmar que a Administração Pública desses países é responsável pelo processamento, julgamento e execução de todas as causas que envolvam a si própria como parte na contenda.

² Esclareça-se, desde já, que, inobstante o texto constitucional se referir especificamente ao Tribunal de Contas da União, por simetria constitucional, admitem-se competentes para as mesmas atribuições todos os demais Tribunais de Contas que venham a ser criados, conforme prevê o parágrafo único do art. 75 da Constituição de 1988.



portanto, que a previsão de existência e das atribuições dos Tribunais de Contas – o seu regime jurídico - foram estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, o que implica algumas considerações.

Primeiramente, há que se falar na opção política que significa tal regramento da instituição Corte de Contas pelo constituinte. As tarefas atribuídas, de que aqui se fala, significam um auxílio ao exercício da *atividade governamental em geral*. A atribuição feita pela constituição é governamental, política. A atribuição feita pela lei é que visa conferir funções administrativas, conforme sustentado pelo Ministro Carlos Ayres Britto (*Apud BIM, 2006*).

Ademais, a despeito de se encontrarem os Tribunais de Contas no capítulo destinado ao Poder Legislativo e, ainda, exercerem de fato certas funções que são patentemente assistentes ao mencionado poder, tais tribunais não são a ele pertencentes ou subordinados. O modelo de Estado Democrático de Direito atual, pluralizado socialmente, acusa que a materialidade do exercício do poder “tem demonstrado a coexistência de vários centros de poder dentro do Estado, com controles recíprocos, que tornam mais apropriada a identificação desses centros de poder por meio das funções do Estado, não pela divisão formal dos poderes” (MILESKI, 2007, p. 265). Nesse diapasão, Pontes de Miranda (1960, p. 19), entende o Tribunal de Contas como “criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, [que] destoava das linhas rígidas da tripartição”. Resulta disso que alguns juristas, como Eduardo Lobo Botelho Gualazzi (*Apud BIM, 2006*), entendem que tais Cortes têm função político-jurídica, assemelhando-se mais a um instrumento de Estado do que a um instrumento de Congresso.

Disso decorre, indiscutivelmente, que às Cortes de Contas foram atribuídas ampla autonomia e independência de atuação. Assim, deve-se ter em conta que, tal como o Ministério Público, a Corte de Contas é uma instituição que atua como órgão constitucional autônomo e, portanto, inexistente subordinação a outro organismo no exercício das funções que lhes são próprias. Dessa forma, a independência e o papel de controle de que usufrui resultarão em sua qualificação como órgão constitucional subordinante.

Outrossim, pela natureza constitucionalmente autônoma do regime das Cortes de Contas e, ao mesmo tempo, em virtude da composição técnica qualificada de seus profissionais, tem-se que são a elas conferidas funções em caráter exclusivo, próprio e indelegável, conforme ensina o Conselheiro Helio Mileski (2005), integrante do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul.³

Faz-se imprescindível, ainda, chamar a atenção para a atual configuração da democracia brasileira de direito, estruturada no pluralismo político – fundamento do Estado brasileiro, por força do art. 1º, inc. V, da Constituição –, cujo equilíbrio

³ Tais funções são próprias porque peculiares aos procedimentos de controle, que vigiam, acompanham e julgam as atividades objeto de fiscalização, para o que entendemos que somente o Tribunal de Contas detém a qualificação necessária; exclusivas, pois são competências constitucionais unicamente atribuídas ao Tribunal de Contas; indelegáveis, porque envolvem atividades de controle da atividade financeira do Estado.



que proporcionou aos interesses de diferentes grupos oportunizou a participação popular dos cidadãos e, conseqüentemente, exigiu maior transparência na atividade dos representantes o, que confirma essa estrutura independente que o constituinte, certamente, intencionou atribuir aos Tribunais de Contas.

Assim, afigura-se difícil a missão que se presta a enquadrar o Tribunal de Contas em quaisquer dos três Poderes, tendo em vista que ele exerce sua fiscalização sobre os três – embora não atue no que tange especificamente ao processamento e *juízo* de contas do Poder Judiciário.

3 A DOCTRINA DA NATUREZA ADMINISTRATIVA DAS DECISÕES CONDENA-TÓRIAS

Em conformidade com o disposto no inc. II do art. 71 da Constituição da República de 1988, analisar-se-á a natureza das deliberações do Tribunal de Contas relativas às contas de gestão ou contas dos ordenadores das despesas das pessoas jurídicas da Administração direta, bem como das pessoas da Administração indireta, sejam públicas ou privadas.⁴

O julgamento das despesas realizado pelas Cortes de Contas é fundamentalmente técnico com o objetivo de, consoante Furtado (2007, p. 364), “efetivar reparação de dano ao patrimônio público, por meio da imputação de débito ao responsável, consubstanciado em acórdão, que terá força de título executivo”. Tais contas, como se depreende do art. 16 da Lei nº 8.443/92 - que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – serão julgadas regulares, regulares com ressalvas ou irregulares, de modo que os Tribunais de Contas dos Estados, Municípios e Distrito Federal vêm adotando procedimento semelhante, já que a competência de julgar é também estendida tanto para as Cortes das esferas estaduais como distrital e municipais, por força do *caput* do art. 75 da Suprema Lei.⁵

Como a própria Constituição Federal atribuiu ao Tribunal de Contas a competência de julgar as contas de gestão, poder-se-ia inferir que a própria Corte estaria apta a exercer atividade jurisdicional. Todavia, hodiernamente, a posição de parte considerável da doutrina, seguida, dentre outros, por José Afonso da Silva (2007), Maria Sylvania Di Pietro (*Apud* FERNANDES, 2002), Oswaldo Aranha Bandeira

⁴ Contas de gestão são as respeitantes ao julgamento técnico das despesas dos administradores de recursos públicos, sendo tal julgamento realizado pelo Tribunal de Contas, nos termos do art. 71, inc. II, da Constituição de 1988, consubstanciando-se em acórdão, que terá eficácia de título executivo (§3º do artigo retro) quando imputar débito ou aplicar multa. Diferencia-se, pois de contas de governo, pelo fato destas se referirem à efetivação de julgamento político realizado pelo Congresso Nacional, consoante o inc. I do artigo supramencionado, com o auxílio da Corte de Contas, que, neste caso, produzirá tão-somente parecer prévio.

⁵ As contas serão julgadas regulares quando verificada a legalidade, a economicidade e a legitimidade dos atos de gestão do responsável; regulares com ressalvas nos casos que caracterizem impropriedade de cunho formal, que não impliquem em prejuízo aos cofres públicos, porém, que podem ensejar multa, e irregulares quando for evidenciado dano de natureza material, implicando em ressarcimento ao erário, seja por omissão do dever legal de prestar contas, seja pela prática de ato de gestão ilegítima ou antieconômica, assim como as demais hipóteses previstas no inc. II, art. 16, da Lei Complementar do TCU.



de Mello, Celso Ribeiro Bastos, Cretella Júnior, Carlos Ayres Britto (*Apud* FURTADO, 2007), nega o exercício jurisdicional pela Corte de Contas.

Um dos argumentos utilizados para quem defende a natureza meramente administrativa das decisões dos Tribunais de Contas, é o de que a *Lex Legis*, em seu art. 71, inc. II, refere-se ao julgamento de *contas* e não de *pessoas*, interpretando-se, assim, que a esse órgão cumpre função técnica e não jurisdicional, como averba José Afonso da Silva (2007, p. 755), quando afirma que “não se trata de função jurisdicional, pois não julga pessoas, nem dirime conflitos de interesse, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas”. Outrossim, assinala Celso Ribeiro Bastos (*Apud* FURTADO, 2007, p. 368), senão vejamos:

[...] a utilização da expressão “julgamento de contas” já levou no passado a que alguém sustentasse que os Tribunais de Contas exercem autêntica atividade jurisdicional. Até seria desejável que efetivamente assim o fosse [...]. A não-jurisdicionalidade das decisões fica manifesta quando se leva em conta que não cabe a ele julgar as pessoas. Bastam somente as contas. Ora, esta é uma *decisão técnica*. As contas podem ser tidas por regulares e irregulares, mas, para que haja atividade jurisdicional é necessário que *estejam presentes as partes*. Só pessoas são julgadas; conseqüentemente a atividade do Tribunal de Contas é de natureza técnica, facilitadora da deliberação fina pelo Legislativo. [grifos acrescidos]

Ademais, há quem negue a existência da função jurisdicional no âmbito do Tribunal de Contas, haja vista o fato deste não ter sido elencado como órgão integrante do Poder Judiciário, conforme estabelecido no art. 92 da Lei Suprema. Nesse sentido, opina Carlos Ayres Britto (*Apud* FURTADO, 2007, p. 369):

Os Tribunais de Contas não exercem a chamada função jurisdicional do Estado. Esta é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componenciais desse poder (o Judiciário), como se vê pela simples leitura do art. 92 da *Lex Legum*.

Pondera, ainda, o mesmo jurista:

Note-se que os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas não se caracterizam pelo impulso externo ou *non-ex-officio*. Deles não participam advogados, necessariamente, porque a indispensabilidade dessa participação apenas se dá no âmbito do processo judiciário (art. 133 da CF). Inexiste a figura dos “litigantes” a que se refere o inc. LV do art. 5º da Constituição. E o “devido processo legal” que os informa somente ganha contornos de um devido processo legal (ou seja, com as vestes do contraditório e da ampla defesa), se alguém passa à condição de sujeito passivo ou acusado, propriamente. (BRITTO *apud* FURTADO, 2007, p. 370)



Ainda, há quem afirme ser atribuível ao Tribunal de Contas a parcialidade nos processos, o que tira de suas decisões o caráter de definitividade, possibilitando que haja, sempre, uma posterior apreciação das deliberações por parte do Poder Judiciário, em caso de lesão ou ameaça ao Direito (FERNANDES, 2002). Não se admite, assim, a triangularização processual em tais processos, já que o Estado-juiz figuraria como parte.

Outra questão bastante suscitada por aqueles que afirmam a natureza administrativa das decisões da Corte de Contas é a possibilidade de ampla revisibilidade pelo Estado-juiz sobre os atos não judiciais estritos. Isso porque o art. 5º, XXXV, da Lei Maior, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, levando aos defensores desse posicionamento a entenderem o princípio da revisibilidade como norma absoluta, não sendo, porém, este o entendimento mais idôneo, como mais à frente será esclarecido.

4 A JURISDIÇÃO EXTRAVAGANTE DAS CORTES DE CONTAS

Primeiramente, registre-se que não é possível sustentar a idéia de que as Cortes de Contas façam parte do Poder Judiciário, pois não figuram no rol de organismos apontados pela Constituição, em seu art. 92, como pertencentes ao aludido poder. Há que se concordar, portanto, com o argumento anteriormente transcrito e associado ao Ministro Carlos Ayres Britto.⁶ Infere-se de tal constatação que a natureza dos títulos executivos provenientes dos Tribunais de Contas não é judicial. Isso decorre de, em verdade, serem os referidos títulos executivos de natureza *extrajudicial extravagante*, como adiante se desenvolve.⁷

Conforme já exposto, o Tribunal de Contas consiste em um órgão autônomo e subordinante, em virtude de sua atribuição de tarefas provir diretamente do texto constitucional e, ainda, levando-se em conta a sua missão controladora em relação aos demais poderes, o que o faz desvinculado e independente de quaisquer deles, bem assim lhe confere atribuições que subordinam os controlados. Diante da impossibilidade de, no atual modelo de Estado, ser admitida uma sua rígida separação em “poderes”, tem-se que a atribuição constitucional da sobredita espécie de atividade às Cortes de Contas acusa, abertamente, a imputação de uma *função* de caráter *jurisdicional* a esses *juízes*. Confirmam-se, ainda, diante de tal afirmação, os verbos utilizados no inc. II e § 3º do art. 71 da Constituição – respectivamente, *julgar* e *decidir*. Pelo que se torna patente a irretratabilidade de efeitos, ou imutabilidade do disposto na norma particular condenatória emanada do Tribunal de Contas, que, pois, *faz coisa julgada*. À vista disso, Seabra Fagundes (1979, p. 136) afirma: “Pelo seu

⁶ Ainda que, conforme se aludiu no início da exposição, os seus membros possuam, por força do art. 73, § 3º, as garantias próprias da magistratura.

⁷ O termo *extravagante*, ao contrário do que defende Jacoby Fernandes (1998), não enfraquece a idéia de Jurisdição de Contas, mas sim evita que algumas diferenças em relação à jurisdição “comum”, apresentadas mais adiante, possam servir de descaracterizadoras fáceis da jurisdição, a despeito de várias semelhanças com os ritos judiciais.



caráter eminentemente político, não deixa o juízo de responsabilidade de se exercer através de um verdadeiro julgamento, com apuração do fato (delito), aplicação do direito (pena ou absolvição) e irretratabilidade de efeitos (coisa julgada)”.
Diante de tal afirmação, é insustentável o argumento de que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, cujo dispositivo afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito - consagrando o princípio da reversibilidade dos atos pelo referido poder -, impede a figuração das Cortes de Contas como praticantes de atividade jurisdicional, uma vez que a própria Constituição já se encarregou de reservar parcela jurisdicional ao Tribunal de Contas. Assim, à lei continuará vedado o regramento de qualquer disposição que crie jurisdição para além dos limites do Poder Judiciário, convivendo pacificamente o dispositivo supracitado com o caráter jurisdicional da decisão condenatória das Cortes de Contas.

Foi partindo da idéia de que a Constituição conferiu missão jurisdicional às Cortes de Contas que Pontes de Miranda (1960, p. 22-23) fez o seguinte apontamento:

Hoje, e desde 1934, a função de julgar as contas está claríssima, no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue, e outro juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*. Ou o Tribunal de Contas julga, ou não julga. [...] Tal jurisdição exclui a intromissão de qualquer juiz na apreciação da situação em que se acham, *ex hypothesi*, os responsáveis para com a Fazenda Pública.

Leve-se em conta, para a admissão da interpretação aqui defendida, a inigualável qualidade técnica dos corpos instrutivos e das inspetorias de controle externo, setores internos comuns à Corte de Contas, nos quais operam profissionais qualificados nas áreas de contabilidade pública, engenharia e arquitetura, em suma, para conferir a necessária precisão à apuração de contas, a devida profundidade técnica à instrução processual, o que a faz órgão cuja função, como já dito, é exclusiva, própria e indelegável.

Ademais, remetendo-nos aos argumentos daqueles que enxergam natureza meramente administrativa nas decisões condenatórias do Tribunal de Contas, na tentativa de fortalecer a idéia presentemente desenvolvida, é possível afirmar que tais decisões condenam, em verdade, pessoas, não contas, em virtude de se investir uma pessoa natural da obrigação de pagar multa e ressarcir o erário – em caso de dano aos cofres públicos -, ou, somente, de pagar multa. O título gerado pela decisão condenatória refere-se a uma pessoa específica, invadindo o seu patrimônio. A respeito da pessoalidade da obrigação, alude Furtado (2007, p. 346):

Portanto, quem presta contas é o Presidente da República, o Governador, o Prefeito, e não a União, o Estado-Membro ou o Município; ou ainda, quem presta contas é o administrador (CF, art. 71, II), não a Administração [...]. Sendo assim, no âmbito municipal - por exemplo -, o dever de prestar contas anuais é da pessoa física do prefeito. Nesse caso, o prefeito



age em nome próprio, e não em nome do Município. [...] Isso quer dizer que o Tribunal de Contas deve recusar a prestação de contas apresentada por uma Prefeitura, referente à obrigação de um ex-prefeito, continuando ele exposto a todas as sanções previstas para aqueles que não prestam contas. Dessa forma, incorre em erro quem diz que as contas anuais apresentadas pelo Prefeito são contas de pessoa jurídica, da Prefeitura, do Município, contas de entidade, e que a pessoa física do Prefeito é apenas a responsável pela gestão das receitas públicas.

Ressalte-se que o acima dito consiste em consequência do que se pode ter como fato principal, para casos de condenação: a responsabilização do gestor frente ao débito da condenação. Quando do dano sofrido pelos cofres públicos, configura-se responsabilização civil que impõe como consequência jurídica da morte do indivíduo o recaimento do débito imputado ao espólio do devedor – até o limite do patrimônio transferido -, nos termos do art. 5º, VIII, da Lei nº 8.443/92 – a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Acerca do débito por multa, também existe uma responsabilidade, de caráter pessoal e intransferível, ainda que extintas quando do falecimento do devedor, conforme alerta Jacoby Fernandes (1998, p. 94):

A morte, como fato jurídico que é, acarreta consequências na esfera do Direito que podem ser assim traduzidas: a) extingue as obrigações personalíssimas; b) não extingue as demais obrigações; c) extingue as penalidades impostas ao falecido; d) não extingue obrigações civis decorrentes da responsabilidade civil.

Tais responsabilizações, acima tratadas, podem se configurar – anote-se que é o mais comum - quando da constatação de irregularidade nas contas enviadas pelo administrador, o que acusa, de fato, uma inegável diferença em relação procedimento adotado nos lindes do Judiciário, configurando-se, todavia, pelo até então exposto, uma mera diferença de rito.⁸

Faz-se imprescindível, ainda, asseverar que o procedimento exercitado pelas Cortes de Contas consiste em pleno garantidor do princípio do devido processo legal e seus corolários, a saber, o contraditório e a ampla defesa, uma vez que oportuniza ao interessado no processo amplos meios e recursos para sua defesa, condicionando a validade dos feitos à realização efetiva da defesa do eventualmente imputado. Dessa feita, tem-se que os Tribunais de Contas zelam pelos institutos da citação, da notificação, da intimação e, ainda, dos meios de impugnação da decisão,

⁸ O envio das contas é que, via de regra, dá origem ao processo. Perceba-se a peculiaridade do início da contenda, que se instaura quando da constatação do dano ou da infração que enseje multa. É possível, porém, que um processo se origine: mediante uma denúncia de cidadão; através de representação feita pelo Ministério Público de Contas; através da instauração da tomada de contas especial, face à inércia do gestor em seu dever de prestar contas.



mais à frente explicitados. A não obrigatoriedade de capacidade de postulação para aquele que defende os direitos do gestor averiguado jamais afasta a jurisdicionalidade das condenações do Tribunal, se for considerado, em argumentos elementares, que o gestor possui a capacidade técnica suficiente para ser dominador dos interesses e exigências de suas atribuições e, como inferência necessária, dela continuará dotado ao responder perante a Corte por eventuais irregularidades que venham a se apresentar em suas contas. No processo judicial, aquele que possui qualificação e capacidade processual postula em causa própria. Admitam-se, portanto, peculiaridades existentes no procedimento instaurado pelo Tribunal de Contas, adaptadas para o seu rito próprio.

Outrossim, configura-se, quando da constatação do dano, uma perfeita triangularização processual, uma vez que há, como partes, o Ministério Público Especial – ou Ministério Público de Contas -, representando os interesses da coletividade, e o gestor, pessoa natural, contrariando o dito em argumentação anteriormente transcrita.

Portanto, tem-se, insofismavelmente, que a Corte de Contas possui uma jurisdição *sui generis*, que se caracteriza pela autonomia em relação aos demais poderes – e, por não pertencer ao Poder Judiciário, é de caráter *extrajudicial* -, porém que não foge ao enquadramento em uma das funções do Estado. Uma *jurisdição*, pois, *extrajudicial extravagante*, com rito especial - decorrente da peculiaridade de sua atividade, que é, frise-se, pilar de sustentação de um Estado democrático - uma vez que se diferencia dos procedimentos freqüentemente adotados na seara judicial. Tal jurisdição produz títulos executivos extrajudiciais extravagantes que constituem coisa julgada, com irretratabilidade de efeitos. E isso decorre de uma visão teleológica de sua missão constitucional, considerando-se que o Texto Maior lhe conferiu tais atribuições em consonância com toda a sua estrutura principiológica. Nas palavras de Seabra Fagundes (1979, p. 134), consistem em “exceções ao monopólio do Judiciário”.

Nesse sentido, infere-se que *os órgãos do Poder Judiciário, por sua vez, carecem de uma jurisdição de contas.*

5 CONSEQUÊNCIAS DA JURISDIÇÃO EXTRAVAGANTE

Admitida a irretratabilidade de efeitos ou imutabilidade da decisão proferida pela Corte de Contas, tem-se que disso decorrem várias consequências práticas, adiante desenvolvidas.

Quando esgotadas todas as possibilidades a nível administrativo para que haja a efetivação dos julgamentos das Cortes de Contas, é que se recorrerá ao Judiciário – não mais concebendo como idôneo para o presente caso a desnecessidade de exaurir as vias administrativas à procura da tutela *judicial* -, o qual estará incumbido de realizar a execução forçada do título executivo originado pelo acórdão emanado da Corte de Contas.⁹ Com isso, dar-se-á início ao processo de execução que

9

Existe uma espécie de mecanismo coercitivo de cobrança da dívida em caso de ausência de



se fundamenta na pretensão de um direito com base num título que possui certos requisitos de formação – liquidez, certeza e exigibilidade - e que pode ser formado pelo próprio Judiciário ou não – este último, frise-se, de caráter extrajudicial.

Não se aceita, registre-se, a possibilidade de a execução forçada ser realizada no âmbito de competência administrativa – como ocorre nos países que adotam o sistema contencioso administrativo -, visto que o Poder Judiciário dispõe de varas especializadas para exercer tal função e, mormente, pelo fato de tal proposição não se coadunar com os deveres expressamente atribuídos à Corte de Contas pela Constituição Federal no rol do artigo 71. Em contrapartida, pertine ressaltar o posicionamento divergente de Pontes de Miranda (1960) em defesa da viabilidade de o Tribunal de Contas executar suas próprias deliberações. Para Pontes (1960), o princípio geral de que ao juiz sentenciante cabe também executar não seria um obstáculo para a Corte de Contas desempenhar tal atividade, vez que não consta em dispositivo constitucional a atribuição do poder de executar ao Tribunal, nem tampouco o há para o juiz comum. Com isso, ele afirma que caberia ao legislador ordinário decidir se a execução seria de competência da Corte de Contas ou do juiz comum e, em sendo daquela, tudo estaria simplificado, tendo em vista que o Estado-Juiz não mais interviria nesse tipo de processo, garantindo efetividade a tais decisões em âmbito administrativo.

Como dantes apontado, o Tribunal de Contas possui corpo técnico adequado para analisar e julgar as contas de gestão por si próprio, não sendo, todavia, encarregado pela execução - entendendo-se aqui se tratar de uma jurisdição que não tem sua unicidade alterada em virtude da delegação constitucional às Cortes de Contas, considerando-se o modelo, já repisado, do Estado Democrático de Direito atual, que não comporta separação absoluta entre os poderes, mas sim a atribuição de funções, que não se descaracterizam apenas porque são exercidas por órgãos tais ou quais. Ressalte-se que seus processos de julgamentos apresentam mecanismos semelhantes aos estabelecidos no Código de Processo Civil – a despeito das diferenças já apontadas -, fato este comprovado pela observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além da previsão de se propor diversos recursos, de modo a produzir decisões da maneira mais segura possível. Exemplo disso se dá na prática pelo fato de o Relator - um dos conselheiros ou ministros que é responsável pela condução de todo o processo -, verificar, antes de proferida determinada decisão, se houve ou não prestação de contas e, em havendo, se existem indícios de irregularidades apontadas no art.16 da Lei Orgânica do TCU. Uma vez presumida a existência de improbidade, será providenciada a

satisfação espontânea da obrigação na seara do próprio Tribunal de Contas. Tais medidas consistem no desconto em vencimentos, salários e proventos do responsável, que, caso não obtenha êxito, deverá ser executado na seara judicial, pelo que se torna imprópria a denominação “execução forçada” por Jacoby Fernandes (1998, p. 449), quando se refere às citadas providências. Em verdade, tal procedimento poderia ser entendido como uma forma de execução interna que, na realidade, não é, em absoluto, dotado de eficácia sequer parecida com aquela conferida ao Poder Judiciário em seu respectivo processo de execução.



citação do responsável para que manifeste suas razões defensórias.¹⁰

A despeito de não ser realizada a *execução forçada* pelo Tribunal de Contas, existem, em verdade, alterações significativas na seara processual quando se reconhece a *jurisdição extravagante* de tal Corte.

Após exarada decisão pelo Tribunal de Contas, abre-se oportunidade para que a mesma seja atacada por meio de recursos, assim como acontece no âmbito do Judiciário. Os recursos previstos na Lei Federal nº 8.443/92, no caso de tomada de contas ou prestação de contas, são o de reconsideração, embargos de declaração, revisão e, excepcionalmente, o recurso ao Plenário daquela Corte nas hipóteses em que houver divergência entre a decisão recorrida e a que já houver sido prolatada pela Câmara ou Plenário.¹¹ Superadas as etapas recursais que suspendem o rito processual, tem-se a possibilidade de executar judicialmente o responsável, tendo em vista, consoante Fernandes (2002, p.155), que “a decisão do Tribunal torna a dívida líquida e certa e tem eficácia de título executivo”. Destaque-se, ainda, que não se aguardara o término do prazo de cinco anos relativo ao recurso de revisão para se tomarem as medidas necessárias à efetivação de tal decisão.

Procedendo-se a execução forçada de tais títulos, o devedor poderá impugnar a matéria por meio de embargos à execução, instrumento que possibilitará que o Judiciário venha a analisar o mérito da respectiva decisão do Tribunal de Contas, caso se confira a tal deliberação eficácia de título executivo extrajudicial.

No entanto, sustenta-se aqui posicionamento contrário ao exposto no parágrafo acima, pois busca o presente trabalho demonstrar a eficácia *extrajudicial extravagante* aos títulos executivos provenientes de acórdão condenatório da jurisdição de contas. Isso implica dizer que não pertine ao Judiciário a análise do mérito das questões já decididas pelo Tribunal de Contas.

Com efeito, nem os embargos interpostos na execução forçada permitiam a análise do mérito pelo Judiciário, como apontou Pontes de Miranda (1960). Nesses casos deve o processo regressar para a esfera da Corte de Contas para, então, ser devidamente apreciado. Só cabe ao Poder Judiciário julgar os embargos referentes ao processo da execução. Nesse diapasão, pondera Pontes de Miranda (1960, p. 25) que:

¹⁰ Bruno Lacerda Bezerra Fernandes (2002) esclarece que, caso o responsável se omita frente ao dever constitucional de prestar contas, cabe à autoridade administrativa competente instaurar processo de tomada de contas especial ou, então, cabe-o ao Tribunal de Contas nas hipóteses em que aquele não proceda. Ressalte-se que os processos que geram obrigações pecuniárias são os de tomada de contas e de prestação de contas, diferenciando-se pelo fato de que, neste, o próprio responsável deve apresentá-la, por ser dever constitucional do mesmo; e naquele é a autoridade competente ou o Tribunal que instaura ante a omissão do responsável.

¹¹ O recurso de reconsideração será utilizado para atacar decisão que tenha lesado direito do responsável, sendo interposto no prazo de quinze dias e uma única vez; o embargo de declaração será empregado na hipótese de obscuridade, contradição e omissão da decisão do Tribunal, interposto no prazo de dez dias e a revisão, que não é propriamente um recurso, mas, sim, uma ação de impugnação semelhante à ação rescisória, poderá ser interposta no prazo de cinco anos e deverá ter como fundamento algum dos casos expostos no artigo 35 da Lei nº 8.443/92. Todos possuem efeitos suspensivos e devolutivos com exceção deste último.



Desde que a execução caiba ao juiz comum, não pode esse conhecer de qualquer infringência ou de qualquer modificação no julgado do Tribunal de Contas. Lei que o permita é inconstitucional. O juiz comum tem de sobrestar o feito, devolvendo o processo ao Tribunal de Contas, para que êle se pronuncie. Se a matéria concerne ao processo de execução , então lhe cabe julgar, pois que se trata de defesa contra ato seu, juiz processante.

A vista disso, salienta-se que os recursos possivelmente impetrados – se se referirem a exame do mérito – conferem garantia ao princípio do contraditório e da ampla de defesa ao interessado, cabendo ao Tribunal de Contas examiná-los, tendo em vista que não compete ao Judiciário rejulgar o mérito de uma decisão de unidade jurisdicional diversa, sendo isto implicação da jurisdição extravagante. Na hipótese de possibilitar nova apreciação pelo Judiciário, afirma Seabra Fagundes (1979, p. 138) que o pronunciamento das Cortes de Contas “resultaria em mero e inútil formalismo”, tendo em vista que o Poder Judiciário carece de jurisdição para examinar tais julgamentos.

É partindo da necessidade dos Tribunais de Contas exercerem efetivamente sua função de controle – conferindo à coletividade o exercício de preceitos constitucionalmente estabelecidos, tais como, a transparência e o pluralismo político - que se nega a admissibilidade do princípio do duplo grau de jurisdição para as decisões das Cortes de Contas. Estas devem ser revistas em sua própria esfera, não se sujeitando a outra instância. É cediço que o destacado princípio admite exceções, como nos casos de crimes julgados pelo Tribunal do Júri e de competência originária do Supremo Tribunal Federal. No que atine a esta questão, assevera Furtado (2007, p. 372) que a ausência de duplo grau de jurisdição “não enfraquece o julgamento das contas. Afinal, a quem recorrer nas causas de competência originária do STF (CF, art. 102, I)?”.

Assim, a força que se quer aqui assegurar ao julgamento realizado pelo Tribunal de Contas, por meio de uma *jurisdição extravagante*, significa garantir o exercício de sua função controladora, nos termos da Constituição de 1988, aspecto este fundamental para a sustentação de que a Corte de Contas é inerente ao *Estado Democrático de Direito*.

6 CONCLUSÃO

A natureza das condenações exaradas pelo Tribunal de Contas deve ser lida e entendida de acordo com a missão que a Lei Fundamental atribui a tais instituições. Adotar posicionamento diverso do aqui exposto, ao nosso ver, seria, sem laivo de dúvida, uma involução no sentido de desconsiderar a importância de uma órgão técnico e judicante que é verdadeiro promotor da pluralidade e transparência – e, pois, do combate à corrupção – imprescindíveis à sustentação do Estado Democrático de Direito, ao contrario do que faziam as opções políticas autoritárias



anteriores, *verbi gratia*, a Carta Constitucional de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/1969. Inadmitir uma jurisdição autônoma da Corte de Contas representaria coadunar com uma figuração inutilmente formalista e pouco prestável de sua função condenatória, que não traduziria o real interesse público e tornaria ilegítimo o gasto de recursos na manutenção desta instituição.

Nesse sentido é que se defende, então, o exercício de uma função *jurisdicional extravagante* pelo Tribunal de Contas, entendimento que, a despeito de conceber uma condenação com efeitos irretratáveis, indiscutíveis na esfera do Judiciário atribui a este a competência para executar os títulos gerados de tais decisões – portanto, *títulos executivos extrajudiciais extravagantes* –, não se intencionando qualquer importação de sistemas estrangeiros.

REFERÊNCIAS

BIM, Eduardo Fortunato. O poder geral de cautela dos tribunais de contas nas licitações e nos contratos administrativos. **Interesse Público**: Revista Bimestral de Direito Público, Porto Alegre, n. 36, p. 363-388. mar./abr. 2006.

BÚRIGO, Vandrê Augusto. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos tribunais de contas. **RDA**, Rio de Janeiro, n. 228, p.67-74, abr./jun. 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Cap. III, quarta parte. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 129-145.

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Tribunal de Contas: julgamento e execução**. Campinas: Edicamp, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial**: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1998. p. 23-30; 423-465.

FERRAZ, Luciano. Poder de Coerção e poder de sanção dos tribunais de contas: competência normativa e devido processo legal. **Interesse Público**: Revista Bimestral de Direito Público, Rio de Janeiro, n. 228, p. 67-74, abr./jun. 2002.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de contas públicas: contas de governo e contas de gestão. **Interesse Público**: Revista Bimestral de Direito Público, Porto Alegre, n. 42, p. 343-378, mar./abr. 2007.



LINS NETO, Jair. Tribunal de Contas: um desconhecido da república. **RDA**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 205-218, jan./mar. 2000.

MILESKI, Helio Saul. Fiscalização dos tribunais de contas a partir de auditorias privadas. **Interesse Público**: Revista Bimestral de Direito Público, Porto Alegre, n. 32, p. 365-375, jul./ago. 2005.

MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. **Interesse Público**: Revista Bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, n. 45, p. 257-279, set. /out. 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 3 ed. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Bolsoi, 1960. p. 15-64.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 124-135.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Duração razoável dos processos judiciais e administrativos. **Interesse Público**: Revista Bimestral de Direito Público, Porto Alegre, n. 39, p. 73-80, set./out. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 749-759.

LA JURISDICCIÓN DE CUENTAS

RESÚMEN

Busca, el presente estudio, delinear el real significado de las funciones conferidas por la Ley Suprema cuando utiliza, en su texto, los verbos *juzgar* y *decidir* para referirse a las atribuciones de los Tribunales de Cuentas. Por tanto, analiza las estructuras sobre las cuales el Estado brasileño se encuentra construido, siendo imprescindible la separación absoluta de los poderes, por lo que prevalece la idea de que el Estado ejerce funciones. Del análisis, esta demostrada la actividad manifiestamente jurisdiccional de esa Corte en lo que



respecta al procesamiento y juzgamiento de causas en las que reste una condenación del gestor. De tal conclusión, está, necesariamente, establecida una relación diferente de la que parte de la doctrina comprende que exista entre los títulos ejecutivos extrajudiciales extravagantes generados por la Corte de Cuentas, y su ejecución, promovida por el Poder Judicial. En ese sentido, debe ser admitida la no retratabilidad de efectos de las decisiones condenatorias de tal Corte.

Palabras-clave: Tribunal de Cuentas. Ley Suprema. Jurisdicción extravagante. Condenaciones.

Artigo finalizado em outubro de 2008.





APONTAMENTOS ACERCA DO PRÍNCIPIO DA SOBERANIA E O PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO

Felipe Araújo Castro

Acadêmico do 7º período do Curso
de Direito da UFRN
Bolsista do PRH-ANP/MCT n. 36

Patrícia Borba Vilar Guimarães

Professora orientadora

RESUMO

O princípio da soberania diz respeito à capacidade de autodeterminação do Estado frente a seus pares, bem como de delineamento de sua política interna de maneira independente. O intenso fluxo de capital financeiro e de informações, ocasionado pelo processo de globalização, passa a influenciar o processo decisório dos Estados, notadamente a partir da década de 70 do século passado. Essa intensificação, em parte, ocorre em razão do advento da política neoliberal capitaneada pelos Estados Unidos da América. O presente artigo pretende analisar a formatação atual do princípio da soberania – conceito jurídico indeterminado – no cenário mundial hodierno e sua aplicação na elaboração das decisões dos Estados.

Palavras-chave: Soberania. Globalização. Estado.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de soberania nasce no período de transição da economia feudal para o Estado absoluto capitalista. Surge da necessidade de unificar uma rede de relações fragmentada sob a égide de um poder central, dotando-lhe de competência para elaboração de normas que atingissem os indivíduos de maneira abstrata e geral.

Ainda que delineado neste período de transição – o conceito de soberania – as idéias que permeiam o conteúdo do princípio existem e geram efeitos práticos desde a Grécia antiga. O sistema de cidades independentes, cidades-estado, como Atenas e Esparta, e as relações entre essas podem ser vistas, analogamente, como um incipiente precursor do Direito Internacional Moderno (MELLO, 1999). Esse direito pressupõe a existência de Estados soberanos e assim os eram, ainda que analogamente, as cidades gregas, estabelecendo tratados e comércios “internacionais”.

Em Roma esta tendência internacionalista desaparece frente a um Estado único, supranacional, representado pelo império romano. Esse não necessitava manter relações “internacionais”, uma vez que representava hegemonicamente todo poder no território conhecido e dominado. Neste período não há que se falar no aspecto externo da soberania, qual seja, as relações inter-estatais, em contra partida, os aspectos internos, referente à autodeterminação da política interna era amplamente exercido pelos governos romanos, seja na figura do imperador, seja na figura do senado, cambiante de acordo com o período histórico. Voltaremos mais amiúde à discussão dos aspectos internos e externos da soberania.

No período feudal a supremacia do suserano sobre seus vassallos tinha caráter relativo, era estabelecida através de uma espécie de contrato particular entre esses agentes, a totalidade desses acordos era que garantia a supremacia e manutenção do poder nas mãos de um príncipe.

Existia uma relação de fidelidade e obediência, o respeito às ordens do senhor feudal pelos seus vassallos se ligava a uma subordinação responsável e não propriamente a uma submissão. Persistia uma relação de reciprocidade entre suseranos e vassallos, uma teia social de reconhecimento de direitos mútuos.

O surgimento dos burgos e conseqüente a diferenciação dos trabalhos exercidos no período começa a minar esta autoridade, questionando a ordem vigente. Jean Bodin, filósofo francês, atento às estas complicações existentes no modelo vigente delinea o conceito de soberania de forma a garantir a integralidade dos Estados sobre um poder absoluto.

Assim, para Bodin, o poder seria uno, indivisível e centralizado. Uno por não haver outro que lhe conteste ou se imponha sobre aquele, indivisível, pois que não passível de delegação e, por fim, centralizado, em razão de emanar única e exclusivamente do rei, lhe confiado por autoridade divina. Em respostas a esses atributos do rei, caberia a este “prescrever a lei aos súditos, na sua totalidade e sem o respectivo consentimento” (PREUSS, 2004, p. 162).

As prerrogativas do suserano absoluto, no entanto, aplicavam-se a um determinado espaço geográfico, assim, nasce a idéia de territorialidade que passa a integrar, sendo mesmo inerente, a concepção de Estado pós Bodin.



Sem embargos, o poder soberano seria vinculante a soma de indivíduos que habitassem as terras do rei, bem como os estrangeiros que ali residissem. As tarefas do poder absoluto consistiam em reger as relações sociais, cobrar impostos e proceder com a defesa do território frente a outras nações também soberanas. Desta feita, outro conceito aplicável a soberania é (1) o poder de autodeterminação das políticas internas do Estado e (2) a auto-afirmação de um Estado frente a outro, o direito da guerra.

Para realização dos objetivos traçados pelos decretos do rei, o mesmo detinha monopólio da força militar da Nação, ocupava, portanto, o cargo de chefe das forças armadas e por meio delas exercia o poder coercitivo necessário à observância das regras por ele mesmo impostas.

Cabe ressaltar que, diferentemente das proposições de soberania feitas por Hobbes ou Rousseau, em Bodin não há qualquer vinculação do poder soberano atual com o direito passado, reformado ou revogado. Com efeito, além de editar todas as normas referentes às relações sociais, o soberano não se submetia a estas, se reservando o poder de mudá-las ao seu gosto. O Direito seria um ato único, de criação e legitimidade, teria executoriedade autônoma e seu fundamento de legitimidade se encerraria na própria Lei. Não havia necessidade de um debate sobre a justiça e a moral de determinada Lei, esta deveria vigorar pelo simples fato de emanar do poder soberano.

Fazemos uma pausa para sustentar a relação desta visão específica, a legitimidade encerrada no texto da própria lei, com a visão decisionista do Direito proposta por Carl Schmitt. Para sua doutrina o direito seria uma decisão política de um poder constituente em determinado período histórico, não tendo qualquer amarra com leis anteriores, portanto, recairia sobre o poder constituente estabelecer qualquer ordem que julgasse conveniente. É desnecessário elencar aqui as atrocidades cometidas pela ausência de qualquer vinculação moral, estabelecida em princípios, do direito, sendo necessário tão somente ressaltar a importância fundamental desse vínculo – direito e justiça – para a sociedade plural hodierna.

Em suma, para a concepção bodiniana da soberania, importava para o conceito a existência da (1) territorialidade, representando o espaço geográfico onde as leis editadas pelo rei teriam eficácia, (2) o monopólio do exercício da soberania nas mãos do suserano, sendo este uno, indelegável e centralizado e (3) a coercitividade, encerrada no monopólio do exercício da força legítima pelo Estado para direcionar o comportamento humano.

Nesse primeiro momento, soberania deve ser entendida como *“the supreme, absolute and uncontrollable power by which any independent State is governed [...] the international independence of a state, combined with the right and power of regulating its internal affairs without foreign dictation [...]”*, em definição do dicionário de Direito *Black’s Law* (BLACK, 2004).

Finalizando o primeiro tópico de nosso estudo, ressalva-se que, ao contrário do que possa dar a entender, o usufruto do poder soberano aqui descrito, não implica em arbitrariedade, pois, mesmo para Bodin, o poder absoluto encontraria limites, sendo o primeiro deles o território, o que fica claro a partir de nossas explicações anteriores. Somam-se ao limite espacial na doutrina clássica de soberania



(1) as leis de Deus e da natureza, (2) vigência de contratos já estabelecidos e (3) a propriedade dos bens dos súditos.

Analisando as restrições impostas pela doutrina fica evidente o reconhecimento de um direito natural, não o conhecido pelo jusnaturalismo, mas sim a providência divina que transforma o suserano em representante divino na terra, confundindo a sua vontade com a vontade de Deus. Existe uma preocupação com as situações jurídicas perfeitas e com as propriedades dos súditos. Isto ocorre, cremos, tal qual em Maquiavel, por uma preocupação na manutenção da ordem, que passa necessariamente pela satisfação dos súditos, fato que impede a insurreição de grupos insatisfeitos contra o príncipe. Repisa-se, o poder absoluto não representa poder arbitrário, tem como função a preservação do Estado, que passa pela satisfação dos seus habitantes.

2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO

A evolução do conceito de soberania passa por filósofos como Hobbes, a ser estudado mais adiante, e Rousseau, que passamos a analisar em seguida.

Na doutrina do contrato social é um deslocamento do poder soberano das mãos do rei ao controle do povo, instituindo a soberania do povo, a ser exercida através da vontade popular. Para Rousseau esta vontade se equiparava a vontade da maioria, que, uma vez estabelecida, deveria ser imposta a todos. Representava o governo de todos sobre um, mas nunca de um sobre todos.

Hoje, sabemos que esta visão também não logrou êxito total, uma vez que uma sociedade democrática plural preserva também os interesses da minoria e impõe a todas as vontades limites estabelecidos por princípios de direito indisponíveis. A visão rousseauiana levou ao caos seguido após a revolução francesa, com a imposição arbitrária da maioria sobre todos os aspectos da sociedade, levando a decapitações em praças públicas e êxodo em massa.

Não obstante, a contribuição desse filósofo é fundamental para construção das democracias ocidentais modernas, que têm no povo o titular da soberania, exercida por seus representantes em todas as esferas de poder.

Ainda em Rousseau, apesar do deslocamento referido, as características da soberania permanecem as mesmas, a saber, territorialidade, monopólio e coercitividade. Destarte as afirmações imprecisas do filósofo sobre não haver violência na imposição da vontade da maioria, por decorrer estas de um acordo entre a sociedade. É precisamente esse o erro mais substancial na ciência do doutrinador, segundo o professor Preuss da Universidade de Berlim, Rousseau teria resolvido a antinomia direito positivo e jusnatural, entre legitimidade e eficácia, na equação que o indivíduo seria compelido ao bem comum através da imposição da vontade geral.

Nesse momento entra a contribuição de Hobbes para complemento do conceito de soberania e da idéia de contrato social. Para o modelo contratual hobbesiano a legitimidade do exercício do poder coativo – que repise-se continuando – se daria no momento de celebração do pacto, entre indivíduos no estado natural e o suserano, só então o segundo estaria constituído. Para o autor é tão somente importante que a autorização para o exercício da soberania tenha sido



concedida uma vez, sendo a perpetuação dessa mais dependente das virtudes do Leviatã que da aceitação dos subordinados.

3 FUNDAMENTO DO RECONHECIMENTO

Do exposto até o momento, conclui-se que a eficácia, ou a possibilidade de imposição, do poder soberano se assenta na capacidade do Estado, seja na figura do soberano ou nos representantes do povo, em manter um aparato burocrata ostensivo e força militar para impor, sempre que necessário, os ditames das regras sociais.

Sempre que necessário, deduz-se, pois, que a situação ideal seria a não-necessariedade. Essa situação apenas pode ser atingida através do reconhecimento dos subordinados de que a lei a eles imposta é moral e acertada.

A consecução desse objetivo passa necessariamente pela participação no processo de elaboração das regras sociais. A comunidade deve entender as leis do Estado não como uma imposição em si, a lei como fundamento de sua própria legitimidade, como previa Bodin, mas sim como o resultado de uma auto-regulação da sociedade.

O fundamento da força, da violência, da coação passa a ter relevância apenas quando, uma vez desobedecidos os comandos sociais, esse consiga suprimir o reconhecimento como fator de obediência e passe a impor os comportamentos tais quais deveriam ter sido assistidos.

Esta organização estatal, capaz de impor aos cidadãos os comandos por esses desobedecidos, hoje passa por uma profunda transformação, vivida em razão da ocorrência do fenômeno mundial da globalização, ou mundialização.

Nesse novo cenário, interesses alienígenas ao Estado passam a influenciar o processo decisório do mesmo, titular do poder soberano delegado pelo povo.

4 OS IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO NA PRINCÍPIO DA SOBERANIA

4.1 Considerações introdutórias

Soberania faz parte do rol de conceitos jurídicos indeterminados, afirmação feita por Celso de Mello e endossada por José Eduardo Faria, para esse os conceitos indeterminados “são expressões vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas formas a uma realidade cambiante”, em outras palavras, esses conceitos têm conteúdo variado, é determinado de acordo com a conjectura social, econômica e política de uma época específica. Sua importância está na capacidade de adaptação dos conceitos às novas exigências sociais, sempre cambiantes.

Lançando mão da noção de direito posto e pressuposto inserida em nossa doutrina pelo Min. Eros Grau, afirmamos que o direito pressuposto – resultante das influências da classe dominante e sua ideologia forte sobre o direito – condiciona substancialmente a forma que tomam os conceitos jurídicos indeterminados (GRAU, 2008).

No nascedouro do princípio existe um confronto de classes, a saber, a



declinante classe da nobreza e a burguesia em franca ascensão. A segunda se alicerçava no comércio, na troca de mercadorias que aos poucos ia se instalando em toda Europa através da disseminação dos burgos. Para os burgueses era necessário que houvesse a centralização do poder nas mãos de um soberano absoluto e sobre vastos territórios por diversos motivos: (1) a fragmentação territorial aumentava o custo das mercadorias, uma vez que essas eram sobre taxadas a cada principado que adentravam, (2) os Estados poderiam garantir segurança das trocas, estabelecendo parâmetros de conduta esperados, através da edição de leis *erga omnes* e (3) a existência de outros Estados soberanos, pares, garantiria a preservação da paz no continente, como evidentemente aconteceu através da celebração de acordos internacionais como o Tratado de Utrecht (1713)¹.

Portanto, não sem propósito que ao elaborar o conceito de soberania, Bodin estabeleça, como uma de suas restrições, a propriedade dos súditos, pois era exatamente sobre a propriedade que se assentava o poder da burguesia.

4.2 Globalização

O processo de globalização não é fenômeno recente, pois consiste na interdependência dos mercados e é característica inerente ao capitalismo. É, portanto, conhecido desde o empreendimento das grandes navegações, através da relação de dependência estabelecida entre Colônia e Metrópole. No entanto, o que é inédito aos nossos tempos é a intensificação desse processo, alavancada pela drástica diminuição no espaço e no tempo da transmissão de informações gerada pelos avanços tecnológicos na área de informática, bem como ao complexo processo de substituição da esfera de decisão das matérias mais importantes do político para o econômico, do Estado para empresas multinacionais, resultando dos acontecimentos históricos das últimas décadas, como as crises do petróleo, da paridade dólar-ouro e a queda do muro de Berlin² (FARIA, 2000).

Mais importante do que o estabelecimento de um conceito inequívoco de globalização, pretensão que o trabalho não tem e nem mesmo teria como tê-la, é a análise das implicações desse fenômeno mundial no direito moderno, que desencadeia um “mal-estar constitucional”, em consagrada expressão do eminente J. J. Canotilho (SARMENTO, 2004).

Como dito, o processo de mercados globalizantes, transfere das competências do Estado para as mãos da iniciativa privada o poder de decisão sobre

¹ Refere-se a Tratado celebrado pelas nações européias com intuito de manter o equilíbrio entre essas. Visava evitar a preponderância de um Estado sobre seus pares. Não extinguiu o direito a guerra, inerente do poder soberano, tão somente estabelecia as relações de forma a evitar a criação de impérios na região.

² Nessa obra o autor aponta duas razões fundamentais para o desencadeamento do capitalismo financeiro em escala global. Sendo o primeiro deles a crise do padrão monetário e o segundo os choques do petróleo, em 1973 e 1979. As respostas, em o prejuízo de outras, foram a desregulamentação dos mercados financeiros, revogação de monopólios estatais e a abertura do comércio internacional de serviços e comunicações. Ou seja, o neoliberalismo respondeu a suas crises como mais política neoliberal.



as políticas internas do país. O processo de captura do Estado é decorrente dessa interdependência entre seus mercados, com efeito, hoje se faz necessário a atração de capital estrangeiro para desenvolver as economias internas.

No entanto, essa atração e seus benefícios não se dão de forma igualitária. Nesse sentido existem países “mais” soberanos do que outros. A desigualdade gerada no processo – não é de surpreender – é sentida mais acentuadamente nos países da periferia por não possuírem, ao tempo da mundialização feroz do fenômeno, uma estrutura interna favorável, possuindo uma indústria incipiente – inapta à livre concorrência desleal que estaria por vir – e um estado sociológico alarmante, com grandes desigualdades regionais, analfabetismo, mão de obra desqualificada, etc. O caso do Brasil e da América Latina como um todo.

Esses países se depararam com uma verdadeira “sinuca de bico”, a atração de investimentos era necessária para o desenvolvimento do país – evidenciada pelo fracasso dos processos de desenvolvimento isolados – e abertura exigida pelo mercado ampliaria substancialmente as desigualdades já existentes em seus territórios. “Em outras palavras, descobrem-se [os países da periferia] materialmente limitados em sua autonomia decisória”, com efeito, o que vai determinar os limites dessa autonomia decisória, corolário da soberania, está fora do alcance de controle do Estado, são, por exemplo:

O peso relativo de suas economias na economia globalizada, a dimensão de seu mercado consumidor, a capacidade de investimentos dos capitais privados nacionais, o controle da tecnologia produtiva, a especificidade de suas bases industriais, o grau de modernidade de sua infra-estrutura básica, e os níveis de escolaridade, e informação de suas sociedades. (FARIA, 2000, p.23).

Nessas condições, os Estados não se encontram mais aptos a aplicarem de maneira autônoma a política monetária, previdenciária, social ou, em casos extremos, quaisquer outras políticas públicas dentro de sua jurisdição.

Sem embargos, “as novas variáveis econômicas, políticas e sociais emergentes do processo de globalização implodem os pilares fundamentais sobre os quais se alicerçou o pensamento jurídico ocidental” (SARMENTO, 1999, p. 54).

Com efeito, um desses pilares, sobre qual se erigiu o Estado de Direito, é o princípio da soberania. Do exposto até então, o conceito de soberania enquanto capacidade de autodeterminação do Estado e a influência das leis de mercado no cenário atual, nota-se evidente dicotomia entre as duas idéias.

Os cânones do neoliberalismo impõem uma mitigação da soberania em favor do livre fluxo de capital, com conseqüente maximização dos lucros, no entanto, para que uma nação, principalmente os Estados emergentes, possam atuar no cenário financeiro global em par de igualdade com as grandes potências é necessário que as desigualdades internas e externas anteriormente descritas sejam tratados aprioristicamente.

As duas décadas subseqüentes à queda do muro de Berlin e o desfazi-



mento da União Soviética, que presenciaram a hegemonia do ideário neoliberal, comprovaram a ineficiência desses em partilhar os lucros obtidos pelo sistema entre as nações, o que se observou foi o agravamento das desigualdades já existentes.

Portanto, antes de uma abertura de mercado ampla e irrefreável, se é que tal estado é desejável, se faz necessário que as nações estejam economicamente equiparadas, do contrário o sistema gerador de assimetrias continuará a gerá-las.

No específico e peculiar contexto brasileiro houve um salto entre estágios de desenvolvimento, ao menos como concebidos no Ocidente, assim, o Brasil não logrou êxito na instalação de seu Estado liberal, nem tão pouco na concretização dos objetivos sociais impostos pela Carta de 1988, diferentemente dos países mais ricos que tiveram processos de transição entre o estado liberal e o estado de bem estar social, acumulando os benefícios desse processo (SARMENTO, 1999). O que aconteceu, portanto, foi a abertura do mercado brasileiro ao mercado mundial sem as devidas preparações necessárias para tal, foi como uma corrida de cem metros entre atletas bem treinados e crianças.

A nosso ver o Constituinte de 88 estava a par das falhas do mercado e da inaptidão brasileira para ingressar nesse sem devidas reformas, optando por tráfegar na contramão da história, não implicando necessariamente em uma decisão equivocada, como se demonstrará.

As duas crises do petróleo desencadearam uma crise do modelo do *Welfare State*, colocando em cheque a lógica desse sistema. Os choques provocaram “uma crise generalizada de lucratividade e diminuíram drasticamente os níveis de acumulação” (FARIA, 2000, p. 63), acentuaram os níveis de endividamento externo dos países emergentes, provocaram o aumento da inflação generalizada e, por fim, acabaram por estagnar o crescimento como um todo.

Desta feita, o Estado, com a crise da arrecadação ocasionada pela situação mencionada, não detinha recursos para concretização das demandas sociais impostas pela população, bem como conhecia a lógica da desigualdade do sistema liberal.

Nesse cenário, que apontava para o fim do estado de bem estar social e ganho das políticas liberais, a Constituinte nacional, reconhecendo as deficiências brasileiras para um vantajoso ingresso no mercado mundial, optou, na contramão da história, por uma Constituição dirigente e social, com um compromisso interno de solução de desigualdades previsto nos primeiros capítulos de seu elegante texto.

Nessa esteira, “esta nova realidade é atemorizante, na medida em que o mercado não tem ética, pois objetiva a expansão do lucro, ainda que a custo do agravamento de problemas sociais e do desrespeito aos direitos humanos” (SARMENTO 1999, p. 64), convergimos com o referido autor para logo em seguida divergir quanto a inexistência de armas que permitam ao Estado submeter o seu ritmo ao capital internacional. Acreditamos que esta arma seja o exercício de sua soberania para consecução dos objetivos traçados em seu texto constitutivo, o contrário seria negar o conteúdo constitucional da República Federativa do Brasil, tão novo e que sequer teve chance de ser posto efetivamente em prática.

Nesse sentido é oportuno trazer a baila experiências como a dos Tigres Asiáticos, que através de planejamento estatal da economia e investimentos maciços em educação e saúde conseguiram, ao passo que abriam suas economias, se inserir



de maneira competitiva no mercado internacional exportando tecnologia e outras mercadorias de peso nas balanças internas.

Coadunamos com os ensinamentos do professor de Minas, Horta, no sentido que é importante que voltemos a discutir o Estado Nação em nossas academias, sua importância na concretização dos objetivos da Carta de 1988, notadamente agora que o sistema capitalista financeiro, ao contrário da futurologia de Fukoyama não se do:

Sabemos muito bem quão cara e difícil é a defesa da soberania e do Estado, em tempos como os nossos. É muitíssimo mais fácil proclamar o fim do Estado Nação, a derrocada da soberania e o império da sociedade civil e de seus reinos de necessidades fúteis que retomar o debate em torno do papel do Estado e da soberania (HORTA, 2008).

O próprio governo americano parece partilhar dessas idéias quando recentemente nacionaliza duas de suas maiores empresas hipotecárias, transformando ou re-transformando o Estado em salvador da economia.

O professor Salgado, em seu *O estado Ético e o Estado Apoiético*, tem argumentos suficientemente convincentes para essa retomada, lembrando o caráter ideológico das idéias dominantes de horror ao Estado: "O Estado é mau administrador. No entanto, vários licitantes nas privatizações [brasileiras] são estatais de outros países" (SALGADO *apud* HORTA, 2008).

Ora, a incoerência é gritante, para administração dos interesses brasileiros o Estado Nacional é inapto, mas Estados estrangeiros seriam não só aptos, como eficazes e melhores qualificados para determinadas concessões. Percebe-se que a resistência não se relaciona a idéia em si do Estado, mas da eficiência do serviço prestado, portanto se faz necessário a melhoria da prestação do serviço que seria melhor aproveitada também em outros setores da Sociedade, através do melhoramento do aparato estatal.

5 CONCLUSÃO

O princípio da soberania é conceito jurídico indeterminado, portanto, depende das condições sociais, políticas e econômicas de determinada época para ser bem definido e aplicado àquele contexto.

Ainda que de conteúdo variante, suas idéias centrais, que acompanham desde sua elaboração na transição do regime feudal para o mercantilista são, essencialmente: (1) territorialidade, (2) monopólio e (3) coercitividade, variando no tempo a amplitude de cada característica e seus titulares.

O processo de globalização, na medida em que diz respeito a uma forte inter-relação entre mercados e intenso fluxo de mercadorias, influência sobremaneira aspecto fundamental de soberania, a autodeterminação do Estado, no sentido do exercício de seu monopólio soberano.

Com efeito, as exigências do mercado impõem aos Estados que adotem



determinadas medidas em detrimento das quais julgasse ser necessário, influenciando e as vezes decidindo sobre, por exemplo, política cambiária.

Entretanto esse mesmo processo, a despeito de suas construções doutrinárias, não é capaz de distribuir a riqueza entre as Nações, impedindo, no específico contexto brasileiro, a consecução dos objetivos constitucionais da República.

Ante ao novo cenário mundial, da crise do capital financeiro e do sistema capitalista, depois de cinco décadas de hegemonia absoluta e taxas de crescimento sem precedentes, fica comprovado que o neoliberalismo não é o sistema final de organização societária.

Neste contexto, urge rediscutir o papel do Estado na promoção do desenvolvimento, através do exercício de sua soberania.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **As multinacionais e a desnacionalização do estado e da soberania**. In: Reflexões, política e direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. O que mais tarde o referido doutrinador chamaria de golpes de estado institucionais.

BLACK, Henry Campbell. GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. West Publishing Co, 2004.

FARIA, José eduardo. **Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Soberania e processo de integração**. Curitiba: Juruá, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008

_____. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 4ª ed. São paulo: Malheiros, 1998.

HORTA, José Luiz Borges. **Estado e Globalização: réquiem para o século XX**. In: Revista In Verbis nº 24. Ano XIII, Jul/Dez 2008.

MELLO, Celso de Albuquerque. **A soberania através da história**. In: Anuário de direito e globalização. p. 7-23. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.



PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PREUSS, Ulrich K. **Os elementos normativos da soberania**. In: Direito e legitimidade. P. 158-174. São Paulo: Landy, 2004.

SALGADO, Joaquim Carlos. **O Estado ético e o Estado apoiético**. In: Revista do tribunal de Contas do estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 27, n. 2. abr./jun. 1998.

SARMENTO, Daniel. **Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional**. In: Anuário de direito e globalização. p. 53-71. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

APPOINTMENTS CONCERNING THE SOVEREIGNTY PRINCIPLE AND THE GLOBALIZATION PROCESS

ABSTRACT

The sovereignty principle concerns to the capacity of Self-determination of a State in front of others as well the ability to conduct the internal law making process freely. The intensive flux of information and financial capital triggered by the globalization process passes to exercise influence into the decisions of the States, notably since the 70's, in occasion of the rise of the neoliberal doctrine lead by the United State of America. This article proposes to analyze the modern formulation of the sovereignty principle inside the global scenario and his effectiveness in the elaboration of the decisions processed into a Nation.

Keywords: Sovereignty. Globalization. State.

Artigo finalizado em setembro de 2008.





APONTAMENTOS SOBRE A REGULAÇÃO ESTATAL NAS ÁREAS DE PRÉ-SAL

Marcelo Laar Leite

Acadêmico do 10º período do Curso de
Direito da UFRN
Bolsista do PRH-ANP/MCT n. 36

RESUMO

A Emenda Constitucional 9/95 engendrou a flexibilização do monopólio da União quanto ao desenvolvimento de plúrimas atividades da Indústria do Petróleo e Gás Natural (IPGN), bem como a criação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Através dela, o Estado brasileiro incrementou suas estruturas econômica e regulatória nesse campo de atuação por meio de um modelo calcado em contratos de concessão de áreas de risco exploratório. Neste, empresas estatais e privadas, sejam nacionais ou estrangeiras, habilitam-se em um procedimento concorrencial licitatório no qual se buscam as ofertas que atendam aos interesses público. Advindo o descobrimento das chamadas áreas de pré-sal, no final do ano de 2007, mudou-se o panorama da IPGN no cenário nacional, abrindo-se o debate acerca dos modelos regulatórios que poderiam ser seguidos pelo Brasil quando da exploração dessas novas áreas. O objetivo deste artigo é, pois, contribuir com o referido debate, analisando-se os reflexos dessa descoberta no campo da regulação estatal. Metodologicamente, utilizou-se os conceitos e teorias da moderna doutrina regulatória no embasamento das posições tomadas, bem como as notícias veiculadas na mídia, tendo em vista a parca existência de publicações sobre o tema do pré-sal, natural para um tema tão recente.

Palavras-chave: Regulação. Petróleo e Gás. Pré-Sal.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou, originalmente, que as atividades de pesquisa, lavra e refino, entre outras, eram monopólio da União, só podendo esta desenvolvê-las através de empresas estatais vedando-se quaisquer outras formas de cessões, concessões ou participações¹.

Com a edição da Emenda Constitucional 9/95, deu-se o fenômeno da *flexibilização* do monopólio, uma vez que a União, malgrado não perdê-lo, passou a poder contratar a execução de tais atividades com empresas privadas.

A mudança no quadro jurídico proporcionou o ingresso de novos agentes econômicos na economia brasileira, demandando-se a criação de um ente regulador com as funções de incentivo, planejamento e fiscalização, perquirindo-se o interesse público.

Nesse sentido, foi promulgada a Lei 9.478/97, criando a então Agência Nacional do Petróleo² (ANP) e fixando princípios e objetivos da Política Energética Nacional, que, aliados aos princípios gerais da ordem econômica e financeira, devem balizar a atuação dos legisladores e aplicadores no sentido de preservar o interesse nacional, promover o desenvolvimento, os interesses do consumidor, o meio ambiente, a livre concorrência e atrair investimentos.

Ao longo de mais de uma década, os objetivos propostos pela Política Energética Nacional foram cumpridos pela ANP através de um modelo regulatório calcado em contratos de concessão de áreas de risco exploratório, precedidos por licitação.

A adoção deste marco foi capital ao desenvolvimento da Indústria do Petróleo e Gás Natural (IPGN) no Brasil, uma nação com dimensões continentais, contendo, aproximadamente, 7.500.000 Km² (sete milhões e quinhentos mil quilômetros quadrados) de bacias sedimentares, isto é, quase 70% do território nacional é composto por formações geologicamente propícias à geração e ao acúmulo de Petróleo e Gás³. A imensa vastidão territorial denota a impossibilidade de uma única empresa conseguir dinamizar seus investimentos a ponto de ter um retrato cabal do mapa petrolífero brasileiro.

Revela-se indubitável o crescimento da produção de Petróleo após a flexibilização do monopólio. Em termos de produção em terra e mar, houve uma expansão de 305.983 mil barris, em 1997, para 628.797 mil em 2006. A seu turno, as reservas descobertas saíram de 7.106,0 milhões de barris em 1997 para, em 2006, 12.181,6 milhões de barris. Observe-se que, no ritmo atual, se o Brasil resolvesse, nesse momento, parar de realizar procedimentos de licitação de blocos explorató-

¹ Artigo 177, §1º.

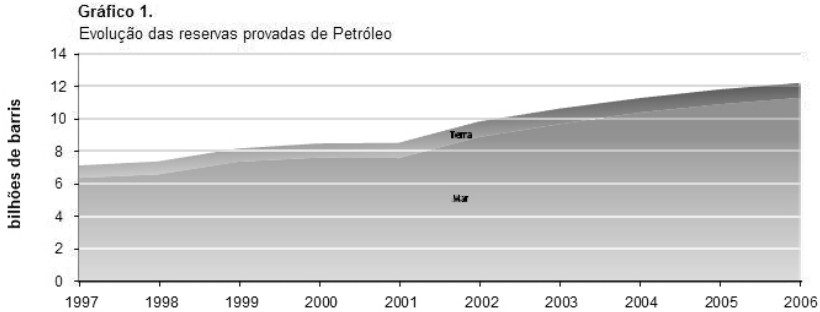
² A Lei 11.097/95 trouxe nova nomenclatura para a ANP, que passou a se chamar "Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis".

³ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Décima Rodada oferecerá 162 blocos em terra.** Disponível em: <http://www.anp.gov.br/conheca/noticias_int.asp?intCodNoticia=304>. Acesso em: 23 set. 2008.



rios — que propiciaram o descobrimento de tantas reservas — ainda se garantiria o abastecimento da nação por, pelo menos, mais dez anos⁴. Este foi o grande mérito da flexibilização do monopólio: cada vez mais se descobrem novas reservas, condicionando o país a progredir sem dependência externa.

Percebendo ilustrativamente o supracitado progresso, tem-se:



Nota:

Reserva em 31 de dezembro dos anos em referência.

As perspectivas de crescimento dos números gráficos acima, entretanto, sofreram uma radical mudança de paradigma após o anúncio, no fim do ano de 2007, da descoberta de gigantescas jazidas aonde outrora não se cogitava existir armazenagem de Petróleo e Gás: as áreas de pré-sal, com reservas estimadas entre 5 (cinco) e 8 (oito) bilhões de barris de petróleo, o que representaria um aumento de mais de 50% (cinquenta por cento) na reserva brasileira.

Diante de números tão significativos, resta discutir com que marco regulatório o país gerenciará as áreas de pré-sal. Deve-se optar pelo contínuismo ou por mudanças? Se forem ocorrer transformações, qual seria a abrangência?

2 DETALHANDO AS ÁREAS DE PRÉ-SAL

As chamadas áreas de pré-sal possuem entre 5 (cinco) e 7 (sete) quilômetros de profundidade, sendo aptas a revolucionar os patamares das reservas petrolíferas e gasíferas do Brasil, colocando-as entre as maiores do mundo. Essa descoberta, feita pela Petrobras — por meio de testes feitos ora individualmente, ora em parcerias —, fez suscitar intenso *frisson* na IPGN, dada não apenas a extensão do campo batizado “Tupi” — 800 (oitocentos) quilômetros de extensão por 200 (duzentos) quilômetros de largura —, mas também pela qualidade de óleo de alto

⁴ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS. **Anuário Estatístico 2007**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/doc/conheca/Anuario%20Estatistico%202007.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2008.



valor comercial⁵.

A importância do achado fez que o CNPE editasse a Resolução 06/2007, que não apenas retirou mais de trinta blocos congêneres dos leilões da 9ª Rodada de Licitações, como também determinou que o Ministério de Minas e Energia avaliasse, *no prazo mais curto possível, as mudanças necessárias no marco legal brasileiro*, de modo que venha a contemplar o novo paradigma de exploração e produção de petróleo e gás natural.

O tempo e a confirmação do real potencial do novo campo fizeram o Ministério Público Federal do Distrito Federal notificar a ANP em fevereiro de 2008, recomendando-a a suspender as próximas rodadas de licitação até que seja concluído o novo marco legal suscitado pela Resolução CNPE 06/2007.

Na representação, o *parquet* aduziu que era necessária a ação preventiva a fim de evitar prejuízos futuros ao patrimônio público, já que, ao que parece, quase não há riscos na exploração das camadas de pré-sal. Trouxe, ainda, que o furto de computadores contendo informações confidenciais da Petrobras ocorrido no início de 2008, um possível caso de espionagem industrial sobre a região das descobertas do campo de Tupi, e o receio de que os dados sejam usados para beneficiar alguma empresa em futuros procedimentos licitatórios em áreas de pré-sal, contribuíram para que a recomendação fosse feita⁶.

Passado quase um ano da descoberta, o governo tem adotado a mesma cautela da 9ª Rodada de Licitações, lançando, recentemente, a 10ª Rodada, prevista para se realizar em 18 de dezembro de 2008, inserindo como objetos do procedimento 162 (cento e sessenta e dois) diferentes blocos exploratórios, nenhum em áreas de pré-sal.

Percebe-se, pois, a urgência na definição de um modelo regulatório que permita a continuidade da exploração dessas áreas e a superveniência do gozo de seus salutares resultados, sobre os quais se discorrerá.

3 ENTENDENDO A REGULAÇÃO

O termo *regulação* surgiu nos Estados Unidos em um contexto no qual as indústrias detinham uma situação monopolista, sendo demandada a fixação de preços pelo Estado. Com o decorrer das circunstâncias históricas, houve o desejo de se abrir determinados setores à iniciativa privada, começando-se a se falar em *desregulação*.

Quando os termos jurídicos que protegiam os monopólios foram *suprimidos*, percebeu-se que eles não haviam sido substancialmente *superados*. Por isso, o Estado continuou a definir preceitos a fim de que o desmantelamento da proteção jurídica anterior tivesse uma real concretização. Era necessário, dessarte, a definição

⁵ CNPE, Resolução 06/2007, DOU de 14.11.2007, p. 24.

⁶ O GLOBO ONLINE. MP Federal recomenda à ANP que suspenda rodadas de licitação de áreas de petróleo e gás. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/02/19/mp_federal_recomenda_anp_que_suspenda_rodadas_de_licitacao_de_areas_de_petroleo_gas-425732185.asp>. Acesso em 26 set. 2008.



de mais regras que no passado⁷.

A evolução do entendimento de regulação, nos moldes praticados pelo Brasil, trouxe uma visão singularizada do instituto. Hoje, ela é compreendida como sendo o conjunto de medidas legislativas, administrativas ou convencionais que, restringindo a liberdade privada, determinam, controlam ou influenciam o comportamento dos agentes econômicos, perquirindo-se a conformação de suas atividades aos princípios constitucionais, mormente os da ordem econômica e social⁸.

Prescinde-se, assim, de um viés exclusivamente normativo, malgrado possa existir a *regulação* através da *regulamentação*. É exatamente essa a idéia do Art. 174 da Constituição Federal, que trata ambas as condutas complementarmente, registrando ser o Estado um agente *normativo* e *regulador* da atividade econômica.

De fato, enquanto o Estado irrompia-se na economia de forma direta, a elaboração dessas medidas era prescindível e, até certo ponto, desinteressante. Contudo, a partir do momento em que a execução da atividade passou a ser também desempenhada por particulares, fez-se inescusável a densificação de um aparato regulatório apto a garantir o interesse público tutelado⁹.

Essa é, porém, apenas uma das facetas do mecanismo norteador da economia. Hoje, pode-se dizer que o Estado exerce atividade econômica regulatória tanto quando faz concessões aos particulares para o desempenho de atividades econômicas e serviços públicos, como quando planeja regramentos que intentem tutelar o meio ambiente ou defender o consumidor¹⁰.

É nesse sentido que a regulação pode ser promovida de três modos distintos: o anticoncorrencial, o não concorrencial e o pró-concorrencial¹¹.

A primeira forma dispensa maiores comentários, configurando-se como a intervenção que cessa a existência de concorrência. Trata-se da prática de um monopólio cujo exercício compete a uma operadora estatal de forma exclusiva, cabendo a esta tanto regular quanto exercer a atividade econômica. Era o que ocorria com a IPGN antes da EC 9/95 e o que ocorre, ainda, no serviço postal.

Na faceta não concorrencial, do mesmo modo que não há a vedação à instituição de concorrência, também inexistente o estímulo. O Estado se mantém em uma posição neutra, focando sua regulação em pautas distintas da concorrencial, tais como a soberania, a universalização dos serviços, a integração regional, o meio

⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Concorrência e Regulação. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da (Org). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 223; GUERRA, Sérgio. Direito Administrativo e a nova hermenêutica: uma releitura do modelo regulatório brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 243, set./dez. 2006, p. 178.

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 162, out. 2004.

⁹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 167.

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15.

¹¹ As observações que envolvem esta subdivisão têm procedência na enriquecedora doutrina de MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Articulação entre Regulação Setorial e Regulação Antitruste. **Revista Regulação Brasil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p.69-88, jan./dez. 2005.



ambiente, a qualidade da prestação, entre outras¹².

Por último, o modelo pró-concorrencial possui maior afinidade com a moderna tendência regulatória, configurando-se como uma intervenção estatal que perquiri a introdução e a promoção da competição como o seu principal vetor. A concorrência passa a ser vista como o canal apto à consecução dos interesses públicos perseguidos pelo ente regulador. É a principal forma hodierna de regulação da IPGN, dos serviços de energia elétrica e o de telecomunicações¹³.

Há de se perceber que, independentemente do modelo adotado, todo agrupamento social que pretenda ter uma base sustentável de sua estrutura econômica, independentemente de organização ou tamanho, carece da adoção de um marco regulatório mínimo a fim de garantir o seu melhor funcionamento em busca do interesse público¹⁴.

A despeito da indeterminação, deve-se compreender o interesse público como um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes signifique um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material. Os primários são o próprio fundamento do Estado, isto é, o oferecimento de justiça, segurança e bem-estar social. Os secundários, por sua vez, são aqueles que possibilitam a realização dos primários, representados, genericamente, pelos interesses do erário público¹⁵.

4 OS MODELOS MAJORITARIAMENTE PROPOSTOS

Fixadas as bases propedêuticas sobre as áreas de pré-sal e a regulação, torna-se cabível a discussão material do aspecto regulatório de uma matéria tão controversa. Qual o caminho a ser adotado pelo Brasil? A manutenção do mesmo modelo de concessões *pró-concorrencial*, utilizado atualmente, ou a sua alteração? Seria cabível, nos dias atuais, a adoção de um marco *anticoncorrencial*? Em que termos? É o que passaremos a discutir.

Optando-se pelo primeiro, isto é, o atual modelo *concorrencial* baseado em contratos de concessão precedidos de licitação, o caminho mais sensato parece ser o da alteração dos valores do bônus de assinatura nos campos de pré-sal.

Basicamente, o Bônus de Assinatura caracteriza-se como a quantia a ser paga pelo concorrente no ato de assinatura do futuro Contrato de Concessão, caso venha a ser vencedor do procedimento licitatório¹⁶. No que tange ao valor exato do aporte, o concorrente mostra-se vinculado a quantias mínimas cujas oscilações se

¹² OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 139-140.

¹³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Articulação entre Regulação Setorial e Regulação Antitruste. **Revista Regulação Brasil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69-88, jan./dez. 2005.

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

¹⁵ BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 3, jul./set. 2006, p. 143-148

¹⁶ Lei do Petróleo, Art. 46.



dão em consonância diretamente proporcional ao valor do bloco objeto da oferta.

Trata-se de uma participação governamental, isto é, pagamentos a serem realizados pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural à Administração Pública, tendo mesma natureza dos *royalties*, das participações especiais e do pagamento pela ocupação/retenção de áreas.

Logo, se antes da resolução 06/2007 do CNPE — quando não se sabia da efetiva magnitude das jazidas — a ANP previu um bônus de R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) referentes ao bloco S-M-1247, situado na área de pré-sal da Bacia de Santos, ter-se-ia, após os estudos das suas reais dimensões, um necessário aumento neste valor, proporcional à nova realidade de volumes expressivos coadunados a um baixíssimo risco exploratório.

Além do bônus de assinatura, uma outra participação governamental teria de ser radicalmente alterada a fim de se sustentar o modelo de contratos de concessão: as participações especiais, ou seja, compensações financeiras extraordinárias devidas pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade.

As alíquotas de participação especial estão previstas no Art. 22 do Decreto 2.705/98 — que regulamenta a Lei do Petróleo no que tange às participações governamentais. Elas variam de acordo com fatores como a localização e a profundidade do campo. Atualmente, a alíquota máxima é de 40% (quarenta por cento) sobre a receita líquida da produção de cada campo, deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor, como determina o Art. 50, § 1º, da Lei do Petróleo.

Nesse sentido, recentemente reunidas no Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP), as empresas comunicaram ao governo o resultado de simulações sobre este modelo. Nas projeções, a alíquota da participação especial subiria para até 80% (oitenta por cento)¹⁷.

Optando-se pelo segundo modelo, provavelmente *anticoncorrencial* e calcado em contratos de partilha ou prestação de serviço, o Estado criaria uma empresa pública com o fito específico de administrar o petróleo e o gás natural. Essa empresa teria a tarefa de escolher os parceiros de investimento e operação, o que poderia ser feito por negociação direta, dispensando-se o instrumento licitatório. Aqui, a remuneração não seria baseada em *royalties* ou tributos, mas sim em um percentual da futura produção (petróleo e gás *in natura*)¹⁸. O governo teria que vender o produto recebido para obter receitas.

Ao contrário do que possa parecer, o segundo modelo não possui qualquer incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro, que estabelece a *faculdade* de contratação de empresas estatais ou privadas; não a *obrigatoriedade*¹⁹,

¹⁷ FOLHA ONLINE. **Petroleiras concordam com tributo maior para exploração no pré-sal**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u402089.shtml>>. Acesso em: 08 set. 2008.

¹⁸ PRATES, Jean-Paul. **Brasil pós-Pré-Sal: partilha não paga royalties, entre outras coisas**. Disponível em <http://oglobo.globo.com/blogs/petroleo/post.asp?cod_post=110375>. Acesso em: 07 set. 2008

¹⁹ Constituição Federal, Art. 177, §1º.



de maneira que o Estado, como agente normativo e regulador da economia, poderia deliberar a contratação apenas de empresas estatais na exploração das áreas de pré-sal.

Malgrado tal constatação, seria inafastável a mudança na legislação ordinária, uma vez que toda a base normativa infraconstitucional primária — Lei do Petróleo — e secundária — portarias e resoluções da ANP — está estruturada sob o regime regulatório das concessões de áreas de risco, devendo haver, portanto, uma conformação do direito posto à nova realidade sócio-econômica.

5 COMPLEIÇÃO REGULATÓRIA DOS MODELOS

A discutida manutenção do modelo *pró-concorrencial* com o incremento das participações governamentais nos campos de pré-sal nos parece em clara consonância com o interesse público da maximização do erário (secundário).

Pugnamos, também, pela conformação deste modelo com o interesse público primário. Primeiramente, pelo bem-estar social conseguido nos dez anos de exploração através do modelo de concessão. Conseguiu-se gerar empregos, atrair investimentos estrangeiros, desenvolver a indústria nacional e ampliar consideravelmente o conhecimento do mapa geológico brasileiro. Paralelamente, também materializa este interesse público primário a segurança trazida pela relativa independência no que tange à importação de petróleo, mormente em um momento de altas e recordes históricos no preço do barril²⁰, o que finda por contribuir com a constância dos preços dos derivados deste hidrocarboneto fundamental na sociedade contemporânea.

Por outro lado, o modelo provavelmente *anticoncorrencial* é a alternativa defendida pelo ministro das Minas e Energia, Edison Lobão²¹.

Entre as autoridades da IPGN, o modelo dos contratos de partilha é defendido pela Petrobras, uma sociedade de economia mista que, em tese, seria a grande beneficiada com o modelo²². Não é de se estranhar essa postura, uma vez que a nova empresa estatal incumbida da administração do petróleo extraído da camada pré-sal a contrataria diretamente para a realização das atividades de exploração, desenvolvimento e produção.

No outro sentido, a ANP e o IBP defendem a manutenção do atual modelo regulatório²³.

²⁰ Em julho de 2008, a cotação do barril de petróleo atingiu mais um recorde histórico: US\$ 145,29. FOLHA ONLINE. **Preço do petróleo vai continuar a subir, diz Opep**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u419827.shtml>>. Acesso em: 08 set. 2008.

²¹ SENADO NA MÍDIA. **Ministro quer adotar modelo de partilha da produção de petróleo**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/noticia/senamidia/principaisJornais/notSenamidia.asp?ud=20080627&datNoticia=20080627&codNoticia=284825&nomeParlamentar=Aloizio+Mercadante&nomeJournal=Valor+Econ%F4mico&codParlamentar=845&tipPagina=1>>. Acesso em: 08 set. 2008.

²² FOLHA ONLINE. **Petrobras defende contratos de partilha de produção para o pré-sal**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u408359.shtml>>. Acesso em: 10 set. 2008.

²³ UOL. **IBP abre debates sobre pré-sal e defende modelo atual**. Disponível em: <<http://noticias.uol>



Esta é, inicialmente, a alternativa mais prudente. A medida regulatória *anticoncorrencial*, sob o argumento da defesa da soberania do Estado brasileiro, tem alta probabilidade de aumentar a burocracia do setor e criar mais uma Estatal a ser usada como estandarte de indicações políticas de mérito discutível, podendo torná-lo menos ágil e insuscetível ao acompanhamento da dinâmica do mercado.

Não há nenhuma garantia que o Estado ganharia mais com tal procedimento; ao contrário. Apenas atrasaria a continuidade das Rodadas de Licitação, por puro apego ideológico contrário a todas as estatísticas favoráveis à regulação *pró-concorrencial*.

Ademais, o propagado modelo regulatório norueguês, que seria o exemplo de regime de *partilha*, nada mais é que um verdadeiro regime de *concessões*, no qual uma empresa de investimentos — a “Petoro” — aplica e investe receitas extraordinárias estatais dos royalties e das participações governamentais, valores estes precedidos por licitações em regime de concessão²⁴.

6 CONCLUSÃO

Pelos motivos explicitados, entendemos que o melhor marco regulatório a ser seguido nos campos de pré-sal é o atual modelo de concessões.

Esse modelo careceria, todavia, de uma cabal adaptação no que tange às participações governamentais, mormente o aumento do valor do bônus de assinatura, que poderiam chegar até mesmo à casa dos trilhões de Reais, bem como das alíquotas das participações especiais.

Atente-se, por fim, que qualquer ilação com pretensões definitórias é temerária nesse momento²⁵. Lançado o debate, caberá ao Poder Público, em diálogo substancial com os agentes econômicos e a sociedade civil organizada, perquirir o substrato dos modelos propostos e — por que não? — criar modelos próprios ou híbridos compatíveis com os interesses nacionais.

O mais importante, sem dúvidas, será encontrar o tênue equilíbrio entre a urgência e a precaução ante as mudanças vindouras.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS. **Anuário Estatístico 2007**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/doc/conheca/Anuario%20Estatistico%202007.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2008.

com.br/ultnot/2008/08/29/ult29u63047.jhtm>. Acesso em: 28 set. 2008; ESTADÃO. **Gabrielli quer mudar Lei do Petróleo**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080604/not_imp183516,0.php>. Acesso em: 28 set. 2008.

²⁴ PRATES, Jean-Paul. **Pré-Sal: por quê mudar o que dá certo?** Disponível em: <http://oglobo.globo.com/blogs/petroleo/post.asp?cod_post=121764>. Acesso em: 25 ago. 2008

²⁵ Trabalho desenvolvido em setembro/2008.



_____. **Décima Rodada oferecerá 162 blocos em terra.** Disponível em: <http://www.anp.gov.br/conheca/noticias_int.asp?intCodNoticia=304>. Acesso em: 23 set. 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, v. 1, n. 2, out. 2004.

BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 3, jul./set. 2006.

ESTADÃO. **Gabrielli quer mudar Lei do Petróleo.** Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080604/not_imp183516,0.php>. Acesso em: 28 set. 2008.

FOLHA ONLINE. **Petrobras defende contratos de partilha de produção para o pré-sal.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u408359.shtml>>. Acesso em: 10 set. 2008.

_____. **Petroleiras concordam com tributo maior para exploração no pré-sal.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u402089.shtml>>. Acesso em: 08 set. 2008.

_____. **Preço do petróleo vai continuar a subir, diz Opep.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u419827.shtml>>. Acesso em: 08 set. 2008.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Concorrência e Regulação. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da (Org). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002

GUERRA, Sérgio. Direito Administrativo e a nova hermenêutica: uma releitura do modelo regulatório brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 243, set./dez. 2006.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Articulação entre Regulação



Setorial e Regulação Antitruste. **Revista Regulação Brasil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69-88, jan./dez. 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Regulação da Atividade Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001

SENADO NA MÍDIA. **Ministro quer adotar modelo de partilha da produção de petróleo**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/noticia/senamidia/principaisJornais/notSenamidia.asp?ud=20080627&datNoticia=20080627&codNoticia=284825&nomeParlamentar=Aloizio+Mercadante&nomeJornal=Valor+Econ%F4mico&codParlamentar=845&tipPagina=1>>. Acesso em: 08 set. 2008.

O GLOBO ONLINE. **MP Federal recomenda à ANP que suspenda rodadas de licitação de áreas de petróleo e gás**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/02/19/mp_federal_recomenda_anp_que_suspenda_rodadas_de_licitacao_de_areas_de_petroleo_gas-425732185.asp>. Acesso em 26 set. 2008.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

PRATES, Jean-Paul. **Brasil pós-Pré-Sal: partilha não paga royalties, entre outras coisas**. Disponível em <http://oglobo.globo.com/blogs/petroleo/post.asp?cod_post=110375>. Acesso em: 07 set. 2008

UOL. **IBP abre debates sobre pré-sal e defende modelo atual**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/2008/08/29/ult29u63047.jhtm>>. Acesso em: 28 set. 2008.

NOTES ABOUT THE STATE REGULATION ON PRE-SALT AREAS

ABSTRACT

The Constitutional Amendment 9/95 made flexible the Union's monopoly regarding the development of



many activities in the Oil and Natural Gas Industry (IPGN), as well as created a national agency for Oil, Natural Gas and Biofuels, the Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Thus, the Brazilian government increased its economical and controlling structure in this field, using a model based on concession of areas with exploration risk agreements. In them, public and private, national or foreigner companies qualify in a competitive public tender, by which the State searches for offers that serve the public interest. With the discovery of the pre-salt areas, in the end of year 2007, the background of the IPGN changed in the national scenery, what opened the debate about the regulatory models that could be followed by the government for exploring those areas. The objective of this article is, then, to contribute to such debate, analyzing the reflexes of this discovery on the field of state regulation. Methodologically, concepts and modern regulatory theories were used to base the positions that were taken, as well as news diffused by the media, since there is still little publication about the pre-salt theme, what is natural for such a recent theme.

Keywords: Regulation. Oil and Natural Gas. Pre-salt layer.

Artigo finalizado em setembro de 2008.





ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

Arianne Castro de Araújo

Acadêmica do 8º período do Curso
de Direito da UFRN

Xisto Tiago de Medeiros Neto

Professor orientador

RESUMO

O presente estudo debruça-se sobre a temática do assédio moral organizacional praticado pelas empresas, o qual reflete ato atentatório à dignidade do trabalhador, ao meio ambiente do trabalho, bem como aos valores morais da coletividade. Embora constitua fenômeno antigo, o assédio moral, sobretudo o organizacional, vem ganhando maior relevância na atualidade, tendo em vista as características da conjuntura econômica hodierna, que representa fator de estímulo para sua ocorrência. Destarte, a fim de respaldar os argumentos trazidos à baila sobre o tema, fez-se uso de jurisprudências, pesquisas doutrinárias, além de consulta a ações trabalhistas, a documentos eletrônicos e à legislação vigente. Desse modo, demonstra-se na presente exposição que o assédio moral organizacional é conduta que deve ser veementemente combatida, devendo os agentes de tal prática serem responsabilizados pelos danos ocasionados, inclusive em sua dimensão social e coletiva.

Palavras-chave: Assédio Moral Organizacional. Afronta à dignidade do trabalhador. Degradação do meio ambiente de trabalho. Dano Moral Coletivo.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Como se tomassem por fundamento a idéia de Maquiavel, resumida na frase de que “os fins justificam os meios”, algumas empresas acreditam que todas e quaisquer estratégias de trabalho são legítimas para o alcance do lucro, devendo ser aplicadas e prontamente seguidas pelos empregados.

Nesse sentido, são postos em prática sistemas e métodos operacionais de gerenciamento que, tendo em vista a impessoalidade e o caráter humilhante e hostil com que são efetivados, em face dos trabalhadores, caracterizam o assédio moral organizacional no âmbito da empresa. Isso porque, visando unicamente ao aumento das vendas, a empresa impõe ao trabalhador o alcance ou superação de metas de produção e vendas estabelecidas, além da obediência a padrões de condutas, sob pena de imposição de sanções e práticas ofensivas à dignidade do trabalhador e degradadoras do meio ambiente de trabalho.

Salienta-se que o cenário econômico mundial é fator determinante da adoção da prática do assédio moral organizacional nas empresas, haja vista a pressão imposta aos trabalhadores a produzirem além da sua capacidade laborativa e a baixo custo, prevalecendo a insensibilidade e impessoalidade dentro da empresa, que está muito mais preocupada com a superação de metas e resultados do que com o meio ambiente de trabalho e a dignidade humana do trabalhador.

É nessa linha que se pode afirmar que a integridade e saúde do empregado e o ambiente laboral encontram-se diretamente relacionados à forma como é exercido o poder diretivo e organizacional do empregador. Os novos métodos de estratégia empresarial, decorrentes de um modelo produtivo prestigiador da dominação e da competitividade desmedida, fazem emergir uma gestão pontuada pelo estresse, na qual a empresa se vale da reserva cruel do desemprego como instrumento de pressão e de chantagem, fazendo com que o trabalhador suporte sem reação as humilhações e constrangimentos que lhes são impostos.

2 ASSÉDIO MORAL

O assédio moral não é um problema surgido nos dias atuais. Ao contrário, é reconhecido como conduta tão antiga quanto o próprio trabalho. Contudo, são recentes o seu estudo, bem como a reflexão sobre os aspectos que, no cenário sócio-econômico hodierno, fazem com que trabalhadores a ele se submetam, assim como a conscientização de sua existência, de seus efeitos e da necessidade de que tal conduta reprovável seja banida das relações de trabalho.

Tendo em vista todo o seu contexto e o retrocesso que representa, o assédio moral conduz à crença de que se constitui em fenômeno típico de países em desenvolvimento, em que a consciência social seria, em tese, menos difundida. No entanto, tal fenômeno é uma realidade que se faz presente, também, nos países desenvolvidos, haja vista o cenário capitalista que prepondera na economia mundial.

Nesse desiderato, torna-se oportuno mencionar que tal fenômeno também é objeto de pesquisa em outros países e recebe diferentes denominações na



doutrina estrangeira, sendo chamado de: *moobing*, na Itália, Alemanha e países escandinavos; *bullying* ou *Moral Harassment*, na Inglaterra e EUA; *acoso psicológico* ou *acoso moral*, nos países de língua espanhola; *ijime*, no Japão, consoante os apontamentos de Micheline de Souza, em seu artigo “Assédio Moral nas Relações de Trabalho”.

2.1 Assédio Moral Individual versus Assédio Moral Organizacional

2.1.1 Conceitos e diferenças

Conforme antes mencionado, o assédio moral configura-se como fenômeno social que, embora somente venha ganhando destaque no meio acadêmico em tempos recentes, já que o contexto sócio-econômico atual facilita e contribui para sua incidência, é acontecimento contemporâneo ao surgimento do sistema de trabalho assalariado.

Os juristas e estudiosos sobre o tema, ao buscar o real significado do assédio moral propriamente dito, recorrem à psicologia para delimitar o seu conceito. Assim, faz-se mister elucidar a definição da estudiosa Marie France Hirigoyen acerca do assédio moral, *in verbis*:

Por assédio moral em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo, por comportamento, palavras, gestos, escritos, que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho. (2005,p.65)

No mesmo sentido, a juíza do trabalho Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt ressalta que o assédio moral:

Juridicamente, pode ser considerado como um abuso emocional no local de trabalho, de forma maliciosa, não-sexual e não-racial, com o fim de afastar o empregado das relações profissionais, através de boatos, intimidações, humilhações, descrédito e isolamento. [...] o assédio pode ser visto também pelo ângulo do abuso de direito do empregador de exercer seu poder diretivo ou disciplinar. (2001, p. 142).

Desse modo, salutar esclarecer que os conceitos *supra* expostos referem-se, apenas, ao assédio moral individual, ou seja, aquele mais conhecido e fácil de ser visualizado, exercido por um superior hierárquico, ou mesmo por um colega ou por grupos de colegas sobre um determinado empregado, visando humilhá-lo, menosprezá-lo ou ridicularizá-lo perante os demais trabalhadores, sendo o primeiro conhecido como assédio moral vertical, e o segundo como assédio moral horizontal. Há, ainda, uma terceira caracterização do assédio moral, que é aquele



exercido pelos subordinados contra o superior hierárquico, que, apesar de não muito corriqueiro, pode ser verificado na hipótese da vítima, muitas vezes novata no ambiente de trabalho, ter uma forma de administrar não aceita pelo grupo (assédio moral ascendente).

A conduta do assédio moral, que representa uma verdadeira violação à dignidade do trabalhador, ocorre pelos mais diversos e banais motivos; seja porque a vítima destaca-se na empresa quanto às suas habilidades, sobressaindo-se, muitas vezes, mais do que o próprio superior (o que causa neste inveja e raiva, incutindo-lhe o sentimento de vingança), seja porque ela comporta alguma característica que desperta a reação de companheiros de trabalho, tais como: a opção sexual, a religião, a idade e o estado civil.

Impende atentar para o fato de que o assédio moral individual caracteriza-se especialmente pela frequência e intencionalidade da conduta, não podendo ser confundido com uma desavença isolada ou esporádica no ambiente de trabalho.

Urge salientar que o contexto sócio-econômico mundial vem desenvolvendo um outro tipo de assédio moral que, diferentemente do assédio moral individual, tem como vítima não apenas um empregado em particular. A vítima, nessa nova feição do assédio moral, é o meio ambiente de trabalho e toda a massa de trabalhadores da empresa, a qual desenvolve um padrão de gerenciamento, ou seja, adota métodos operacionais de produção que denigrem e agridem a moral daqueles empregados que estão a eles submetidos e inseridos, tudo isso objetivando o lucro e a eficiência na produção da empresa.

A essa outra face do assédio moral que, embora pouco divulgada e ainda não muito estudada, mas que se constitui num fenômeno social preocupante e crescente, dá-se o nome de “assédio moral organizacional”, “assédio moral coletivo” ou, ainda, “assédio moral institucional”.

3 ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

3.1 Aspectos Gerais

O assédio moral organizacional decorre do conjunto de métodos e condutas adotadas por uma empresa que, visando ao direcionamento de todos os trabalhadores à obtenção do lucro e maiores níveis de desempenho, os impõem metas de venda inatingíveis e os submetem a situações vexatórias, constrangedoras e humilhantes que agridem não só a dignidade destes, mas também, todo o ambiente de trabalho em que estão inseridos.

Faz-se imprescindível, nesse diapasão, invocar as pertinentes lições da Procuradora do Trabalho, Adriane Reis de Araújo, que caracteriza o assédio moral organizacional como sendo o:

Conjunto de condutas abusivas, de qualquer natureza, *exercido de forma sistemática* durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e *que resulta no vexame*,



humilhação ou constrangimento de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas e metas da administração, por meio da ofensa a seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos. (2006, p. 107). [grifos acrescentados].

Destarte, o assédio moral, na seara organizacional, é decorrente do *modus operandi* da empresa, a qual determina condutas e métodos de trabalho que são exigidos e monitorados de forma abusiva, mediante palavras, ações, gestos ou comportamentos que, por sua repetição ou sistematização, violam a dignidade e a integridade dos trabalhadores, findando por ameaçar e degradar o ambiente de trabalho.

Outrossim, imperioso atentar para o fato de que, no assédio moral coletivo, qualquer trabalhador, indistintamente, está submetido a este tipo de “tratamento” ou “punição” adotado pela empresa, já que é uma prática operacional desenvolvida em seu âmbito. Ou seja, diferentemente do assédio moral individual, o assédio moral organizacional não tem como vítima apenas uma única pessoa determinada; todos os empregados estão sujeitos à pressão demasiada de trabalho com consequente penalidade vexatória ou desrespeitante caso não obtenham o desempenho desejado.

O Ministério Público do Trabalho do Estado do Rio Grande do Norte, enfrentando a matéria na Ação Civil Pública n.º 00804-2008-005-21-00-1, proposta contra as Lojas Insinuante¹, ressalta que as vítimas do assédio moral coletivo, ante o tratamento agressivo que recebem, e o ambiente de trabalho de extrema tensão a que ficam submetidas, passam a comportar os sentimentos de menos valia, de inferioridade, e até de descartabilidade. Segundo o referido órgão:

O empregador, diretamente ou mediante prepostos, prima por inculcar nos subordinados o pensamento de que tudo têm que suportar para atingir os objetivos buscados, e que os gestos, palavras ou ações que tendam a desqualificá-los e humilhá-los são normais e aceitáveis em um mercado de trabalho tão competitivo como o que se apresenta atualmente.

Observa-se, portanto, que, em regra, os empregados vivenciam calados as pressões e humilhações sofridas, tudo isso a fim de evitar retaliações e até a demissão pela empresa, já que a todo tempo são alertados e lembrados da grande quantidade de pessoas que gostariam de ocupar a sua vaga de trabalho.

É nesse esteio que o assédio moral coletivo vem se constituindo em uma prática cada vez mais comum no âmbito das empresas, refletindo-se em “consequências” negativas para os trabalhadores, caso eles não sigam o padrão de conduta

¹ Ação em trâmite na 5ª Vara do Trabalho da Comarca de Natal/RN.



determinado ou não atinjam as metas de venda fixadas. Essas “conseqüências” desenvolvem-se das mais diversas formas e, na maioria das vezes, são tratadas como corriqueiro método operacional ou como mera “brincadeira” adotada para mais um momento de descontração ou entretenimento.

Assim, caso os trabalhadores não se portem da maneira exigida ou não alcancem ou superem as metas determinadas, são obrigados a se submeter as mais variadas e criativas situações, tais como: usar perucas coloridas durante o expediente ou, até mesmo, pagar prendas diante dos outros empregados, como por exemplo, dançar músicas de cunho erótico, fazer flexões, usar camisetas com apelidos esdrúxulos ou, ainda, ter a foto afixada em murais da empresa para tornar público seu mau desempenho.

A situação analisada reflete-se, inclusive, na recente condenação da empresa AMBEV pelo Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Neste sentido, faz-se mister transcrever trecho de um dos depoimentos reproduzido na decisão², *in verbis*:

Que era vendedor; [...] que tinham metas diárias; que não atingidas as metas, nas reuniões matinais se falava e então eram estabelecidas algum tipo de castigo, como por exemplo, dançar a música na boquinha da garrafa ou fazer flexões de braço, ou ainda assistir reuniões em pé [...] que na camisa que usava além da marca da empresa era colocado um apelido, sendo que o dele depoente era boca de cavalo; que este apelido lhe foi dado pelo gerente de vendas [...]; que inclusive dois colegas negros foram apelidados, um de caixa preta e outro de Saci, sendo que esse segundo se constrangeu bastante com a situação; que obrigatoriamente nas quartas e nos sábados tinham que utilizar a camiseta; que também lhes eram dirigidas nas reuniões palavras de baixo calão, tais como: porra, incompetente, imprestável [...] que inclusive um colega, [...], que havia sido selecionado desistiu de trabalhar porque não queria laborar com apelido.³[grifos acrescidos].

Ademais, em notícia retirada do sítio do Tribunal Superior do Trabalho, postada dia 1º de fevereiro de 2007, sob o título: “Matéria especial: assédio moral na Justiça do Trabalho”, encontram-se relatos demonstrando como são corriqueiras e constantes as práticas de assédio moral coletivo em empresas do país:

² A ação em comento foi proposta pelo Ministério Público do Trabalho da 21ª Região em face da empresa Cia Brasileira de Bebidas - AMBEV, a qual foi condenada a pagar uma indenização no montante de 01 (hum) milhão de reais pelo assédio moral coletivo praticado em seu âmbito. Parte deste dinheiro foi destinada à promoção de campanha publicitária dirigida pela empresa, com o objetivo de esclarecer o que consiste o assédio moral, desestimular a sua prática e, ainda, de encorajar os trabalhadores a reagirem contra sua ocorrência e denunciá-lo aos órgãos competentes.

³ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. 21ª Região. **Acórdão nº 61.415**. Rel. Juíza Joseane Dantas dos Santos. Publicado no DJE/RN nº 11.289, em 22/08/2006.



Nas Lojas Colombo S/A, de utilidades domésticas, no Rio Grande do Sul, realizavam-se reuniões em que os vendedores “eram chamados de ignorantes, burros, parasitas”, e o gerente os ameaçava de perda de emprego caso não cumprissem suas cotas. Outra prática, alvo de várias reclamações trabalhistas, é o pagamento de “prendas”. Na empresa Irmãos Farid Ltda., revendedora de bebidas e refrigerantes de Conselheiro Lafaiete (MG), os vendedores que não atingiam suas metas eram obrigados a pagar flexões, correr em volta de uma praça pública e usar um certo “capacete de morcego”, diante dos colegas e das pessoas que estivessem na praça no momento. Em Belo Horizonte, a Companhia Brasileira de Bebidas aplicava castigos vexatórios semelhantes, submetendo seus empregados a constrangimentos como desfilar de saia rodada, perucas e batom diante dos colegas e mesmo de visitantes.

Destarte, frise-se que, com a adoção das práticas alhures descritas, a empresa acaba por gerar em seus empregados o sentimento de medo e angústia e um ambiente tenso de trabalho, já que estão sempre conscientes e temerosos de que podem ser os próximos a sofrerem esse tipo de agressão e constrangimento. Em outras palavras, com esse método de trabalho, a empresa termina por “alertar” cada empregado de que, caso ele não obtenha ou supere o resultado imposto, sofrerá as mesmas conseqüências que o seu colega sofrera.

Assim sendo, oportuno mencionar os seguintes julgados acerca da temática em comento:

DANO MORAL - VENDEDOR QUE NÃO ATINGE METAS - SUBMISSÃO A SITUAÇÃO VEXATÓRIA NO AMBIENTE DE TRABALHO. *Demonstrando a prova testemunhal que o empregado - vendedor - quando não atingia as impostas metas de venda, era obrigado a usar um chapéu cônico, contendo a expressão “burro”, durante reuniões, na frente de todos - vendedores, gerente, supervisores - oportunidade em que era alvo de risadas e chacotas, indubitáveis o vexame e a humilhação, com conotação punitiva [...]. Tal procedimento afronta diretamente a honra e a dignidade da pessoa, bens resguardados pela Carta Maior. Iniciativas absurdas e inexplicáveis como esta têm que ser combatidas com veemência, condenando o empregador ao pagamento de indenização por dano moral⁴. [grifos acrescidos].*

⁴ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. 9ª Região, **RO nº 1796/2002**. Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther. Publicado no DJ em 20/09/2002.



ELEIÇÃO DO EMPREGADO TARTARUGA. ATO PATRONAL CONSTRANGEDOR E OFENSIVO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - EXPOSIÇÃO DO EMPREGADO A RIDÍCULO E A VEXAME. REPARAÇÃO POR DANO MORAL. VIABILIDADE. *Afronta a dignidade da pessoa humana a instituição, pela empresa, de eleição mensal de empregado tartaruga, para assim designar pejorativamente aquele trabalhador que cometeu atrasos no horário de entrada nos serviços, expondo o empregado eleito ao ridículo, além de colocá-lo em situação vexatória perante os demais colegas de trabalho.*⁵ [grifos acrescidos].

Diante de tais fatos, é, sem dúvida, difícil acreditar que empresas, muitas vezes de grande porte, com maquinários modernizados e nacional ou internacionalmente conhecidas, são capazes de adotar métodos operacionais tão indignos para dirigir seus empregados. O mais impressionante é que tais métodos tornam-se viciosos e corriqueiros, sendo muitas vezes aplicados em todas as lojas e filiais da empresa, identificando-se, portanto, um *standard* comportamental utilizado para gerenciamento, com estratégia agressiva, intimidativa e apelativa, unicamente com o objetivo de incrementar as suas vendas.

3.2 Dinâmicas Grupais

Noutro passo, a fim de evitar equívocos acerca da compreensão do assédio moral organizacional, faz-se mister ressaltar que muitas empresas costumam adotar dinâmicas grupais, as quais consistem em atividades realizadas com o intuito de testar a capacidade psicológica e física do trabalhador e a compreensão das normas utilizadas pela empresa, além de buscar a interação e descontração dos empregados. Através das dinâmicas, eles passam a compreender melhor os objetivos da empresa, a importância de se desempenhar um trabalho em equipe, além de se sentirem mais à vontade no ambiente de trabalho.

Essa atitude não pode ser confundida com o assédio moral no âmbito coletivo. Isso porque, esta prática gera humilhação para os trabalhadores e se desenvolve justamente com o intuito de pressionar o empregado a produzir, incutindo-lhe o sentimento de tensão ao executar sua tarefa, o que não ocorre nas dinâmicas grupais, que primam pela socialização no âmbito das relações trabalhistas.

Contudo, quando tais dinâmicas passam a ser aplicadas de maneira inconseqüente, ocasionando efeitos danosos ao equilíbrio emocional dos empregados, devem ser repelidas do ambiente de trabalho e combatidas de maneira eficaz, sob pena de incorrerem na prática ilícita do assédio moral organizacional.

⁵ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. 15ª Região. **RO n.º 029389/2001**. 5ª TURMA, Rel. José Antonio Pancotti. Publicado em: 08/04/2002.



3.3 Agressão ao meio ambiente de trabalho

A Constituição Federal de 1988 (CF) atribuiu ao meio ambiente de trabalho relevância inconteste, tanto que o referenciou em diversos preceitos, dentre eles, o artigo 7º, inciso XXII; artigo 39, §3º; artigo 200, inciso VIII; artigo 170, inciso VI, além do artigo 225, *caput*. Este último dispõe que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Desse modo, por ter a Carta Magna brasileira consagrado o trabalho como direito social fundamental do cidadão, revelando-o como sendo verdadeira fonte de dignidade e importante meio de promoção da justiça social e do bem-estar, pode-se afirmar que o meio ambiente no qual o trabalho é desempenhado também deve gozar de total proteção.

Entretanto, não obstante a tutela legal e constitucional conferida ao meio ambiente laboral, resta notória, diante do contexto econômico vivenciado no mundo moderno, a dificuldade das empresas em equilibrar a busca pela obtenção do lucro e a manutenção de um ambiente de trabalho sadio.

Atualmente, sobreleva a dificuldade desta tarefa, haja vista a crise vivenciada pelo mercado de trabalho, originada do culto ao individualismo, da busca desenfreada pelo lucro, da intensa competitividade, e da procura incessante pela máxima produtividade com o mínimo de dispêndio possível, predominando a razão econômica em detrimento de valores como a dignidade do trabalhador.

A aliança de tais fatores contribui para a elevação de um grau de impessoalidade e distanciamento entre as pessoas no ambiente da empresa, favorecendo a prática de atitudes hostis pelo empregador, que passa a enxergar e tratar o trabalhador como um objeto descartável na estrutura empresarial.

É nessa trilha que a incidência do assédio moral organizacional acaba por “contagiar” todo o ambiente em que é desempenhado o trabalho. Isso ocorre pois, diante da sistemática operacional adotada, o trabalhador executa sua atividade sob extrema tensão, já que o grupo de empregados passa a sofrer ameaças diárias acerca das possíveis conseqüências negativas que poderão vir a sofrer caso não seja seguido o padrão de conduta delimitado ou não atingidas as metas de venda e produção estipuladas. Essa tensão e estresse tornam-se ainda mais incidentes quando um empregado observa seu colega de trabalho sofrer as punições antes anunciadas, sendo vítima de chacota pelos dirigentes e até pelos próprios trabalhadores.

Observa-se, portanto, que o ambiente onde é desempenhado o trabalho encontra-se diretamente relacionado e suscetível à forma como é exercido o poder diretivo do empregador, apresentando vulnerabilidade às práticas abusivas e ilícitas adotadas.

3.4 afronta à dignidade humana e conseqüências do assédio moral organizacional

A dignidade humana constitui o valor fundamental do ordenamento



jurídico e consagra-se como valor fundante do Direito e princípio basilar de um Estado democrático. Em virtude da evolução social, este princípio foi ganhando relevância de tal modo que hoje figura como cânone maior e centro axiológico do sistema jurídico.

A atual Carta Magna consagra a dignidade humana em seu artigo 1º, inciso III, devendo ser respeitada e prontamente observada, portanto, em todas as relações que envolvam o indivíduo, sejam elas pessoais, sociais ou profissionais.

A prática do assédio moral na empresa representa, pois, uma verdadeira ofensa ao ordenamento jurídico, posto que viola valores e regras de proteção aos trabalhadores e, em especial, a dignidade inerente a eles. Isso porque, a pressão diária a que estão submetidos, aliada ao temor de sofrer as conseqüentes humilhações impostas aos que não se enquadram à conduta exigida ou o receio de serem demitidos diante de uma falha, faz com que o trabalho seja desempenhado sob verdadeiro terror psicológico.

Com efeito, a sistemática operacional utilizada, com métodos impessoais de produção e padrões de gerenciamento intoleráveis, faz com que o empregado seja visto como uma máquina que tem que produzir a todo custo e a toda hora. Uma máquina que deve seguir as regras estabelecidas, sem ser levado em consideração que quem desempenha aquele trabalho é um ser humano merecedor de respeito e dotado de falhas e problemas pessoais.

Desta feita, a dignidade do trabalhador é diretamente afetada diante do assédio moral, haja vista que o que ocorre, na realidade, é uma verdadeira “coisificação” do empregado, o qual passa a comportar os sentimentos de inutilidade, imprestabilidade e até de descartabilidade, consoante aponta a advogada Regina Célia Pezzuto Rufino (2006), em comentários sobre o tema.

Tal fato contribui, diretamente, para o surgimento de sérias doenças, tanto de cunho físico quanto psicológico, desencadeadas pelo estresse profissional sofrido diante das pressões humilhantes e constantes, tais como: depressão, insônia, perda da auto-estima, etc. Afora isso, acaba ocorrendo o esfriamento das relações entre os empregados, falta de entusiasmo para o trabalho, desgaste físico e emocional, acentuação do individualismo, além de outras conseqüências.

Ressalte-se, outrossim, que o trabalhador vítima do assédio moral apresenta um estresse emocional que se reflete, muitas vezes, no convívio familiar e na forma de realizar o seu trabalho. Diante das insuportáveis pressões exercidas, torna-se nervoso, inseguro e temeroso no desempenho de suas atribuições, o que facilita o cometimento de erros e dificulta o alcance das metas estipuladas. Ademais, são pertinentes as lições da doutrinadora Alice Monteiro de Barros (2004), ao aduzir que o assédio moral afeta também os custos operacionais da empresa, com a baixa produtividade daí advinda, o absenteísmo, a falta de motivação e de concentração que aumentam os erros no serviço, além da alta rotatividade de mão-de-obra, gerando despesas com rescisão contratual, seleção e treinamento de pessoal.

3.5 Legislação sobre o assédio moral organizacional e legitimados a combatê-lo

No Brasil, o assédio moral organizacional não possui previsão expressa na



legislação, dispondo acerca de sua configuração e penalidades. O que se encontra, propriamente em âmbito municipal e regional, são leis que descrevem e vedam a prática do assédio moral individual, não havendo, no entanto, lei federal que trate sobre o tema⁶.

Todavia, não é pela falta de legislação específica que o empregador ficará impune quando incorrer na prática de tal ilícito. Isso porque, o assédio moral organizacional representa verdadeiro ato atentatório à ordem social, aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, bem como aos valores morais e princípios resguardados na *Lex legum*.

Ressalte-se que, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante dantes comentado, está a dignidade da pessoa humana, sendo um dos objetivos constitucionais a “vedação de toda e qualquer forma de discriminação” (art. 3º, inciso IV, CF). O inciso III do art. 5º da Carta Magna assegura, ainda, que ninguém será submetido à tortura nem a “tratamento desumano ou degradante”. Além disso, o inciso X do referido dispositivo determina que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Destarte, a prática do assédio moral é, indubitavelmente, ato que atenta contra a ordem constitucional e legal, além de violar princípios basilares do ordenamento jurídico e direitos trabalhistas oriundos de uma histórica luta social para sua consagração. Não é possível admitir-se que o respeito ao trabalhador, sujeito dotado de direitos juridicamente consagrados, seja suplantado pelo poder diretivo da empresa.

Com efeito, torna-se imprescindível a imediata reação e resposta eficaz do sistema jurídico frente à prática do assédio moral organizacional, que deve ser coibido pelos órgãos competentes, responsáveis pela defesa dos interesses dos trabalhadores.

É nessa linha que se destaca o Ministério Público do Trabalho (MPT), instituição incumbida, pela Carta Magna e leis infraconstitucionais, da defesa dos interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF), bem como da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, segundo dispõe o artigo 127 da Lei Maior. Ademais, a Lei Complementar n.º 75/1993, em seu art. 83, inciso III, atribui ao MPT a promoção da ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Afora isso, registre-se que, além do Ministério Público do Trabalho, os Sindicatos e as Associações constituídas há pelo menos 01 (hum) ano também possuem legitimidade para ajuizar ação civil pública em caso de assédio moral coletivo praticado no âmbito das relações trabalhistas.

Malgrado o exposto, ressalte-se que, diante do assédio moral, qualquer

⁶ É sabido que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 2.369/2003, o qual dispõe acerca do conceito de assédio moral individual, valores de sua indenização, formas de prevenção pelo empregador, além de enquadrá-lo como ilícito trabalhista.



cidadão deve realizar a denúncia de tal prática aos órgãos competentes, os quais possuem a incumbência de investigar a veracidade dos fatos denunciados e, por conseguinte, buscar as medidas legais e judiciais cabíveis. O que não se pode é permanecer inerte frente às abusividades das empresas, salientando-se que o denunciante possui todas as garantias de anonimato, bem como de sigilo quanto às informações fornecidas.

4 DO DANO MORAL COLETIVO

As empresas que praticam o assédio moral organizacional, consoante já posto, utilizam um padrão determinado de conduta, adotado sob a forma de orientações gerais, que é reproduzido em todos os seus estabelecimentos, de molde a atingir, indistintamente, todos os empregados, em ofensa à sua dignidade. Importa mencionar que se incluem como vítimas, tanto aqueles que laboram para a empresa, quanto os que já foram demitidos, todos atingidos pelas práticas hostis.

Destaca-se, ademais, que o assédio moral coletivo afronta não apenas à dignidade dos empregados diretamente vitimados, mas também, atinge bens e valores de toda uma coletividade. Explica-se: na organização social, sobressaem-se valores aceitos e compartilhados pela sociedade, a qual pode ser vista em toda a sua extensão ou, até mesmo, representada por segmentos menores (grupos, categorias ou até classe de pessoas).

Tem-se, hodiernamente, a teoria da responsabilidade direcionada não somente para a composição de danos no âmbito individual e privado, mas também para a proteção de bens e valores relevantes à coletividade. Nesse passo, ensina o Procurador Regional do Trabalho Xisto Tiago de Medeiros Neto que “esses valores, de natureza extrapatrimonial, representam a síntese de interesses comuns das pessoas, os quais, assim amalgamados, adquirem expressão e dimensão próprias, tornando-se indivisíveis e traduzindo caráter coletivo e metaindividual”. (2004, p. 132).

Na esteira desse entendimento, o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho frisa que não apenas o indivíduo isoladamente possui um padrão ético, de forma que a coletividade, ou os grupos sociais, são titulares de direitos transindividuais. (1995, p. 13).

Com efeito, quando houver intolerável violação de direitos coletivos e difusos, cuja essência seja tipicamente extrapatrimonial, restará configurado o dano moral coletivo, a ensejar a necessária tutela na esfera jurídica. Atente-se que a compreensão do dano moral coletivo não deve estar diretamente conjugada com a idéia de perturbação, incômodo ou transtorno coletivo, tendo em vista que tais fatores constituem muito mais conseqüência do dano produzido pela conduta do agente do que pressuposto para sua configuração.

Impende salientar, ainda, que não é porque a configuração da conduta ilícita está inserida no âmbito de uma relação de trabalho que lhe é atribuído o caráter de direito individual. A quantidade de pessoas, a depender do tipo de conduta, é irrelevante, posto que o elemento materializador de um dano moral de natureza coletiva é sua repercussão no meio social. Assim sendo, caso uma prática



discriminatória seja direcionada a um indivíduo ou pequeno grupo em particular e essa lesão puder ser irradiada para todo o ordenamento jurídico, haverá uma ruptura de todo o sistema de garantias fundamentais, ferindo-se, portanto, direitos coletivos que devem ser tutelados.

Faz-se imperioso ressaltar, nesse cenário, a imprescindibilidade e relevância de se responsabilizar as empresas praticantes do assédio moral organizacional, haja vista o dano ocasionado à coletividade como um todo. Não é admissível, em suma, que os responsáveis, frente a um sistema jurídico - respaldado por uma lógica de equidade, justiça e razoabilidade -, possam obter benefícios a partir de práticas ou omissões lesivas à coletividade ou a determinados grupos de pessoas, auferindo situações de vantagem.

Nessa quadra, Manoel Jorge e Silva Neto posiciona-se no seguinte sentido:

quando o empregador ofender, injusta e coletivamente, a intimidade, a vida privada, e a honra dos trabalhadores, estará concretizando dano moral de dimensão transindividual, passível de reparação. [...] se a determinação empresarial é dirigida a todos os empregados, será correto reconhecer a dimensão coletiva da ofensa, a compostura de transgressão a interesse transindividual trabalhista, e, assim, pleiteada a indenização por dano moral coletivo, é indeclinável a emissão de provimento judicial com tal fim, inclusive para refrear os ânimos do empregado quanto a novas investidas. (2001,p.118).

Desse modo, a condenação pelo dano moral coletivo constitui um meio legalmente previsto para reparar o descaso e a inobservância em face dos direitos fundamentais dos trabalhadores pela empresa, bem como do ordenamento jurídico e dos princípios basilares que lhe dão fundamento, em especial o do respeito à dignidade humana.

Assim, com a devida condenação e penalização da empresa, há o restabelecimento da ordem jurídica, fazendo-se cessar a continuidade das condutas lesivas e impedindo o retorno da prática ilícita. Em outro ângulo, propicia-se a reparação do dano coletivo emergente das condutas desrespeitosas de princípios e normas, constitucionais e infraconstitucionais, que tutelam as relações de trabalho.

A jurisprudência tem se posicionado no sentido de responsabilizar o empregador pela prática de atos lesivos aos trabalhadores, em reconhecimento da configuração do dano moral coletivo e da necessidade de sua reparação. São exemplos os seguintes julgados:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DANO MORAL COLETIVO. CARACTERIZAÇÃO. A caracterização do dano moral decorre da mera constatação da lesão, não havendo necessidade de que seja produzida prova do sentimento que ela desencadeou. Noutros termos,



uma vez presente a lesão, o dano é presumível [...]. Demonstrado nos autos o desrespeito a direitos trabalhistas garantidos pela própria Constituição Federal [...], o senso comum nos leva a concluir que a indignação e sobretudo a insegurança certamente assolará a coletividade de seus empregados. Constatado o dano moral coletivo sofrido pelos empregados da ré, sobeja pertinente sua condenação à indenização correspondente, reversível ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador⁷.

DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. Uma vez configurado que a ré violou direito transindividual de ordem coletiva, infringindo normas de ordem pública que regem a saúde, segurança, higiene e meio ambiente de trabalho e do trabalhador, é devida a indenização por dano moral coletivo, pois, tal atitude da ré abala o sentimento de dignidade [...] tendo reflexos na coletividade e causando grandes prejuízos a esta⁸.

Noutro passo, aponte-se que a condenação da empresa por dano moral coletivo não obsta a propositura de ações individuais perante a Justiça do Trabalho pelos empregados, visando à reparação pessoal pelo dano moral e/ou material decorrente do assédio moral. Repita-se: a condenação da empresa praticante do assédio moral organizacional corresponde a uma reparação pelo dano coletivo, objetivando o restabelecimento da ordem jurídica e social devastada, além da punição do infrator e da coibição de reiteradas práticas.

Outrossim, a indenização pelo dano moral coletivo, além do caráter punitivo, apresenta caráter preventivo-pedagógico, razão pela qual o valor da reparação deve expressar montante que sirva de exemplo para a sociedade, como sinal da função inibidora presente na condenação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas conclusivas, o assédio moral organizacional é reflexo de uma sistemática operacional adotada pela empresa, com o intuito de engajar subjetivamente todo o grupo de empregados a obter o lucro, e a atingir metas de venda demasiadamente elevadas, seguindo-se um dado padrão de conduta estabelecido. Para isso, são utilizados métodos hostis e humilhantes, findando por degradar não apenas a dignidade dos trabalhadores, mas, também, todo o ambiente de trabalho, o que gera conseqüências nefastas para a saúde física e psíquica dos empregados.

Salienta-se, conforme explicitado, que as vítimas desse fenômeno

⁷ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. 10ª Região. **RO nº. 00430/2005**. Rel. Juiz Braz Henrique de Oliveira, Publicado em 03.05.2006.

⁸ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. 8ª Região. **RO nº 5309/2002**. 1ª Turma. Rel. Juiz Luis José de Jesus Ribeiro.



acabam sendo não apenas os trabalhadores da empresa, mas também toda a coletividade, que se depara com grave violação a valores de ordem social e moral, constitucionalmente consagrados. Nesse desiderato, cabe a órgãos como o Ministério Público do Trabalho, Sindicatos Profissionais e Associações proceder a tutela dos direitos dos trabalhadores e da sociedade como um todo, o que se faz por meio de ação civil pública perante à Justiça do Trabalho, visando à cessação e reparação do ato ilícito, através da condenação da empresa pelos danos morais coletivos.

O que não se pode permitir é que as empresas fiquem impunes diante da configuração do assédio moral organizacional, haja vista que tal prática representa um retrocesso social intolerável, por refletir o desprezo evidente aos valores e regras de proteção aos direitos dos trabalhadores, em sua dimensão coletiva.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Adriane Reis. *O assédio Moral Organizacional*. Dissertação de mestrado em Direitos das Relações Sociais. PUC-SP, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. Assédio moral. *Repertório de Jurisprudência IOB: trabalhista e previdenciário*, v. 2, n. 18, p. 539 – 547, set. 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

HIRIGOYEN, Marie-France. *A violência perversa no cotidiano*. 7 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano Moral Coletivo*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *Dano Moral Coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MATÉRIA ESPECIAL: ASSÉDIO MORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=7298&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em 10 de outubro de 2008.

RUFINO, Regina Célia Pezzuto. *Assédio Moral no âmbito da empresa*. São Paulo: LTr, 2006.



SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. O assédio moral no direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo. n. 103. p. 142-172, jul./set. 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A responsabilização civil por dano moral difuso e coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo. n.103. p. 109-125. jul./dez. 2001.

SOUZA, Micheline Cachina Cavalcanti de. Assédio Moral nas Relações de Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte*. Natal. n. 07. p. 138-155. julho. 2007.

ORGANIZATIONAL MORAL HARASSMENT

ABSTRACT

This article shows an analysis about the moral collective harassment practiced by companies and shows that it's a hard common phenomenon that jeopardizes the worker's dignity and the environment at work. Although it is an old phenomenon, the bullying, particularly the organizational one, has only been gaining more relevance today because of the current global economic model. In order to develop this research many types of sources, such as the law, doctrine, jurisprudence, were used. Therefore, this study demonstrates that the bullying must be totally removed from the legal system and the companies that have been practicing it should be compelled to pay a compensation for collective moral damage.

Keywords: Organizational Moral Harassment Affront to the worker dignity. Degradation of the environment at work. Moral Damage Harassment.

Artigo finalizado em outubro de 2008.



A
**AUTONOMIA DE
VONTADE *VERSUS* LIVRE
CONCORRÊNCIA: UM ESTUDO
ACERCA DA CLÁUSULA DE
EXCLUSIVIDADE NO CENÁRIO
JURÍDICO-ECONÔMICO
BRASILEIRO**

Zaqueu Hudson de Araújo Gurgel
Acadêmico do 8º período do Curso de
Direito da UFRN
Monitor da disciplina Crimes
em Espécie II

RESUMO

Os contratos têm como principal fundamento a autonomia da vontade. Inicialmente, há plena liberdade para contrair direitos e obrigações por meio da palavra. Entretanto, a vontade individual não pode ir de encontro às normas de ordem pública e aos bons costumes. Surge o dirigismo contratual, procurando proteger os interesses da coletividade. No que tange às relações econômicas, o contrato possibilitou a consolidação do capitalismo, viabilizando a concentração de capital e acordos entre empresas. O fenômeno da globalização e os princípios trazidos pela Constituição Federal alteraram substancialmente o mercado econômico. As cláusulas de exclusividade presentes nos contratos empresariais podem produzir efeitos positivos ou negativos para a economia, pois podem resultar numa extinção da concorrência, conduta vedada pelo ordenamento jurídico. Somente com a análise desses efeitos é que se pode afirmar a ilicitude de tais restrições.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Exclusividade. Livre concorrência.

“Não é o mais forte que sobrevive, nem o mais inteligente, é o que melhor se adapta às mudanças.”
(Charles Darwin)

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A idéia de competição é ínsita ao espírito humano. Desde os primórdios da humanidade, há uma constante luta pela sobrevivência e para se alcançar melhores condições de vida. No campo das relações sociais, como lembra Forgioni (2005), seguindo as idéias de Lambros Kotsiris, verifica-se que a concorrência está presente desde o surgimento da civilização, uma vez que é da própria natureza humana a busca pelo crescimento, sobretudo quando se trata de interesses pecuniários e patrimoniais.

Assim, a concorrência encontra terreno fértil na seara das relações empresariais. A competição por clientela fomenta a celebração de acordos entre empresas, a fim de que se fortaleçam economicamente e possam conquistar o mercado. Todavia, percebe-se, com cada vez mais freqüência, que tais contratos, amparados sob o manto protetor da autonomia da vontade, tentam, de alguma forma, ocultar a verdadeira intenção de dominar o mercado econômico, em afronta direta ao ordenamento jurídico pátrio.

Partindo dessa premissa, o presente artigo tem como finalidade precípua discutir a inserção da cláusula de exclusividade no contexto da legislação antitruste brasileira. De início, tem-se uma abordagem clássica da autonomia da vontade e da teoria geral dos contratos. Mais adiante, verifica-se que a abrangência dessa autonomia, ao longo dos tempos, sofreu algumas mitigações, inclusive no que pertine às relações entre empresas.

2 AUTONOMIA DA VONTADE: A CLÁSSICA EXPRESSÃO DOS CONTRATOS

Consoante a doutrina clássica, o contrato constitui o melhor meio de expressar as intenções e desejos das partes em um acordo, uma vez que para sua celebração é indispensável a manifestação inequívoca dos contratantes. Dessa forma, como preleciona Maria Helena Diniz (2008), o contrato, por ser uma categoria de negócio jurídico, em regra bilateral ou plurilateral, nasce quando as vontades das partes se encontram no sentido de regular seus interesses particulares.

A criação de direitos e obrigações por meio da simples vontade é inata ao ser humano. No entanto, foi com o direito canônico, cujo fundamento era a espiritualidade cristã, que a palavra ganhou força normativa, materializando-se na obrigatoriedade das promessas, possibilitando que o consentimento das partes promovesse a aquisição, o exercício, a modificação ou a extinção de direitos e obrigações correspondentes (RIZZARDO, 2006).

Os filósofos e juristas que precederam a Revolução Francesa, especialmente os chamados enciclopedistas, promoveram um grande avanço da teoria da vontade. E, posteriormente, o Código Civil francês, com nítida influência



do *Corpus Juris Civilis*, consolidou essas idéias, preceituando no Art. 1.134 que as convenções constituíam lei entre as partes contratantes – “*pacta sunt servanda*” –, esboçando o conceito mais perfeito e mais natural de justiça, decorrente do livre arbítrio humano.

A idéia de liberdade, no entanto, veio a atingir a máxima concretização e materialização com o advento da Revolução Industrial no século XIX, uma vez que, para o desenvolvimento e aperfeiçoamento das novéis técnicas de mercado, fazia-se imprescindível ampla liberdade contratual. Na realidade, conforme salienta Ferreira (2007), a transformação paulatina dos Estados agrários em Estados industriais e comerciais ocorreu graças aos pensamentos liberais, que mostravam a sociedade como sendo formada, fundamentalmente, por sujeitos livres e iguais e, portanto, aptos para expressar seus desejos e vontades por meio da palavra.

Ao tratar desse tema, Arnoldo Wald (1994) realça a importância do contrato e, consequentemente da liberdade volitiva, para a economia capitalista. O contrato constituiu o instrumento eficaz para o nascedouro do capitalismo, possibilitando a circulação de riquezas, a estruturação das sociedades anônimas, bem como contribuindo para as grandes concentrações de capital. Com o mesmo entendimento, Orlando Gomes (1998) esclarece que essas concentrações só foram viabilizadas por que, à época da consolidação do regime capitalista de produção, o contrato tinha conotação puramente individualista.

2.1 Limitações ao princípio da autonomia da vontade

A autonomia da vontade, enquanto princípio máximo do direito contratual, compreende duas importantes vertentes: a liberdade contratual e a liberdade de contratar. Esta faz referência imediata à celebração ou não do acordo, isto é, se e quando o pacto irá ocorrer, e quais são as partes envolvidas. Por outro lado, a liberdade contratual diz respeito ao conteúdo da avença, consistindo, portanto, na liberdade de estipular, da forma como desejarem, as cláusulas que disciplinarão os interesses dos contratantes (DINIZ, 2008).

Todavia, como tem se posicionado os doutrinadores, essa liberdade não é plena, absoluta e irrestrita. Os interesses privados estão subordinados ao interesse coletivo. É necessário que a vontade particular esteja adstrita ao direito que as demais pessoas têm à parcela de liberdade que lhe é correspondente, bem como aos valores intrínsecos ao Estado Democrático de Direito, tais como a igualdade, a democracia, a solidariedade e a segurança (SARMENTO, 2006). Convenções que sejam contrárias à ordem pública ou aos bons costumes carecem de respaldo jurídico. Assim, repisa enfaticamente Maria Helena Diniz (2008), asseverando que os caprichos e desejos dos contratantes ficam sujeitos às normas de ordem pública, em que prevalecem os interesses da coletividade, e aos bons costumes.

Entende-se que a atuação do Estado, enquanto ente soberano, deve se posicionar na tutela dos economicamente mais frágeis e coordenar, por meio de políticas públicas, os diversos setores da vida econômico-social. Portanto, verifica-se uma inevitável ingerência estatal no conteúdo dos contratos privados, restringindo a autonomia da vontade das partes em auto-regular suas relações obrigacionais,



a fim de proteger a liberdade alheia às partes e proteger a paz jurídica de toda a sociedade (SARMENTO, 2006). É o que se entende por dirigismo contratual, que se materializa com o advento de normas imperativas, limitadoras da autonomia individual, mas promotoras da defesa do interesse coletivo. Obtemperando a progressiva intervenção do Estado nas relações privadas, Orlando Gomes (1977, p. 161) profetisa:

Num crescendo que parece irrefreável, aumentam as disposições imperativas no regime legal dos contratos e diminuem os preceitos dispositivos ou supletivos, de tal sorte que muitos temem a socialização dos contratos [...] e sua constante adaptação às circunstâncias econômicas cambiantes.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 e, em 2002, o Código Civil (art. 421, CC), solidificaram a função social do contrato como princípio norteador das relações particulares. Em outra passagem, Orlando Gomes (1986) enfatiza a inserção dos institutos de Direito Privado nas constituições, em que se encontram as proposições que lhes regem, ou seja, os princípios e dogmas essenciais para a correta e justa aplicação das normas jurídicas. É necessário, portanto, que o contrato apresente alguma utilidade social, além de não afrontar as normas de ordem pública e os bons costumes.

Assim, não há, de fato, uma eliminação total da autonomia da vontade, mas, tão-somente uma atenuação de seu alcance, uma limitação de seus efeitos. Visa-se, portanto, que os interesses dos contratantes não colidam com os interesses metaindividuais, e que haja uma constante procura por conciliar os interesses das partes com os da sociedade. Mancebo (2005), na esteira de Vicente Ráo, sintetiza que esses interesses, aparentemente tão díspares, são plenamente harmonizáveis quando as normas jurídicas são aplicadas considerando-se as necessidades e aspirações humanas, haja vista o indivíduo estar sempre convivendo com seu grupo.

Por outro lado, seguindo o pensamento de Kelsen (2000, p. 32-33), há, necessariamente, divergências entre interesse particular e coletivo, e este sempre prevalece, já que a idéia de ordem está representada no poder do Estado, *in verbis*:

A discordância entre a vontade do indivíduo, ponto de partida da exigência de liberdade, e a ordem estatal, que se apresenta ao indivíduo como vontade alheia, é inevitável. [...] A liberdade do indivíduo, a qual, em última análise, se revela irrealizável, acaba por ficar em segundo plano, enquanto a liberdade da coletividade passa a ocupar o primeiro plano.

Nesse contexto de interferência estatal nas relações de natureza privada,



a vontade negocial só estaria, em princípio, limitada às normas de ordem pública e aos bons costumes. No entanto, observa-se que há também fatores de ordem econômica influenciando e delimitando a autonomia da vontade. Na realidade, a livre iniciativa, enquanto princípio constitucional e elemento propulsor da economia, não é dotada de total amplitude ou ilimitada. Assim, o Estado, através das normas jurídicas, deve atuar protegendo os mais fragilizados economicamente, numa espécie de compensação (PEREIRA, 2006). Verifica-se, portanto, uma atuação progressiva de forças jurídicas, políticas e econômicas no instituto do contrato, retirando-lhe parte de seu caráter individualista e conferindo-lhe significativo aspecto social (FERREIRA, 2007).

3 O MERCADO ECONÔMICO HODIERNO

A atual conjuntura econômica é marcada, sobretudo, pela globalização. A interação – cada vez mais profunda e dinâmica – dos mercados influi determinadamente no fortalecimento do capital, promovendo o desenvolvimento das técnicas de produção e, como conseqüência, podendo resultar em eficiência econômica que aumente o bem-estar do consumidor.

Todavia, como ressalva Eros Roberto Grau (2007), a globalização, por ser essencialmente financeira, termina comprometendo a liberdade, gerando exclusão social, competição desarrazoada entre os indivíduos e extinção dos serviços públicos. Na mesma direção, Paulo Bonavides (2004) energicamente sumariza que a globalização econômica recolocou o capitalismo na selva, em que os gigantes da economia mundial detêm a superioridade e saem com vantagens nesse jogo ainda sem regras.

De um lado, com o intenso processo de internacionalização da economia, o Estado perde significativa capacidade de exercer o controle interno e externo, uma vez que o capital torna-se mais volátil e facilmente transita para os mais diversos lugares, proporcionando o desencadeamento de crises financeiras, que desestruturam a economia (FARIA, 1998).

Em contrapartida, para que o mercado esteja em equilíbrio e se desenvolva satisfatoriamente, gerando eficiência, é necessário que ele esteja imerso numa atmosfera de estabilidade e harmonia econômica. Os participantes do mercado precisam, portanto, concorrer com um mínimo de igualdade de oportunidades (SALOMÃO FILHO, 2000), devendo, assim, haver severa repressão ao abuso de poder econômico, que compreende uma violenta afronta à função social das atividades empresariais, pois o titular dessa posição dominante atua controlando os preços de um determinado produto em uma localidade, restringindo a liberdade de iniciativa e a concorrência.

Consoante os ensinamentos de Eros Grau (2007), o abuso de poder econômico não é somente um mero componente da realidade social, mas, especialmente, um elemento institucionalizado com força constitucional, expressamente previsto no Art.173, §4º, CF. Corroborando com esse posicionamento, André Ramos Tavares (2003) complementa, realçando a necessidade de se estabelecer a devida punição, através de legislação extravagante, para aqueles que



comprometem o equilíbrio no mercado, utilizando-se de sua força econômica.

Logo, percebe-se que o abuso de poder econômico se revela em um regime de anormalidade concorrencial, de modo que o titular da posição dominante apropria-se de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em uma situação normal (BRUNA, 2000).

3.1 Concorrência perfeita, economia de mercado e princípios da ordem econômica

Em meados do século XVIII, tinha-se claramente a idéia de que o mercado se regularia de forma perfeita e automática, sem a participação do Estado, havendo tão-somente o equilíbrio entre a oferta de bens e serviços e sua procura pelos consumidores ávidos em satisfazer suas necessidades e desejos. Nesse sentido, a doutrina liberal, apoiada nessa idéia do Liberalismo Econômico, sintetizada pela expressão "*laissez faire, laissez passer*", afirmava preempitoriamente que a livre concorrência, de forma autônoma, geraria variedade de produtos, aumentaria sua qualidade e reduziria seus preços (BARROSO, 2002). Portanto, a noção de mercado perfeito, equilibrado e eficiente seria concretizada simplesmente com a máxima liberdade de atuar no mercado. Caracterizando essa idéia inalcançável e inatingível, Petter (2005) sumariamente ensina que nesse modelo de concorrência perfeita há uma pulverização do mercado, grande substitutividade de produtos e liberdade de iniciativa, e existem muitos vendedores e muitos compradores, de modo que nenhum é capaz de, isoladamente, exercer influência sobre os demais e dominar o mercado.

Todavia, a realidade é marcada por monopólios, oligopólios e, em diversos casos, total ausência de concorrência, divergindo profundamente do modelo da perfeição. Na realidade, a livre concorrência plena é um ideal difícil de ser atingido, uma vez que seus principais requisitos são impraticáveis, ou seja, os produtos não são homogêneos ou facilmente substituíveis, nem há informação completa dos agentes econômicos (SALOMÃO FILHO, 1998).

Após o advento do Neoliberalismo, que procurou restaurar certas idéias e posições liberais dos séculos precedentes, chegou-se à conclusão de que somente a força coercitiva e intimidadora do Estado, na direção de preservar os princípios basilares, poderia regular o mercado e garantir o equilíbrio econômico (CARVALHO, 2006), pois a ele cabe guardar esses preceitos fundamentais e atingir o interesse comum.

3.1.1 Ordem econômica constitucional

A Carta Maior de 1988 expressamente delinea que a livre concorrência é princípio da ordem econômica (art. 170, IV, CF) e que o abuso do poder econômico deve ser coibido pela lei (art. 173, § 4º, CF). Portanto, o atuar do Poder Público sobre a esfera econômica deve pautar-se no sentido de legitimar o Estado Democrático de Direito, minimizando os efeitos das arbitrariedades individuais existentes nas atividades empresariais (SILVA, 2006) e da típica inclinação à concentração de mercados presente no sistema capitalista.



Por outro lado, como salienta Eros Grau (1993), o princípio de liberdade de concorrência deve ser sopesado com o princípio da livre iniciativa – é a liberdade de obter lucro por meio da liberdade de comércio e indústria sendo moldada e suavizada pela repressão ao abuso do poder econômico e pelo direito à livre concorrência. Miguel Reale (1992), por sua vez, salienta que, embora diferentes, ambos os princípios se complementam. A livre iniciativa revela a liberdade individual, a livre escolha das atividades econômicas e, tem a si vinculada, a idéia de desigualdade, haja vista que cada participante do mercado terá sua maneira própria de agir. A livre concorrência, por sua vez, relaciona-se com a disputa pela clientela seguindo as próprias regras do mercado econômico, de modo que a ingerência estatal só seria possível para coibir abusos e preservar a liberdade de concorrer.

Assim, conforme acurado pensamento de José Afonso da Silva (2006), a Constituição trouxe uma série de princípios, dentre eles a defesa do consumidor e do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e pessoais, que manifestam a preocupação por justiça social, de modo a trazer um pouco de humanidade ao capitalismo. Logo, a Carta Maior não afasta absolutamente o sistema capitalista de produção, mas procura temperá-lo, moldá-lo com os ditames da justiça social e da solidariedade (SARMENTO, 2006).

Corroborando com esse posicionamento, Luís Roberto Barroso (2002), ao tratar da ordem econômica constitucional ensina que o princípio da livre concorrência é corolário imediato da liberdade de iniciativa e revela a escolha constitucional por uma economia de mercado, sem olvidar os aspectos de justiça e bem-estar social, trazidos a lume pelo Constituinte.

3.2 Violações à livre concorrência

A tutela da livre concorrência passa, de sobremaneira, pela análise dos atos de concentração, isto é, condutas que promovem a redução de disputas no mercado econômico, como a estipulação de preços predatórios, a prática de cartéis e outros acordos, frente aos princípios constitucionais. Assim, alguns pactos entre empresas podem vir a ser considerados práticas concentracionistas, haja vista que promovem o aumento do poder econômico desses contratantes, resultando em uma vantagem indevida sobre os demais competidores (FORGIONI, 2005).

O capítulo II da Lei Antitruste traz um rol exemplificativo de infrações à ordem econômica, que compreende as hipóteses de violação mais frequentemente observadas no mercado. Em uma visualização superficial, são fundamentalmente quatro as infrações previstas no art. 20 da Lei 8.884/1994 visando tão-somente à repressão do abuso do poder econômico, seja através da dominação de mercados, eliminação da concorrência, aumento arbitrário dos lucros ou outras práticas danosas (SILVA, 2007). No entanto, além dessas infrações gerais, o art. 21 da referida lei mostra, de forma exaustiva, embora não taxativa, diversas outras condutas caracterizadas como infração à ordem econômica que podem ser encaixadas nos tipos básicos e tentam abarcar todas as possibilidades de violações à livre concorrência.

É habitual a subdivisão das condutas anticompetitivas em horizontais, verticais e conglomeradas, considerando a forma de restrição à concorrência e o



modo como aparecem no mercado. Diz-se horizontal, a prática que procura minimizar ao máximo a concorrência em um mesmo nível de mercado, por meio de acordos de preços, cartéis ou pactos entre empresas e entre associações profissionais. Tais acordos se relacionam, sobretudo, ao preço, qualidade e quantidade de produtos, e objetivam a elevação do poder de mercado, isto é, a criação de condições favoráveis ao exercício do poder econômico sobre determinada parcela do mercado. As práticas verticais, por sua vez, estão presentes nas relações entre fornecedores e vendedores, no decorrer da cadeia produtiva, e compreendem a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais, os acordos de exclusividade, a venda casada, dentre outras práticas abusivas. Assim, os agentes econômicos envolvidos atuam no processo produtivo ou na distribuição de produtos. Por fim, as condutas conglomeradas são aquelas que não se enquadram nas práticas anteriores, uma vez que os agentes econômicos envolvidos atuam em mercados totalmente diferentes (FORGIONI, 2005).

É de grande importância ressaltar que essas condutas de concentração, em si próprias, não geram efeitos danosos à economia, uma vez que possibilitam a redução de riscos e custos, tornando as empresas mais sólidas e aptas a competir no mercado. Contudo, tais práticas quando abusivas e erroneamente utilizadas corroboram de forma considerável para a concentração do mercado e, conseqüentemente, geram ineficiência, prejudicando os agentes econômicos, os consumidores e a economia em geral. Nessa perspectiva, tais condutas nocivas à ordem econômica devem ser submetidas à apreciação dos órgãos de controle da concorrência (art. 54, Lei Antitruste), a saber: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), que, conjuntamente, desempenham funções específicas para a efetiva defesa da concorrência.

Em diversos julgados, os tribunais têm atentado para a situação da ordem econômica hodierna¹, sob o prisma dos dispositivos constitucionais, enfatizando

¹ A título de exemplo, jurisprudência do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, Medida Cautelar nº. 2000.01.00.000454-3/DF. 5T. Relator Des. Selena Maria de Almeida. J. 22/10/2001. DJ. 09/04/2002. p. 265: DIREITO ECONÔMICO. VENDA CASADA E CRIAÇÃO ILEGÍTIMA DE DIFICULDADE A CONCORRENTE. FORNECIMENTO DE TONERS E REVELADORES. MULTA DO CADE. ART. 3º, INCISO VIII DA LEI 8.158/91. ART. 2º, I, G, DA LEI 4.137/62. ART. 173, § 4º, DA CF/88. 1. Consideram-se formas de abuso econômico: dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento da empresa (art. 2º, I, g, da Lei 4.137/62). 2. Constitui infração à ordem econômica qualquer conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, tais como: subordinar a venda de bens à aquisição de outro ou à utilização de outro ou à aquisição de um bem (art. 3º da Lei 8.158/91). 3. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa observa o princípio da livre concorrência (CF, art. 170). 4. A lei reprime o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, CF/88). 5. Não se pode admitir que agentes econômicos, seja através de ato unilateral, seja mediante a celebração de um contrato, impeçam que a livre concorrência exerça o seu papel no mercado. 6. Tendo sido praticados centenas de condutas antijudiciais na vigência das Leis 4.137/62, 8.158/91 e 8884/94, incidem todas as normas protetoras da livre concorrência. 7. A decisão administrativa apontou que, por meio de prática abusiva de venda casada, a XEROX dificultou a instalação de novos concorrentes



a participação dos órgãos de controle da concorrência, bem como a necessidade premente de reprimir as diversas atitudes anticompetitivas no mercado, conforme as diretrizes legais. Nesse diapasão, é fundamental reafirmar a finalidade da legislação antitruste brasileira no sentido de garantir a livre competição entre os diversos agentes econômicos, e não proteger apenas os interesses individuais desses competidores.

4 EXCLUSIVIDADE E LIVRE CONCORRÊNCIA

As cláusulas de exclusividade são comumente encontradas nos acordos e revelam a intenção das partes contratantes em não celebrar o mesmo tipo de negócio com terceiros. Logo, no mercado econômico todas as empresas serão, de alguma maneira, direta ou indiretamente, afetadas por essa restrição, pois as que se beneficiaram com o pacto restritivo ficarão impossibilitadas de contratar com as demais (SALOMÃO FILHO, 2006).

Como visto alhures, não se pode conceder liberdade plena, absoluta e irrestrita à vontade dos pactuantes, haja vista a necessidade de ordem pública em proteger os economicamente hipossuficientes. Por outro lado, verifica-se que a exclusividade é, em algumas situações, importante para o mercado econômico, uma vez que fortalece as empresas, tornando-as mais competitivas e aptas a permanecerem na luta pela clientela.

Analisando o caso do possível conluio entre as emissoras de televisão e os clubes de futebol na transmissão dos jogos do campeonato brasileiro², o Conselheiro do CADE Celso Fernandes Campilongo (2001) assim se posicionou:

Restrições contratuais, baseadas em cláusulas de exclusividade, tanto podem ser usadas para sustentar conduta anticompetitiva e o abuso de poder econômico quanto para justificar melhoras e eficiências na prestação do serviço acordado. O instituto da exclusividade surge como uma técnica de organização do mercado e das atividades comerciais, cuja finalidade é assegurar a obrigação assumida por uma das partes ou ambas, de contratar somente com

no mercado, ameaçando a sobrevivência das pequenas e médias empresas regionais que procuravam disputar parcela do mercado de toner, fotoreceptor e revelador. 8. O poder econômico, em si, não é *contra legem*, o exercício do poder econômico com o fim de sua preservação ou manutenção de posição no mercado não é ilegal; o será se for exercido abusivamente, nos termos antes definidos na legislação de regência. 9. Ação cautelar improcedente.

² Processo Administrativo nº. 08012.006504/97-11, o CADE apura uma possível formação de cartel pelo Clube dos Treze e pelas emissoras de TV e existência de cláusula de exclusividade imposta nas transmissões dos jogos. Segundo o Parecer da SDE, emitido em abril/2008, a Rede Globo cometeu infração à ordem econômica, ao desempenhar participação efetiva na negociação dos jogos, abusando do seu poder de mercado, em detrimento da livre concorrência.



a outra, no tocante a determinado bem ou serviço. De fato, a exclusividade é fator que aponta para o conteúdo monopolístico de determinadas transações comerciais.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que, em tese, os pactos de exclusividade são contrários aos princípios que regem a economia de mercado, limitando a concorrência, prejudicando o desenvolvimento natural dos agentes econômicos. A exclusividade constitui, portanto, um elemento caracterizador do abuso de poder econômico, haja vista que promove a existência de um capitalismo sem riscos, dando ensejo a realização de transações no mercado com mais segurança jurídica e econômica para os contratantes (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 455).

No entanto, em determinados casos, a existência da exclusividade é condição imprescindível para a organização e racionalização dos produtos no mercado, uma vez que, unidas, as empresas obterão os requisitos necessários para comercializar seus produtos e competir no mercado. Logo, nessa situação específica, a exclusividade atua como instrumento fomentador da concorrência, proporcionando maior interação e competitividade entre as empresas.

Paula Forgioni (2005), sintetizando esse raciocínio, elenca, genericamente, algumas possíveis vantagens advindas de práticas concentracionistas, a saber: incremento do maquinário e do processo técnico, redução de gastos, diminuição dos riscos no processo de produção e na obtenção de capitais líquidos, além do fortalecimento das empresas frente a seus fornecedores e em relação ao Estado. Assim, verifica-se que tais benefícios têm notável importância econômica, de modo que há melhor planejamento de custos e investimentos, e garantia de previsibilidade de mercado por um tempo determinado.

Desse modo, é necessário ponderar os efeitos negativos e positivos da exclusividade sobre o mercado. Para tanto, é de suma importância determinar a parcela do mercado em que atuam os agentes econômicos, a fim de que se chegue a alguma conclusão acerca de prejuízo para a concorrência. Ou, em outras palavras, é necessário a delimitação do mercado relevante, isto é, do mercado pertinente a cada situação específica (BRUNA, 2001). Portanto, deve-se verificar quais são os produtos envolvidos (fator material), quem são os consumidores e os fornecedores e onde eles atuam (fator geográfico), uma vez que a legislação antitruste brasileira apenas considera ilícitas aquelas condutas que trazem efetivo prejuízo à concorrência, possibilitando sua exclusão total ou parcial.

Enfim, apoiando-se em Siqueira, o referido conselheiro do CADE (Processo Administrativo nº. 08012.006504/97-11), conclui afirmando que é imprescindível verificar a razoabilidade econômica da conduta e assevera que há quatro requisitos para a cláusula de exclusividade ser válida: 1) o acordo precisa contribuir para melhorar a produção e diversificação de produtos, e proporcionar progresso técnico e econômico; 2) o consumidor tem de auferir vantagens razoáveis (diminuição de preço, melhor qualidade de produtos, maior variabilidade); 3) a restrição deve ser indispensável para a concretização dos objetivos almejados pelo contrato; e 4) não se pode excluir parcela importante do mercado. Logo, se o acordo de exclusividade



não trazer possibilidade de excluir a concorrência, não deve ser considerado um ato contrário à ordem econômica.

É necessário, portanto, antes de tudo, sopesar os eventuais prejuízos à livre concorrência³ com as potenciais eficiências para o mercado, tendo sempre como prisma o interesse público, a fim de se poder caracterizar uma conduta predatória. Assim, deve-se utilizar a razoabilidade – a regra da razão –, perquirindo-se a real necessidade da cláusula de exclusividade, frente aos efeitos, nocivos ou benéficos, no mercado econômico.

5 CONCLUSÕES

A autonomia da vontade, enquanto autêntica expressão da liberdade, tem bastante força na seara das relações particulares, equiparando-se às leis. Entretanto, verifica-se que essa liberdade não pode ser ilimitada, sendo fundamental a atuação do Estado em proteger os que se encontram em situação de vulnerabilidade.

No campo das relações empresariais, é fato que os contratos foram imprescindíveis para a consolidação do sistema capitalista e, conseqüentemente, para o desenvolvimento da economia de mercado. Todavia, não se pode olvidar que, na conjuntura econômica atual, marcada, sobretudo pela globalização, a atuação do Estado deve ser mais incisiva no sentido de proteger os interesses da coletividade, tendo como norte os princípios constitucionais.

As cláusulas de exclusividade presentes em alguns contratos empresariais são, *a priori*, contrárias ao ordenamento jurídico, pois impedem a livre concorrência e a progressão natural do mercado. No entanto, os efeitos de tais restrições podem ser positivos, possibilitando que as empresas reúnam melhores condições de competir no mercado. Assim, somente com a análise do caso concreto, ponderando-se os resultados no mercado econômico, é que se pode afirmar se o pacto de exclusividade é ou não lícito.

Em suma, a ingerência do Estado na autonomia da vontade individual, possibilitando a quebra dos contratos, poderia ser, em uma análise meramente superficial, considerada desarrazoada e arbitrária. No entanto, quando for verificada a abusividade da cláusula de exclusividade, trazendo prejuízos para o mercado, a interferência estatal é permitida, haja vista que a harmonia do mercado é de interesse coletivo, não podendo ficar subordinada irrestritamente aos desejos de alguns.

³ Na prática, a verificação desses efeitos ocorrerá *in casu*. Somente com a determinação do mercado relevante e análise pormenorizada de todos os aspectos econômicos, jurídicos e políticos, poder-se-á confirmar se haverá ou não danos ao mercado econômico. Em diversas situações, o CADE constatou que não há efeito predatório para a livre concorrência. E, dessa forma, a cláusula de exclusividade é válida, como por exemplo, na averiguação de denúncia de abuso de posição dominante contra a Companhia Cervejaria Brahma (Processo Administrativo nº 08000.000146/96-55, Relator: Conselheiro Ruy Santacruz), e também na análise do mercado relevante mundial e nacional de sistemas de climatização de interiores de veículos (Ato de Concentração nº 08012.003604/2000-18, Relator: Afonso Arinos de Mello Franco Neto).



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 14, p. 3-28, jun./ago. 2002.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Chandre de Araújo Costa e Rede Globo, Bandeirante, TVA e CBF. Processo Administrativo nº. 08012.006504/97-11, Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Voto. 3 out. 2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_Processo001.pdf>. Acesso em 20 set. 2008.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIA, José Eduardo. O debate sobre a reforma constitucional. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 10 ago. 1998

FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso do direito nas relações obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Orlando. A agonia do direito civil. **Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro**. v. 10, 1986.



_____. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Procedimento jurídico do estado interventivo. In: GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. Princípio da livre concorrência: função regulamentar e função normativa. **Revista Trimestral de Direito Público**, 4/1993, São Paulo, Malheiros.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipalla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MANCEBO, Rafael Chagas. **A função social do contrato de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PEREIRA, Camila Suriane; FERNANDES, Louise Santos. A evolução da tipologia contratual e a constitucionalização do direito civil: o conceito pós-moderno de contrato. **Revista Jurídica In Verbis**, Natal, n. 20, p. 21-36, jul./dez. 2006.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. O plano Collor II e a intervenção do Estado na ordem econômica. In: _____. **Temas de direito positivo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Cláusulas de exclusividade nos contratos de representação comercial: aspectos



concorrenciais. In: BUENO, Hamilton; MARINS, Sandro G. (coords.). **Representação comercial e distribuição**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 444-468.

_____. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 221-253.

SILVA, Célio Alexandre Porta da; OLIVEIRA, Gleick Meira. Livre concorrência. **Revista Direito e Liberdade**. v. 5. n. 1. Mossoró: ESMARN, 2007. p. 215-227.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**: obrigações e contratos. São Paulo, Sugestão Literária, 1994.

WILL AUTONOMY *VERSUS* COMPETITION FREE: A STUDY ABOUT EXCLUSIVINESS CLAUSE IN BRASILIAN ECONOMIC-LEGAL SCENARIO

ABSTRACT

The contracts have as main basis the autonomy of the will. Initially, there is full freedom to contract rights and obligations by means of the word. However, the individual will cannot go of meeting to the order public norms and morals rules. The regulation of contracts appears to protect the collective interests. About economic relations, the contract made possible the consolidation of the capitalism, enabling capital concentration and agreements between companies. The globalization phenomenon and the principles brought for the Federal Constitution had modified



the economic market substantially. The exclusiveness clauses appeared in contracts can produce positive or negative effects for the economy, because they can result in an extinguishing of the competition, behavior forbidden for the legal system. Just analyzing these effects, it is possible to affirm if the restrictions are illegal or not.

Keywords: Will autonomy. Exclusiveness. Competition free.

Artigo finalizado em outubro de 2008.





CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Gudson Barbalho do Nascimento Leão

Acadêmico do 8º período do Curso
de Direito da UFRN

RESUMO

A matéria relativa aos contratos da Administração Pública, bem como o tema da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, são assuntos que sempre despertam interesse na comunidade jurídica, ocupando lugar de relevo tanto no âmbito acadêmico-doutrinário quanto nos debates jurisprudenciais que os englobam. Ensejado pelos inúmeros estudos que tem surgido sobre o assunto, o presente exame é estabelecido em consonância com o arcabouço democrático - celebrado às largas pela Constituição de 88 - mas sem olvidar da finalidade da lei 8.078, que trouxe à lume o código supracitado, como forma de implementar uma efetiva tutela dos hiposuficientes. Caminha, pois, no sentido de revelar a não aplicabilidade dos dispositivos consumeristas na seara administrativo-contratual, pois acredita que tal entendimento, dentre outras mazelas, blinda a Administração pública, prejudica sobremaneira o interesse da sociedade e desvirtua, consideravelmente, a *ratio essendi* do código citado alhures.

Palavras-chave: Administração pública. Contratos administrativos. Código de defesa do consumidor. Inaplicabilidade.

1 INTRODUÇÃO

A promulgação de nossa Carta Maior, na primavera de 1988, legitimou o Estado Democrático de Direito sob a égide do qual hoje vivemos, e proporcionou o incremento de várias mudanças em nosso ordenamento jurídico.

Por essa razão, seja através de espécies normativas de índole social, seja pela criação de institutos que corroboram com a democracia e viabilizam, sob patamares mais concretos, a possibilidade de se alcançar a Justiça social, a Constituição Federal de 88 sustenta todo o arcabouço democrático vigente entre nós.

Nessa cadência, o surgimento do Código de Defesa do Consumidor (CDC) se alinha com perfeição a essa conjuntura holístico-revolucionária (política, social, econômica, cultural e jurídica) que se instalou no Brasil a partir do final da década de 80. Por isso, a análise de quaisquer preceitos desse diploma não prescinde da abordagem desse panorama contextual e histórico no qual está inserido.

É importante dizer que o Código de Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, veio atender aos apelos da sociedade, ávida pela proteção e defesa de seus direitos, mormente nas relações consumeristas. Assim ocorreu, pois nosso legislador, com sabedoria, atentou-se para a notável discrepância quase sempre havida entre os pólos da relação jurídica de consumo. Nasce, pois, como espécie normativa de ordem eminentemente pública e cujo interesse e viés perfilham a função social agasalhada por essa nova ordem jurídica.

Os dispositivos dessa norma jurídica, desde seus primórdios, ensejaram a desvinculação do consumidor de seus direitos unilaterais, tornando-os cientes da obrigação que iriam assumir, de forma clara e precisa. Até então, não se cogitava do princípio da boa-fé objetiva, instituto jurídico inovador consagrado pela espécie normativa em comento.

Tempos mais tarde, na esteira do que já se garantira através das cláusulas do CDC, o Código Civil Brasileiro reafirmaria tal princípio que, analisado objetivamente, diz respeito a uma conduta leal e honesta exigida por parte daqueles que avençam os mais diversos negócios jurídicos.

Há verdade quando se diz que a boa-fé objetiva é pedra angular sobre a qual se assenta todo o arcabouço contratual vigente. Juntamente com os princípios da eticidade, operabilidade e socialidade configuram a espinha dorsal de nosso ordenamento jurídico.

Necessário dizer, portanto, que a matéria contratual não é hermética às relações travadas entre particulares, posto que exorbita as negociações privadas e adentra na seara da Administração Pública. O Estado, para desenvolver suas atividades, não raro, necessita contratar os mais variados bens ou serviços, seja com particulares, seja com órgãos também componentes da estrutura administrativo-estatal.

Alfim, o tema sobre o qual versam estas linhas é assunto de importância basilar no cotidiano da sociedade, muito embora tenha a doutrina vacilado quanto à valoração de sua importância. Não sem razão, o presente estudo cuida da possibilidade de a Administração Pública invocar a proteção do CDC a seu favor, no âmbito dos contratos por ela celebrados.



Apesar de tênue, a doutrina foi consultada e a pesquisa e posicionamentos doravante expressos retroagem à época da implantação de nosso Estado Democrático de Direito, para dela resgatar os brados de Justiça social e de defesa dos hiposuficientes. Entender o posicionamento e a interpretação ora defendidos significa reconstruir o cenário social de onde floresceu as normas de função social, das quais o Código de Defesa do Consumidor é áureo exemplo.

2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A matéria que envolve os contratos celebrados na grei da Administração Pública não é questão pacífica na doutrina brasileira, de forma que os juristas que labutam sobre o tema divergem em seu entendimento. Desse púlpito, sobrelevam-se, pelo menos, três correntes distintas.

A primeira corrente, defendida entre nós por Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, nega a existência de contrato administrativo, argumentando que eles não observam muitos dos princípios que sustentam e caracterizam a disciplina contratual, a saber: o princípio da igualdade entre as partes, a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória das convenções. Para os sectários dessa visão, não há falar em contratos administrativos, porque as cláusulas regulamentares decorrem de ato unilateral da Administração - vinculado à lei.

Uma das justificativas dessa teoria se espraia nas hipóteses de concessão de serviços públicos, cujas condições de contratação seguem regulamentos estabelecidos unilateralmente pela Administração e que, via de regra, limitam-se em repetir preceitos de lei. Para eles, correspondem àquilo que os franceses denominaram *cadernos de encargos*, mas tal conjetura não descortina argumentos suficientes a fazermos-nos seus aderentes.

De radicalismo análogo, a segunda corrente doutrinária, da qual Roberto Dromi é expoente, sustenta a tese de que todas as avenças celebradas pela Administração Pública é contrato administrativo, pois em todos os acordos onde participa há interferência de um regime jurídico-administrativo. Ou seja, apregoam o fato de que, nos assuntos concernentes à competência, forma e finalidade, são sempre aplicáveis regras de direito público e não de direito privado.

Ora, sabemos que a razoabilidade não se coaduna a extremismos e que as veredas da Ciência Jurídica não prescindem da bússola da prudência. Por essa razão, somos levados a concordar com os adeptos da terceira corrente – majoritária - cujo principal legado é a admissibilidade da existência de múltiplos contratos administrativos, com características próprias que os distinguem daqueles privativamente celebrados.

Em virtude disso, Contratos da Administração Pública seria gênero, de onde são espécies os *contratos privados da Administração Pública* e os *contratos administrativos stricto sensu*.

Os contratos privados submetem-se aos ditames de direito civil e empresarial, enquanto os pactos celebrados pela Administração Pública, via de regra, regulam-se pelas normas especiais de direito público, só lhes sendo aplicáveis



supletivamente as normas de direito privado (art. 54 da lei nº. 8.666/93). Esse é o entendimento, por exemplo, sustentado por José dos Santos Carvalho Filho, que, *obiter dictum*, e sem adentrar na temática aqui proposta, nos ensina: (FILHO, 2007, p 160):

quando a Administração firma contratos regulados pelo direito privado, situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, via de regra, quaisquer vantagens especiais que refuja às linhas do sistema contratual. Na verdade, considera-se que, nesse caso, a Administração age no seu *ius gestionis* (SIC), com o que sua situação jurídica muito se aproxima do particular.

Nessas paisagens, é solar o entendimento de Maria Sylvia Zanella di Pietro, quando reitera que o nivelamento entre o Estado e o particular deve ser realizado *cum granu salis*, posto que a figuração político-jurídica estatal não se aparta de algumas exigências formais e materiais peculiares.

Na cadência desse mesmo diapasão, é possível conceituarmos *contratos administrativos stricto sensu* como aqueles ajustes firmados entre a Administração Pública e um particular, regulados basicamente pelo direito público, e que têm por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público direto.

De acordo com as lições do professor Carvalho Filho, *prima ratio*, caberia ao regime jurídico delinear a diferença existente entre os contratos privados da Administração e os administrativos. Bem assim, o renomado administrativista expõe (FILHO, 2007, p 160):

Neste ponto, é de toda a conveniência observar que nem o aspecto subjetivo nem o objetivo servem como elemento diferencial. Significa que só o fato de ser o Estado sujeito na relação contratual não serve, isoladamente, para caracterizar o contrato como administrativo. O mesmo se diga quanto ao objeto: é que não só os contratos administrativos como os contratos privados da administração hão de ter, fatalmente, um objetivo que traduza interesse público. Assim, tais elementos têm que ser sempre conjugados com o regime jurídico, este sim elemento marcante e diferencial dos contratos administrativos.

Como ensina Lúcia Valle Figueiredo, aos chamados contratos administrativos se atribuem traços especiais, dentre os quais - desde logo - se destaca o desnivelamento das partes. Salieta, ainda, que este privilégio se dá por força da relação de administração, e não por mero privilégio da Administração Pública.

Feitas as presentes considerações, cabe-nos destacar, a *voil d'oiseau*, algumas das características que singularizam os contratos administrativos, doravante analisados em seu viés estrito.



2.1 Características dos contratos administrativos

As características do contrato administrativo derivam da supremacia do interesse público sobre o particular, uma vez que tal avença tem por escopo alcançar um fim útil para a coletividade. Essa supremacia se retrata nos deveres-poderes que a Administração Pública possui de modificar unilateralmente o pacto, extinguir a relação contratual, impor sanções ao particular ou exigir o cumprimento das prestações alheias.

Importante que assim seja, pois, obviamente, nos conflitos entre os interesses do particular contratado e do Estado contratante, é salutar que prevaleçam os pertencentes a esse último.

No que tange às características do contrato administrativo, tem-se (MOTTA, 1999, p 495):

I - a posição de preponderância da Administração sobre o particular, que se revela por meio das famigeradas cláusulas exorbitantes;

II - a sua finalidade pública, que significa dizer que a mesma deve se voltar sempre para o interesse público, sob pena da ocorrência de desvio de poder;

III - a sua forma legal, que se impõe como medida de garantia para o contratado e auxilia a administração no controle da legalidade.

Já o professor Carvalho Filho, quando estabelece o rol das características dos contratos administrativos, elenca (FILHO, 2007, p 164):

I - formalismo;

II - comutatividade;

III - *intuitu personae*;

IV - bilateralidade;

V - a posição preponderante da administração;

VI - o sujeito administrativo; e

VII - o objeto.

Mais completa, todavia, parece ser a posição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, para quem os contratos administrativos se caracterizam pela presença da Administração – atuando através de seu *jus imperi*. Assim, dentre as suas singularidades, destacam-se: a finalidade pública, a obediência à forma prescrita em lei, o procedimento legal, a natureza de contrato de adesão, a natureza *intuitu personae*, a presença de cláusulas exorbitantes e a mutabilidade.

Significa dizer que a Administração possui em seu favor um leque de vantagens especiais, concedidas pela própria lei. Essas prerrogativas, também denominadas cláusulas de privilégios, exorbitam os liames estabelecidos pela disciplina cível-contratual para tornar possível a proteção do interesse público. Consoante a



luminar doutrina de Caio Tácito, tem-se que o princípio da igualdade entre as partes, corolário da imutabilidade dos contratos, cede passo ao da desigualdade, haja vista o predomínio da vontade da Administração sobre a do outro contraente.

Não se tenciona, porém, legitimar a concepção autoritária do contrato administrativo, nem mesmo vincular a superioridade do interesse público a uma concepção absolutista do Estado. O que nosso legislador quis, através do estabelecimento dessas cláusulas exorbitantes, foi efetivar e potencializar a salvaguarda dos interesses da coletividade, sobrepostos que sejam às vontades individuais dos particulares que a compõem.

2.1.1 Cláusulas Exorbitantes

A busca pela garantia da regular satisfação do interesse público - presente no contrato administrativo - faz parte dos requisitos essenciais para qualificação desse contrato.

Sob tal ótica, as cláusulas de privilégio, também denominadas cláusulas exorbitantes, na medida em que asseguram certas desigualdades entre as partes, definem-se como prerrogativas especiais conferidas à Administração, em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada¹. Essas prerrogativas transparecem no texto legal do art. 58 da Lei nº. 8.666/93 (Estatuto de Licitação e Contratos Administrativos), *in verbis*:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituídos por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III – fiscalizar-lhes a execução

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

¹ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. Editora Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2007.



Comentando sobre as cláusulas exorbitantes, a professora Zanella di Pietro salienta, ainda, a contraposição existente entre os contratos administrativos e os contratos civilistas, pois, em seu entender (PIETRO, 2008, p 253):

as cláusulas exorbitantes dizem respeito àquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado.

Outras hipóteses de privilégio havidas em benefício da Administração são as que envolvem a anulação dos atos administrativos viciados por ilegalidade e as que prevêm a retomada do objeto para assegurar a continuidade da execução do contrato, quando sua paralisação ocasionar prejuízo ao interesse público e ao andamento de serviço público essencial.

Analogamente, a *exceptio non adimpleti contractus* tem sua importância mitigada, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular.

Em que pese não ser unânime a doutrina sobre o tema, pondera-se a mutabilidade como atributo exorbitante da Administração Pública, haja vista seu poder unilateral de alterar as cláusulas regulamentares ou reincidir o contrato antes do prazo estabelecido, desde que motivado tal ato por interesse ou necessidade públicas.

Por tudo isso, sustenta-se que os contratos administrativos, em virtude de seu próprio regime jurídico e das vantagens legalmente favoráveis à Administração, não devem ser regidos pelos preceitos civilistas, muito menos pelo Código de Defesa do Consumidor.

As cláusulas exorbitantes, sob tal prisma, nada mais são que prerrogativas a que a Administração pode lançar mão para tornar efetiva a proteção dos interesses sociais. Corresponde, portanto, a um micro-sistema de salvaguarda de questões de interesse da coletividade, que porventura sejam postos em risco nas relações contratual-administrativas.

Ademais, não há que se cogitar o respaldo das cláusulas do Código de Defesa do Consumidor no resguardo dos interesses do Estado encapsulados pelos contratos administrativos. Nada impede, porém, que essas cláusulas sejam alegadas nos contratos privados da Administração Pública. Problemas rodeiam o tema e, não sem motivo, torna-se imperativa uma análise - mesmo que breve - acerca dele.

3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Parece ser pacífica a doutrina que considera a possibilidade de os contratados, em uma relação administrativo-contratual, recorrerem aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor para neles encontrar o abrigo e a defesa de



suas pretensões.²

Todavia, a concisa discussão aqui desenvolvida tem como fulcro a análise da possibilidade de o Estado, parte *contratante* na relação jurídica dos contratos administrativos (*stricto sensu*), argüir em seu favor as cláusulas de proteção das relações de consumo.

É importante ressaltar que é matéria não fainada pela maior parte da doutrina pátria, que, quando se debruça sobre ela, o faz com sofreguidão ou tenacidade. Por essa razão, é tema que ainda está a merecer tratamento mais aprofundado por parte de nossos estudiosos.

Nada obstante, existem pelo menos duas correntes que disputam o tratamento do assunto, quais sejam: aquela que considera cabível ao Estado alegar as cláusulas do CDC a seu favor nas relações contratual-administrativas e a que julga inaplicáveis tais dispositivos em favor do Estado.

A esse respeito, vale destacar o relato de Marçal Justen Filho, que se filia a esta última corrente. De acordo com seus ensinamentos, é inimaginável o fato de a Administração Pública invocar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no tocante à responsabilidade por vício do produto ou de serviços. Segundo ele, tal inaplicabilidade é absoluta e o regime de consumo consignado por essa espécie normativa não se pode viabilizar, nem que subsidiariamente, no âmbito dos contratos da Administração. Nas palavras do supracitado jurista (FILHO, 2006, p 587-588):

Isso é inviável, porquanto a Administração é quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão a relação jurídica. Ainda que se pudesse caracterizar a Administração como 'consumidor', não haveria espaço para incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor, estendida a toda matéria subordinada às regras da lei de licitação do ato convocatório e do contrato.

Esse entendimento também recebeu o beneplácito de Caio Tácito, ao afirmar que os consumidores intermediários, assim como aqueles que se valem de produtos ou serviços como bens de produção, não se amoldam ao conceito de consumidor. Por essa razão, a inaplicabilidade de tal diploma às avenças realizadas pela Administração Pública se deve ao fato de ele considerar os órgãos públicos como verdadeiros fornecedores (ou consumidores intermediários), pois utilizam os bens e serviços como instrumentos de execução de suas atividades.

Percebe-se, portanto, que esses dois autores abalizam suas opiniões na supremacia havida pela Administração Pública quando da celebração de seus contratos. *Modus in rebus*, reverberam o entendimento de que é essa preeminência estatal que justifica a inaplicabilidade da Lei 8.078 aos contratos administrativos.

² Esta também é a interpretação feita por Toshio Mukai citado por Leon Frejda Szklarowski em artigo desenvolvido sobre o tema.



Diferentemente, há quem defenda a tese da absoluta aplicabilidade dos dispositivos consumeristas nessa seara. E, por mais incrível que possa parecer, tal é o entendimento que se avulta na pátria doutrina. Nos tempos hodiernos, constata-se que a maior parcela da doutrina vernácula defende a idéia de que o Estado pode alegar os preceitos do CDC em seu favor, independentemente das cláusulas exorbitantes ditas alhures.³

Mas, caminha mal quem se ajunta ao tropel que defende esta corrente, bem ilustrada pelos comentários de Leon Frejda Szklarowski (SZKLAROWSKI, 2001, p 4), quando aduz:

não se há de recusar à Administração, quando consumidora ou usuária final, o direito à modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em vista de fatos supervenientes, tornando-as por demais onerosas, nem impedir se valha de outros direitos previstos no Código. (...) a lei especial de proteção ao consumidor não a exclui de sua incidência, pois nenhum dos dispositivos da Lei de Licitações e Contratos lhe fornece direta proteção, quando, na posição de consumidora final ou usuária de serviços, vê-se prejudicada. O único dispositivo que apresenta certa similitude com as normas do Código é a regra do § 5º do artigo 65 da Lei 8666/93, ao determinar a revisão dos preços contratados, para menos, se houver a extinção ou alteração de tributos ou encargos legais ou ainda pela superveniência de disposições legais, que produzam efetiva repercussão nos preços.

Não diverge desse entendimento Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, para quem a Administração Pública pode a qualquer momento e em quaisquer instantes, invocar preceitos da Lei nº. 8.078/90. Segundo ele, basta apenas que a Administração sinta-se prejudicada por fornecedor ou prestador de serviço para que invoque o Código de Defesa do Consumidor em seu favor.

Em que pese a autoridade dos expoentes dessa conjetura, ousamos manifestar atitude discordante, sustentando a aplicabilidade relativa desse diploma normativo aos pactos administrativos. Como regra, defendemos que a Administração Pública não pode alegar as vantagens trazidas pelo CDC para resolver possíveis conflitos em seus contratos administrativos. Excepcionalmente, pode o Estado aduzí-las nos contratos privados desenvolvidos em seu bojo. Para estes contratos é, inclusive, recomendável que assim o faça, sob pena de descumprir os ditames da boa-fé objetiva e favorecer o enriquecimento ilícito do outro pólo contratual.

Da miríade doutrinária, deflui que a idéia mais acertada advém do intelecto

³ São expoentes da corrente que apregoa a possibilidade de o Estado invocar os preceitos do Código de Defesa do Consumidor os seguintes juristas: Celso Ribeiro Bastos, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, Maria Helena Pimentel, Marcos Juruena Villela Souto, Geraldo Brito Filomeno, João Batista da Cunha, Leon Frejda Szklarowski, entre outros.



de Maria Helena Pessoa Pimentel (*apud* JUNIOR, 2001, p 08), inobstante os vícios que maculam a posição por ela defendida. Apesar de vislumbrar certa relatividade na argüição do CDC pela Administração Pública, não analisa a questão amiúde, ou melhor, não traça diretrizes sólidas, tampouco práticas, para sua teoria.

Em suma, ela conclui que, dependendo da situação e das circunstâncias do caso concreto, a Administração poderá ser considerada vulnerável quando adquirir produtos ou utilizar serviços na qualidade de destinatário final, razão pela qual mereceria a tutela jurídica fomentada pela Lei nº. 8.078/90.

Para Pimentel, a finalidade da Administração é o interesse público, em nome do qual o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado. Dessa feita, defende a tese de uma aplicação subsidiária do CDC, mormente para os contratos administrativos em que reste configurada a vulnerabilidade do ente contratante.

De fato, a linha de raciocínio por nós engendrada tem como premissa o entendimento exposto por essa doutrinadora, a saber: a possível vulnerabilidade da Administração Pública no instante de aquisição de produtos ou utilização de serviços. Mas vai além.

Assim sendo, para tornar mais lúcida tal orientação, necessário se faz trazer à baila aquela distinção doutrinária, já mencionada, acerca dos contratos da Administração Pública.

É imperioso afirmar que essa abordagem conceitual-doutrinária acerca dos contratos da Administração tem importância basilar no deslinde da análise da possibilidade de o Estado invocar as cláusulas do CDC em suas relações contratuais.

Isto porque somos defensores de uma aplicação mitigada de tais dispositivos, cuja argüição será ou não cabível, de acordo com a natureza do pacto avençado, e sobretudo, de seu regime jurídico.

Significa dizer que acreditamos ser possível tal argüição no âmbito dos contratos privados da Administração Pública, posto que sejam relações negociais em que o Estado atua despido de seu *jus imperi*, encontrando-se em patamar equânime ao ocupado pelo particular. São as hipóteses, por exemplo, de compra e venda, doação, permuta e outros contratos do gênero.

Nessa linha, albergar-se-iam sob a proteção da lei anteriormente citada as circunstâncias que envolvessem relações de consumo, na seara público-administrativa, desde que a atuação do Estado esteja calcada no *jus gestionis*.

Todavia, é imprescindível que não haja nessas negociações qualquer regulamento a fomentar a supremacia estatal em detrimento do particular. Isso garante que nos casos em que sobrevenha algum vício em objeto ou serviço - fruto de relação de consumo - a Administração possa fazer uso de tais cláusulas para validar seus direitos.

Além disso, tal entendimento mitiga a possibilidade de locupletamento, pois, se assim não fosse, nada impediria de o particular agir illicitamente nas relações administrativo-contratuais. Isto é, se o Estado nunca pudesse alegar a seu favor dispositivos do CDC, aqueles que com ele contratassem poderiam fazer uso dessa premissa para dar azo às mais nefastas irregularidades. Nos contratos priva-



dos da Administração é plena, pois, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, naquelas relações em que o Estado se vale do *jus imperi*, achamos ser absolutamente descabida a arguição de tais normas de proteção. Tal posição ventila ensinamentos hermenêuticos que, sobretudo, arejam diretrizes de uma interpretação teleológica.

É cediço que a espécie normativa em comento constitui verdadeira lei de função social, de ordem pública econômica e de origem claramente constitucional. Como conseqüências, profundas modificações são evidenciadas nas relações juridicamente relevantes na sociedade, fato que torna fulcral a abordagem da profesora Cláudia Lima Marques, quando expõe (MARQUES, 2006, p 60):

Visando tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas abusivas de livre mercado, esta nova lei de função social intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia da vontade. São normas de interesse social, cuja finalidade é impor uma nova conduta, transformar a própria realidade social.

Ora, as leis de função social caracterizam-se por impor as novas noções valorativas que devem orientar a sociedade e, por isso, geralmente optam em positivar uma série de direitos assegurados ao grupo tutelado, além de impor uma sucessão de novos deveres a outros agentes da sociedade. O Código de Defesa do Consumidor não foge à essa regra, de modo que nascera com a árdua tarefa de transformar uma realidade social; de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas.

4 CONCLUSÕES

Através de uma interpretação teleológica e sistemática dos preceitos do CDC e da lei nº. 8.666/93, concluímos ser impossível a aplicação das normas desse código para a defesa da Administração Pública nos contratos administrativos (*stricto sensu*).

Conforme visto, tais contratos são delimitados por normas que, via de regra, deflagram ao Estado inúmeros mecanismos para a tutela das pretensões nascidas nessas circunstâncias.

Não é outra a *ratio essendi* das cláusulas exorbitantes, que, por si só, configuram um micro-sistema de proteção que a lei reserva para Administração fazer valer o interesse público que porventura seja posto em risco.

O que não se pode permitir é que, além de tais vantagens, tenha também a Administração pública o *status* de gozar das benesses trazidas pelo Código supracitado. O enxerto desta espécie normativa teve como finalidade precípua, já sabemos, a salvaguarda dos "desiguais", nas relações mistas ocorridas entre um consumidor e um fornecedor. Seu escopo é proteger os direitos dos mais frágeis.



Segue-se daí o nosso entendimento em considerar, no âmbito de seus contratos administrativos, descabida a possibilidade do Estado alegar os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor em seu favor.

À Administração Pública já são conferidos inúmeros privilégios, de forma que conceder esse *plus* seria engendrar e legitimar um evidente descalabro. Permitir a utilização dos preceitos do CDC pelo Estado nas relações administrativo-contratuais significa fornecer poderes para quem já os possui em demasia. É retrocesso aos ditames do Estado Absolutista; e a alegoria de um Leviatã mostra-se, por demais, anacrônica à realidade que deve existir em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUNIOR, Ivanaldo Soares da Silva. **Contratos Administrativos: Da supremacia à vulnerabilidade. Uma possibilidade no âmbito do Código de Defesa do Consumidor?** Disponível em: < <http://www.jus.com.br/doutrina/cdcadmin.html> >. Acesso em: 24 jul. 2008.

JÚNIOR, José Cretella. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Código de defesa do consumidor comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Coletânea de legislação administrativa: Constituição Federal**.



São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____, **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso prático de direito administrativo**. Belo Horizonte: Dey Rey, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.

PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. **A administração pública como consumidora nas relações de consumo**. In: Boletim de Direito Administrativo

SZKLAROWSKI, Leon Frejda. **O código de proteção e defesa do consumidor e os contratos administrativos**. Disponível em: < <http://www.jus.com.br/doutrina/cdcadmin.html> >. Acesso em 21 jun. 2008.

ADMINISTRATIVE CONTRACTS: A BRIEF REVIEW ON APPLICABILITY OF THE CODE OF CONSUMER PROTECTION

ABSTRACT

The subject on contracts for Public Administration and the issue of implementing the Code of Consumer Protection, are subjects that always arouse interest in the legal community, preside in both academic and doctrinaire as in jurisprudence debates. By providing numerous studies that have arisen on the subject, this examination is established in line with the democratic framework - the broad agreement by the Constitution of 88 - but without overlooking the purpose of the 8078 law, which brought to light the code above, as to implement an effective protection of fragile. Developing, therefore, to prove the applicability of the code of consumer protection not in ambit-administrative contract, as we believe that this understanding, among




other ills, enclosed the government, particularly harms the interests of society and distorts considerably, the *ratio essendi* code cited elsewhere.

Keywords: Public Administration. Administrative Contracts. Code of Consumer Protection. Not applicable.

Artigo finalizado em outubro de 2008.





FORÇA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Lauro Tércio Bezerra Câmara

Acadêmico do 10º período do Curso
de Direito da UFRN

RESUMO

Examina os aspectos normativos dos tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro, diante da controvérsia doutrinária e jurisprudencial instaurada em face da insuficiente regulamentação constitucional. Objetiva delimitar o *status* hierárquico das convenções internacionais na ordem jurídica interna, à luz da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Conceitua os tratados internacionais como sendo o acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público destinado a produzir efeitos jurídicos. Expõe a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da recepção das normas internacionais no direito brasileiro, aludindo às teorias que buscam explicar o fenômeno, o dualismo e o monismo. Delimita a competência para ratificação dos tratados internacionais no direito brasileiro (*treaty-making-power*) e a qualifica como ato subjetivo complexo. Discorre acerca do procedimento de incorporação das normas internacionais, aludindo às etapas: negociação, assinatura, *referendum*, ratificação e promulgação. Analisa as disposições da Constituição Federal, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acerca da hierarquia dos tratados internacionais na ordem pátria, concebendo-as classicamente com *status* infraconstitucional, equiparadas à legislação ordinária federal, com os respectivos efeitos para fins de solução de antinomias, controle de constitucionalidade, etc. Apresenta casos peculiares no direito pátrio, definindo a posição hierárquica, supralegal, dos tratados internacionais sobre matéria tributária e direitos humanos e, constitucional, das convenções sobre direitos humanos aprovadas com *quorum* de maioria qualificada. Apresenta as considerações finais, definindo os três níveis hierárquicos assumidos pelos tratados internacionais na ordem interna, com vistas a velar pela dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Hierarquia. Força normativa. Ordem constitucional brasileira.

1 INTRODUÇÃO

Quando da criação da Corte Internacional de Justiça de Haia, observou-se a necessidade de discriminar um rol das formas de expressão do direito internacional público, de modo a constituir um roteiro das fontes normativas do direito internacional. Assim, o Estatuto da Corte relacionou os tratados, os costumes e os princípios gerais de direito, como fontes; aludiu à doutrina e à jurisprudência, como meios auxiliares na determinação das regras jurídicas; e facultou, sob certas condições, o emprego da equidade na solução dos conflitos internacionais.

O tratado internacional é conceituado como todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos (REZEK, 2007, p. 14). Cuida-se de acordo formal, porquanto exige a forma escrita; concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, uma vez que são legitimados os entes que detenham tal qualidade – Estados soberanos, ao qual é equiparada a Santa Sé, e as Organizações Internacionais –; e destina-se a produzir efeitos jurídicos, porque, verificado o *animus contrahendi* e a qualidade das partes, a produção de efeitos na ordem jurídica é essencial ao pacto.

As convenções internacionais vêm enfrentando problemas práticos acerca do ingresso, da hierarquia e, por conseguinte, da sua força normativa no ordenamento brasileiro, porque a Constituição Federal de 1988 nada dispôs genericamente acerca do tema, sendo causa de grandes controvérsias sua eficácia na ordem jurídica pátria. Tanto assim, que inúmeras questões foram levadas aos tribunais nos últimos anos, tais como os acordos em matéria tributária, a responsabilidade do transportador aéreo, a aplicação das Convenções da OIT, os protocolos assinados no âmbito do MERCOSUL e os direitos humanos.

No presente trabalho, abordaremos os aspectos da internalização dos tratados internacionais ao direito pátrio, de modo a verificar sua eficácia no plano jurídico interno, tendo em conta os preceitos contidos na Constituição Federal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o entendimento da doutrina. De início, analisaremos sua incorporação à ordem jurídica pátria, com enfoque para as questões da competência e procedimento; em seguida, abordaremos a questão da hierarquia dos pactos internacionais no direito nacional, discorrendo acerca de sua força normativa; e, por fim, apresentaremos as considerações finais do estudo.

2 DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS AO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Doutrinariamente, a celeuma acerca da eficácia das normas externas no direito interno gira em torno de duas correntes, o dualismo e o monismo.

Na doutrina dualista¹, há evidente distinção entre o plano internacional e o interno do direito, concebendo-se ordenamentos jurídicos rigorosamente inde-

¹ A doutrina dualista encontra defensores como Triepel, na Alemanha, e Dionísio Anzilotti, na Itália, seguidos por Amílcar de Castro, no Brasil.



pendentes. Assim, o direito internacional disciplinaria as relações entre os Estados, e entre estes e os demais protagonistas da sociedade internacional, e o direito interno, as relações intra-estatais, sem qualquer conexão com elementos externos. Boson (2000, p. 147) critica essa teoria por não conseguir provar a aludida distinção entre normas internas e externas, uma vez que, ao editá-las, a vontade do Estado é sempre de se autolimitar, independentemente do âmbito em que se dará essa limitação.

Na doutrina monista², não há distinção entre o plano internacional e o interno do direito, ambos integrando um ordenamento jurídico unificado, de modo que não cabe distinguir as normas internas das externas³. Assim, o direito constituiria uma unidade, abrangendo a ordem internacional e a interna, sendo imperativa a existência de normas nacionais a coordenar os domínios, de modo a estabilizar eventuais conflitos (BOSON, 2000, p. 138).

Nessa corrente, não há consenso entre seus defensores de qual norma prevaleceria em caso de antinomia: os internacionalistas, dentre os quais Kelsen, defendem a prevalência da norma internacional sobre a interna, retirando esta seu fundamento de validade daquela, e os nacionalistas, dentre os quais Hegel, argumentam pelo primado da norma interna de cada Estado soberano sobre as externas, sendo a adoção dos preceitos internacionais uma faculdade discricionária estatal.

Analisando as três correntes doutrinárias, Rezek (2007, p. 05) constata que nenhuma delas é imbatível a críticas, mas que discutem o problema sob diferentes perspectivas. Assim, o dualismo enfatiza a diversidade das fontes de produção das normas jurídicas, com enfoque nos limites de validade do direito internacional na ordem interna; a monista internacionalista volta-se para a idealização de uma ordem jurídica uníssona, com prevalência das normas internacionais; e, por fim, a monista nacionalista dá relevo à soberania de cada Estado, com respeito à ordem constitucional interna.

Diante disso, Carvalho (2007, p. 570) adota a teoria dualista, quando vislumbra a necessidade da incorporação dos acordos internacionais ao direito interno, como condição de executoriedade, uma vez que concebe planos normativos independentes. De outro lado, Rezek (2007, p. 06) e Moraes (2006, p. 461) aceitam a teoria monista nacionalista, quando tratam do conflito entre as convenções internacionais e as normas nacionais, sobretudo em razão da forma como o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando a questão, primando pela supremacia da Constituição.

2.1 Competência

De início, cumpre distinguir a competência acerca da decisão sobre trata-

² O monismo é defendido por Kelsen, na Alemanha, e Valladao, Tenorio, Celso Albuquerque Mello e Marotta Rangel, no Brasil.

³ Neste estudo, aludimos ao monismo lógico, defendido por Kelsen, com fulcro na Teoria do Conhecimento, que descreve o direito como uma pirâmide de regras, tendo por base uma Norma Fundamental Hipotética.



dos internacionais, levando-se em conta a produção dos efeitos na ordem jurídica: (a) no ato da assinatura do tratado, referindo-se à competência negocial, que acarreta eficácia imediata apenas na ordem internacional, e (b) no ato da incorporação definitiva à ordem interna, aludindo ao *treaty-making-power*, que torna o pacto internacional eficaz igualmente no direito pátrio.

A competência negocial compreende a capacidade para entrar em negociações internacionais das quais possam advir acordos positivados, sendo inerente aos Estados soberanos por disporem de representatividade na sociedade internacional. Nesse momento não vem à baila a disciplina constitucional doméstica, uma vez que é vedado aos pactuantes invocar direito interno para justificar o não cumprimento do acordo internacional (REZEK, 2007, p. 34).

A Convenção de Viena de 1969, em seu art. 7º, estabelece a competência do Chefe de Estado para vincular o país mediante celebração de acordo internacional. No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988 estabelece competir "privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional"⁴.

O *treaty-making-power* compreende a competência do Estado para comprometer-se no âmbito externo, de modo que as convenções internacionais também adquiram vigência nos limites territoriais do Estado, mediante a observância das normas internas em países que adotam o sistema dualista⁵. No direito brasileiro, essa competência é partilhada entre o Chefe do Executivo, que participa das negociações e ratifica os tratados, e o Legislativo, que os aprova definitivamente no âmbito interno, quando acarretarem eventuais encargos ao país.

De acordo com o art. 49, inc. I, da Constituição Federal, o Congresso Nacional detém competência exclusiva para "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional"⁶. Todavia, o procedimento de incorporação dos tratados internacionais, conforme será demonstrado adiante, somente estará aperfeiçoado após devidamente ratificado pelo Presidente da República perante os demais pactuantes.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal afirma resultar a incorporação do tratado internacional da conjugação de vontades homogêneas:

a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe da competência para promulgá-los mediante decreto⁷.

⁴ Art. 84, inc. VIII, da Constituição Federal.

⁵ STF, **ADI-MC 1.480**, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 04.09.1997, DJU 18.05.2001, p. 429.

⁶ Embora a competência do Congresso Nacional restrinja-se aos tratados que veiculem potencial interferência no patrimônio estatal, a prática brasileira tem revelado a necessidade de aprovação pelo Poder Legislativo para qualquer pacto internacional, ainda que não tenha natureza pecuniária.

⁷ STF, **ADI-MC 1.480**, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 04.09.1997, DJU 18.05.2001, p. 429.



Portanto, constata-se que o legislador pátrio concebeu um ato subjetivamente complexo para a incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento nacional, ao partilhar o *treaty-making-power* entre o Presidente da República, no plano externo, e o Congresso Nacional, no plano interno, quando resultem encargos potenciais ao patrimônio nacional.

2.2 Procedimento

De modo geral, a doutrina divide o procedimento de incorporação em etapas, quais sejam: negociação, assinatura, *referendum* (ou aprovação), ratificação e promulgação. Rezek (2007, p. 25) ainda concebe o procedimento simples, o qual se aperfeiçoa com as fases de negociação, assinatura e publicação. No Brasil, mesmo os tratados celebrados no âmbito do MERCOSUL são incorporados à ordem jurídica interna pelo procedimento completo⁸.

O Supremo Tribunal Federal assim concebe as etapas de incorporação dos acordos internacionais, esclarecendo sua natureza de ato político-jurídico⁹:

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 negociação compreende etapa preliminar em que o conteúdo do tratado é discutido entre os sujeitos envolvidos. Em se tratando de pacto bilateral, não há regras procedimentais preestabelecidas; em se tratando de convenção multilateral, normalmente ocorre nos congressos e conferências internacionais (SILVA, 2005, p. 58). Em seguida, com a assinatura consuma-se a celebração do tratado, de modo a encerrar o ciclo de negociações, dando início à vigência do pacto no plano interna-

⁸ Art. 38 do Protocolo de Ouro Preto de 1994.

⁹ STF, **CR-Agr** 8.279, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 17.06.98, DJU de 10-8-00, p. 06.



cional, inclusive responsabilizando o signatário perante as demais partes, em caso de descumprimento.

O *referendum* inicia a incorporação em sentido estrito dos tratados, oportunidade em que o Legislativo resolve definitivamente sobre as convenções celebradas pelo Executivo, incumbindo ao Congresso Nacional aprová-las, mediante votação, em regra, da maioria simples de cada Casa Legislativa¹⁰. Aprovado o tratado, edita-se o respectivo Decreto Legislativo¹¹, com duplo conteúdo: aprovar os termos do tratado internacional e autorizar a ratificação do mesmo pelo Chefe do Executivo.

A ratificação consiste em ato unilateral pelo qual a pessoa jurídica de direito internacional signatária de um tratado exprime definitivamente, na ordem internacional, a vontade de obrigar-se. Caracteriza ato discricionário, pois cabe ao Executivo decidir pela confirmação do pacto, não se vinculando à aprovação do Legislativo, e irretratável, porquanto impossível o desfazimento após formalização, salvo na hipótese de não haver ratificação pela parte adversa, nos tratados bilaterais, ou não alcançar o *quorum* mínimo, nos acordos multilaterais, dentro do prazo estipulado (REZEK, 2007, p. 48-54).

Na prática internacional, através da ratificação o Presidente da República confirma às outras partes, em caráter definitivo, a disposição do Estado de cumprir uma convenção internacional, geralmente estando prevista esta etapa no ajuste inicial do tratado. Dessa forma, entra em vigor internacionalmente o tratado no instante em que as partes comunicam a ratificação, que ocorre comumente pelo depósito dos instrumentos (SILVA, 2005, p. 59).

Por último, ocorre a promulgação e, em seguida, a publicação do Decreto Presidencial, finalizando o procedimento de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento interno. Dessa forma, o ato normativo atesta a existência da nova regra, que passa a integrar o acervo normativo nacional, com a ordem de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém, e a publicação exige sua observância por todos, conferindo-lhe força executória (FRAGA, 1997, p. 69).

Rezek (2007, p. 62) destaca a desnecessidade da promulgação para os acordos executivos, os quais independem de manifestação do Congresso Nacional, uma vez que não acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Nesse caso, bastará a publicação no Diário Oficial, autorizada pelo Ministro das Relações Exteriores e efetivada pela Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty, para introduzir a norma internacional na ordem interna. Em sentido contrário, Araújo (2003, p. 36) afirma inexistir acordos executivos em nosso direito, devendo todos os tratados internacionais ser aprovados pelo Congresso, sem exceções.

3 DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM PÁTRIA

Os tratados internacionais podem assumir diferentes níveis hierárquicos

¹⁰ Art. 47 da Constituição Federal.

¹¹ Art. 59, inc. VI, da Constituição Federal.



na ordem jurídica interna, com reflexo em sua força normativa: supraconstitucional, constituindo norma hierarquicamente superior à Constituição; constitucional, situando-se no mesmo nível do diploma constitucional; infraconstitucional, mas supralegal, estando em patamar intermediário entre a Constituição e a lei ordinária; e infraconstitucional, em paridade hierárquica com a lei ordinária.

Embora não conste na Constituição Federal disposição genérica acerca da hierarquia dos tratados internacionais na ordem jurídica pátria, o art. 102, inciso III, alínea *b*, estabelece competir ao Supremo Tribunal Federal “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

Analisando o dispositivo, Silva (2005, p. 69) conclui pela prevalência da Lei Fundamental do Estado sobre a norma internacional, em função da soberania (independência) estatal, ainda que isso signifique incorrer em ilícito na ordem internacional, em razão do descumprimento da avença no âmbito interno. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende pela supremacia da Constituição em face da norma internacional¹²:

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. [...] Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. O Poder Judiciário — fundado na supremacia da Constituição da República — dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno.

Boson (2000, p. 170) fundamenta a competência do Estado para receber a matéria de ordem internacional no âmbito interno com fulcro no princípio da autodeterminação dos povos¹³, porquanto toda a matéria essencial ao exercício da ordem jurídica estatal cai no domínio reservado do Estado soberano. Moraes (2006, p. 462) informa que o princípio da supremacia das normas constitucionais constitui regra também no direito comparado, mesmo em Constituições que adotaram critérios para alcançar maior efetividade dos direitos fundamentais.

Diante da supremacia da Norma Fundamental, a norma internacional deve ser intrínseca e extrinsecamente constitucional, conforme ressalta Mello (2000, p. 342): intrinsecamente, porque deve conformar seu conteúdo e procedimento à

¹² STF, **ADI-MC 1.480**, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 04.09.1997, DJU 18.05.2001, p. 429.

¹³ Art. 4º, inc. III, da Constituição Federal.



Constituição, e extrinsecamente, porque deve ser ratificado mediante prévia aprovação do Congresso Nacional, posto que a ratificação imperfeita¹⁴ não traz efeitos no plano interno, embora repercuta na ordem internacional.

Do mesmo modo, eventual conflito de normas deve ser resolvido à luz da Constituição Federal, porquanto seja a sede de determinação da estatura da norma expressa em tratado internacional, com vistas à estabilidade do direito interno (REZEK, 2007, p. 97). Logo, cabe ao Supremo Tribunal Federal a palavra final diante do conflito entre as normas internacionais e a legislação interna, inclusive através de controle de constitucionalidade, vez que é o guardião do Texto Maior¹⁵.

Antes de 1977, a Corte Suprema posicionava-se pela primazia do tratado internacional, quando em conflito com a norma infraconstitucional, atribuindo eficácia suprallegal àquele. Na ocasião, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004-SE (Rel. Min. Cunha Peixoto) modificou o entendimento até então adotado pelo Tribunal, no sentido de conceber um tratamento hierárquico paritário entre tratados internacionais e normas internas. Rezek (2007, p. 99) discorre acerca da referida decisão, considerada o *leading case* do pensamento atual da Suprema Corte:

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em que assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – não obstante as conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional. [...] Entenderam as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.

Com essa decisão, a Corte firmou entendimento pela paridade hierárquica entre tratados internacionais e lei ordinária federal, sob o argumento de inexistir disposição constitucional que assegure posição privilegiada à norma externa na ordem jurídica pátria. Assim, “os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo mera relação de paridade normativa”¹⁶.

¹⁴ A ratificação imperfeita consiste no ato de ratificação do tratado internacional pelo Chefe de Estado sem a devida aprovação pelo Congresso Nacional, quando a Constituição preveja essa etapa como essencial ao procedimento de incorporação das normas internacionais à ordem interna, como ocorre no Brasil.

¹⁵ Art. 102, *caput*, da Constituição Federal.

¹⁶ STF, **ADI-MC 1.480**, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 04.09.1997, DJU 18.05.2001, p. 429.



A equiparação das normas acarreta os seguintes efeitos: (a) diante de um conflito aparente de normas, soluciona-se aplicando o critério cronológico¹⁷ ou, quando cabível, da especialidade; (b) os tratados internacionais não podem regular matérias reservadas à lei complementar, haja vista o exclusivo domínio normativo desta espécie legislativa, com fulcro na Lei Maior; e (c) o Poder Judiciário é competente para efetuar o controle de constitucionalidade das convenções internacionais incorporadas ao sistema de direito positivo interno, em sede abstrata ou difusa.

Aplicando o critério da especialidade para a solução de antinomia, a Corte Suprema assentou que, nos casos de conflitos entre tratado bilateral sobre extradição, que disciplina especificamente relação entre o Brasil e determinado Estado estrangeiro, e as normas internas brasileiras – o Estatuto do Estrangeiro¹⁸ e o Regimento Interno do STF –, que regulam o tema de forma genérica, prevalece a norma internacional, em virtude de sua especialidade em relação à legislação interna (SOARES, 2004, p. 233).

Entretanto, existem regras específicas acerca dos tratados internacionais na ordem pátria, as quais estabelecem casos peculiares: (a) no domínio tributário, consoante disposição do art. 98 do Código Tributário Nacional, e (b) no campo dos direitos e garantias fundamentais, em função do que determinam os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal.

O art. 98 do CTN estabelece que os tratados internacionais “revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha”. A peculiaridade encontra-se na parte final do comando legal, ao determinar que os tratados “serão observados pela [lei tributária] que lhes sobrevenha”, conferindo-lhes privilégio perante a legislação tributária interna, elevando-os a nível hierárquico supralegal.

Machado (2008, p. 86) aduz que as convenções internacionais em matéria tributária prevalecem sobre a norma interna, com fundamento na impossibilidade de o país revogar a norma externa pela via legislativa ordinária, em razão do princípio da boa-fé nas relações internacionais. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça¹⁹ entende pela aplicação do princípio da não-discriminação aos tratados-leis em matéria tributária, de modo a impedir o tratamento discriminatório pela lei interna em função da nacionalidade.

No âmbito dos direitos e garantias fundamentais, o § 2º do art. 5º da CF, estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Antes da EC 45/04²⁰, juristas como Piovesan (1996, p. 111), Mazzuoli (2001), Pinheiro (2001, p. 73) e Velloso (2003, p. 347) entendiam que a CF/88 adotara cláusula

¹⁷ Cuida-se da aplicação da regra *later in time*, pela qual se soluciona o conflito de normas com a aplicação da mais recente.

¹⁸ Lei nº 6.815/80.

¹⁹ STJ, REsp 426.945/PR, 1ª Turma, Rel. p/ Ac. Min. José Delgado, julg. 22.06.2004, DJU 25.08.2004, p. 141.

²⁰ A EC 45/04 inseriu o § 3º no art. 5º da CF, dispositivo que será analisado adiante.



geral de recepção plena para os tratados internacionais sobre direitos fundamentais, permitindo sua incorporação imediata, e concedendo-os *status* formal constitucional no ordenamento pátrio, colocando-os em igualdade com os direitos fundamentais explícitos na Constituição.

À época, o Supremo, diversamente da doutrina, entendia pela impossibilidade de incorporação automática das convenções internacionais sobre direito humanos, bem como pela paridade normativa com a lei ordinária federal, nos seguintes termos²¹:

Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressarem em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado.

Porém, ante a reforma do texto constitucional que possibilitou aprovação dos tratados internacionais com *status* formal de norma constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF, analisa Silva (2006, p. 182) que as convenções internacionais, quando aprovadas por maioria simples, adquirem hierarquia formal infraconstitucional, porém são consideradas materialmente constitucionais. Além disso, quando aprovadas com o *quorum* de emenda à constituição (maioria qualificada de três quintos), adquirem *status* de norma material e formalmente constitucional.

Recentemente, a Corte Suprema sinalizou pela modificação do antigo entendimento, no sentido de conceder caráter normativo supralegal aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, muito embora não tenham sido aprovados com *quorum* qualificado. Na oportunidade, o Min. Gilmar Mendes aduziu que "os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação"²².

Esse entendimento encontra-se em conformidade com o princípio da prevalência dos direitos humanos, que rege as relações internacionais do país²³. Todavia, Mello (2000, p. 135) alerta que não se trata de permitir ingerência da ordem internacional, em detrimento da competência constitucional do país, cuidando-se, em verdade, de velar pela defesa dos direitos humanos. Seu fundamento reside na

²¹ STF, **HC** 72131/RJ, Pleno, Rel. p/ o Ac. Min. Moreira Alves, julg. 23.11.95, DJU 01.08.2003, p. 103.

²² STF, **RE** 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 22.11.2006, informativo nº 449 do STF.

²³ Art. 4º, inc. II, da Constituição Federal.



obrigação *erga omnes* de proteção do ser humano, que constitui valor superior embasado na consciência jurídica universal, a par da aplicação de tratados (TRINDADE, 2002, p. 1106).

Ainda no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, o §3º do art. 5º da Constituição Federal prevê que “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”.

O dispositivo estabelece processo legislativo idêntico ao das emendas constitucionais para que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos adquiram *status* formalmente constitucional. Com isso, concedeu ao Congresso Nacional discricionariedade para, tratando dessa matéria, incorporá-los ao direito interno com *status* de lei ordinária federal ou norma constitucional, caso seja aprovado respectivamente com *quorum* de maioria simples ou qualificada (três quintos) (MORAES, 2005, p. 107).

De qualquer maneira, independentemente do *quorum* de aprovação, os tratados internacionais sobre direitos humanos são considerados materialmente constitucionais, ainda que não tenham assento formal na Constituição. Portanto, coexistem em nosso ordenamento jurídico convenções sobre direitos humanos materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º, da CF) e as material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º, da CF). Diante disso, deve o intérprete guiar-se pela lógica material do direito, no sentido de aproximar-se ao máximo do valor da dignidade da pessoa humana, conforme assevera Tavares (2003, p. 394).

Com relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento pátrio antes da EC 45/04, Rezek (2007, p. 98) afirma que devem alçar nível de norma constitucional automaticamente, uma vez que inexistia a exigência de *quorum* qualificado ao tempo de sua aprovação. Por outro lado, Novelino (2008, p. 258) argumenta que o art. 5º, § 3º, da CF não atribuiu *status* de norma constitucional a todos os tratados internacionais, mas tão-somente àqueles referendados com *quorum* necessário à aprovação das emendas, sugerindo nova votação dos antigos tratados internacionais.

Outras questões são levantadas, em sede doutrinária, acerca do dispositivo constitucional em comento, por exemplo, no caso de tratado internacional de direitos humanos aprovado por maioria qualificada (dois terços) dispor diversamente do Texto Maior, indagando-se qual norma deverá prevalecer. Novelino (2008, p. 257), enfrentando a discussão, afirma que, quando a norma prever ampliação do direito, não haverá revogação do texto constitucional, pois conferirá maior proteção ao mesmo, consoante direciona o princípio da dignidade humana; ao contrário, quando tendente a restringir o direito, não poderá ser sequer objeto de deliberação²⁴.

E no caso de ser a norma internacional ampliativa do direito fundamental, questiona-se sua qualidade como cláusula pétrea. Novelino (2008, p. 259) destaca ser

²⁴ Art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição Federal.



impossível emanar do Poder Reformador norma inafastável por ele próprio; Capez *et al* (2005, p. 18), por sua vez, raciocina que a alteração de cláusulas pétreas somente pode ocorrer por meio de amplo debate nacional sobre o sistema constitucional do país, de modo que se trataria de verdadeiro exercício de Poder Constituinte Originário, e não Derivado, de modo que estar-se-ia legitimando a ação legislativa no sentido de editar cláusula pétrea.

4 CONCLUSÕES

Diante da necessidade da incorporação dos acordos internacionais ao direito pátrio, como condição de sua exequoriedade no plano interno, a doutrina pátria adota a teoria dualista, uma vez que concebe ordens jurídicas independentes. De outro lado, diante da primazia da lei interna sobre a norma internacional, a doutrina nacional adota a teoria monista nacionalista, uma vez que concebe o direito de modo unificado, porém com prevalência da norma pátria.

Por essa via, constata-se que as doutrinas monista e dualista enfrentam o problema da exequoriedade das normas internacionais no plano interno adotando diferentes critérios, configurando uma celeuma puramente doutrinária. Logo, a missão de delimitar a força normativa dos tratados internacionais nos limites do território estatal cumpre à Lei Fundamental do Estado soberano, sobretudo em função do princípio da autodeterminação dos povos.

Embora a Constituição Federal não estabeleça disposições gerais acerca dos tratados internacionais, uma interpretação sistemática conduz à conclusão do primado da Lei Fundamental sobre as normas internacionais. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica, conferindo às convenções externas *status* de norma infraconstitucional, com os efeitos inerentes a essa hierarquia, tais como o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, a solução de antinomias mediante aplicação dos critérios cronológicos e da especialidade, etc.

Entretanto, o legislador pátrio estabeleceu casos peculiares em nosso ordenamento jurídico, especialmente com relação aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, em virtude de sua natureza de norma materialmente constitucional. Assim, devem-se utilizar fórmulas hermenêuticas no conflito de normas de modo a conferir máxima eficácia aos direitos humanos, independentemente se veiculados por normas internacionais ou internas, em observância ao princípio da prevalência dos direitos humanos, seguindo uma lógica material.

Em suma, da análise da legislação interna, de acordo com seu conteúdo e sua forma de aprovação, os tratados internacionais poderão alçar diferentes níveis hierárquicos no direito brasileiro: (a) quando versem sobre direito humanos, aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, alcançarão *status* formal constitucional; (b) quando versem sobre direito humanos, aprovados por maioria simples, embora materialmente constitucionais, alcançarão *status* formal supralegal, situando-se em nível intermediário entre a Constituição e a legislação ordinária, assim como os tratados-leis em matéria tributária; e (c) nos demais casos equiparam-se à lei ordinária federal, inclusive para efeito de solução de antinomias.



REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luis Ivani de A. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BOSON, Gerson de Britto M. **Direito internacional público**: o estado em direito das gentes. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CAPEZ, Fernando *et al.* **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição, direito constitucional positivo. 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional**: tratados e direito humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**: uma introdução. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos humanos**. São Paulo: Atlas, 2001.



PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1996.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SOARES, Guido Fernando S. **Curso de direito internacional público**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

TAVARES, André R. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. São Paulo: Renovar, 2002.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no supremo tribunal federal. *In*: SAMPAIO, José Adécio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NORMATIVE FORCE OF INTERNATIONAL TREATIES IN BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ORDER

ABSTRACT

Examines the normative aspects of international treaties incorporated into the Brazilian law, front to the controversy in doctrine and jurisprudence, established because of insufficient constitutional rules. Aims to define the hierarchy of international agreements in domestic law, based on the Constitution and on the jurisprudence of the Supreme Court. Defines international treaties as the formal agreement concluded between legal persons of public international law intended to produce legal effects. Exposes the doctrinal controversy about the reception of international treaties in Brazilian law, refer-




ring to theories that seek to explain the phenomenon, the dualism and monism. Delimits the legal competence to ratify international treaties in Brazilian law (treaty-making-power) and qualifies it as complex subjective act. Talks about the procedure of incorporation of international laws, referring to steps: negotiating, signing, *referendum*, ratification and enactment. Examines the provisions of the Constitution law about treaties, based on the jurisprudence of the Supreme Court, designing classically with infraconstitucional *status*, treated as ordinary federal legislation, with their effects for the solution of conflict of laws, control of constitutionality, and so on. Presents peculiar cases in the vernacular law, defining the hierarchical position, supralegal, of the international treaties on tax law and human rights and, constitutional, of the international agreements about human rights adopted with qualified majority. Presents the final considerations, defining the three hierarchical levels assumed by international treaties in the internal order, with a view to ensuring the dignity of the human person.

Keywords: International treaties. Hierarchy. Normative force. Brazilian constitutional order.

Artigo finalizado em outubro de 2008.





O DIREITO PENAL E O INDÍGENA: ASPECTOS ACERCA DA IMPUTABILIDADE PENAL E DA COMPETÊNCIA JUDICIÁRIA

Julianne Holder da Câmara Silva

Acadêmica do 9º período do Curso
de Direito da UFRN
Bolsista do PRH-ANP/MCT n. 36

RESUMO

Reconhecendo a necessidade de preservar uma minoria étnica nacional, a Constituição Federal estipulou uma série de direitos e garantias em prol da conservação da singularidade cultural indígena, perfilhando em seu artigo 231 o direito dos índios em manter sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, além de resguardar os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, determinando a competência dos Juízes Federais para processar e julgar as disputas envolvendo os referidos direitos. Diante desta norma constitucional grande celeuma jurisprudencial se instaurou quanto à competência para conhecer dos crimes praticados por índios e contra índios. Neste contexto o presente trabalho tece considerações não só quanto à responsabilidade criminal do indígena, avaliando sua imputabilidade penal, como também deslinda os aspectos acerca da competência judiciária em matéria criminal, analisando a abrangência da esfera Federal ou Estadual conforme as situações do caso concreto. Abordando, ainda, a questão da tolerância e do reconhecimento, pelo Estado, das normas de conduta interna das comunidades índias, a chamada *jurisdição indígena*, demonstrando a relevância do tema na conservação da estrutura cultural dos silvícolas.

Palavras-chave: Índio. Crime. Imputabilidade penal. Competência judiciária.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Não é de hoje que a questão indígena tem despertado interesses e curiosidades por compor um cenário de disputas e conflitos armados, envolvendo índios e não-índios, num interminável questionamento acerca de direitos originários e direitos adquiridos sobre posse e propriedade de terras, nunca sem uma pitada especial de sensacionalismo promovido pela mídia.

Atualmente, as atenções voltam-se à demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, e à agressão provocada a golpes de facão por um grupo de indígenas contra um engenheiro da ELETROBRÁS, em protesto contra a construção da hidrelétrica Belo Monte, no estado do Pará. No passado, atingiu grande repercussão o caso do índio Galdino, que fora queimado vivo por um grupo de adolescentes, no Distrito Federal.

Na oportunidade da edição do Decreto homologatório da demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol, quando se iniciou uma ação policial para a retirada dos arrozeiros da região, a resistência foi violenta. O caso da demarcação Raposa Serra do Sol se arrasta por décadas, atingindo interesses inúmeros, hoje dos arrozeiros, mas já foram garimpeiros e criadores de gado¹. Obviamente que em nenhum caso a solução deu-se de forma pacífica. Aparentemente, a construção da hidrelétrica de Belo Monte tende a seguir o mesmo caminho: o da violência. Dessa vez, no entanto, praticada por índios contra não-índios.

Deixando de lado as polêmicas sobre o direito agrário, o fato é que muita gente morreu, e muitas ainda hão de morrer, envolvidas em disputas sobre terras indígenas. Homicídios, lesões corporais, genocídio, e toda uma sorte de crimes são praticados, por índios e não-índios, na defesa de um direito que pretendem ter e que o Estado se faz omisso quando deveria intervir de forma enérgica.

Neste contexto, de crimes praticados contra índios e por índios, o presente trabalho busca elucidar alguns questionamentos que emergem da situação, como o caso da responsabilidade penal do índio criminoso e sua imputabilidade, a justiça adequada para processá-lo e julgá-lo (Federal ou Estadual?) e, ainda, a competência da própria tribo para reprimir os crimes praticados entre os índios de uma mesma aldeia, a chamada *jurisdição indígena*.

2 A RESPONSABILIDADE PENAL DO ÍNDIO

Existe um crime, juridicamente imputável a alguém que se encontra apto a sofrer o *jus puniendi* do Estado, quando há um fato típico, antijurídico e culpável; faltando um desses requisitos genéricos não há crime e conseqüentemente não se pode falar em penalização do agente. Sendo a imputabilidade um dos elementos que compõe a culpabilidade, e sem esta não há crime punível, perquirir a responsabilidade penal do indígena significa analisar a sua imputabilidade penal, ou seja,

¹ Disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/>. Acesso em: 12 jul. 2008.



o conjunto de condições pessoais que geram a capacidade do agente para que lhe seja juridicamente atribuível a prática de um fato punível (NUCCI, 2006, p. 253).

A culpabilidade é um juízo de reprovação, que recai sobre o agente por ter atuado de forma contrária ao direito, quando podia agir em conformidade com o mesmo, já a imputabilidade é a aptidão para ser culpável. Deste modo, passa pelo crivo da imputabilidade o indivíduo que reúne os dois elementos que a configura, quais sejam: higidez biopsíquica e maturidade. Pela maturidade, entende-se o desenvolvimento físico-intelectual que permite ao agente relacionar-se em sociedade, de forma independente, equilibrada e emocionalmente segura. O nosso Diploma Penal consagra a maturidade com base em uma presunção legal, aos 18 anos de idade, sem a possibilidade de perquiri-la caso a caso.

A higidez biopsíquica engloba a saúde mental propriamente dita, e a capacidade do agente em entender o caráter ilícito de sua conduta, ou de se autodeterminar conforme esse entendimento; ou seja, o agente podia agir de forma diversa, mas não o fez, preferindo, consciente e voluntariamente, delinquir. Reunido os dois pressupostos, maturidade e higidez biopsíquica, o agente é penalmente imputável.

Não é por outro motivo que o artigo 26 do Código Penal (CP) isenta de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do seu ato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Percebe-se, então, que o Diploma Penal valoriza um elemento subjetivo: a consciência que o agente tem de estar agindo de modo contrário ao Ordenamento Jurídico; ele sabe que está cometendo um crime e nem por isso deixa de praticá-lo. Não havendo a presença desse elemento subjetivo não haverá a punição penal por ser o agente inimputável.

Da mesma forma, o artigo 21 do CP exclui a pena quando o agente incide em erro inevitável sobre a ilicitude do fato (erro de proibição). Diferentemente do que ocorre no art. 26, o erro de proibição não incide em virtude de uma enfermidade mental do indivíduo, mas configura-se em face de um erro, um juízo equivocado sobre o que lhe é permitido fazer na vida em sociedade, um engano plenamente justificável ante a impossibilidade de o sujeito conhecer a ilicitude de seu comportamento.

Como dito alhures, para que haja a culpabilidade do agente é indispensável que este seja imputável penalmente, ou seja, que reúna os requisitos da maturidade e da higidez biopsíquica, compreendendo o caráter ilícito de sua conduta, sendo exigível que se portasse de forma diversa, em conformidade com o Ordenamento Jurídico. Se o sujeito não atingiu essa consciência acerca da antijuridicidade de seu comportamento, não há culpabilidade por ser o indivíduo inimputável, muito embora exista uma conduta típica (MIRABETE, 2005, p. 200).

Seguindo este raciocínio, pode-se chegar à conclusão acerca da inimputabilidade penal do indígena que vive isolado ou que remotamente contata a civilização. Por viver em uma coletividade estruturalmente e culturalmente diferente da sociedade envolvente, o aborígene, ao menos em tese, desconhece os costumes e hábitos dos *civilizados*, não possuindo, portanto, a capacidade de compreender



que sua conduta é criminosa e socialmente condenável, pois, para aquele índio, as regras de comportamento que conhece e pratica são as impostas pelo grupo tribal ao qual pertence.

Equivocadamente a doutrina (MIRABETE, 2005; NUCCI, 2006) vem enquadrando o silvícola na hipótese do art. 26 do CP, equiparando-o ao doente mental, considerando-o um inimputável por possuir desenvolvimento mental incompleto ou retardado em virtude de sua inadaptação à vida *civilizada*. Tremendo equívoco, lamentável preconceito. Não é porque os índios possuem usos e costumes diversos dos nossos, que isto implica em sua enfermidade mental, não é a adaptação aos padrões da *vida moderna* que identifica um indivíduo como mentalmente são.

O índio que apresenta pouco contato com a sociedade envolvente, ao praticar um fato típico e antijurídico, por não compreender o caráter ilícito de sua conduta, age acobertado pela inimputabilidade, não por ter ele uma doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto, mas, com arrimo no art. 21 do CP, por ser inteiramente impossível que este aborigine compreenda o crime que está cometendo, posto que vive em uma sociedade estruturalmente diferente da nossa, com costumes e tradições peculiares, estranhos a nós como os nossos usos estranham a eles, restando envolto pela excludente.

Exigir do índio que se determine conforme as normas *civilizadas* além de utópico significa uma afronta direta à Carta Constitucional e sua proteção à continuidade cultural das comunidades indígenas, tendo em vista que, em seu art. 231, assegura aos índios o direito à sua organização social, sua cultura, língua e tradições. Obrigar o autóctone a comportar-se segundo nossas regras de conduta, máxime quando esteja em sua aldeia, significa forçá-lo a abandonar seus costumes em detrimento dos nossos, numa clara inconstitucionalidade.

Admitir a inimputabilidade do indígena com fulcro no art. 26 do CP geraria uma situação bastante complicada ao se imaginar que o juiz, ao admitir a inimputabilidade do silvícola, prolata uma sentença absolutória imprópria, absolvendo-o muito embora impondo uma medida de segurança. Seria descabido que um índio, mentalmente sadio, apesar de desconhecedor de nossas leis, usos e costumes seja submetido a uma internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico ou mesmo que seja enviado para um tratamento ambulatorial.

Percebe-se o absurdo da hipótese, ficando claro que reconhecer a inimputabilidade do silvícola com base no art. 26 do Código Penal não é o melhor caminho. A solução nos parece estar no art. 21 do CP, excluindo a culpabilidade do índio pela completa impossibilidade de compreensão da ilicitude de sua conduta, devendo, no entanto, o órgão de assistência ao índio providenciar o devido esclarecimento ao autóctone.

Poder-se-ia, ainda, extrair a idéia de semi-imputabilidade penal do silvícola que apresenta um grau maior de convivência com a *comunhão nacional*, embora não esteja a ela integrado, emergindo a regra da diminuição da pena, determinada na parte final do artigo 21 do CP, pois o autóctone não era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato que praticou, não obstante lhe fosse exigível tal compreensão, por se relacionar com a cultura *civilizada*, conhecendo seus usos ainda que de forma superficial.



Obviamente que estamos aqui nos reportando aos índios que vivem isolados em suas aldeias ou com esporádico contato com a sociedade envolvente. Tal raciocínio não atinge os silvícolas integrados à comunhão nacional ou em vias de integração, uma vez que estes indivíduos possuem o pleno conhecimento das normas que regem a *sociedade moderna*, não podendo se esquivar da responsabilidade penal apenas pela condição de índio.

O que se deve levar em consideração na hora de atribuir a prática de um crime ao indígena é a consciência deste acerca do caráter ilícito de sua conduta, o que se verifica no caso concreto, dependendo da realização de perícia e do grau de contato que possua com os costumes *civilizados*; o que é bem diferente de estar, ou não, adaptado à civilização. O autóctone pode ter plena consciência da criminalidade do fato que pratica e não estar adaptado à vida em sociedade. De fato, o estatuto do índio (Lei 6.001/73) destina o título VI à regulação das normas penais atinentes aos indígenas, deixando bem claro que o índio é penalmente responsável.

A partir do estatuto infere-se que a capacidade penal do índio extrai-se, como a de todos os outros brasileiros, do Diploma Penal, perquirindo sua imputabilidade, de acordo com a capacidade de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir conforme este entendimento, mediante perícia adequada, não bastando a condição de silvícola para que se conclua por sua capacidade relativa, como fazia o CC de 1916.

Tanto é assim que o estatuto do índio determina, no parágrafo único do art. 56, que as penas de reclusão e de detenção aplicadas aos indígenas serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento da FUNAI – Fundação Nacional do Índio. Prevendo, também, que na aplicação da pena o juiz observará o grau de integração do silvícola, atenuando a penalidade a este imposta. Como se percebe, o próprio estatuto do índio disciplina a forma de aplicação da pena e o regime de seu cumprimento, sendo inegável que admite a responsabilidade criminal do indígena.

O diferencial está no cumprimento da pena, que já se inicia no modelo especial de semiliberdade, independente do *quantum* fixado e do regime adequado ao cumprimento da pena; sendo certo que, ainda, incidirá uma atenuante pelo simples fato de ser o indivíduo um indígena. Trata-se de uma benesse concedida aos aborígenes pela política protecionista do estatuto do índio.

A regra do estatuto entra em perfeita sintonia com os preceitos prognosticados no art.10, item 2, da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), pelo qual se deve dar preferência a punições outras, que não o encarceramento, quando se tratar de reprimenda ao indígena criminoso. A Convenção 169 da OIT foi incorporada ao Ordenamento Pátrio a partir do Decreto Legislativo 143/2002, possuindo natureza de Tratado de direito humanos.

Há autores, no entanto, que acreditam que a referida atenuante só incidirá caso não haja outra aplicável ao evento². Não é o que nos parece. Não tendo o legislador determinado tal condição para a incidência da circunstância atenuante,

²Quem menciona os referidos autores é SOUSA FILHO, 2008, p. 114.



não cabe ao aplicador do direito, *quicá* a doutrina, impedir sua incidência ainda que existam outras atenuantes que concorram para o fato.

Em nenhum momento a lei penal exclui a possibilidade de acumulação de circunstâncias atenuantes, desde que se observe o piso previsto para a infração em abstrato, nos conformes da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³; sendo certa a incidência da atenuante específica, prevista no estatuto do índio, ainda que presente qualquer das atenuantes genéricas do Código Penal.

2.1 *Jurisdição indígena*

No atual modelo constitucionalista de Estado, ao qual nos encontramos inseridos, a idéia da coexistência num mesmo território de sistemas jurídicos diversos, é algo inexoravelmente rechaçado; no Estado contemporâneo se sobrepõe a idéia de que o direito é único e onipresente, emanado de uma Carta Constitucional que paira intangível, inquestionável e soberana sobre todas as regras sociais de comportamento. Entretanto, a realidade dos diversos Países sul-americanos e sua variada rede de etnias indígenas, com regras de conduta social próprias, parece desmentir esta concepção.

A questão do reconhecimento pelo Estado, da existência de um *sistema jurídico* entre os povos indígenas, é polêmica antiga, que remonta à época das invasões européias. A verdade é que paralelamente às normas jurídicas que norteiam nosso Ordenamento existe uma infinidade de regras que organizam e mantêm coesas as diversas formações indígenas espalhadas não só no território brasileiro, mas por toda a América Latina.

A Convenção 169 da OIT, em seu art. 9, item 1, tem admitido que as comunidades índias apliquem suas normas sociais de maneira subsidiária, desde que não se contraponham à Ordem Jurídica Nacional, admitindo a realidade fática muito embora não reconheça a existência de um efetivo direito. A imposição de um sistema jurídico exógeno à comunidade indígena contrasta com os preceitos constitucionais, contidos no art. 231, que asseguram aos índios o direito à sua organização social, usos e costumes, uma vez que os obriga a seguir regras sociais diversas de seu modelo tradicional, desconfigurando sua estrutura cultural.

Neste contexto, interessante dispositivo é o artigo 57 do estatuto do índio, que prevê a possibilidade da própria comunidade tribal aplicar as sanções que entender necessárias à disciplina e punição de seus membros, desde que tais penas não sejam de morte nem possuam caráter infamante ou cruel, pois do contrário estar-se-ia ferindo as garantias fundamentais asseguradas na Constituição. É o que a doutrina convencionou chamar de *jurisdição indígena*, posto que retira do Estado o *ius puniendi*, quanto aos delitos praticados entre os membros da comunidade tribal.

Por oportuno, relevante é o conteúdo da Carta de Direitos do Cidadão, ratificada no México, que recomenda ao Poder Judiciário dos Países signatários,

³ Súmula 231 STJ: "A incidência de circunstancia atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".



dentre eles o Brasil, a integração de mecanismos de solução de conflitos conforme aos direitos consuetudinários das populações indígenas.

Com efeito, a Carta da República reconhece aos índios sua organização social, costumes e tradições; nada mais coerente, portanto, que seja atribuído ao próprio grupo a função de reprimir penalmente os seus membros, conforme as normas tradicionais da comunidade. Agir o legislador de outro modo, seria esvaziar o sentido da norma constitucional. Retirar dos indígenas a possibilidade de punir seus próprios membros faltosos, conforme seus usos e costumes, é desestruturar seu sistema cultural, é intervir arbitrariamente nos hábitos da comunidade.

Exemplo clássico da jurisdição indígena é o caso do índio Basílio, que matou outro indígena pertencente à sua tribo. Após cometer o crime, o acusado foi julgado pela própria comunidade tribal, recebendo a seguinte pena: cavar a cova e enterrar o corpo da vítima, ficando em degredo de sua comunidade e de sua família pelo tempo que a tribo entendesse suficiente.

Submetido, o réu, ao Júri Popular, após o pronunciamento de uma antropóloga⁴, o representante do Ministério Público requereu sua absolvição por entender que o índio Basílio já havia cumprido a pena devida, imposta por sua comunidade, conforme seus costumes e tradições. Por unanimidade de votos, os jurados agraciaram o acusado com a exoneração da pena. O problema é que o índio Basílio passou 14 anos preso, aguardando julgamento pelo Tribunal do Júri, quando poderia, desde logo, ter sido reconhecida a competência de seu povo para julgá-lo, nos moldes do art. 57 do estatuto do índio.

Apesar da louvável atitude do *Parquet*, em reconhecer a idoneidade da tribo em punir seus componentes, conforme seus usos e tradições, o fato é que os tribunais vêm se revelando intolerantes às regras internas dos grupos tribais, avocando para si a competência de crimes praticados entre índios dentro das reservas⁵, desvirtuando as normas constitucionais de proteção ao sistema cultural aborígine.

3 A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR OS CRIMES COMETIDOS POR ÍNDIOS E CONTRA ÍNDIOS

3.1 Justiça Federal ou Justiça Estadual?

Grande celeuma jurisprudencial se estabeleceu quanto à definição da

⁴ A antropóloga Alesandra Albert esclareceu que, segundo a tradição milenar da etnia *Macuxi*, a qual pertencera o réu, um índio que mata outro é submetido a um conselho, formado por indivíduos de reconhecida autoridade e de grande expressão política, escolhidos pela própria comunidade; sendo o réu um *tuxaua*, indivíduo que exerce uma função político-representativa, é costume da tribo que seja ele julgado perante seus companheiros *tuxauas*. Quem conta o caso do índio Basílio com riqueza de detalhes é BARRETO, 2008, p. 119.

⁵ Assim já decidiu o STF: "(...) Homicídio em que os acusados são índios. Crime motivado por desentendimento momentâneo, agravado por aversão pessoal em relação à vítima. Delito comum isolado, sem qualquer pertinência com direitos indígenas. Irrelevância do fato ter ocorrido no interior de reserva indígena. Competência da Justiça Estadual. Ordem indeferida." SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 81827/MT. 2ª Turma. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 28/05/2002. DJ 23/08/2002.



competência para processar e julgar os crimes praticados por índios ou contra índios, principalmente diante do inciso XI do art. 109 da Constituição da República que estabelece a competência dos Juizes Federais para processar e julgar as disputas envolvendo direitos indígenas.

A jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal (STF), até pouco tempo atrás, apontava para a Justiça Federal, pois compreendia a locução *direitos indígenas* de forma ampla: para a Suprema Corte, todos os direitos dos silvícolas, a começar pelo direito à vida, se inseriam na proteção Federal.⁶

Já nessa época, discordava da postura dominante o Ministro Néri da Silveira, que visualizava a competência Estadual quando da prática de crimes comuns, ainda que envolvendo aborígenes; salientando que a expressão *direitos indígenas*, mencionada pelo artigo 109, XI da CF, reporta-se ao conteúdo do artigo 231 da Carta, ou seja, compreendendo a proteção à organização social, cultural, lingüística, e aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente habitam, não abrangendo o direito à vida, ao patrimônio e à integridade física do índio enquanto indivíduo determinado.

Atualmente a posição do STF vem se modificando, já existindo julgados no sentido de deslocar a competência para a Justiça Estadual quando se tratar de crimes praticados, por índios ou contra índios, mas sem envolver disputas pelos direitos indígenas consagrados no art. 231 da CF⁷. Dessa maneira, a Suprema Corte passa a dar interpretação restritiva ao inciso XI do artigo 109 da CF, entendendo *direitos indígenas*, sob a proteção Federal, como o complexo de direitos atinentes aos costumes, tradições, cultura e direitos originários sobre as terras que ocupam, ficando a cargo da Justiça Estadual a competência criminal comum. No entanto, a questão ainda não foi pacificada no Pretório Excelso.

Na realidade, este já era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), inclusive, consolidado na súmula de nº. 140: "*Compete à Justiça comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima*". Não se pode olvidar, no entanto, que a competência será Estadual apenas quando o crime praticado não tiver conexão com disputas acerca de direitos indígenas, pois, do contrário, o crime será julgado perante a Justiça Federal⁸.

⁶ Conferir na jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **RE 179.485-2/AM**. 2ª Turma. Relator, Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 06/12/1994. DJ 10/11/1995. **HC 71.835-3/MS**. 2ª Turma. Relator Min. Francisco Rezek. Julgamento em: 04/04/1995. DJ 22/11/1996. **RE 192.473-0/RR**. 2ª Turma. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 04/02/1997. DJ 24/04/2001. *Apud*: BARRETO, *Op. Cit.* p. 75-77.

⁷ Conferir na jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **RHC 85737/PE**. 2ª Turma. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 12/12/2006. DJ 30/11/2007. **RHC 84308/MA**. 1ª Turma. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 15/12/2005. DJ 24/02/2006. **HC 81827/MT**. 2ª Turma. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 28/05/2002. DJ 23/08/2002.

⁸ **CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO CONTRA ÍNDIO EM RAZÃO DE DISPUTA DE TERRAS. INTERESSE DA COMUNIDADE INDÍGENA CARACTERIZADO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 140 DESTA CORTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Caracterizado que o homicídio praticado contra índio foi motivado pelo interesse nas terras ocupadas por indígenas, não há que se falar em aplicação da Súmula n.º 140 desta Corte, por envolver direitos da coletividade indígena**. SUPERIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **CC 37.833/RR**. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 3ª Seção. Julgamento em: 14/03/2007. DJ 26/03/2007.



É o caso, por exemplo, dos crimes porventura realizados em virtude da demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol, ou mesmo o caso da agressão indígena ao engenheiro da ELETROBRÁS. Nestes dois casos, por envolver questões ligadas à posse indígena sobre suas terras, a competência criminal será da Justiça Federal. Diferentemente do caso do índio Galdino, homicídio praticado sem vinculação às disputas por direitos indígenas, cuja competência será da Justiça Estadual.⁹

Isto porque, a competência fixada na Carta Constitucional se dá em razão da matéria, que é a disputa por direitos indígenas; não sendo este o conteúdo da ação, não há o que se falar em jurisdição Federal. Não é a simples presença do índio na relação processual que determina a competência judiciária, mas sim a matéria objeto do processo. Até porque, não sendo o caso de crime ocorrido em disputas por direitos indígenas os quais devem, por determinação constitucional, ser salvaguardados pela União, não existe o interesse desta que justifique a jurisdição Federal.

A jurisprudência do STF¹⁰ ainda esclarece que, em caso de crimes ocorridos dentro da reserva, entre índios, a competência será Estadual. Tal entendimento, na verdade, vai esbarrar com a *jurisdição indígena* estabelecida no artigo 57 do estatuto do índio, conforme mencionado algures.

3.2 Genocídio

Comete genocídio quem intencionalmente pratica atos tendentes a destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, cometendo assassinato de membros desse grupo; dano grave à integridade física ou mental; medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio da comunidade¹¹; dentre outras práticas que ameacem a existência da classe.

O genocídio, pois, atenta contra a própria existência de uma comunidade tradicional e sua continuidade físico-cultural, sendo certo que configura uma afronta aos direitos indígenas assegurados no artigo 231 da Carta Constitucional. O genocídio praticado contra índios tem por finalidade extirpar a sua organização social, dizimar seus membros, seus costumes, usos e tradições, sendo, portanto, inegável a competência da Justiça Federal, uma vez que atinge os direitos indígenas enquanto

⁹ Neste sentido, pronunciou-se o STF, ao julgar *Hábeas Corpus* no caso Galdino. Conferir: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 75.404-0/DF**. 2ª Turma. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 27/06/1997. DJ 27/04/2001.

¹⁰ "EMENTA: COMPETÊNCIA CRIMINAL. Conflito. Crime praticado por silvícolas, contra outro índio, no interior de reserva indígena. Disputa sobre direitos indígenas como motivação do delito. Inexistência. Feito da competência da Justiça Comum. Recurso improvido". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 419528/PR**. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 03/08/2006. DJ 09/03/2007.

No mesmo sentido: "EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO POR ÍNDIO CONTRA ÍNDIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. Não havendo disputa sobre direitos indígenas, a competência para processar e julgar as causas em que envolvido indígena, seja como sujeito ativo ou sujeito passivo do delito, é da Justiça estadual. Agravo regimental a que se nega provimento". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AI-Agr 496653/AP**. 2ª Turma. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 06/12/2005. DJ 03/02/2006.

¹¹ Art 2º da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ratificado no Brasil através do Decreto 30.822/52, c/c art. 1º da Lei nº 2.889/56.



grupo ou comunidade social sob a proteção da União.

Neste sentido já decidiu o STF, no famoso caso de genocídio contra a etnia *Yanomami*, praticado por garimpeiros no Estado de Roraima, não só pela alçada da Justiça Federal em face do crime de genocídio, mas também pela competência do Tribunal do Júri Federal para julgá-lo¹².

3.3 O papel do Ministério Público

Quando o assunto é a tutela indígena, a Constituição da República consagra a atuação do Órgão Ministerial em duas oportunidades distintas. Na primeira delas, é assegurado aos índios e suas comunidades a prerrogativa de ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses, devendo o Ministério Público (MP) intervir em todos os atos do processo (art. 232). Nesta oportunidade cabe ao Órgão Ministerial atuar como fiscal da Lei, não sendo parte interessada na demanda.

Em um segundo momento, o *Parquet* tem o dever institucional de defender juridicamente os interesses indígenas (artigo 129, V). Nesta oportunidade agirá como parte, na defesa dos direitos assegurados no art. 231 da Carta, ou mesmo como terceiro interessado, na qualidade de litisconsorte, assistente ou oponente, o que pode ocorrer por ser, também, da competência do órgão de assistência ao índio, a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e de suas comunidades¹³. Sendo certo que, ainda, poderá agir em assistência ao grupo tribal que ingresse em juízo na defesa de seus direitos, atuando também como parte interessada na demanda.¹⁴

Quanto à competência Ministerial para atuar em juízo, segue-se o mesmo raciocínio empregado para estabelecer a competência judiciária. Cabendo ao MP Federal a titularidade da ação penal quando o crime estiver conexo às disputas por direitos indígenas, ou mesmo nos crimes de genocídio, por constituir este uma ameaça efetiva à própria comunidade, seus hábitos e sua continuidade físico-cultural, justificando o interesse da União na demanda.

Por outro lado, terá a titularidade da ação penal o MP Estadual quando se tratar de crime comum, praticado contra o aborígine, ou por ele, de forma isolada, enquanto indivíduo determinado, sem correlação com os direitos da comunidade tribal assegurados pelo art. 231 da Carta Magna.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, podemos concluir que em sede de responsabilidade penal, a

¹² "Compete ao tribunal do júri da Justiça Federal julgar os delitos de genocídio e de homicídio ou homicídios dolosos que constituíram modalidade de sua execução". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 351487/RR. Tribunal Pleno. Relator Min. Cezar Peluso. Julgamento em: 03/08/2006. DJ 10/11/2006. Mais detalhes sobre o massacre *Yanomami*, vide BARRETO, *Op. Cit.* p. 113.

¹³ Art. 35 do estatuto do índio, c/c parágrafo único do art. 1 da lei 5.371/67, que institui a Fundação Nacional do Índio – FUNAI.

¹⁴ Art. 37 do estatuto do índio. *In Verbis*: "Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio".



imputabilidade do indígena deve ser apurada caso a caso, analisando se os requisitos configuradores da culpabilidade penal se encontram presentes. Assim, deve-se apreciar se o autóctone que praticou um fato típico e antijurídico possui a maturidade legal, ou seja, 18 anos completos, e se possui a higidez biopsíquica, compreendendo o caráter ilícito de sua ação, sendo exigível que tivesse se portado de maneira diversa, respeitando as normas legais.

Presentes os elementos da culpabilidade, será o índio imputável penalmente, merecendo sofrer o *jus puniendi* estatal. Oportunidade em que incidirão as regras especiais do estatuto do índio que consagram o regime de semiliberdade ao autóctone criminoso, além da atenuante específica. Por outro lado, restando demonstrado que o aborígine era absolutamente incapaz de compreender a ilicitude de sua conduta, mormente pela escassez de contato com a sociedade *civilizada*, recairá sobre ele a inimputabilidade com fulcro no art. 21 do Código Penal.

Quanto à competência judiciária para processar e julgar os crimes praticados por índios e contra índios, a jurisprudência dominante dos tribunais superiores aponta para a competência Estadual quando da prática de delitos comuns, perpetrados sem vinculação com os direitos resguardados no art. 231 da Carta Constitucional, pertencendo ao Ministério Público Estadual a titularidade da ação penal.

No entanto, se o crime é praticado no bojo de disputas sobre os direitos indígenas, a competência será da Justiça Federal, conforme o art. 109, XI da CF, uma vez que é dever da União preservar o direito dos índios à sua organização social, seus costumes, língua, tradições e a posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam; sendo, ainda, incluída na jurisdição do Júri Federal a competência para julgar o crime de genocídio, tendo em vista que atenta contra a continuidade físico-cultural da comunidade indígena, competindo ao Ministério Público Federal a titularidade da persecução penal.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas:** Vetores constitucionais. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. (Brasil). Disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/>. Acesso em : 12 jul. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal:** parte geral. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.



_____. **Código de processo penal interpretado**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, A. Gursen de. Coordenador. **O direito e o índio**. Belém: Editora Cejup, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá editora, 2006.

SILVA, Américo Luís Martins da. Populações indígenas ou tradicionais. In: **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. V. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – RT, 2006. P. 138/219.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/jurisprudência>> Acesso em: 12 jul.2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Disponível em:<<http://www.stf.gov.br/jurisprudência>>. Acesso em: 15 jul.2008.

THE INDIGENOUS AND CRIMINAL LAW: ISSUES ABOUT IMPUTABILITY AND CRIMINAL JURISDICTION

ABSTRACT

Recognizing the need to preserve a national ethnic minority, the Federal Constitution stipulated a series of rights and warranties in favor of the conservation




of the indigenous cultural singularity, establish in its article 231 the right of the indians in maintaining the social organization, their habits, languages, faiths and traditions, besides protecting the original rights on the lands that traditionally occupy, determining the Federal judges' competence to process and to judge the concerning disputes to the referred rights. In face of this constitutional norm a big jurisprudence discursion has been introduced regarding the jurisdiction to judge the delict committed by indigenous and against them. In this context the present work weaves considerations not only about the indian's criminal responsibility, evaluating their penal imputabilitys, as well as it uncover the aspects concerning the judiciary competence in criminal matter, analyzing the inclusion of the Federal sphere the State according to the situations of the concrete case. It is still analyzed the tolerance and the recognition, for the State, of the norms of the indigenous communities' conduct, the call *indigenous jurisdiction*, demonstrating the relevance of the theme in the conservation of the cultural structure of the wild ones.

Keywords: Indigenous. Delict. Imputability. Judiciary competence.

Artigo finalizado em agosto de 2008.





O NOVO PAPEL DO JUIZ: FRENTE ÀS NOVAS PRÁTICAS DE GESTÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Jaynara Suassuna Nunes

Acadêmica do 8º período do Curso
de Direito da UFRN

Monitora da disciplina Teoria Geral
do Processo

RESUMO

A questão central deste trabalho é contextualizar o novo papel atribuído aos juízes com as novas práticas de gestão que estão sendo utilizadas pelos órgãos judiciários. Atualmente, torna-se imprescindível que o juiz seja parte atuante no processo, com a finalidade precípua de adequar o direito processual ao direito material. Ato contínuo, ao tratar da evolução da Gestão Pública no Poder Judiciário, cumpriu ressaltar sobre os programas implantados pela Justiça Estadual Potiguar para acelerar os julgamentos na 1ª e 2ª instâncias. Não obstante estas inovações, se faz necessário definir novos parâmetros para o aperfeiçoamento da gestão pública judiciária. Através de métodos, como o Planejamento Estratégico da Justiça Norte-riograndense, aproveitando noções do *Balanced Scorecard*, somando-se à outras iniciativas, como respeitar a noção de *accountability*, é que será possível a real concretização da democracia em favor do interesse público, e se promoverá uma prestação jurídica mais eficiente e de qualidade.

Palavras-chave: Novo papel do juiz. Gestão Pública. Prestação Jurisdicional efetiva.

1 INTRODUÇÃO

A Nova Gestão Pública aplicada no setor público brasileiro, a partir da discussão de âmbito mundial, está sendo gradualmente adotada como forma de administrar o Poder Judiciário no modelo democrático atual.

Aproveitando as inovações trazidas pela Reforma Gerencial, (a qual pode ser definida como um modelo de gestão em curso desde o início dos anos 90), este método de gestão busca inspiração nas orientações no plano da administração das empresas privadas, e as aplica no plano da administração pública.

A caracterização deste modelo com foco no Poder Judiciário pressupõe pelo menos dois aspectos, quais sejam: a democracia e o interesse público. Por este motivo que Bresser-Pereira (1998a, p. 151) afirma que a Reforma Gerencial: “[...] além de ser um instrumento de eficiência administrativa, é também um meio de afirmação democrática dos direitos de cidadania”.

Baseada nesta reforma, vem sendo ampliada a idéia do juiz-gestor ou juiz-administrador, os quais devem integrar como nova função do julgador, além das atribuições do juiz-constitucional, frente ao processo, quais sejam: analisar o caso concreto, identificando quais as técnicas processuais adequadas que garantirão a tutela efetiva dos direitos almejados.

Assim, o cargo exercido pelo juiz tem diversos poderes, os quais devem vir intrínsecas responsabilidades, tornando eficaz o cumprimento das diversas tarefas, dentre elas, o de protetor da democracia e dos direitos fundamentais.

2 O NOVO PAPEL DO JUIZ

Necessário perceber a importância de manejar a organização judiciária em um sistema democrático, para que haja o acesso do povo aos juízes, de forma que estes nada mais são, do que a personificação do Poder Judiciário.

Neste diapasão, para oferecer respostas consistentes, deve-se haver a mitigação de práticas que não concretizem os direitos fundamentais processuais na aplicação concreta do direito material.

Portanto, o juiz deve deixar de lado o apego às exigências formais, visto que estas dificultam a consideração dos direitos envolvidos no caso concreto. Assim como o branco legislativo não deve ser óbice à garantia das tutelas necessárias.

Importante salientar que a atuação dos juízes só se concretiza diante da efetiva prestação jurisdicional. Desta feita, ao juiz é permitido inovar. Seja como parte atuante no processo, seja garantindo novas formas de gestão compatíveis com a celeridade processual, sem perder de vista a qualidade da decisão.

Diante desta realidade, mudanças estão sendo implantadas, como forma de se ampliar os poderes atribuídos aos juízes, para que haja a efetiva prestação dos serviços jurídicos, perante à sociedade.

No entanto, para que a atividade exercida pelo magistrado garanta os direitos fundamentais buscados no processo, deve-se observar se a solução dada ao caso concreto atendeu a determinados requisitos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito.



Nesta linha de raciocínio se opera o art. 461, §§ 4º, 5º e 6º do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 4º *O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.*

§ 5º *Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.*

§ 6º *O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. [grifos nossos]*

A partir da leitura destes parágrafos, percebe-se que o legislador conferiu a oportunidade aos juízes, no agir de suas atividades judicantes, de identificar qual a tutela mais adequada à garantir a prestação almejada no caso concreto. Após esta identificação, cabe ao magistrado aplicar a técnica processual necessária, conferindo às partes a decisão proporcional mais harmônica aos direitos fundamentais do autor e do réu.

Portanto, o julgador não deve ser limitado pela lei, em detrimento das necessidades dos jurisdicionados, pelo contrário, deve efetivar a solução jurídica mais válida, aproximando, por fim, o direito processual do direito material.

Assim, é permitido ao juiz-protetor da democracia e dos direitos fundamentais ser parte atuante, no sentido de que, verificando que não houve obtenção do resultado prático almejado, ter a possibilidade de determinar as medidas que julgar necessárias, utilizando-se de outra técnica processual, respeitando a proporcionalidade, a fim de obter o cumprimento da obrigação.

Fazendo referência a estas idéias, Ada Pellegrini Grinover sustenta:

Mais recentemente, todavia, observou-se que o modelo tradicional de procedimento ordinário é inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva a todas as situações de vantagem. O procedimento ordinário de cognição não pode mais ser considerado técnica universal de solução de controvérsia, sendo necessário substituí-lo, na medida do possível e observados determinados pressupostos, por outras estruturas procedimentais, mais adequadas à espécie de direito



material a ser tutelado e capazes de fazer face à situações de urgência. Os termos tutela diferenciada, ou simplesmente tutela sumária *lato sensu*, indicam exatamente a utilização de técnicas processuais que, ainda no dizer de Proto Pisani possam: a) evitar às partes e à administração da justiça o “custo” do processo de cognição plena, nos casos em que não se justifica a plausibilidade de contestação; b) assegurar rapidamente a efetividade da tutela jurisdicional nas situações de vantagem de conteúdo (exclusiva ou prevalentemente) não patrimonial e que sofreriam dano irreparável pela demora da cognição plenária; e c) evitar o abuso de defesa do demandado, mediante a utilização dos instrumentos de garantia previstos para o procedimento ordinário. (GRINOVER, 2005)

Importante ressaltar, entretanto, que as atividades dos juízes devem ser justificadas, sob pena de não serem consideradas válidas. Assim, ao identificar qual a tutela mais adequada para efetivar os direitos fundamentais processuais, a escolha da técnica processual garantidora desses direitos deverá ser feita através de decisão fundamentada e justificada.

Dentre as competências do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), está o controle ético-disciplinar da magistratura. Neste diapasão, o CNJ aprovou e publicou no dia 18 de setembro de 2008, o Código de Ética da Magistratura Nacional, trazendo à baila um instrumento norteador das funções dos juízes. Portanto, com relação à este assunto, assim reza o Art. 24:

O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável.

O brilhante processualista Luiz Guilherme Marinoni afirma que a atividade do juiz “deve ser associada à necessidade de dar efetividade à tutela” e que “O procedimento, além de conferir oportunidade à adequada participação das partes e possibilidade de controle da atuação do juiz, deve viabilizar a proteção do direito material” (MARINONI, 2008, p. 107).

Por estas razões, que qualquer ato exercido pelo juiz está submetido ao controle. Assim, o controle da atuação do juiz deve ser realizado por meio da regra hermenêutica da proporcionalidade.

Demonstrando este pensamento, Dalmo de Abreu Dallari conclui:

O controle do Poder Judiciário pela sociedade e pelos próprios juízes é um requisito da democracia e, além disso, será a garantia de eliminação das ações e omissões que, ocultadas ou protegidas pelo pretexto da preservação da independência, impedem o Judiciário de ser um verdadeiro Poder democrático”. (DALLARI, 2002)



Não se pode olvidar, que neste sentido também deve agir o juiz nas atividades de gestão. Portanto, a nova gestão pública implantada na organização do judiciário, refletiu no perfil do juiz, o qual deve ser atuante, com vistas à promover a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva em tempo razoável.

3 PRINCÍPIOS BASILARES

O magistrado, ao dispor de vários mecanismos processuais, deve conformar o direito processual ao direito material em questão, através da compreensão do caso concreto em face dos princípios constitucionais, ponderando-os, para, por fim, garantir a prestação jurisdicional adequada, eficaz e justa.

Neste diapasão, a atividade do juiz possui finalidade essencialmente prática, entretanto, baseada em alguns princípios orientadores, dentre eles, os mais importantes para esse trabalho são os princípios: lógico, da eficiência, da economia, da publicidade e o da celeridade processual.

3.1 Princípio lógico

O princípio lógico deve ser entendido como o alicerce do pensamento jurídico no atuar prático do juiz. Desta feita, é orientador na busca da verdade real através de técnicas processuais idôneas mais condizentes com o caso concreto, no sentido de se evitar o erro.

Pontes de Miranda, citado na obra de Rogério Medeiros Garcia de Lima, enfatiza que “os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações de vida, criadas pelos interesses mais diversos”.

Assim, ao juiz importa conhecer os fatos envolvidos no processo, a fim de atribuir a solução jurídica mais justa e oferecer às partes, por fim, a almejada proteção do direito material.

Como se falou anteriormente, o juiz deve, baseado no princípio lógico, singularizar a técnica processual adequada a fim de atender os direitos fundamentais das partes envolvidas no processo, tornando o juiz, parte atuante na relação processual.

3.2 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência é um dos pilares da nova gestão pública, e significa: fazer a máquina administrativa judiciária funcionar com presteza, através do aumento de produtividade processual, somando-se à qualidade do serviço prestado à coletividade.

Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

O princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores re-



sultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2002)

José Augusto Delgado, citando o trabalho da professora Carmen Lúcia, afirma que para haver eficiência da prestação jurisdicional:

Não basta, contudo, que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição para que se tenha por certo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta a exame. Para tanto, é necessário que a jurisdição seja prestada - como os demais serviços públicos - com a presteza que a situação impõe. Afinal, às vezes, a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda. (DELGADO, 2005)

3.3 Princípio da economia

Este princípio deve ser compreendido e atendido sob duas formas: a) como necessidade de economizar dos cofres públicos e b) como maneira de tornar os atos e procedimentos processuais mais eficientes e céleres.

3.4 Princípio da publicidade

A publicidade está vinculada à transparência dos atos realizados pelo Poder Judiciário, salvo os casos de sigilo permitidos por lei, e é a base de medição da satisfação dos jurisdicionados. Ao facilitar o acesso à justiça e aos atos por ela realizados, a população pode reclamar seus direitos que não foram atendidos ou foram garantidos de forma imperfeita.

3.5 Princípio da celeridade processual

Um dos maiores problemas da atualidade, com relação a solução jurídica de conflitos, é a morosidade processual. Seja pela crescente demanda pela tutela jurisdicional, seja pela ineficácia do sistema jurídico, resultado da ausência de reformas na cultura do Judiciário.

Frente a estes problemas, pôde-se verificar a crescente frequência de vários segmentos da justiça brasileira pela busca de alternativas mais céleres para a solução dos deslindes.

Para efetivar o princípio da celeridade processual, expressamente amparado pela Constituição Federal após a Emenda Constitucional nº 45 (no art. 5º, LXXVIII), deve-se adotar medidas que desafoguem os padrões tradicionais do processo comum, utilizando para este fim os meios, denominados alternativos, para a solução de controvérsias, tais como a conciliação e o processo eletrônico.



A implementação de medidas alternativas, somando-se a instituição de programas de incentivo no próprio judiciário, o esforço concentrado dos servidores públicos e a conscientização de quem compõe uma demanda (como a Fazenda Pública e os advogados) pode promover modificações eficazes, facilitando a concretização do princípio de celeridade processual.

4 EVOLUÇÃO DA GESTÃO PÚBLICA NO PODER JUDICIÁRIO

Com relação ao passado, observa-se que o Poder Judiciário era destinado primordialmente para o julgamento das lides propostas, com base na legislação que estivesse em vigor, não levando em consideração a importância da administração gerencial e as mudanças que este modelo de gestão pode ocasionar nas atividades jurisdicionais.

No entanto, a partir dos anos 90, o Judiciário vem se atentando que, para sustentar a democracia em benefício dos cidadãos, deve possuir uma funcionalidade bem mais ampla, não apenas como fiscal de regras, mas também servindo como um órgão defensor dos direitos de cidadania. É nesta linha de raciocínio, e, influenciado pela Reforma Gerencial, que o Poder Judiciário Brasileiro iniciou a aplicação da teoria da Nova Gestão Pública, tanto com relação à tentativa de diminuir a morosidade processual, quanto ao planejamento de atividades, tal como hoje é feito, através de programas de qualidade para melhorar a prestação de serviços públicos.

Fábio Osório (2005, p. 8) conceitua a Nova Gestão Pública como sendo um modelo de gerir: “com intensa cobrança por qualidade e responsabilidade pelo atingimento das metas, numa ótica de ações planejadas e comprometidas com mudanças”.

É nesta realidade que houve a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual inclui dentre as competências, a definição de um planejamento estratégico, de planos de metas e de programas de avaliação institucional do Poder Judiciário, o que finda por zelar, portanto, pela reestruturação e melhoria dos serviços prestados à coletividade.

Novas maneiras de gerenciar começaram a ser adotadas, visando aumentar a efetividade da máquina judiciária. A EC 45 assegurou como garantia fundamental: “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, trazendo à baila mais uma ferramenta para a concretização da eficiência da prestação jurisdicional.

Concorrentemente, a Justiça Estadual norte-riograndense redefiniu sua forma de gerir administrativamente, estruturando as atividades que lhe eram inerentes aos novos conceitos de Gestão Pública.

A partir da observação das novas experiências postas em prática, pode-se perceber um bom avanço com relação ao funcionamento da Justiça Potiguar. Contudo, muito ainda pode ser feito quanto ao planejamento de ações e iniciativas. Sempre na busca de realizar uma prestação jurisdicional efetiva e de qualidade.



4.1 Programas implantados pela Justiça Estadual norte-riograndense

4.1.1 Melhoria da produtividade

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJ/RN) instituiu o programa “Pauta Zero” tendo por finalidade estimular os juízes e desembargadores a adotarem um sistema mais ágil nos julgamentos dos feitos. Através desse programa de incentivo, vem aumentando consideravelmente o número de processos julgados, comparativamente aos anos anteriores. Por consequência, muitas comarcas do interior e varas especializadas da comarca de Natal já zeraram a pauta.

Zerar a pauta significa, analisar e proferir decisão (na concepção *lato sensu*) de todos os processos conclusos para julgamento, tornando “zero”, em determinado momento, o número de processos no gabinete.

É certo que a realidade dos gabinetes dos juízes das capitais de maior densidade de demandas, está um pouco longe de zerar a quantidade de processos, no entanto, este programa tira o juiz da comodidade do cargo e o incentiva a pensar em formas de gerir seu próprio gabinete e, mais que tudo, colocá-las em prática.

4.1.2 Núcleo de apoio à efetividade judiciária (NAEJ)

Além de incentivar os magistrados, o TJ/RN estabeleceu o “Núcleo de Apoio à Efetividade Judiciária”, formado por um grupo de juízes (que já haviam diminuído o número de processos nas suas comarcas) designados pela Portaria nº 616/2007 para dar continuidade ao programa “Pauta Zero”.

Vale salientar, que este núcleo não vislumbra apenas quantificar os números, mas tentar ao máximo conjugá-los com a boa prestação aos jurisdicionados potiguares.

Uma proposta de aperfeiçoamento deste Núcleo seria designar para a sua composição juízes substitutos (que não estejam em atividade), vez que é papel destes atender às convocações do Presidente do Tribunal, para substituir ou para auxiliar, na área de jurisdição da Corte, de acordo com as necessidades do serviço.

4.1.3 Conciliação

A Justiça Estadual Potiguar, motivada pela bandeira levantada pelo CNJ, através do “Movimento Nacional pela Conciliação”, o qual convocou todo o Poder Judiciário a um esforço conjunto em favor da Conciliação em juízo, vem realizando mutirões de conciliação para acelerar julgamentos.

4.1.4 Ouvidoria e corregedoria

No que se refere à Ouvidoria do TJ/RN, esta foi criada pela Resolução nº 013/2005, atendendo o § 7º do artigo 103-B, da Constituição Federal. É um



instrumento voltado à democracia, de avaliação da qualidade dos serviços públicos, uma vez que as sugestões e críticas recebidas contribuem para aprimorar a prestação jurisdicional, além de ser um canal de intercomunicação entre o cidadão e o Poder Judiciário.

A Corregedoria de Justiça, por sua vez, é o órgão responsável pela fiscalização, controle e orientação dos serviços forenses. Assim enuncia o artigo 24 da Lei de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte (Lei complementar 165/99):

Art. 24. Estão sujeitos à correição e aos seus efeitos todos os serviços relacionados com a Justiça Estadual, seus serventuários e servidores, Juizes de Direito e Substitutos, Juizes de Paz, Notários e Registradores Públicos, estabelecimentos vinculados ao sistema penitenciário e os regidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, a função da Corregedoria é motivar o servidor competente da Justiça estadual.

4.1.5 Prestação de serviços públicos por meios eletrônicos

A implantação do Processo Eletrônico e a utilização dos meios eletrônicos para a prestação jurisdicional, autorizados pelas leis 11.280/06 e 11.419/06, torna o sistema judiciário mais operante, posto que diminui o tempo gasto em um processo, além de economizar recursos financeiros e naturais, vez que diminui a utilização de papel.

O processo virtual, o Diário da Justiça *on-line*, as citações e intimações por meio eletrônico, a certificação digital, a requisição eletrônica de documentos instrutórios, são inovações que já foram ou estão sendo implantadas pelo TJ/RN.

A maior parte do tempo gasto no processo é devido aos atos meramente ordinatórios. São certidões, protocolos, juntadas, carimbos, que o processo eletrônico automatiza e realiza esses atos em questão de minutos. Possibilitando, ainda, o melhor aproveitamento do servidor público.

A Resolução nº 34/2007 do Tribunal de Justiça do estado instituiu o Diário da Justiça Eletrônico, o qual substituiu integralmente a versão impressa, economizando recursos financeiros, que podem ser utilizados em outros setores, como qualificação de pessoal.

Diante desta realidade, também já está em funcionamento o Juizado Virtual, se mostrando como uma das melhores formas de diminuir o tempo de tramitação dos processos.

Conveniente salientar, entretanto, que para este sistema se tornar uma ferramenta de fato eficaz, necessária se faz uma mudança na cultura, seja dos advogados, no momento de peticionar eletronicamente, seja dos magistrados, no sentido de estimular este tipo de prática na comarca da qual faz parte.



4.2 O que pode ser aperfeiçoado: propostas para o melhoramento

4.2.1 Foco em resultados

O professor Humberto Martins (2005, p. 8) estabelece que: “Ênfase em resultados é superar obstáculos processuais para garantir o alcance dos objetivos”.

Entende-se por “foco em resultados” a preocupação mais voltada para a efetividade, para os resultados positivos dos atos e as suas conseqüências concretas.

Em síntese, o método de “foco em resultados” tem por objetivo fundamental à prestação jurisdicional de qualidade. Como já analisado em ponto anterior, a garantia ao direito mais justo não pode ser prejudicada pela celeridade.

Fábio Osório assevera:

Para que possamos trabalhar corretamente como os novos paradigmas de gestores ágeis, eficientes, e comprometidos com resultados, temos que construir, como substrato, uma máquina administrativa estável, aparelhada, qualificada, técnica. É claro que a consolidação desse suporte administrativo possivelmente demande estratégias de médio e longo prazos, não apenas com reformas pontuais, mas também estruturais, na valorização daqueles que estão a serviço dos administradores e gestores públicos. (OSÓRIO, 2005, n° 1)

Nesse diapasão, nasce a idéia do juiz-gestor ou juiz-administrador, com ênfase nos resultados de qualidade.

Por maiores que sejam as dificuldades, o juiz deve ter postura atuante, dotando o Poder Judiciário de instrumentos capazes de acompanhar as modificações sócio-políticas, sob pena de ficar distante das reais necessidades da sociedade.

4.2.2 Implantação da noção de *Accountability* para o judiciário ou responsabilização por dano processual

Pode-se definir *Accountability*, no plano dos atos realizados pelo Judiciário, como a responsabilização pelos resultados sobre os serviços prestados pela equipe de agentes públicos.

Desta forma, o caráter democrático da administração pública seria assegurado, conforme Bresser-Pereira (1998a, p.111-112) “através de um serviço orientado para o cidadão-usuário ou o cidadão-cliente e baseado na responsabilização do servidor público perante os seus superiores [...]”.

Assim, somente através de um serviço destinado ao jurisdicionado e baseado na *accountability* do servidor da justiça estadual perante a coletividade, é que se chega à concretização da democracia.

O Ministro do STJ José Augusto Delgado defende, em um pensamento de vanguarda, que deveria haver indenização pela demora da prestação jurisdicional



A realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela indolência dos seus Juízes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou Justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade. (DELGADO, 2005)

Seguindo esta linha de raciocínio, a idéia de Responsabilização do juiz por Dano Processual deve ser sedimentada na cultura jurídica, no sentido de aperfeiçoar o novo papel atribuído aos magistrados.

Desta feita, o juiz assume o dever de indenizar o prejudicado pelas suas ações ou omissões, caso não haja justificativa fundamentada. Portanto, o controle das atividades dos juízes deve ser um ato essencialmente cauteloso.

Externando este pensamento, J. J. Gomes Canotilho, citado por José Augusto Delgado, assinala:

Não obstante as reticências da jurisprudência portuguesa, a orientação mais recente de alguns países vai no sentido de consagrar a responsabilidade dos magistrados (de tribunais individuais e coletivos) quando a sua actividade dolosa ou gravemente negligente provoca um dano injusto aos particulares, sob pena de se paralisar o funcionamento da justiça e perturbar a independência dos juízes, impõe-se aqui um regime particularmente cauteloso, afastando, desde logo, qualquer hipótese de responsabilidade por actos de interpretação das normas de direito e pela valoração dos factos e da prova. (DELGADO, 2005)

4.2.3 Gestão de pessoas

A idéia de gestão de pessoas deve ser apreendida pelos magistrados, vez que estes não trabalham sozinhos, pelo contrário, a prestação de serviços jurídicos é realizada por uma equipe. Assim, ao juiz cabe promover o melhor aproveitamento dos funcionários, através da técnica de gestão por competência.

Portanto, para otimizar o desempenho de cada servidor, deve-se identificar qual função é a mais apropriada para cada um deles, levando em consideração sua formação técnica e aspectos comportamentais (habilidades).

Após esta etapa, segue-se a de profissionalização, através da realização de cursos e treinamento, que deve ser organizada pela gestão de recursos humanos.

Conforme se extrai da obra “Metodologia para avaliação da gestão dos recursos humanos no setor público” de Francisco Longo, é necessário realizar um



planejamento da gestão de recursos humanos, através da decisão sobre a quantidade e qualidade de servidores que devem integrar a organização.

Por fim, com o objetivo de potencializar as habilidades dos servidores, o juiz deve melhorar o ambiente de trabalho, reconhecendo as boas iniciativas e a participação de cada um, fortalecendo, assim, o ideal de prestação jurídica de qualidade.

4.2.4 Perspectivas do *Balanced Scorecard* que podem ser aproveitadas pela Justiça estadual Potiguar

O *Balanced Scorecard* (BSC) é um instrumento de planejamento estratégico de empresas, desenvolvido em 1992 por Robert Kaplan e David Norton (professores da Harvard) baseado nas quatro dimensões de negócio: Financeira, Clientes, Processos Internos e Aprendizado e crescimento. Através da inter-relação destas dimensões, pode-se obter o planejamento estratégico, baseados em indicadores de qualidade e produtividade.

Baseado nos mesmos parâmetros de qualidade e produtividade, o planejamento estratégico, para médio e longo prazo, pode - e deve- ser aproveitado pelo Judiciário Potiguar.

O planejamento estratégico, com técnicas do BSC foi introduzido no Judiciário Brasileiro pelo TRF da 5ª região, através da Resolução 04/2002.

No entanto, foi através do Ato nº 117/2005 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que houve a divulgação de um inovador modelo de gestão: os Projetos Estratégicos 2005/2006, por meio da visualização e interligação entre fatores de melhoramento da forma de gerir.

O CNJ vem definindo um parâmetro de planejamento de gestão para o Poder Judiciário, para servir de base para todos os órgãos judiciários.

Neste sentido, propõe-se um diagrama orientador do planejamento estratégico, baseado no modelo do *Balanced Scorecard*, por meio da correlação de determinadas perspectivas, quais sejam:

A) avaliação de desempenho da prestação jurídica eficiente e de qualidade (avaliar quais técnicas processuais estão sendo eficientes e se está concretizando a prestação jurisdicional almejada);

B) realizar um planejamento orçamentário (incluindo valores que podem ser gastos na gestão de pessoas, aperfeiçoamento eletrônico, etc);

C) Instituir o aprimoramento no campo da Inteligência Organizacional ou Gestão de Conhecimento: C.1) Através da identificação do mecanismo processual adequado para proferir decisões que atendam ao caso concreto e C.2) Identificando situações que justifiquem iniciativas de aperfeiçoamento, determinando as ferramentas necessárias para a correta forma de gestão;

D) Atender a função primeira do cargo de juiz, qual seja, a concretização dos direitos



fundamentais processuais do Jurisdicionado Potiguar.

Através da inter-relação dessas dimensões, pode-se chegar a um diagrama, baseado no modelo do BSC:



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após 200 anos da Justiça Brasileira e 20 anos da promulgação da Carta Magna, os caminhos em busca da efetivação dos direitos de cidadania nunca estiveram tão próximos da concretização, quanto após a implementação da Nova Gestão Pública. Processo de mudança gradual e em curso no âmbito do Poder Judiciário, influenciado não por questões deste ou daquele governo, mas pela Nova Ordem Internacional que se impõe sobre o Brasil, a partir da globalização.

Assumindo a função primordial de atender adequadamente a tutela dos direitos, o juiz, baseado na norma constitucional e no dever de proteção da democracia e dos direitos fundamentais processuais, deve adotar técnicas que aproximem o direito processual do direito material, com a finalidade de proferir a solução jurídica mais eficaz.

Além disso, cabe ao magistrado implementar medidas de gestão no Judiciário, com vistas à melhorar a produtividade, garantindo, enfim, uma prestação jurisdicional efetiva e de qualidade.



É por meio desse conjunto de medidas, que será realizada a verdadeira reforma do Poder Judiciário.

Trata-se de ações que independem de alterações legislativas, mas que através de iniciativas dos operadores do direito podem tornar o Judiciário mais eficiente e ágil.

Cristalina é a necessidade de aplicação de novos procedimentos. Depende de todo o conjunto organizacional jurídico, e, mais ainda, dos magistrados de 1ª e 2ª instância, a fim de concretizar a democracia e a proteção dos direitos fundamentais processuais.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na administração pública**: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. Cadernos ENAP. n.10, Brasília, 1997.

BEZERRA, Paulo Rogério dos Santos. **Atuação e desempenho do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte no contexto da gestão pública**: perspectiva estratégica. Dissertação no curso de Administração. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal/RN, 2006.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. 1. ed. São Paulo: Ed. 34; Brasília: Enap, 1998a.

_____. **Instituições, Bom Estado, e Reforma da Gestão Pública**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, março, 2005b. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, José Augusto. **A demora na entrega da prestação jurisdicional: responsabilidade do Estado: indenização**. BDJur, Brasília – DF, 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9548>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

DE LIMA, Rogério Medeiros Garcia. **O Direito Administrativo e o Poder Judiciário**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.



DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DOS SANTOS, Aldair Ferreira. **A ouvidoria e a melhoria dos serviços públicos: uma experiência da administração pública estadual do Rio Grande do Norte**. Dissertação no curso de Administração. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal/RN, 2005.

FILHO, Élio W. de Siqueira. **A jurisdição e a excelência**. VIII Congresso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct 2003.

GOMES, Sérgio Alves. **Os Poderes do Juiz na direção e instrução do Processo Civil**. RJ: Forense, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização**. RePro n. 121, março de 2005.

LONGO, Francisco. **Metodologia para avaliação da gestão dos recursos humanos no setor público**. Coord. BID, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Humberto Falcão. **Gestão de Recursos Públicos: Orientação para resultados e *Accountability***. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Novos Rumos da Gestão Pública Brasileira: dificuldades teóricas ou operacionais?**, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, março/abril/maio, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

TESSLER, Marga I. Barth. **A nova gestão pública no judiciário**. 2007. Instituto



Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário – IBRAJUS. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=44>>. Acesso em: 08 abr. 2008.

THE NEW FUNCTION OF THE JUDGE: IN ACCORDANCE WITH THE NEW PRACTICES OF MANAGEMENT OF THE JUDICIARY

ABSTRACT

The main objective of this work is to contextualize the new function attributed to the judges with the new practices of management that are being used for the judicial organs. At present, it becomes essential that the judge be an active part in the process, with the essential finality of adapting the procedural law to substantive law. Giving continuity, on the subject of the evolution of Public Management in the Judiciary, it was necessary to emphasize about the introduced programs by *Potiguar's Justice* to speed up judgments at first and second instances. Besides these innovations, it's necessary to define new parameters for the improvement of the Judiciary Public Management. Through the Strategic Planning of the *Potiguar's Justice*, taking advantage of the notions of the *Balanced Scorecard*, adding this to the other initiatives, like to respect the *accountability*, through which it will be possible the real accomplishment of democracy favoring the public's interest, promoting a better and efficient legal service.

Keywords: The new function of the judge. Public Management. Effective Legal service.

Artigo finalizado em outubro de 2008.





O PRÍNCÍPIO DA EFICIÊNCIA E SUA APLICAÇÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Ana Carla Dias Ferreira

Acadêmica do 7º período do Curso
de Direito da UFRN
Ligas Jurídicas

RESUMO

O Estado passou por inúmeras transformações ao longo do século XX, deixando seu lado liberal, o qual se restringia a papéis de natureza não restritiva da liberdade do cidadão para um Estado Social preocupado com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais. Nesse diapasão, o novo formato de Constituição dirigente que a nossa adotou a partir de 1988 tem influência fundamental nos novos objetivos estatais. É aí que adentra a questão do agir positivo estatal através da realização de serviços e políticas públicas, além de também intervir de certa forma na economia. Nosso trabalho se foca nas políticas públicas e como o princípio da eficiência, introduzido de maneira explícita no corpo constitucional através da Emenda 19/98, pode ser útil no trabalho do Poder Público de efetivar os direitos fundamentais sociais sob a forma de políticas públicas. Em consequência disso, daremos uma rápida pincelada sobre de que forma o Poder Judiciário vem intervindo para que o princípio e a consecução de políticas públicas sejam observadas, visando à concretização constitucional.

Palavras-chave: Princípio da Eficiência. Políticas Públicas. Direito Administrativo.

1 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

1.1 Considerações iniciais

Ao se falar em princípio como um instituto jurídico, temos que primeiramente situá-lo no ordenamento jurídico. Constituem o fundamento, de onde as próprias regras vão buscar seu substrato intrínseco, já as últimas expressam a idéia de hipótese-conseqüência, e são naturalmente positivas à medida que legitimadas por certo procedimento legislativo ou apenas por imposição política. E como diria Robert Alexy¹, princípios seriam mandados de otimização das próprias regras e de sua aplicação.

O chamado Princípio da Eficiência tem origem no chamado “dever da boa administração”, expressão adotada por Guido Falzone, a qual quer expressar que o agente público tem o dever jurídico de agir com eficácia real ou concreta, adotando como postulados a honestidade, a produtividade, o profissionalismo e a adequação técnica do exercício funcional à satisfação do interesse público².

Tal princípio foi introduzido na Constituição Brasileira com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, o chamado “Emendão”, ou “Reforma Administrativa”, mas no ordenamento jurídico já existiam notícias legislativas, além de sua consideração em decisões judiciais.

1.2 A eficiência como um princípio

Há ainda muitas descrenças quanto à aceitação da eficiência como um princípio. Celso Antônio Bandeira de Mello³ desacredita no princípio: “É juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto”.

Edílson Nobre Júnior, referindo-se a Egon Bockman Moreira, assevera que a emenda 19/98 pretendeu imputar a administração uma máxima não jurídica pertinente à administração e à economia, típica de atividades de entidades privadas, desacreditando no benefício concreto desse princípio⁴.

Porém, quando há aceitação do princípio da eficiência, compreende-se que qualquer ato do Estado que seja atentatório aos seus ditames pode ser invalidado,⁵

¹ Marcelo Lima Guerra. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. *Revista de Processo, Revista dos Tribunais*, n. 141, a. 31, nov. 2006, p. 56.

² Marino Pazzaglini Filho. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 32-33.

³ *Curso de Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.118.

⁴ Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 241, Jul./Set. 2005. p.220-221.

⁵ Vladimir da Rocha França. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 220, p. 165-177 abr-jun. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=344>



já que o conteúdo do princípio vincula os entes da Administração Pública.

Mesmo tendo todo o respaldo de um princípio, deve ser regulamentado sob pena de virar letra morta⁶. Além disso, ao analisar seu conteúdo jurídico ainda com vistas a sua real aplicação como norma positiva, temos que tal conteúdo sofrerá mutação conforme o tratamento que lhe for dado perante o caso concreto utilizando a técnica de Robert Alexy⁷, da ponderação dos princípios.

Edílson Nobre Júnior brilhantemente elenca quatro alicerces sobre os quais deve se apoiar a interpretação do dito princípio, quais sejam: princípio da máxima efetividade do texto constitucional, nos aspectos teleológico e sistemático da norma interpretada e finalmente, no princípio da indisponibilidade do interesse público.⁸

Enfim, trata-se o princípio da eficiência, de acordo com o conceito sintetizador de Diógenes Gasparini uma imposição à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além da observação de outras regras como o princípio da legalidade⁹.

Alexandre de Moraes¹⁰ é quem melhor destrincha as características que carregam o princípio da eficiência. São elas: o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, lembrando do artigo 3º, IV da Constituição Federal¹¹; a imparcialidade, visando salvaguardar o exercício da função administrativa e a prossecução do interesse público da influência de interesses alheios; neutralidade expressa em atividades de isenção, mas não de abstenção na valoração de interesses em conflito; transparência, contra a prática de corrupção, tráfico de influência e, além disso, na indicação, nomeação e manutenção de cargos e funções públicas exigir mérito funcional e competência, afastando favorecimentos ou discriminação; o princípio da gestão participativa¹²; eficácia, no sentido material e formal, sendo a primeira o adimplemento das competências ordinárias na administração e na execução, além do cumprimento dos objetivos que são próprios dos entes administrativos, já o sentido formal da eficácia se verifica no curso de um procedimento administrativo no que se diz respeito a obrigatoriedade da resposta do ente administrativo à uma petição feita por um administrado.

Inclui-se também a desburocratização, e sobre esse aspecto vale fazer uma pausa a fim de fazer algumas considerações, visto que entendemos ser um dos

⁶ José dos Santos Carvalho Filho. *Direito Administrativo*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 18

⁷ Marcelo Lima Guerra. A proporcionalidade em sentido estrito e a "fórmula do peso" de Robert Alexy: significância e algumas implicações. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, n. 141, a. 31, nov. 2006, p. 55.

⁸ Edílson Pereira Nobre Júnior. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 241, 0, p. 219, Jul./Set. 2005.

⁹ *Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 20

¹⁰ *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 109-111.

¹¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹² Constituição Federal: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição./ Art 37 (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente.



maiores objetivos, pelo menos de maneira mais imediata que o princípio da eficiência almeja, inclusive, como já vimos anteriormente, o princípio da não-burocratização é um outro nome dado ao princípio da eficiência em doutrina estrangeira. Antes de tudo sabemos que uma entidade completamente pessoal, hierarquizada e com interesses próprios na verdade gera certos vícios como mentalidade de especialistas, rotina, demora, e o velho compadrio na seleção de pessoal, afastando-se dessa forma do verdadeiro interesse público. A burocracia é necessária na medida em que impõe certas regras pra a concessão de determinados direitos, impedindo que alguém consiga alguma vantagem perante a administração de forma ilícita. O princípio da eficiência trabalha dos dois lados da questão. De um lado, a vista das outras características apresentadas acima, o princípio luta contra a corrupção, de outro lado busca a diminuição de procedimentos que entrem a prestação dos serviços de modo rápido e eficaz.

Continuando o rol de características enumeradas por Alexandre de Morais, temos a busca pela qualidade dos serviços públicos a qual está presente quando se busca a otimização dos resultados pela a aplicação de certa quantidade de recursos e reforços, incluída no resultado a satisfação do usuário ou cliente.

Paulo Modesto¹³ ainda enumera duas características do princípio em análise. São elas a instrumentalidade e a pluridimensionalidade. Instrumentalidade diz respeito ao fato de o princípio, assim como todos os outros que gravitam em torno do direito administrativo, não possuem valor substancial auto-suficiente, eles necessitam dos outros princípios e de sua integração, ou seja, o princípio da eficiência não pode sobrepor-se aos outros princípios. Nesse sentido também compactua Odete Medauar¹⁴, quando diz que é errôneo raciocinar que se deve sacrificar a legalidade em nome da eficiência, quando na verdade tais princípios devem se conciliar¹⁵.

Em relação à pluridimensionalidade do princípio, temos que ele é mais que economicidade ou eficácia, ele também abrange a dimensão da racionalidade implicando na otimização no uso dos meios escolhidos pelo administrador¹⁶, e a da

¹³ Paulo Modesto. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Interesse Público*. São Paulo: Nota dez, a. 2, n. 7, jul-set, 2000, p. 73-74.

¹⁴ *Direito Administrativo Moderno*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 149.

¹⁵ Importante raciocínio é o de Fabiano André de Souza Mendonça que assevera o princípio da proporcionalidade como principal aliado na determinação do conteúdo do princípio da eficiência, pois no caso concreto seria natural a aferição proporcional, ou seja, do conjunto dos princípios jurídicos operante, para a determinação da observância ou não da eficiência pelo administrador (Ensaio sobre a determinação da responsabilidade administrativa pelo princípio da eficiência: grau de eficiência, omissão e concorrência culposa do lesado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Curso de Direito. mimeo.)

¹⁶ Constituição Federal: art 37 (...) § 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade./ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...) II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;



satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa¹⁷.

Sintetizando, a obrigação de atuar de maneira eficiente impõe três ações: a idônea ou eficaz, a econômica ou otimizada e a satisfatória ou dotada de qualidade.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 Políticas Públicas - Algumas Considerações

Em primeiro lugar devemos entender que o Estado Liberal foi modelado de forma que suas estruturas eram mais voltadas à constrição do poder em virtude da garantia das liberdades individuais, de forma negativa. Destarte o que se observou foi que as instituições do poder concebidas nessa época de hegemonia do Estado Liberal e a repartição tradicional de atribuições entre os Poderes Legislativo e Executivo foram concebidas em torno da autoridade do Estado e não conformadas ao caráter prestacional e de gestão que a administração assume hoje¹⁸.

Passamos hoje pelo chamado “neoconstitucionalismo”, o qual propõe-se a recolocar o núcleo de direitos fundamentais radicados na “dignidade da pessoa humana” e o princípio democrático no centro da ordem jurídica, incluindo a estrutura jurídica administrativa. De tais pressupostos devem emanar inúmeras transformações na Administração Pública Brasileira e na cultura administrativa pátria, que no dizer de Robertônio Santos Pessoa são alicerçadas em grande parte num paradigma jurídico-administrativo “burocrático”, “autoritário” e tradicionalmente apartado dos valores e princípios constitucionais, distante dos anseios do conjunto da população, mas que começa a ceder para um modelo mais ético, menos positivista e menos formalista, centrado na efetivação de direitos fundamentais¹⁹.

No dizer de Bucci, são as políticas públicas, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização

¹⁷ Constituição Federal: Art 37 (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (...) / Art 41 (...) § 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. (...) / Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público: § 1º O servidor público estável só perderá o cargo (...) III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (...) / Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

¹⁸ Maria Paula Dallari Bucci. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 34 n. 133, jan./mar. 1997, P. 89-90.

¹⁹ Constituição, democracia e burocracia: a formulação e a execução de políticas públicas Fórum Administrativo - Direito Público, v. 73, ano 7, p. 57 a 63, mar. 2007. Disponível em: [http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=0039590&FARG_PESQUISA=\(%20IDT_REVISTA%25.>](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=0039590&FARG_PESQUISA=(%20IDT_REVISTA%25.>) Acesso em 15 de outubro de 2007.



de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, são um problema de direito público, em sentido lato²⁰.

Fábio Konder Comparato²¹ vai mais afundo quando concorda que, as políticas públicas são programas de ação governamental, seguindo a mesma posição doutrinária de Dworkin, para quem a política (*policy*), contraposta à noção de princípio, designa aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, no mais das vezes uma melhoria das condições econômicas, políticas ou sociais da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, por implicarem na proteção de determinada característica da comunidade contra uma mudança hostil.

A política pública tem sua origem normativa, por óbvio, no Poder Legislativo, não olvidando do fato de iniciativa vir do Poder Executivo. Mormente no sistema constitucional brasileiro em que as políticas públicas, de forma mais rotineira, são concebidas por meio de leis²².

O estudo das políticas públicas dentro do direito administrativo possui natureza imperativa, em que pese o fenômeno da elaboração das políticas e à sua execução que consiste do dizer de Bucci²³, citando Massimo Giannini, num movimento de "procedimentalização das relações entre os poderes públicos". Esta tem como característica principal o poder de iniciativa do governo no que diz respeito aos meios, ao pessoal, às informações, aos métodos e ao processo de formação e implementação das políticas. É por isso que se diz que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos são opções políticas. Isto se constitui um dos maiores exercícios do poder da Administração Pública através da discricionariedade, pois sabemos que no Brasil inexistem os decretos autônomos, de tal forma que a função normativa da administração se exerce sempre a partir de previsão legal.

Não constituem um objeto puramente de caráter presumido por estarmos inseridos num contexto de Estado Social, mas também porque a nossa Carta Política nos delegou algumas tarefas no sentido de transformar as políticas públicas, assim como fez com o princípio da eficiência, algo palpável como direito do cidadão.

Nossa Constituição atual está dentro do grupo de constituições chamadas de "dirigentes". E dessa forma impõem, certos objetivos aos órgãos estatais e à sociedade civil. Podemos citar a título de exemplo, os objetivos indicados no art. 3^o²⁴

²⁰ Maria Paula Dallari Bucci. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 34 n. 133, jan./mar. 1997, p. 91.

²¹ Fábio Konder Comparato. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa* Ano 35, nº 138, abr.-jun. 1998, p. 44.

²² Corroborando com esse argumento temos o artigo 165 da Constituição de 1988, que define os orçamentos públicos como instrumentos de fixação das "diretrizes, objetivos e metas" (§ 1º), além das "prioridades" (§ 2º) da administração pública.

²³ Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 34 n. 133, jan./mar. 1997, p. 96.

²⁴ "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."



os quais orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. A busca do pleno emprego é uma finalidade política que se liga ao capítulo da ordem econômica (art. 170 - VIII)²⁵. Faz-se também alusão à política nacional de educação, que deve ser objeto de um plano plurianual, os seus objetivos específicos estão expostos no art. 214²⁶, e a eles deve ser acrescida a progressiva extensão dos princípios da obrigatoriedade e da gratuidade do ensino médio (art. 208 - II)²⁷. Os fins visados pela atividade de assistência social, por sua vez, estão expressas no art. 203²⁸.

Além da dificuldade econômica de viabilizar uma política pública, temos um aspecto propriamente jurídico a ser superado. Trata-se de uma mudança do raciocínio administrativo burocrático, de caráter legal, positivo e formal. Ou melhor, a concepção, infelizmente ainda muito presente de que a atividade administrativa concebe a lei e não a Constituição como centro do ordenamento jurídico. O administrador deve sair um pouco dessa visão, pois em inúmeros casos se defrontará com oportunidades de usar de seu poder discricionário, onde vai ter de usar critérios de conformação e de ponderação de interesses.

2.2 O princípio da eficiência inserido na implementação de políticas públicas

O que ocorre é que o crescimento vertiginoso do papel do estado mantém convivência com a diminuição de seu próprio aparelhamento em virtude dos sucessivos processos de privatização. Além disso, a burocratização que possuímos e da qual precisamos nos livrar é a do tipo legal. Pois, em verdade o que buscamos é a chamada burocratização constitucional, ou melhor, comprometida com os valores e princípios da Constituição.

Destarte, a eficiência do sistema administrativo, do qual depende em grande parte a concretização de direitos fundamentais, através da efetivação de políticas públicas setoriais, encontra-se a serviço da existência, funcionalidade, adequação e atuação de organizações administrativas. Isso exige uma profissionalização de maneira progressiva da função pública e uma contínua e ininterrupta melhoria de sua gestão²⁹.

²⁵ "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: VIII - busca do pleno emprego;"

²⁶ "Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País."

²⁷ "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: II - progressiva universalização do ensino médio gratuito".

²⁸ "Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; (...)"

²⁹ Robertônio Santos Pessoa. *Constituição, democracia e burocracia: a formulação e a execução de políticas*



Questiona-se a omissão, a aptidão, e a qualidade do agir estatal. Obviamente estamos tratando de um Estado Democrático e Social, executor e fomentador da prestação de serviços essenciais. Tal estado não pode descuidar de agir com eficiência justificando os recursos que extrai da sociedade com resultados socialmente relevantes³⁰.

Um dos requisitos para se agir com eficiência, conforme assevera José dos Santos Carvalho Filho, é que a Administração deva recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para a obter a tão sonhada qualidade nas prestações dos serviços públicos, incluindo as políticas públicas³¹. Esses aparatos tecnológicos devem ser utilizados principalmente pelo fato de o princípio se aplicar nas estruturas internas dos órgãos administrativos.

As dificuldades na implementação de programas governamentais têm sido compreendidas como uma das dimensões decisivas – senão a variável central – para a explicação do fracasso dos governos em atingir os objetivos estabelecidos no desenho das políticas públicas. A implementação revelou-se, portanto, o “elo perdido” nas discussões sobre a eficiência e eficácia da ação governamental³². É aquela velha questão de problemas não esperados que surgem durante a implementação de programas ou políticas que podem levar a transtornos quase que incapazes de serem contornados, dessa forma desestimulando as agências responsáveis a continuá-los.

Sobre a questão orçamentária temos que de um lado deve-se respeitar as diretrizes e prioridades do administrador público, bem como dos recursos financeiros disponíveis, mas o princípio da eficiência nesse caso reina supremo, não podendo deixar de ser observado³³. Os limites da chamada reserva do possível, que seria um mínimo que o Estado deve garantir ao cidadão para que este seja considerado um homem provido de dignidade, podem ser resolvidos por um ativismo judicial cauteloso, responsável e comprometido com a guarda da Constituição³⁴.

3 INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como foi explanado anteriormente, políticas públicas, efetividade e eficiência devem andar juntos quando pensamos em um estado que cumpre com

públicas Fórum Administrativo - Direito Público, v. 73, ano 7., mar. 2007, p. 60.

³⁰ Paulo Modesto. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Interesse Público*. São Paulo: Nota dez, a. 2, n. 7, jul-set, 2000, p.60 e 62.

³¹ José dos Santos Carvalho Filho. *Direito Administrativo*. 9 ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2002, p. 18.

³² Pedro Luiz Barros Silva; Marcus André Barreto de Melo. *O processo de implementação de políticas públicas no Brasil: características e determinantes da avaliação de programas e projetos*. Universidade Federal de Campinas: Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – NEPP. Caderno 48. 2000. Disponível em < <http://www.nepp.unicamp.br/Cadernos/Caderno48.pdf> >. Acesso em: 17 de novembro de 2007.

³³ José dos Santos Carvalho Filho. *Direito Administrativo*. 9 ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2002, p. 19.

³⁴ José Sérgio da Silva Cristovam. *Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>>. Acesso em: 17 nov. 2007.



seus objetivos fundamentais que podem se resumir no bem-estar geral. Porém, o Estado Brasileiro, por estar em fase de desenvolvimento ainda não consegue atingir um patamar satisfatório de implementação efetiva de políticas públicas. Tarefa essa que deveria estar adstrita ao Executivo e Legislativo, encontra-se, no momento atual, recaindo nos braços do Poder Judiciário. Os Tribunais com a finalidade de proteger e concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, e percebendo a morosidade e falta de atitude política por parte do Executivo, anda concedendo certos direitos àqueles que não os gozam através das vias normais de satisfatividade. Doutrina e Jurisprudência travam oposições quanto à aceitabilidade dessa intervenção.

No apanhado geral, temos três correntes sobre a judiciabilidade das políticas públicas. Uma primeira entende que em casos envolvendo direitos fundamentais e sua efetividade, deve sim o Judiciário intervir, pois conforme estabelece o artigo 5º, parágrafo 1º, da Carta Maior, o rol de direitos fundamentais contidos no corpo de toda a Constituição, é de aplicabilidade imediata. A segunda corrente não aceita a interferência do Judiciário, por não ser este o real legitimado, através de voto popular, como são o Executivo e o Legislativo para o implemento de políticas públicas, fundamentando esta idéia no Princípio da Separação dos Poderes do artigo 2º da Constituição Federal. Por fim, um terceiro entendimento, que tem se mostrado mais condizente com a realidade social do país e financeira do Estado, que é a possibilidade da ingerência judiciária quando for para garantir um núcleo mínimo de direitos, essenciais para a sobrevivência, configurando a existência digna, tendo em vista o núcleo essencial dos direitos fundamentais a prestações positivas e ao princípio da vedação ou proibição do retrocesso social, todavia, tendo como condição a reserva do possível, isto é, a capacidade econômico-financeira do Estado para a sua imediata implementação³⁵.

O Supremo Tribunal Federal percebeu a substância desse último entendimento, e em 2004 julgou, pela primeira vez nesse sentido, uma Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental:

A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter re-

³⁵ A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. (REsp 811608 / RS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJ 04.06.2007 p. 314)



lativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).³⁶

Diante dessa inovação jurisprudencial, tem-se discutido a possibilidade, por exemplo, de políticas públicas serem objeto de ação civil pública, quando a entendem como espécie do gênero interesses difusos. Através de ação civil pública poderia-se, por exemplo, requerer a implementação de políticas de saúde concretas para os índios³⁷; o direito ao ensino fundamental aos menores de 6 anos incompletos³⁸; a implementação de políticas públicas voltadas para a prevenção de potencial desequilíbrio ambiental³⁹; fomento de políticas públicas no fornecimento

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Argüido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Decisão pendente de publicação. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> > Acesso em: 21 de setembro de 2007.

³⁷ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

“Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delimitação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito.” (REsp 811608 / RS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª turma, DJ 04.06.2007 p. 314)

³⁸ ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. ART. 127 DA CF/88. ART. 7. DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO AO ENSINO FUNDAMENTAL AOS MENORES DE SEIS ANOS “INCOMPLETOS”. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. (REsp 753565 / MS, rel. min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 28.05.2007 p. 290); E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. (RE-AgrR 410715 / SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ 03-02-2006 PP-00076)

³⁹ PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ILHA DE ALGODOAL/MAIANDEUA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. TUTELA PROCESSUAL-CAUTELAR DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225, CAPUT). IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS DE PRESERVAÇÃO. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TRF 1ª Região, AG 2006.01.00.019291-9/PA, Rel. Dês. Souza Prudente, Sexta Turma, 13/08/2007 DJ p.78)



de derivados do petróleo⁴⁰; etc.

A Constituição viraria letra morta, nesse período de adaptação que o Executivo vem sofrendo, para assumir sua real condição de efetivador e concretizador dos direitos sociais. Quando o poder Judiciário assume tal posição, a de resguardador de direitos, percebemos que isso constitui um estímulo a Administração na elaboração e implantação de políticas públicas, pois é muito mais oneroso para ela satisfazer direitos através de processo judicial individualizadamente que concretizar políticas que satisfaçam a população como um todo. Custos de massa são geralmente mais baratos que custos individuais. Em recurso Extraordinário, julgado em 2005, o ministro Celso de Mello compartilha desse entendimento:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.⁴¹

Essas considerações acerca da intervenção do judiciário na consecução de políticas públicas demonstram o quão é urgente a concretização do princípio da eficiência não só nesse âmbito, mas em todos os que dizem respeito à administração pública. Há certos direitos que são concedidos pelo Judiciário com esse argumento de efetivação da Constituição, porém em relação a certos direitos, principalmente os de caráter mais individual, observamos que os órgãos judicantes resistem a essa interpretação, ressaltando a competência do Executivo na implementação de políticas públicas.⁴²

Enfim, a atuação do Poder Judiciário se faz cada dia mais necessária, tendo em vista a crescente complexidade técnica e operacional destas políticas e, além disso, atrapalhadas por aqueles conflitos de interesses comentados anteriormente.

⁴⁰ EMENTA: Administrativo e Constitucional. A política de comercialização de álcool combustível não pode ser regulada pelo governo, que deve adequá-la a interesse de políticas públicas outras e do consumidor, podendo sofrer restrições, que a própria Constituição admite. Inteligência dos artigos 177 e seu parágrafo 2º, combinado com o art. 238. Recurso improvido. (TRF- 5ª Região, APELAÇÃO CÍVEL 380331 – CE, Rel Des. Ricardo Mandarino, DJ-27/10/2006 – p. 1339, n. 207)

⁴¹ **RE-AgR 410715 / SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ 03-02-2006 PP-00076

⁴² É certo que a propriedade deve desempenhar sua função social, sob pena de ser objeto de desapropriação. Não se pode olvidar, todavia, que o Poder Executivo é fonte primária de implementação das políticas públicas, não o Judiciário. (TRF 1ª Região, AC 2005.38.00.035559-5/MG, Rel. Des. Hilton Queiroz, Quarta Turma, 16/05/2006 DJ p.64).



A ponderação dos interesses em colisão constitui um artifício que o Judiciário é mais especializado em utilizar, principalmente porque deve agir de maneira imparcial, sobretudo distinguindo o interesse público do mero interesse de governo, a fim de prover a efetiva realização dos direitos sociais e, com eles, das políticas públicas⁴³.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante pôde ser percebido pelo acima exposto, o princípio da eficiência constitui um desafio perante o Poder Público, e não só a ele, mas também à própria ciência jurídica que o estuda, o Direito Administrativo.

Constatamos o quão difícil foi definir de forma o Administrador pode ser utilizar dele, pois por mais que tentemos explicar seu conteúdo, mas ele se torna abstrato e indefinível. O que se pressente é que a satisfação do princípio vai ser aferida pelo Poder Judiciário, através da análise sucessiva de casos concretos, e também pela própria satisfatividade do cidadão usufruidor das políticas públicas. Esse sim será o maior avaliador e definidor do conteúdo do princípio da eficiência e constataador de que realmente o princípio está sendo aplicado nas políticas públicas definidas em texto constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=89-> >. Acesso em: 18 de nov. 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 34 n. 133, jan./mar. 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo**. 9 ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa** Ano 35, nº 138, abr.-jun. 1998.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas

⁴³ Sérgio Resende de Barros. O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=89-> >. Acesso em: 18 de nov. 2007.



públicas e seu controle jurisdicional . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>> . Acesso em: 17 nov. 2007.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 165-177 abr-jun. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=344>.

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

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 141, a. 31, nov. 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Ensaio sobre a determinação da responsabilidade administrativa pelo princípio da eficiência: grau de eficiência, omissão e concorrência culposa do lesado. **Universidade Federal do Rio Grande do Norte**. Curso de Direito. mimeo.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Interesse Público**. São Paulo: Nota dez, a. 2, n. 7, jul-set, 2000.

MORAES. Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo : Atlas, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. **In: Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241, Jul./Set. 2005.



PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da administração pública**. São Paulo: Atlas, 2000.

PESSOA, Robertônio Santos. Constituição, democracia e burocracia: a formulação e a execução de políticas públicas **Fórum Administrativo - Direito Público**, v. 73, ano 7, mar. 2007.

SILVA, Pedro Luiz Barros; MELO, Marcus André Barreto de. O processo de implementação de políticas públicas no Brasil: características e determinantes da avaliação de programas e projetos. Universidade Federal de Campinas: Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – NEPP. Caderno 48. 2000. Disponível em < <http://www.nepp.unicamp.br/Cadernos/Caderno48.pdf> >. Acesso em: 17 de novembro de 2007.

THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY AND ITS APPLICATION IN THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES


ABSTRACT

The state has gone through many transformations during the twentieth century, leaving his liberal side, which is restricting the roles of non-restrictive of freedom of the citizen to a welfare state concerned about human dignity and fundamental rights. In such a pitchfork, the new format of leader that our Constitution adopted since 1988 has crucial influence in the new state goals. That is where the issue through an act of state through the positive performance of services and public policies, it would also intervene in some way in the economy. Our work focuses on public policy and how does principle of efficiency, introduced out clearly in the body through the constitutional Amendment 19/98, may be useful in the work of the Public Power goal of fundamental social rights in the form of public policies. As a result, give a quick flick on how the Judiciary has intervened to ensure that the principle and the achievement of public policies are observed, aimed at achieving constitutional.

Keywords: The principle of efficiency. Public Policy. Administrative Law.

Artigo finalizado em dezembro de 2007.





O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES APLICADO A UM MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Jair Soares de Oliveira Segundo

Acadêmico do 5º período do Curso
de Direito da UFRN

Monitor da disciplina Filosofia do Direito

Morton Luiz Faria de Medeiros

Professor orientador

RESUMO

No Estado Democrático de Direito, em que a Constituição figura no topo do ordenamento jurídico, o princípio constitucional da motivação das decisões aplica-se em toda plenitude aos processos disciplinares. Nessa orientação, o presente artigo elabora um estudo acerca da incidência desse princípio constitucional nos processos disciplinares regidos pela Lei Federal nº 8.112/1990 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Ao início, define a motivação como sendo uma fundamentação clara, completa e linear, de modo a demonstrar que a decisão é legítima, válida e justa, além de ser apta a propiciar o acesso à justiça. Na seqüência, demonstra que o dever de motivação relaciona-se à necessidade de observância ao princípio da publicidade, de forma a viabilizar o controle das decisões pela Administração Pública (controle interno), pelo Judiciário (controle externo) e pelos cidadãos, estes os verdadeiros titulares do poder no regime democrático. Apresenta a jurisprudência dos tribunais e legislação pertinente, em especial a Lei Federal nº 9.784/1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal.

Palavras-Chave: Princípio da motivação das decisões. Processo administrativo disciplinar. Lei Federal nº 8.112/1990. Lei Federal nº 9.784/1999. Constituição Federal de 1988.

1 INTRODUÇÃO

No modelo do Estado Democrático de Direito, como é o caso brasileiro, as decisões em processos judiciais e administrativos devem apresentar um mínimo de fundamentação que seja suficiente e adequada à verificação de seus pressupostos fáticos e jurídicos, de sua pertinência lógica e racionalidade contextual, tudo orientado no sentido do acesso à justiça. Em suma, devem os processos – e suas decisões – se pautarem de acordo com o princípio do devido processo legal e, portanto, em consonância com a sistemática do ordenamento jurídico, que no Brasil é o inaugurado com a Constituição Federal de 1988.

Resulta, dessa forma, que as decisões devem ser suficientemente claras, completas e precisas. Adequadas ao direito e à justiça. Isso se deve, principalmente, para que seja seu conteúdo compreendido pelas partes e sua estrutura seja capaz de subsidiar recurso contra seus fundamentos.

A matéria envolve a efetividade de vários princípios constitucionalmente garantidos. Uma decisão com vício na fundamentação pode, a um só tempo, ferir os princípios da ampla defesa e contraditório (por deixar de conter os elementos necessários à defesa), da publicidade (por restar omissa, obscura ou contraditória), do acesso à justiça (pro implicar obstáculo ao exercício do direito de recorrer), e do devido processo legal (uma vez que fere o modelo constitucional de processo).

O que nos interessa mais de perto no presente artigo é o estudo do princípio da fundamentação das decisões em sua aplicação à esfera dos processos administrativos disciplinares *lato sensu*, notadamente os regidos pela Lei Federal nº 8.112/1990 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Desta forma, será analisada a base para a incidência desse princípio em sindicâncias disciplinares, processos administrativos disciplinares *stricto sensu* e procedimentos sumários, bem como será vista a aplicação subsidiária da Lei Federal nº 9.784/1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal.

O ponto de partida será a apresentação do princípio da fundamentação das decisões e segue, nesse contexto, com a discussão da incidência desse princípio no processo administrativo disciplinar *lato sensu* segundo o modelo constitucional de processo admitido na Constituição Federal de 1988.

2 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

Na obra Teoria Geral do Processo (2008, p. 74), Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido Rangel Dinamarco escrevem que a motivação das decisões judiciais, na linha do pensamento tradicional, era percebida como um meio de propiciar às partes a impugnação de decisões judiciais com vistas à reforma da decisão desfavorável; contudo, salientam que atualmente esse princípio da motivação das decisões está voltado tanto mais a promover a publicidade da atuação jurisdicional de forma a possibilitar o controle popular sobre a imparcialidade do juiz e a observância das leis e da justiça.

No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p. 296) afirma



o nexó evidente entre o princípio da motivação das decisões e os princípios da publicidade e da participação.

Decorre dessa relação, portanto, que a motivação das decisões¹ deve ser clara, completa, linear, mas, no entanto, sem que necessite ser demasiado extensa (WAMBIER, 2005, p. 299). No mesmo sentido, Rogério Cruz e Tucci diz que “a motivação deve ser expressa, clara, coerente e lógica, para demonstrar que o julgamento é legítimo, válido e justo” (*apud* BONDOLI, 2005, p. 244).

Na doutrina portuguesa, José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 498) observa que esse direito a uma fundamentação das decisões consubstancia, de igual modo, um direito ínsito à promoção do acesso à justiça.

Diz ainda esse autor (CANOTILHO, 2008, p. 667) que a exigência de fundamentação das decisões radica em três razões fundamentais:

[...] (1) controlo da administração da justiça; (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdiccional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juizes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo em recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas.

O dever motivar os atos administrativos, para Hely Lopes Meirelles (2002, p. 96), radica no dever de observância do princípio da legalidade, uma vez que se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei², desta forma “[...] claro está que todo ato do Poder Público deve trazer consigo a demonstração de sua base legal e de seu motivo”.

Em seu *Curso de Direito Administrativo*, Celso Antonio Bandeira de Mello (2008, p. 112-113) nos fala que essa obrigatoriedade de motivar consta implícita no inciso II e parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, em que consta a cidadania como fundamento da República e diz que todo o poder emana do povo, bem como no inciso XXXV do artigo 5º em que fala que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Fala o autor que o princípio da motivação é tanto um direito político dos cidadãos – vez que estes são titulares do poder e têm direito a explicações – quanto um direito individual de salvaguarda contra decisões arbitrárias.

Na mesma orientação, Vladimir da Rocha França (2007, p. 180) observa

¹ Conforme escreve Luis Guilherme Aida Bondoli (2005, p. 243): “O dever de motivação passa pelas idéias de completeza, coerência e clareza. O julgador deve apreciar de forma inteligível todos os pontos de fato ou de direito influentes no julgamento do feito e chegar a um resultado harmonioso com essa apreciação. Não deve ficar sem resposta do Poder Judiciário nenhum tema que, isoladamente ou em conjunto com os demais elementos constantes dos autos, seja suficiente para o acolhimento de dada pretensão da parte, ainda que na decisão já se façam presentes justificativas para o desfecho dado à demanda. Ademais, deve o juiz trazer suporte fático-jurídico suficiente e adequado para dar sustento às suas conclusões.”

² Conferir, à propósito, o texto do inciso II do artigo 5º da Constituição, onde diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.



que a motivação dos atos administrativos é que viabiliza aferir que a racionalidade da decisão coincide com a ideologia constitucional, bem como possibilita assegurar legitimidade democrática às decisões, vez que propicia o diálogo com o povo sobre o conteúdo de justiça e legalidade dos atos editados.

A doutrina não raro indica como raízes constitucionais do princípio da motivação, em sua aplicação aos atos administrativos da Administração Pública, os incisos IX e X do artigo 93 da Constituição. No inciso IX, determina-se que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. No inciso seguinte, ao referir à função administrativa do Judiciário, faz constar que: “X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

Em que pese parte da doutrina não aceitar que se possa inferir o dever de motivação das decisões administrativas com base nesses incisos do artigo 93 da Constituição³, reputamos mais acertada a posição favorável à aplicação, mesmo porque seria inconcebível que decisões administrativas restassem isentas do dever de motivação quando nas próprias decisões judiciais a motivação é obrigatória⁴, e isto sob pena de nulidade (MELLO, 2007, p. 103).

Ademais há outras normas constitucionais que justificam tal incidência, o que é o caso, por exemplo, das normas presentes no *caput* do artigo 37 que lista, dentre outros, o princípio da publicidade; e também no inciso XXXIII do artigo 5º em que diz que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral [...]”. Como ressalva a este último inciso, em tese, há apenas o sigilo decorrente de sua parte final, ou seja, casos em que o sigilo “seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, e mais o sigilo oriundo do inciso X do artigo 5º onde diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”.

Na legislação infraconstitucional, o *caput* do artigo 2º da Lei Federal nº 9.784/1999 – que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal – trouxe o princípio da motivação expresso, e pode-se afirmar que sua observância é obrigatória até em função do princípio da legalidade⁵.

³ Por todos, José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 106-107) entende que não procede a tese da obrigatoriedade com base no inciso X do artigo 93 da Constituição. Argumenta que a expressão *decisões administrativas* podem referir a atos administrativos mas também a decisórios, e no sentido da obrigatoriedade de motivação pode alcançar apenas esta acepção. Um segundo ponto é que o termo *motivadas* pode indicar tanto que as decisões tenham motivação, quanto que tenham motivos, e neste segundo caso inovação alguma haveria. O terceiro argumento seria o de que tal inciso é afeto apenas ao Poder Judiciário, e não aos demais Poderes.

⁴ Esta é a posição de Lucia Valle Figueiredo (2000, p. 49) quando diz: “Aduz-se, com reforço, que a necessidade de motivação é expressa no texto constitucional. É o que se colhe do art. 93, inciso X, que obriga sejam as decisões administrativas do Judiciário motivadas. Ora, se quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta?”; No mesmo sentido, Vladimir da Rocha França (2007, p. 180), ao comentar a aplicação do mencionado princípio ao Judiciário, afirma ser “[...] natural que tal obrigação seja identificada para o administrador”.

⁵ Há ainda referência ao princípio da motivação em outros diplomas legais. Um exemplo é o que dispõe o



3 MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Consoante as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles ao tratarem do dever de motivar, expostas no item anterior, tal obrigatoriedade decorre do texto constitucional. Neste passo, é preciso que se tenha claro o modelo de Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito (cf. *caput* do artigo 1º da Constituição), o que na concepção de Carlos Ari Sundfeld (2008, p. 56-57) deve no contexto atual ser nominado Estado Social e Democrático de Direito, e este tem como elementos no seu conceito:

- a) criado e regulado por uma Constituição;
- b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres;
- c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros;
- d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelo demais Poderes;
- e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado;
- f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social.

Desta forma, nada mais lógico que atribuir ao processo as feições do ordenamento jurídico constitucional, o modelo constitucional de processo.

A constitucionalização do Direito Administrativo, no contexto atual de nosso constitucionalismo, inicia a desenvolver novos paradigmas – superando ou reformulando os antigos – em relação aos quais Luís Roberto Barroso (2009, p. 375-376) nos remete a três deles: a) *Redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o privado*. O interesse público secundário – o da Fazenda Pública – jamais gozará de prevalência apriorística e abstrata em relação ao particular, o que implica em ponderação de interesses nos casos de colisão; b) *Vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária*. A subordinação à Constituição ganha maior relevo que o princípio da legalidade; e c) *Possibilidade do controle judicial do mérito do ato administrativo*. Os princípios constitucionais, principalmente a moralidade, eficiência e razoabilidade-ponderação passam a permitir o controle da discricionariedade administrativa, devendo o juiz evitar, no entanto, de substituir a

Código de Processo Civil: “Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”; E também um pouco mais adiante: “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”.



discricionariedade do administrador pela sua própria.

Com essa nova face do Direito Administrativo, o princípio do devido processo legal se sobressai como princípio processual basilar do ordenamento, haja vista poder se afirmar nele constarem inclusos todos os demais princípios.

Assim, o modelo constitucional de processo – administrativo ou judicial – é o que guarda consonância com o Estado Democrático de Direito e, portanto, observa o devido processo legal. Noutras palavras, é o que privilegia os princípios do juiz natural, da ampla defesa e contraditório, da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da finalidade, da motivação, e tantos outros.

4 MOTIVAÇÃO E IMPLICAÇÕES DO DEVER DE MOTIVAR NOS PROCESSOS DISCIPLINARES

Nas relações entre Administração e administrado, nas palavras de Eugênia Giovanna Simões Cavalcanti (2008), “[...] deve haver uma substituição do silêncio pelo diálogo, da opacidade pela transparência [...]”.

Com esse sentimento, a Constituição Federal de 1988 consagrou várias normas no sentido de vedar ao Poder Público obscuridade em suas ações. Exemplos disto são: o princípio da publicidade previsto no *caput* do artigo 37; o direito de petição previsto no inciso XXXIV do artigo 5º; e o princípio da motivação previsto nos incisos IX e X do artigo 93.

É nesse contexto que deve ser analisada a motivação das decisões.

De início, conforme afirma Celso Antonio Bandeira de Mello (2008, p. 392-393), *motivo* do ato e *motivação* do ato são conceitos distintos⁶. *Motivo* “é a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato” (MELLO, 2007, p. 86). *Motivação*, de sua vez, é a exposição dos motivos, é a fundamentação do ato. Ao conceituar *fundamentação*, Marcelo Caetano (2003, p. 123) diz que esta “[...] consiste em deduzir expressamente a resolução tomada nas premissas em que se assenta, ou em exprimir os motivos por que se resolve de certa maneira, e não de outra”.

Tamanha é a importância da motivação que Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 555), chega a afirmar que o juiz quando deixa de cumprir seu ofício de julgar as afirmações de fato e de direito sobre a causa inibe o deslinde regular do processo e, em caso de sentença, “praticamente nega tutela jurisdicional à parte, na medida em que tolhe a esta o direito de ver seus argumentos examinados pelo Estado.”

Na esfera administrativa, é de se ressaltar a importância da motivação principalmente em relação às decisões que são cercadas de certo teor de discricionariedade (CAETANO, 2003, p. 124). Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 105) escreve sobre o caráter de obrigatoriedade de motivação quando presente a discricionariedade:

⁶ Sobre essa diferença, Vladimir da Rocha França (2007, p. 178) leciona: “O motivo compreende o evento jurídico administrativo que justifica a ação administrativa. Na motivação, por sua vez, há o relato dessa situação material em linguagem competente”.



Se o motivo foi vinculado e obrigatória a prática do ato ante sua ocorrência, a falta de motivação não invalida o ato desde que o motivo haja efetivamente existido e seja demonstrável indubitavelmente sua antecedência em relação ao ato. Se a escolha do motivo for discricionária (ou sua apreciação comportar alguma discricionariedade) ou ainda quando o conteúdo do ato for discricionário, a motivação é obrigatória.

Verifica-se, portanto, que na medida em que aumenta a possibilidade de a decisão administrativa afetar a esfera dos direitos individuais, tanto maior será a necessidade de uma fundamentação sólida (FRANÇA, 2007, p. 178). Isto é confirmado pela norma constante do artigo 50 da Lei Federal nº 9.784/1999, com destaque para os incisos I e II que estabelecem o dever de obrigação de motivar atos administrativos que “I – neguem, limitem ou afetem direitos e interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;”.

Cabe destacar, no entanto, que não é qualquer motivação que se presta a satisfazer o núcleo do princípio. Neste ponto, lembramos as palavras de Marcelo Caetano (2003, p. 125) em que adverte que “[...] se os motivos invocados não explicam a decisão tomada e até porventura implicariam uma atitude contrária, não pode considerar-se satisfeita a exigência legal”. O que dizer de uma decisão que de tão obscura ou lacunosa esteja habilitada apenas a conduzir a incertezas? Logicamente seu conteúdo não atende ao princípio examinado.

Diante disto, é que se tem por certo a plena aplicabilidade do princípio da motivação às decisões em processos disciplinares. Assim, para nos delimitar à legislação federal que é a Lei Federal nº 8.112/1990, tanto a sindicância disciplinar (artigos 143 e 145), quanto o processo administrativo disciplinar *stricto sensu* (artigo 143), e também o procedimento sumário (*caput* do artigo 133) devem ser processados mediante a necessária – e obrigatória – justificação de todas as decisões, quer impliquem sanções quer tenham o condão de influir nos direitos individuais do servidor acusado, notadamente as decisões que possam implicar cerceamento do direito de defesa.

4.1 A teoria dos motivos determinantes⁷

Na análise da fundamentação, os motivos que denotam importância são precisamente os motivos determinantes, vez que eles referem necessariamente à sua finalidade e, neste passo, justificam o não pronunciamento em sentido contrário (CAETANO, 2003, p. 124).

De acordo com a teoria dos motivos determinantes, os motivos que determinam a constituição de um ato – administrativo ou judicial – integram seu conteúdo e influem em sua validade.

⁷ Hely Lopes Meirelles (2002, p. 97) comenta que a teoria dos motivos determinantes foi “delineada pelas decisões do Conselho de Estado da França e sistematizada por Jèze”.



Assim, a motivação implica diretamente na esfera de validade do ato, isto mesmo na hipótese de fundamentação com base em motivos exteriores ao texto do ato. Quanto a isto, Marcelo Caetano (2003, p. 124) afirma: “Quando uma autoridade concorda com um parecer no qual se propõe determinada solução para o caso vertido, esse despacho de concordância apropria-se das razões do parecer, cujos fundamentos ficam, destes então, sendo os seus”.

Diante disto, em sendo os motivos material ou juridicamente inválidos, inválida será a decisão que os tomou por fundamento. Neste sentido, ao tratar da conceituação dos casos de nulidade, a alínea “d” do parágrafo único do artigo 2º da Lei Federal nº 4.717/1965 que regula a Ação Popular afirmar que “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”.

Também decorre dessa teoria, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 396), que há necessidade de que: a) ocorram tais motivos; e, b) estes sejam capazes de justificar o ato.

Neste ponto, um exemplo elucidativo seria a remoção⁸ *ex officio* de um servidor para outro Estado da federação motivado no fato de este ter sofrido a aplicação de penalidade de advertência quando, na realidade, foi absolvido no processo administrativo disciplinar. Tal decisão seria inválida devido o fato de o motivo não condizer com a realidade – o servidor não sofreu advertência – nem muito menos ter o condão de justificar o ato – pois o fato de um servidor ser penalizado com advertência não justifica sua remoção compulsória.

A teoria dos motivos determinantes implica, de forma sucinta, numa teoria de controle dos motivos do ato – administrativo ou judicial. E leva em conta a consonância entre motivos elencados e finalidade do ato, passando a uma análise conjunta de legalidade (pressupostos normativos), veracidade (pressupostos fáticos), conformidade (congruência entre pressupostos e a finalidade do ato), e ainda cerca essa análise de parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, notadamente no caso de decisões em que se faça presente o instituto da discricionariedade.

4.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹

As decisões do Supremo Tribunal Federal ressaltam a importância do princípio da fundamentação e nos fornecem uma visão bem apropriada da incidência desse princípio no Estado Democrático de Direito. Vejamos alguns julgados:

⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 68) observa que essa prática de remover como forma de sancionar funcionário não é rara.

⁹ Em que pese ser o Superior Tribunal de Justiça a corte que lida diretamente com as questões envolvendo a aplicação da lei federal, o que seria a expressa maioria dos casos, optamos por retratar esse princípio na ótica do Supremo Tribunal Federal para denotar a íntima ligação do princípio com a interpretação da Constituição.



A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 80.892/RJ**, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16/10/01, DJ 23/11/07, p. 115, DJe-147 divulgado em 22/11/2007).

Decisão judicial: ausência de fundamentação e nulidade. Não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida pela parte é "inviável juridicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais": não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 217.631/GO**, Rel. Min. Supúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/09/1997, DJ 24/10/1997, p. 54194).

O primeiro julgado fala da nulidade que resulta dos atos sem fundamentação; o segundo, sobre os que a tem, mas insuficiente. Percebe-se daí uma vinculação da validade do ato à fundamentação adequada e suficiente deste, conforme afirmando linhas atrás. Tudo isto é pressuposto de um Poder Público democrático, alinhado ao direito e à justiça.

Em relação à legislação, importante saber a que passos anda, vejamos então.

4.3 A lei do processo administrativo federal

A Lei Federal nº 9.784/1999¹⁰ que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal se aplica a todos aos três Poderes do Estado quando do desempenho de função administrativa (§1º do art. 1º) e estabelece no *caput* do artigo 2º o dever de obediência a diversos princípios, dentre os quais o princípio da motivação.

No inciso VII do parágrafo único desse mesmo artigo, diz que nos processos administrativos deverá haver indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão¹¹.

¹⁰ Essa lei aplica-se subsidiariamente à Lei Federal nº 8.112/1990.

¹¹ Pouco mais à frente, no inciso III do artigo 3º, essa lei cita como direito do administrado formular alegações e apresentar documentos, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente. Menciona



No capítulo XII – específico sobre motivação – há o artigo 50 em que lista casos que geram obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, *in verbis*:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Ressalte-se que, no caso de motivação pautada na concordância com atos anteriores prevista no §1º, os efeitos dos motivos do ato anterior com o qual se concorda passam a integrar a validade da própria decisão (CAETANO, 2003, p. 124). Também quanto a esse §1º, é de se notar a afirmação de que a decisão deve ser explícita, clara e congruente, o que nos remete aos comentários do início deste trabalho.

4.4 A lei dos servidores públicos federais

A Lei Federal nº 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, trata do princípio da motivação no artigo 168. Consta no *caput* deste artigo que o julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos

no parágrafo único do artigo 6º vedação expressa à recusa imotivada no recebimento de documentos, onde manda que seja o interessado orientado ao suprimento das eventuais falhas.



autos.

Verificada essa contrariedade, diz o parágrafo único do artigo 168 que a autoridade julgadora *poderá*, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Em verdade, *deverá* a autoridade proceder a adequação do julgamento às provas dos autos de forma motivada, logicamente. A ausência de motivação suficiente e adequada, de acordo com as provas dos autos – especialmente nos casos de agravamento de sanção –, caracteriza nulidade do processo.

II - Quanto à ausência de fundamentação da pena, no entanto, a postulação do impetrante deve ser acolhida. A autoridade julgadora não está vinculada às conclusões da comissão de inquérito expostas no relatório final, podendo dar aos fatos enquadramento jurídico diverso, desde que, no entanto, o faça de forma fundamentada, mormente se a pena efetivamente imposta for mais grave do que aquela indicada no relatório. Segurança concedida. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 7.143/DF**, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 10/10/2001, DJ 29/10/2001, p. 180).

A maioria dos casos de nulidade por falta de motivação, no entanto, reside no fato de ofensa à ampla defesa e contraditório caracterizada por ato da comissão processante¹² que nega imotivadamente a produção de provas, quer periciais quer testemunhais.

II - A apreciação, sem a devida motivação, de questão levantada pelo servidor quanto à suspeição do presidente da comissão de processo disciplinar, caracteriza-se como cerceamento de defesa do acusado, ensejando a anulação do processo. III - A nomeação de defensor dativo, quando há advogado já nomeado, configura cerceamento de defesa. Efeitos de liminar que não podem ser desconsiderados para fins de cômputo do prazo de apresentação de alegações finais. IV - **A ausência de devida motivação de ato administrativo, especialmente o que indefere a produção de provas, resulta na nulidade desse ato.** V - Recurso provido.

¹² A teor do §1º do artigo 156 da Lei Federal nº 8.112/1990, o presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos. No entanto, tal ato de denegação deve ser motivado. Cf. a seguinte decisão: "Conforme entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no processo administrativo disciplinar, o presidente da comissão deve fundamentar adequadamente a rejeição de pedido de oitiva de testemunhas formulado pelo servidor (art. 156, § 1º, da Lei 8.112/90), em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV)." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 10.468/DF**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 27/09/2006, DJ 30/10/2006, p. 237).



(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.409/PR**, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 07/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 309) (negrito nosso).

O dever de motivação deve privilegiar tanto o princípio da legalidade quanto os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição, tendo em vista que deve o Poder Público propiciar aos cidadãos verificar se o fundamento da decisão está de acordo com o direito e a justiça, e também prover os elementos indispensáveis à efetivação do direito de recorrer.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, fica claro que o modelo de Estado Democrático de Direito, que é o modelo brasileiro, inadmite que os atos decisórios oriundos do Estado sejam circundados de obscuridade ou nebulosidade que implique em falta de transparência quanto aos motivos tomados como pressupostos para a edição dos atos, quer vinculados quer discricionários.

Com base na autorizada doutrina, entende-se que apenas e tão somente quanto aos atos vinculados é que se pode atribuir a não obrigatoriedade de motivação, uma vez que se considera esta implícita, dado que os motivos vêm pré-constituídos segundo hipóteses de autorização ou obrigação. Ao ocorrer a situação fática ou jurídica que lhes autoriza ou determina a incidência, faz nascer a competência legal para a edição do ato. O princípio da motivação, portanto, consagra os princípios da publicidade, da legalidade e do devido processo legal.

De toda forma, não basta que haja motivação. É necessário que esta seja suficiente e adequada aos motivos do ato e à finalidade a que estes se destinam. Daí a necessidade de um provimento decisório claro, completo e congruente, de modo a adequar as razões do ato ao direito e à justiça, bases do Estado Democrático de Direito.

Ademais, não há como conceber que atos do Poder Público sejam escamoteados de forma a possibilitar que fiquem imunes ao princípio da legalidade, que possam escapar ao controle interno do próprio Órgão ou do controle externo realizado Judiciário, nem, muito menos, permaneçam blindados ao controle dos cidadãos, estes os verdadeiros titulares do poder numa democracia.

Em havendo tamanha ilicitude, haverá uma afronta ao princípio do devido processo legal e do acesso à Justiça, além de concretizar um grave desrespeito ao regime democrático e ao sentimento de nossa Constituição.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.



BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Embargos de declaração**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do processo administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. [2ª reimpressão portuguesa]

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. [5ª reimpressão]. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos face à Constituição de 1988. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, junho/agosto/setembro, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 23 ago. 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev., ampl. e atual. com as Emendas 19 e 20 de 1998. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos. **Revista de informação legislativa**, Brasília, Senado Federal, a. 44, nº 174, abr./jun., 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008. [Curso de processo civil; v. 2]

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.



MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 56, de 10.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008. [2ª tiragem]

_____. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. [8ª tiragem]

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. [9ª tiragem]

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005.

THE PRINCIPLE OF THE MOTIVATION OF THE DECISIONS APPLIED TO A CONSTITUTIONAL MODEL OF ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCESS

ABSTRACT

In the Democratic State of Law, where the Constitution appears at the top of the legal system, the constitutional principle of the motivation of the decisions is completely applied to all disciplinary processes. In this direction, this article shall prepare a study about the incidence of this constitutional principle in disciplinary process governed by Federal Law No. 8.112/1990 which provides about the legal regime of the civil public servants of the Union, the autonomous government agencies and the federal public foundations. At the beginning, defines the motivation as clear, complete and linear reasons in order to demonstrate that the decision is legitimate, valid and fair, in addition to being able to provide access to justice. In the sequence, shows that the duty of motivation relates to the need of adherence to the publicity principle in order to facilitate the control of decisions by the Public Administration (internal control), by the Judiciary (external control) and by the people, these the real holders of power in the democratic system. It presents the jurisprudence of the courts and relevant legislation, particularly the Federal Law No. 9.784/1999 which regulates the administrative process within the




federal Public Administration.

Keywords: Principle of the motivation of the decisions. Administrative disciplinary process. Federal Law No. 8.112/1990. Federal Law No. 9.784/1999. Federal Constitution of 1988.

Artigo finalizado em outubro de 2008.





O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL E A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO SISTEMA JURISDICIONAL PÁTRIO

Felipe Bruno da Costa Brito Meneses

Acadêmico do 5º período do Curso
de Direito da UFRN

Júlia Brilhante Portela Vidal

Acadêmica do 5º período do Curso
de Direito da UFRN

Monitora da disciplina Teoria Geral
do Processo

RESUMO

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, instituto originário do *Common Law*, tem sido constantemente aplicada nos tribunais pátrios. A técnica da “retirada do véu” da pessoa jurídica para se atingir o sócio ou dirigente responsável é apontada por muitos como constante na seara tributária. Todavia, se faz necessário uma análise minuciosa para sua devida aplicação. Os artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional trazem de forma expressa situações em que o sócio ou dirigente de entes morais poderão, de forma subsidiária ou substitutiva, ser responsabilizados no âmbito da execução fiscal. Quanto a esta se faz imperioso observar seu procedimento, de forma que abarque princípios basilares do sistema jurídico atual, como por exemplo, o devido processo legal e a ampla defesa.

Palavras-chave: Desconsideração da pessoa jurídica. Redirecionamento. Execução fiscal.

1 INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, o instituto da desconsideração da pessoa jurídica se faz muito presente e aceito dentro do sistema jurídico brasileiro. Hipóteses de afastamento do ente moral para se atingir o sócio responsável encontram-se em destaque, tanto no que diz respeito a nossa lei maior, quando em legislações infra-constitucionais como o código civil, e de defesa do consumidor.

Interessante é observar a possível aplicação deste instituto no âmbito tributário, que através de hipóteses elencadas, principalmente nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional (CTN), faz com que a execução fiscal seja redirecionada para ao invés de atingir somente a pessoa jurídica (sujeito passivo direto da obrigação tributária), refletir também na pessoa natural que atua através desta.

A discussão, portanto, se dá no âmbito da provável utilização da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica no campo tributário, uma vez que se faz expresso no Código Tributário Nacional hipóteses em que a obrigação tributária será redirecionada para diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas.

Além disso, há a necessidade de compreender a responsabilidade do sócio, que difere da de dirigente em diversos casos, como também elencar hipóteses em que realmente se fará necessário o redirecionamento da execução fiscal.

Por conseguinte, faz-se cogente a análise minuciosa de tais artigos (134 e 135 do CTN) para conhecer a sua real natureza. Sendo assim, deve se levar em consideração o procedimento utilizado para tal prática, qual seja o de execução fiscal.

2 DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA: APONTAMENTOS GERAIS

Antes de adentrarmos na seara da desconsideração da pessoa jurídica faz-se mister a análise de sua natureza, ou seja, a justificativa da existência desta.

Os contornos acerca do conceito de pessoa jurídica remontam ao Direito Romano, no *Digesto*. Analisando, contudo, na doutrina mais contemporânea, podemos destacar as teorias da ficção, da propriedade coletiva, da realidade e a institucional.

As teorias da ficção enquadram as pessoas jurídicas como sendo um ente apenas fictício, não possuindo existência no plano da realidade; sendo assim, estas não seriam nada mais do que uma criação artificial engendrada pela mente humana. Dentro destas encontramos a corrente defendida por Ihering, na qual este afirma que a personalidade da pessoa jurídica não residiria propriamente nela, mas nos indivíduos que a compõem, não tendo aquela, portanto, autonomia volitiva. Também se faz imperioso destacar a teoria da vontade, que centra a vontade como sendo causa principal da criação e funcionamento da pessoa jurídica.

Há também correntes que giram em torno da organização do capital, como a da propriedade, que afirma ser a pessoa jurídica nada mais do que uma massa de bens possuída por um dado grupo. Outra muito defendida é a da instituição, na qual os entes morais são entendidos como sendo organizações que são criadas com o fulcro de preencher determinadas finalidades sociais.

Contudo, ao nosso entender, a teoria mais aceita e a adotada pelo nosso



ordenamento jurídico, seria a realista, que considera essas entidades como seres dotados de existência própria e autonomia para com as pessoas que as criaram. Podemos perceber a aceitação desta doutrina e a dissociação entre os entes morais e pessoas naturais através da análise do art. 20 do Código Civil de 1916 que versa “as pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros”.

Destarte, o nosso ordenamento jurídico vem aceitando a pessoa jurídica como sendo um ente real dotado de existência e de vontade própria, podendo, portanto, postular em juízo próprio, vender, comprar, contrair direitos e obrigações, independente da vontade das pessoas físicas que a compõem. Com isso podemos afirmar que a pessoa jurídica se torna um dos mais importantes institutos jurídicos já criados, cujo uso deve atender determinados fins sociais.

Ocorre que, nem sempre esta atenção a dados fins é observada, sendo muitas vezes a pessoa jurídica utilizada como cobertura para a prática de atos ilícitos ou abusivos por parte de pessoas naturais que possuem poderes suficientes para a prática de tais ações.

Diante de tais situações, se fez imperiosa a busca de um instrumento que combateria tais práticas. Foi então que surgiu nos países aplicadores do *common law*, teses de desconsideração da pessoa jurídica, devido, principalmente, a uma maior flexibilidade do próprio sistema.

Podemos citar como marco inicial da aplicação de tal teoria o caso inglês *Salomon vs Salomon co.*, que devido os julgados de primeira instância, observou-se a utilização da *disegard doctrine* como forma de reagir a tais abusos e ilicitudes. Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 228) bem relatam esse caso:

Aaron Salomon, objetivando constituir uma sociedade, reuniu seis membros da sua própria família, cedendo para cada um apenas uma ação representativa, ao passo que, para si, reservou vinte mil.

Pela desproporção na distribuição do controle acionário já se verificava a dificuldade em reconhecer a separação dos patrimônios de Salomon e de sua própria companhia. Em determinado momento, talvez antevendo a quebra da empresa, Salomon cuidou de emitir títulos privilegiados (obrigações garantidas) no valor de dez mil libras esterlinas, que ele mesmo cuidou de adquirir.

Ora revelando-se insolvente a sociedade, o próprio Salomon, que passou a ser credor privilegiado da sociedade, preferiu a todos os demais credores quirografários (sem garantia), liquidando o patrimônio líquido da empresa.

Apesar de Salomon haver utilizado a companhia como escudo para lesar os demais credores, a Câmara dos Lordes, reformando as decisões de instâncias inferiores, acatou a sua defesa, no sentido de que, tendo sido validamente constituída, e não se identificando a responsabilidade civil da sociedade com a do próprio Salomon, este não poderia, pessoalmente, responder pelas dívidas sociais.



No direito nacional, a desconsideração da pessoa jurídica veio a se enraizar através da criação do Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 28, que prevê casos em que se fará necessário, para a proteção do consumidor, “retirar o véu” da pessoa jurídica, fazendo com que se atinja seu responsável. Da mesma forma o Código Civil vigente faz menção a esta teoria através de seu artigo 50.

Contudo, é oportuno esclarecer que a utilização da desconsideração do ente moral para se atingir a pessoa natural, é uma exceção. Faz-se necessário, portanto, a previsão de situações específicas para tal fim, uma vez que a pessoa jurídica possui existência própria e distinta dos seus sócios e dirigentes.

Deste modo, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica não possui o fulcro de anular esta, mas de, em razão de questões específicas, desconsiderá-la para certos efeitos, não a antevendo para quaisquer outras questões. Logo, devemos observar esta teoria antes como reafirmação da autonomia da pessoa jurídica, do que como negação de sua personalidade.

3 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

A responsabilidade tributária é o fenômeno segundo o qual um terceiro, que não seja contribuinte (a pessoa jurídica), ou seja, não tenha relação direta e pessoal com o fato imponível gerador da obrigação principal, está obrigado em caráter substitutivo ou subsidiário, em sua limitada ou ilimitada (dependendo do tipo societário) responsabilidade, ao pagamento ou cumprimento da obrigação. Logo, percebemos que reputa necessário para existência da responsabilidade tributária, um liame entre o sujeito responsável e o fato imponível.

Destacamos esta na legislação tributária através de dois artigos. O primeiro (art. 134, VII, CTN) trata das hipóteses de subsidiariedade, sendo aplicável tão somente quando há a impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal por parte do contribuinte. Deste modo, a responsabilidade nestes casos se fará de forma solidária, respondendo tanto o sócio como a pessoa jurídica do qual faz parte.

Por sua vez, consoante o art. 135, I e III, CTN, o débito surge em nome do contribuinte e, em função de práticas com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto, este é substituído na relação obrigacional, passando a recair exclusivamente sobre o responsável, que efetivamente substituirá o contribuinte em função do dolo. Com isso, podemos perceber que o artigo mencionado traz de forma expressa casos em que será necessário o redirecionamento da execução fiscal para atingir as pessoas dirigentes de dados entes morais.

Insta realçar, portanto, que o instituto da desconsideração da pessoa jurídica não se confunde com o redirecionamento da execução fiscal, uma vez que é aplicada no âmbito tributário a responsabilidade substitutiva no caso em questão, não havendo propriamente o “afastamento da pessoa jurídica”. Há na hipótese de aplicação do instituto em comento a prévia disposição legal para responsabilização de dirigentes de pessoas jurídicas, sendo, com isso, nada mais do que mera aplicação de lei.



Logo, apesar de bastante similares e fitarem o objetivo de sancionar sócios ou dirigentes que se utilizam da figura da pessoa jurídica para a prática de atos ilícitos, não há como se pensar esses institutos como o mesmo, uma vez que no caso em questão, o que há é ora a responsabilidade solidária ora a pessoal.

Entretanto, como a interpretação legal deve sempre buscar a sistematização, parte da doutrina entende que não sendo suficiente a exegese dos arts. 134 e 135, CTN, haverá a possibilidade de aplicação de teorias referentes a desconsideração da pessoa jurídica, uma vez que dados institutos possuem a mesma raiz, e são utilizadas para o mesmo fulcro.

3.1 Responsabilidade tributária dos Sócios e dirigentes de pessoas jurídicas

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 134, VII, estabelece que:

Art. 134 - Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:
(...)

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Trata-se, portanto, de um tipo de responsabilidade indireta por transferência, que se caracteriza no caso de impossibilidade de exigência de cumprimento da obrigação principal da pessoa jurídica e que será exigido de seus sócios, desde que seja resultante de ação ou omissão nas quais aqueles tenham intervindo. De acordo com os ensinamentos de Hugo Machado Brito (2001, p. 130), temos que:

A responsabilidade de terceiros, prevista no art. 134 do CTN, pressupõe duas condições: a primeira é que o contribuinte não possa cumprir sua obrigação, e a segunda é que o terceiro tenha participado do ato que configure o fato gerador de tributo, ou em relação a este se tenha indevidamente omitido. (...) É preciso que exista uma relação entre a obrigação tributária e o comportamento daquele a quem a lei atribui a responsabilidade.

Respondem em princípio, subsidiariamente e ilimitadamente pelos tributos devidos em nome da pessoa jurídica, se os bens destas forem insuficientes. Deverá haver, primariamente, um processo judicial prévio e logo após a execução dos bens sociais, e sendo estes insuficientes, ocorrerá a penhora dos bens dos sócios. Conclui-se, deste modo, que o artigo em questão diz respeito às sociedades por quotas de responsabilidade ilimitada.

É importante ressaltar, com relação aos tributos e multas de caráter estritamente moratório que, segundo o parágrafo único do artigo supracitado, os terceiros apenas respondem por aqueles, uma vez que as multas relacionadas com



o descumprimento de obrigações acessórias são intransmissíveis a terceiros.

A explicação jurídica para tal conjectura é o princípio da personalização da pena, aplicável também em matéria de sanções administrativas e, em complemento, o próprio *caput* do art. 134, CTN que não fala em tributos e multas ao referir sobre a responsabilidade de terceiros.

Contudo, se as multas já formarem o passivo da pessoa jurídica no momento do redirecionamento, estas se estenderão aos terceiros. Havendo a penalização em decorrência da infração cometida pela sucedida, após o redirecionamento, não ocorrerá a extensão.

Por sua vez, a responsabilidade por substituição disposta no art. 135, I e III CTN, caracteriza-se quando há a constatação da prática de atos originados de excesso de poderes, infrações à lei, contrato social ou estatuto, devendo ser, necessariamente, dolosa e tendo como consequência a responsabilização inteiramente pessoal e exclusiva, por substituição, do agente que praticou tal ato. Da mesma forma pode-se assinalar que a responsabilidade por substituição está caracterizada quando há a dissolução irregular da sociedade. Analise-se o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PENHORA DE BENS PARTICULARES. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL À SÓCIO-GERENTE. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE AUTOFALÊNCIA. NÃO-CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 135 DO CTN. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. NÃO-OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de condicionar a responsabilidade pessoal do sócio-gerente à comprovação da atuação dolosa ou culposa na administração dos negócios, decorrente de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto. Há entendimento também de que a hipótese de dissolução irregular da sociedade possibilita o redirecionamento da execução.

3. É descabido o redirecionamento da execução ao sócio-gerente, em virtude de esse não haver pleiteado a autofalência da sociedade. Isso porque é o patrimônio da empresa que deve responder pelas obrigações por ela contraídas, somente sendo possível o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente, nos termos do art. 135 do CTN, quando comprovado que ele agiu com excesso de poderes, infração a lei, contrato ou estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. No entanto, a ausência de pedido de autofalência, conforme previsto no art. 8º da Lei de Falências, não configura nenhuma dessas hipóteses ensejadoras do redirecionamento da execução. Assim, correta a conclusão a que chegou o acórdão recorrido, no sentido de ser indevida



a penhora de bens particulares do sócio-gerente. (...)¹

Em síntese, reputa-se o ato perpetrado pelas pessoas físicas, e não pela pessoa jurídica, ou seja, atuam em nome do contribuinte pessoa jurídica, como órgãos.

Segundo o inciso III, serão responsáveis os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Essa responsabilização só haverá no caso de prévia instauração de processo administrativo específico. E em seguida, se procederá o redirecionamento. Ressalta-se, a necessária apresentação de provas de ação com excesso de poderes, ou infração do contrato social ou estatutos, sem o que não se poderá falar em responsabilidade tributária.

Convém destacar que o terceiro responsável é aquele possuidor de mandato e de poderes de gestão ou aqueles que compartilham dos de tais atos eivados dos vícios elencados no supracitado artigo. Como bem observa Machado de Brito (2001, p. 131):

Destaque-se desde logo que a simples condição de sócio não implica responsabilidade tributária. O que gera a responsabilidade, nos termos do art. 135, III, do CTN, é a condição de administrador de bens alheios. Por isto a lei fala em diretores, gerentes ou representantes. Não em sócios. Assim, se o sócio não é diretor, nem gerente, isto é, se não pratica atos de administração da sociedade, responsabilidade não tem pelos débitos tributários.

É imperioso indagar se o simples inadimplemento de tributo, desprovido de dolo ou fraude, devido à Fazenda Nacional caracterizaria uma infração legal. Cremos que não, uma vez que o ato é cometido pelo ente moral através de seus órgãos, não se podendo tratar de responsabilidade pessoal do agente. Com isso, o que pode ocorrer é, por exemplo, a pessoa jurídica não dispor de recursos, ou utilizá-los para determinados fins lícitos como o pagamento da folha de salários. Nesse sentido já decidiu o STJ:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. EX-SÓCIO DE SOCIEDADE LIMITADA. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO. LIMITES. ARTIGO 135, INCISO III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO.

(...)

É evidente que o não recolhimento dos tributos exigidos na execução fiscal em epígrafe, configura um ato contrário à lei, em razão de prejudicar o fim social a que se destina a arrecadação. Necessário, entretanto, é fixar-se os limites do

¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 442301**. T2. Rel. Min. Denise Arruda. DJ: 05/12/2005



que seja infração legal, porquanto a falta de pagamento do tributo ou não configura violação legal e é irrelevante falar-se em responsabilidade ou não constitui violação da lei e, conseqüentemente, sempre haveria responsabilidade.

O mero descumprimento da obrigação principal, desprovido de dolo ou fraude, é simples mora da sociedade-devedora contribuinte, inadimplemento que encontra nas normas tributárias adequadas as respectivas sanções; não se traduz, entretanto, em ato que, de per si, viole a lei, contrato ou estatuto social, a caracterizar a responsabilidade pretendida pela recorrente.(...)²

Importa assinalar que nesse caso o próprio ente pessoa jurídica responde quando seus dirigentes atuam dentro dos seus limites e há o simples inadimplemento.

Finalmente, após esclarecer a responsabilidade dos dirigentes, importa destacar, igualmente, a função e responsabilidade dos sócios em determinados tipos societários.

O sócio tem como função aportar o capital na formação do patrimônio da pessoa jurídica e a princípio não tem participação decisória na empresa. Nas sociedades em nome coletivo ele é responsável pela gerência da pessoa jurídica.

Já na sociedade anônima, ele não tem poderes de gerência; apenas integraliza o valor das ações. Quando não integralizado responde até o valor da-queles e quando integralizado não é responsável, pessoalmente, pelas dívidas da sociedade.

Nas sociedades limitadas, há a responsabilidade subsidiária de cada um dos sócios, nos limites estabelecidos pelas cotas, se não integralizadas, no caso de impossibilidade econômica da pessoa jurídica. Não há responsabilidade na hipótese de integralizado o capital social, não respondendo jamais com seus bens pessoais, como confirma o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS PARA COM A SEGURIDADE SOCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES. SOLIDARIEDADE. PREVISÃO PELA LEI 8.620/93, ART. 13. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 146, III, B). INTERPRETAÇÕES SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA. CTN, ARTS. 124, II, E 135, III. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 1.016 E 1.052.

(...)

8. O princípio normativo e geral é de que a responsabilidade dos sócios de sociedade limitada ou dos acionistas de sociedade anônima é restrita à participação que possuam na empresa. No primeiro caso, pelo montante representado

² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 201868**. T2. Rel. Min. Franciulli Netto. DJ: 29/10/2001.



pelas quotas, no segundo, pela expressão financeira do valor acionário no capital social, exceção que se faz, tão-somente, a casos de constatada ocorrência de culpa ou dolo.(...)³

Por fim, na hipótese da sociedade ilimitada há responsabilidade subsidiária dos sócios se houver a incidência do art. 134, III, CTN ou por substituição, ocorrendo o caso do art. 135, I e III, CTN.

4 REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

Como visto acima, para se consagrar a responsabilidade dos sócios ou dirigentes de pessoas jurídicas é necessário, dentre outros institutos, a observância de hipóteses como as elencadas nos arts. 134, VII e 135, III do Código Tributário Nacional. Desta forma, os sócios a que se refere o art. 134, responderão em solidariedade sempre que a sociedade do qual fazem parte não obtiver bens suficientes para garantir a dívida, logo se trata de responsabilidade subsidiária própria de empresas com caráter ilimitado.

Já o art. 135 só poderá ser aplicado se demonstrados atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, passando então à responsabilidade pessoal, que não atenta para o caráter subsidiário da primeira hipótese, devendo os dirigentes arcar com a obrigação independente dos bens empresariais. Enfatizando as hipóteses do art. 135, impõe-se a análise do procedimento de redirecionamento da execução fiscal.

Para se obter o redirecionamento da execução fiscal e com isso atingir a pessoa do dirigente da pessoa jurídica, é imprescindível a instauração do devido processo administrativo, de modo que se possa apurar as hipóteses elencadas no art. 135 do CTN. Destarte, se faz mister a observância de certos princípios processuais consagrados no âmbito constitucional, tendo destaque o princípio da ampla defesa. Assim preleciona Pereira (2006, p. 1060):

O processo administrativo fiscal, portanto, tem natureza jurídica de um típico processo administrativo, que pode ser classificado tanto como um processo de controle, como também de outorga e de punição. É forma de desenvolvimento da função administrativa no que diz respeito à matéria tributária e tem sua raiz constitucional no direito de petição contemplado no artigo 5º, XXXIV e no direito ao devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV.

No ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 115), através do art. 5º, LIV e LV, é possível perceber que estão consagrados a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade

³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 701680. T1. Rel. Min. José Delgado. DJ 19/12/2005.



de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, ofereça oportunidade de contraditório e de ampla defesa. Deste modo, não poderia ser diferente em se tratando de execução fiscal, exigindo para o Fisco a observância de tais elementos.

Instaurado o processo administrativo, com observância dos princípios constitucionais cabíveis e apurada a infração, a responsabilidade será pessoal sendo desnecessária a inclusão de responsabilidade solidária neste caso. É importante frisar que no caso de responsabilização por condutas descritas no art. 135, se faz necessária a individualização e descrição da conduta fraudulenta, não podendo somente se fazer menção ao art. 135. Nesse sentido, esclarece Seixas Filho (2006, p. 996):

Se, no exercício de sua função legal, a autoridade administrativa descobrir que a conduta tributável do contribuinte não foi corretamente escriturada ou representada nos seus registros documentais, ou que não foi enquadrada apropriadamente na lei tributária, ou que sua liquidação foi insuficiente, é do seu dever descrever pormenorizadamente a conduta real praticada, (motivação ou justificativa do ato administrativo) em um documento (auto da infração), fazer a sua valoração jurídica e liquidar o valor do tributo a ser exigido.

Deste modo, a execução fiscal será dirigida diretamente à pessoa do dirigente da pessoa jurídica responsável pela infração de lei, contrato social ou estatuto, que atuará no pólo passivo da demanda na condição de substituto tributário. Além disto, não há necessidade de constar desde o início, o nome do responsável tributário na Certidão de Dívida Ativa, devendo a este, todavia, ser assegurado em momento posterior o direito de defesa.

É o que podemos perceber através do seguinte acórdão:

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DE BENS - RESPONSABILIDADE DO SÓCIO - ARTIGOS 135 E 136, CTN.

1. O sócio responsável pela administração e gerencia de sociedade limitada, por substituição, e objetivamente responsável pela dívida fiscal, contemporânea ao seu gerenciamento ou administração, constituindo violação à lei o não recolhimento de dívida fiscal regularmente constituída e inscrita. Não exclui a sua responsabilidade o fato do seu nome não constar na certidão de dívida ativa.
2. Multiplicidade de precedentes jurisprudenciais (STF/STJ).
3. Recurso improvido.⁴

Destarte, uma vez iniciado o processo de execução fiscal deverá ainda o executado ser intimado para, no prazo legal, ofertar embargos a execução, com ampla oportunidade de prova, podendo com isso demonstrar a sua irresponsabilidade,

⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp. 63257**. T1. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. DJ 11.03.1996.



quer pela não ocorrência da infração, quer pela autoria pertencer a outro diretor ou gerente. Com isso, a execução passa a ficar suspensa até seu julgamento.

Em síntese, para se obter o devido redirecionamento se faz necessário antes de tudo, o devido procedimento para tal, devendo ser assegurado, primordialmente, o direito à ampla defesa que se dará tanto no prévio processo judicial, como na própria execução fiscal, sendo nesta cabível a oferta de embargos de devedor como também a interposição de agravo de instrumento.

5 CONCLUSÃO

As responsabilidades elencadas nos artigos 134 e 135 possuem diferentes naturezas, enquanto a primeira é aplicada em relação a sociedades ilimitadas respondendo os sócios de maneira solidária o art. 135 traz a hipótese de se atingir o sócio de forma *pessoal*, desvinculando este da pessoa jurídica sob o qual tem poder decisório.

De acordo com o exposto acima e através de uma breve análise sobre a responsabilidade no direito tributário, temos que esta não se confunde com o instituto da desconsideração da pessoa jurídica elencada nos arts. 50 do CC e 28 do CDC. Todavia, consoante a boa hermenêutica há a possibilidade de aplicação das bases desta teoria através da analogia, uma vez que são institutos pertencentes a uma mesma origem.

Analisando a seara processual, tem-se que é imprescindível a aplicação de um processo formal regular, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial. Para tanto se faz necessário a observância de princípios basilares do estado democrático de direito, tendo como destaque o devido processo legal e a ampla defesa.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DENARI, Zelmo. Sujeitos ativo e passivo da relação jurídica tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:**



parte geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A execução fiscal e a responsabilidade de sócios e dirigentes de pessoas jurídicas. **Revista de estudos tributários**, Porto Alegre, v. 23, ano 4, p. 124-138, 2002.

_____. **Curso de direito tributário**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1.

PEREIRA, João Luís de Souza. O direito a um processo administrativo fiscal com duração razoável. *In*: PIRES, Adílson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Princípios de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SACOMAN, Cleiton. Redirecionamento da execução fiscal aos sócios e responsáveis tributários: o panorama da jurisprudência em relação à prescrição. **Revista de estudos tributários**. Porto Alegre, 2003. v. 30, ano 5, p. 131-142.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A certeza jurídica da dívida tributária. *In*: PIRES, Adílson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Princípios de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

THE REDIRECTION OF FISCAL EXECUTION AND THE DISREGARD DOCTRINE OF LEGAL ENTITY IN THE NATIONAL JURISDICTION SYSTEM

ABSTRACT

The disregard of legal entity, an institute originary of Common Law, has been consistently applied in the national courts. The technique of the “withdrawal of the veil” of the corporation to achieve the shareholder or person responsible is identified by many as constant in




tributary area. However, it is necessary a detailed review to its proper implementation. Articles 134 and 135 of the CTN bring some situations that the leaders or partners of legal entity can be, in a subsidiary or substitutive way, replaced under the tributary execution. It is important to observe its legal proceedings, so it must holds basic principles of the current legal system, such as due process of law and ample defense.

Keywords: Disregard doctrine. Redirect. Tributary execution.

Artigo finalizado em outubro de 2008.





**ORGANIZAÇÕES DA
SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE
PÚBLICO: GESTÃO PRIVADA
DE RECURSOS PÚBLICOS E
A INAPLICABILIDADE DO
ESTATUTO LICITATÓRIO
ANTE OS LIMITES DO PODER
REGULAMENTAR**

Raiane Mousinho Fernandes Borges

Aluna de pós-graduação em Direito
Administrativo na UFRN

RESUMO

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips) fazem parte do chamado Terceiro Setor no Brasil, sendo entidades sem fins lucrativos colaboradoras do Poder Público, qualificadas como Oscips por ato do Ministério da Justiça, disciplinadas pela Lei Federal nº 9.790/99, cujo teor fez surgir em seu artigo 9º, o instrumento jurídico “Termo de Parceria”, decorrente de acordos administrativos entre as Oscips e a Administração Pública. Tal instrumento possibilita expressamente a gestão privada de recursos públicos para fins públicos, sem a aplicação obrigatória da Lei nº 8.666/93. Ocorre que o Presidente da República, no uso do Poder Regulamentar previsto no art. 84, VI, “a”, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), expediu decreto em agosto de 2005 (Decreto nº 5504/05), o qual obriga as Oscips à realização de procedimento licitatório, relativamente aos repasses de recursos da União, através dos termos de parcerias. Diante deste cenário, distante de esgotar o tema, o presente estudo propõe uma discussão acerca das implicações práticas decorrentes do confronto dos supracitados atos normativos, sob a ótica constitucional, concluindo pela inaplicabilidade do estatuto licitatório às Oscips, tendo em vista a inconstitucionalidade do referido decreto, com fulcro nos artigos 22, XXVII e 37, XXI, ambos da CF/88 e os limites do Poder Regulamentar, sob a égide dos princípios da legalidade e da reserva legal.

Palavras-chave: Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Termo de Parceria. Licitação.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, durante os anos 90, as idéias dos defensores do “neoliberalismo”, adeptos da doutrina do “Estado mínimo”, fazem emergir a chamada *reforma administrativa*, com o objetivo de implantar o que denominam de “Administração gerencial”, fundada no princípio da eficiência e da subsidiariedade estatal, em detrimento da “Administração burocrática”, baseada no princípio da legalidade.

O “Estado mínimo” almejado objetiva retirar o setor público de todas as áreas em que sua atuação não seja imprescindível, fundando-se na idéia de que o setor privado é mais eficiente do que o setor público. Assim, a “Administração gerencial” encontra respaldo na eficiência administrativa, deslocando o foco da prestação integral para a obtenção de resultados, através da fiscalização e atividade de fomento exercida pela máquina estatal.

Outrossim, para o cumprimento da finalidade precípua do Estado gerenciador, amplia-se a autonomia dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, bem como são extintas entidades da Administração Pública. Concomitantemente, pessoas jurídicas privadas sem fins lucrativos são estimuladas a atuar em áreas que antes operavam essas entidades públicas extintas, recebendo fomento estatal para desempenho cooperativo com o Estado.

Os lineamentos desta reforma administrativa no Brasil deram-se no “Plano Diretor da Reforma do Estado” de 1990 e na obra do supracitado ex-Ministro Bresser Pereira, sendo a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 (EC nº 19/98) o mais importante instrumento legitimador de sua concretização.

Sob este prisma, uma das diretrizes básicas para a reestruturação do Estado foi o incentivo à gestão direta pela comunidade de serviços sociais e assistenciais, prestados por entidades não integrantes da Administração Pública, mediante parcerias¹ com o Estado (apoio direto) e assistência permanente, além da fiscalização no tocante ao cumprimento das metas pré-estabelecidas.

Pode-se dizer, então, que a partir da reforma administrativa e a natural restrição à atuação do Estado às áreas em que era indispensável sua presença direta, houve fortalecimento real das supramencionadas entidades não integrantes da Administração Pública, componentes do chamado pelos teóricos da reforma do Estado de “Terceiro Setor”.

A expressão “Terceiro Setor” evidencia o que se encontra ao lado do mercado (que é o segundo setor) e do Estado, primeiro setor. Isto porque envolveria todas as entidades com finalidade pública, porém, sem fins lucrativos, as quais atuando ao lado do Estado e em colaboração com este, exercem serviços públicos não-exclusivos em prol da coletividade, sob o regime jurídico de direito privado.

O Terceiro Setor pode ser concebido no Brasil como:

¹ Para o doutrinador Marçal Justen Filho (2003, p. 138) a característica primordial da parceria é a partilha de resultados, apontando uma configuração econômica e uma jurídica para o vocábulo. A segunda significaria um contrato associativo em que “uma pluralidade de sujeitos obriga-se a contribuir com seus recursos e (ou) esforços para a realização de um fim comum”.



O conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados). (OLIVEIRA, 2005, p. 86)

Por conseguinte, no tocante às suas características, cumpre esclarecer:

O Terceiro Setor caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe em muitos casos ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento; para receber essa ajuda, tem que atender a determinados requisitos impostos por lei que variam de um caso para o outro; uma vez preenchidos os requisitos, a entidade recebe um título, como o de utilidade pública, o certificado de fins filantrópicos, a qualificação de organização social. (DI PIETRO, 2005, p. 426)

Nesse sentido, ao longo da evolução da estrutura organizacional administrativa, a doutrina brasileira divergiu no tocante à conceituação destas entidades, as quais são chamadas tradicionalmente de *entidades paraestatais*² (MEIRELLES, 2003, p. 362).

De acordo com o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), o vocábulo paraestatal foi utilizado pela primeira vez em 1924, na Itália, indicado em um Decreto-lei, o qual relatava a existência de determinados entes que formavam um *tertium genus* intermediário entre as pessoas públicas e privadas.

No direito administrativo brasileiro, o professor Hely Lopes Meirelles (2003, p. 362) aplica conceito tradicional, bastante criticado na atualidade, ao destacar que paraestatais “são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado”, abrangendo, basicamente, as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo Poder Público com regime jurídico de direito privado) e os chamados serviços sociais autônomos.

Sob este aspecto, hodiernamente é empregado o conceito do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 206), para quem a expressão “figuras

² No tocante à terminologia, paraestatal “é vocábulo híbrido formado de dois elementos, a saber, a partícula grega *pára*, que significa ‘ao lado de’, ‘lado a lado’, e *estatal*, adjetivo formado sobre o nome latino *status*, que tem sentido de Estado. À letra, paraestatal é algo que não se confunde com o Estado, porque caminha lado a lado, paralelamente ao Estado”. (CRETELLA JÚNIOR, 1980, P. 140) [grifos do autor]



jurídicas introduzidas pela reforma administrativa”:

Abrange pessoas privadas que *colaboram* com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e à qual o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo. Não abrange as sociedades de economia mista e empresas públicas; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional (SESI, SESC, SENAI). O desempenho das atividades protetórias próprias do Estado de polícia por entidades que *colaboram* com o Estado, faz com que as mesmas se coloquem próximas ao Estado, paralelas a ele. [grifos do autor]

É o que a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (2005, p. 424) chama de “pessoa semi-pública ou semi-privada”.

Desse modo, trazido o *tertium genus* para o ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com suas características peculiares e evolução da estrutura administrativa organizacional, não é coerente enquadrar pessoas jurídicas de direito privado (que fazem parte da Administração Pública Indireta) na mesma categoria das entidades que não fazem parte nem da Administração Direta nem da Administração Indireta. Isto porque conforme esclarece o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 206):

As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, ressalte-se, *não são pessoas da administração indireta*, pois são organizações particulares alheias à estrutura governamental, mas com as quais o Poder Público (que as concebeu normativamente) se dispõe a manter ‘parcerias’, com a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada, conquanto algumas delas, quando exercidas pelo Estado, se constituam em serviços públicos. [grifos do autor]

Sopesando a denominação mais atualizada, podem ser considerados como entidades paraestatais: os serviços sociais autônomos, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e as “entidades de apoio” (em especial fundações, associações e cooperativas).

2 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

Dentro do contexto de crescimento das políticas reformistas do Estado e o conseqüente interesse no Terceiro Setor, restou introduzido pela Lei Federal nº



9.790, de 23 de março de 1999³ e regulamentado pelo Decreto nº 3.100/90, um novo regime de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, qual seja, a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip).

2.1 Conceito de Oscip

De acordo com o diploma legal instituidor, Oscip é um título especial concedido às entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, constituídas sob a forma jurídica de associação ou fundação (sob regime de direito privado), mediante ato administrativo vinculado do Ministério da Justiça, quando preenchidos todos os requisitos legais determinados nos artigos 1º e 4º da Lei nº 9.790/99, e desde que exerçam uma das atividades expressamente previstas no artigo 3º⁴ da referida disciplina jurídico-normativa.

Segundo a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (2005, p. 434):

Trata-se de qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de *termo de parceria*. [grifos nossos]

2.2 Finalidade e novo instrumento jurídico formalizador dos repasses financeiros

Neste diapasão, as entidades qualificadas como Oscips foram criadas para serem colaboradoras do Estado na prestação de serviços públicos sociais e promoção dos direitos fundamentais. É uma alternativa maleável que possui o Administrador Público para operacionalizar uma política pública, com foco nos resultados e maior alcance de sua finalidade precípua, qual seja, a satisfação do cidadão.

O vínculo de colaboração com o Poder Público é formalizado através do instrumento jurídico denominado “Termo de Parceria”, criado pelo diploma especial que rege a matéria e conceituado no artigo 9º da Lei das Oscips, *in verbis*:

Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público *destinado à formação de vínculo de*

³ Partindo deste modelo federal de OSCIP, alguns Estados já buscaram regulamentar suas relações com o Terceiro Setor, segundo as necessidades e características próprias de suas políticas públicas, como é o caso da Lei Estadual nº 14.870/03, do Estado de Minas Gerais. (VILHENA, 2006)

⁴ O artigo. 3º da Lei nº 9.790/99 estabelece rol taxativo no tocante às atividades possibilitadoras de obtenção da qualificação como OSCIP, tais como: assistência social, cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, educação, saúde, defesa, meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, promoção do voluntariado, etc.



cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei. [grifos nossos]

O “Termo de Parceria” discrimina minuciosamente direitos e obrigações decorrentes da efetivação da colaboração, tais como: objeto, metas, prazos de execução, critérios de avaliação de desempenho, a previsão de receitas e despesas, obrigatoriedade de prestação de contas anuais, juntamente com a apresentação de relatório de resultados.

Além disso, através deste instrumento jurídico o Poder Público poderá efetivar as transferências de recursos financeiros incentivadores da colaboração (atividade de fomento do Poder Público parceiro). Conforme ressalta Marcos Juruena Villela Souto (2004, p. 347):

A transferência de recursos públicos a entidades privadas caracteriza-se como uma das possíveis *técnicas de fomento*. Presta-se ao menos para dois fins: a) para incentivar que tais entidades privadas, quando lucrativas, por meio do exercício de atividade econômica acabem gerando benefícios públicos e b) para incentivar que entidades não lucrativas passem a realizar atividades de interesse público, gerando igualmente benefícios (sobretudo de modo direto) para a comunidade. [grifos nossos]

É certo que a Lei nº 9.790/99 inseriu o acordo administrativo colaborativo⁵ específico Termo de Parceria, a ser celebrado entre o Poder Público e a entidade do Terceiro Setor qualificada como Oscip. No entanto, configura-se alternativa *recomendada* pelo diploma ao Administrador Público, não possuindo caráter obrigatório. Desta forma, faz-se mister ressaltar a possibilidade da Oscip firmar convênio ou um contrato de repasse⁶ com o parceiro público, apenas limitando-se a aplicação dos regimes jurídicos compatíveis com a forma escolhida.

Neste aspecto, o Termo de Parceria diferencia-se dos outros por suas características, quais sejam, flexibilidade e desburocratização. Uma peculiaridade, por exemplo, é a inaplicabilidade da Lei nº 8.666/93, conforme restará demonstrado adiante.

Desta feita, a exigência de constar no instrumento indicadores de desempenho e metas a serem alcançadas, em determinado tempo de execução, demonstra

⁵ Segundo o Professor Doutor Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2005, p. 522) “os convênios, os termos de parceria e os contratos de repasse realmente não são contratos administrativos, nos termos da concepção clássica dominante ou da definição legal inserida na Lei nº 8.666/93. São *acordos administrativos colaborativos*, celebrados entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos, tendo por função principal instituir e disciplinar vínculos de parceria entre o Estado e as organizações privadas não lucrativas para a realização de atividades de interesse público, formalizando - quando for o caso - os repasses financeiros para tais entidades”. [grifos do autor]

⁶ O contrato de repasse possui o mesmo regime jurídico que os convênios.



o objetivo de resultados positivos e torna o procedimento cristalino à sociedade, ampliando a oferta de serviços anteriormente prestados ou que o Estado planejava executar. Assim, o Poder Público torna-se parceiro e transforma sua situação anterior (de executor), para a função de fiscalizador, fomentador e formulador das políticas públicas, podendo transferir recursos para as Oscips parceiras realizarem os objetos dos termos firmados, possibilitando, em consequência, uma nova gestão privada de recursos públicos para fins públicos.

Insta salientar que as atividades desenvolvidas pelas Oscips não se confundem com os serviços públicos prestados pelo Poder Público, ao revés, operam de forma suplementar a este.

Por tal razão, o professor Paulo Modesto (2001) designa os serviços públicos sociais⁷ prestados por entes privados de *serviços de interesse social*, uma vez que possuem regime jurídico de direito privado, o que lhes acarreta maior celeridade no atendimento dos seus objetivos sociais. Assim, os serviços de interesse social são estritamente serviços públicos quando são desempenhados pelo Estado, subordinando-se ao regime jurídico de direito público.

Diz-se atuação suplementar ou complementar, tendo em vista que as Oscips não recebem delegação do Estado para prestar serviços públicos, sendo uma *parceira* na execução de projetos, programas e planos de ações definidos pelo Estado, de forma desburocratizada e cooperativa, tornando célere a prestação e concretizando resultados com maior transparência.

Tal premissa é de suma importância ao entendimento do tema em análise, já que a *parceirização*⁸ realizada entre Oscips e a Administração Pública é dotada de características peculiares, em confronto, por exemplo, ao instituto da terceirização⁹ e, caso sejam empregados como sinônimos, emergirá uma forma ilegal do último.

2.3 Formas de controle

A gestão privada de recursos públicos para fins públicos através dos Termos de Parcerias e a consequente agilidade, desburocratização e maior flexibilidade, não significa assinalar ausência de prestação de contas por parte da Oscip e do Administrador Público, estando presentes o controle interno, externo e de resultados (este último através de avaliação do desempenho das metas previstas).

Visando resguardar o interesse público existente na parceria firmada, a Lei das Oscips prevê obrigações de ordem procedimental, determinando, além de outros comprometimentos, que para obterem a qualificação de Oscips, as entidades

⁷ Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 83) descreve que os serviços sociais são, à semelhança dos serviços públicos, "atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se dos serviços públicos por não serem de titularidade estatal. Incluem os serviços de educação, saúde e assistência social, aos deficientes, jurídicos, em caso de calamidade etc".

⁸ O Terceiro Setor recebe *incentivo* para que atue *ao lado* do Estado, e não substituindo.

⁹ Na terceirização são executadas as atividades auxiliares com vistas ao alcance das atividades fins das entidades, sejam atividades exclusivas do Estado, serviços sociais ou produção de bens e serviços para mercado.



sem fins lucrativos devem necessariamente possuir estatuto cujo teor preveja a observância dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência, os quais demonstram o seu caráter “semi-público”.

No mesmo sentido, no tocante às vantagens da parceria, Renata Maria Paes de Vilhena (2006, p. 05) esclarece que é “a mudança de foco que se traz. Passa-se de um controle *a priori*¹⁰, típico da burocracia estatal, para um controle *a posteriori*. Além disso, o foco do controle deixa de ser o processo e passa para os resultados”.

O controle finalístico prescrito na Lei nº 9.790/99 e no Decreto nº 3100/99¹¹ será realizado por uma Comissão de Avaliação composta por membros da Oscip, do Poder Público parceiro e, quando houver, também haverá um representante do Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente. A referida comissão possui a função de fiscalizar a execução da parceria firmada, realizando inspeções e apresentando relatórios semestrais, nos quais deverão constar o desempenho do objeto e os índices alcançados das metas previstas.

A par do controle finalístico, o artigo 4º, VII, “d” da Lei das Oscips determina o exercício de controle externo a ser realizado pelo Tribunal de Contas da União:

Art. 4º Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

[...]

VII - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

[...]

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o *parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal*. [grifos nossos]

Isto porque o parágrafo único do artigo 70 da CF/88 dirige-se a toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que gerencie ou administre recursos públicos. Por esta razão, as Oscips devem, obrigatoriamente, prestar contas de sua atuação no emprego dos recursos oriundos do Poder Público através de transferências, seja qual for o instrumento firmado.

Além disso, o artigo 74, II da Lei Maior esclarece que o controle interno

¹⁰ Apesar do controle ser finalístico, o artigo 9º do Decreto nº 3100/99, o qual regulamenta a Lei das Oscips, determina que “o órgão estatal responsável pela celebração do Termo de Parceria verificará previamente o regular funcionamento da organização”.

¹¹ No art. 20, a Comissão de Avaliação de que trata o art. 11, § 1º, da Lei nº 9.790, de 1999, deverá ser composta por dois membros do respectivo Poder Executivo, um da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público e um membro indicado pelo Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, quando houver, a esta competindo monitorar a execução do Termo de Parceria firmado.



dos Três Poderes da União tem como objetivo precípuo “comprovar a legalidade e avaliar resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”.

Desse modo, são aplicadas as três formas de controle (interno, externo e finalístico), no que tange à gestão privada de recursos públicos para fins públicos mediante parceria, uma vez que o Estado não pode se furtar a averiguar a correta aplicação dos recursos repassados às Oscips. Assim, caso sejam constatadas irregularidades na utilização dos recursos ou bens públicos (caso ocorram cessões) ou descumprimento da legislação aplicável à hipótese, a Oscip perderá sua qualificação, além da responsabilização dos responsáveis, em todas as esferas.

3 INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO LICITATÓRIO ÀS OSCIPS

A Lei nº 8.666/93, em cumprimento aos preceitos do artigo 37, XII e 22, XXVII da CF/88, dispõe acerca de normas gerais de licitação e contratos da Administração Pública Direta e Indireta, pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, objetivando assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para o Poder Público, com estrita observância do princípio basilar da isonomia.

Nesse sentido, o parágrafo único do Estatuto Licitatório determina expressamente quais entidades estão sujeitas aos seus ditames:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No que concerne às Oscips, evidencia-se que as entidades que compõem o Terceiro Setor, apesar de formarem vínculo com a Administração Pública, não estão incluídas no rol taxativo do artigo 1º da Lei nº 8.666/93, tendo em vista ser um vínculo *cooperativo*, de atuação complementar às atividades socialmente relevantes, não-exclusivas do Estado.

Desse modo, as finalidades, os objetos, obrigações, interesses, bem como as partes colaboradoras são diferentes em relação àqueles celebrantes dos contratos administrativos em geral. Por tais fundamentos, a Lei Federal nº 9.790/99 e o Decreto nº 3.100/99¹² *recomendam* que seja editado um concurso de projetos para selecionar

¹² A recomendação encontra-se expressa no art. 23, cujo teor ressalta que a escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, “*poderá* ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços



a Oscip mais hábil a cooperar com o parceiro público na execução do objeto do Termo de Parceria a ser firmado.

Assim, ressalta-se que a legislação pertinente *sugere*, não tornando *obrigatório* o concurso de projetos. Compete, então, ao Poder Público parceiro, no uso do seu Poder Discricionário, optar, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, pela realização ou não do referido certame.

3.1 Contratações realizadas pelas Oscips com emprego de recursos públicos

No sentido de afastar a aplicação da Lei de licitações e contratos às Oscips, a Lei nº 9.790/99 prevê expressamente em seu artigo 14, *in verbis*:

A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, *regulamento próprio* contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei. [grifos nossos]

Nesta esteira, é a Oscip parceira que concretiza o regulamento próprio de contratação de bens e serviços no emprego dos recursos oriundos do Poder Público, sendo este preceito obrigatoriamente balizado nos princípios constitucionais do artigo 4º da Lei nº 9.790/99, já anteriormente transcritos.

Desse modo, o diploma legal instituidor das Oscips, bem como do instrumento jurídico formalizador dos repasses financeiros - Termo de Parceria - estabeleceu disciplina específica no tocante à inaplicabilidade do Estatuto Licitatório, em consonância ao que é previsto em nossa Carta Maior, já que em momento algum obriga o Terceiro Setor a licitar. Ao revés, relata que cumpre a União legislar acerca do tema, fato efetivado através da Lei nº 9.790/99.

Somado a este aspecto, faz-se mister observar que a Oscip parceira se encontra em uma posição distinta da ocupada pelo particular, uma vez que a Oscip tem como objetivo fundamental o atendimento ao interesse público, consecução dos direitos fundamentais dos cidadãos e não atendimento de uma necessidade da Administração Pública, sendo o particular, ao revés, mero fornecedor de bens e serviços ou delegatário de serviço público. Assim, a Oscip realiza de forma conjunta as atividades de relevância pública sem finalidade lucrativa, em prol do bem comum.

Pelas razões expostas, verifica-se também a inadequação entre os serviços prestados pela Oscip e os serviços de que trata a Lei nº 8.666/93, objeto dos contratos administrativos:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria”.



[...]

II- Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Portanto, conclui-se que a Constituição Federal não incluiu as Oscips entre as entidades obrigadas a licitar, de acordo com a redação dos artigos 37, XXI, assim como também, outorgou competência legislativa à União no tocante à matéria ora analisada, que proferiu, então, diploma especial através da Lei Federal nº 9.790/99, regulamentada através do Decreto nº 3100/99, cujos teores afastam expressamente a exigência de licitação nas contratações a serem efetivadas pelas Oscips.

4 DECRETO Nº 5.504/2005 E OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR

No dia 05 de agosto de 2008, o Presidente da República expediu Decreto com fulcro no artigo 84, VI, "a" da Constituição Federal, dispondo que:

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou adiamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, *sejam contratadas mediante processo de licitação pública*, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

[...]

§ 4º Nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, as entidades privadas sem fins lucrativos, observarão o disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/93, devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade.

§ 5º *Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.*[grifos nossos]

Desse modo, através de decreto foi estendida às Oscips a obrigatoriedade de atender ao procedimento licitatório, em nítida afronta aos ditames dos artigos 37, XXI e 22, XXVII da CF/88, uma vez que somente é permitido dispor acerca de licitação pública através de *lei*, assim como também em nítida afronta a competência prevista no art. 84, VI "a" da CF/88, já que esta se limita expressamente ao caso



de “organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”.

Ora, sob o manto da limitada hipótese do decreto específico do art. 84, VI, “a”, o Chefe do Poder Executivo Federal estendeu a aplicabilidade do Estatuto Licitatório às Oscips, quando a própria Lei nº 9.790/99 prevê sua inaplicabilidade, uma vez que o teor do seu art. 14 expressamente prevê a feitura de um regulamento próprio, que não a Lei nº 8.666/93.

Sob este prisma, mesmo partindo-se do pressuposto que a Oscip seja uma gestora de recurso público para fim público, não significa que possa o Poder Executivo, no âmbito de seu Poder Regulamentar, dispor acerca do tema através de via infralegal.

No tocante ao caso em análise, o professor Gustavo Henrique Justino de Oliveira assevera:

Pois bem, obrigar uma entidade privada a realizar licitação – mesmo partindo-se do pressuposto de que é ela uma gestora de recursos públicos para fins públicos – não representa hipótese de competência que possa ser exercida no âmbito do poder regulamentar da Administração Pública. A instituição desta obrigação/restrrição aos particulares, e sua veiculação – em respeito aos arts. 22, XXVII e 37, XXI, ambos da Constituição da República, e em respeito ao parágrafo único do art. 1º da Lei Federal nº 8.666/93 (entre outros artigos) – *somente poderia ser realizada pela via legislativa, e jamais pela via infralegislativa!* [grifos nossos]

Por conseguinte, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 316) destaca:

Com efeito, se o Chefe do Executivo não pode nem criar nem extinguir órgão, nem determinar qualquer coisa que implique aumento de despesa, que pode ele, então, fazer, a título de dispor sobre “organização e funcionamento da Administração Federal”? Unicamente transpor uma unidade orgânica menor que esteja encartada em unidade orgânica maior para outra destas unidades maiores – como, por exemplo, passar um departamento de um dado Ministério para outro Ministério ou para uma autarquia, e vice-versa; uma divisão alocada em certo departamento para outro departamento, uma seção pertencente a determinada divisão para outra divisão; e assim por diante. Pode, ainda, redistribuir atribuições preexistentes em dado órgão, passando-as para outro, desde que sejam apenas alguma das atribuições dele – pois, se fossem todas, isto equivaleria a extinguir o órgão, o que é vedado pela Constituição. *Este é o regulamento previsto no art. 84, VI, “a”. Mera competência para um arranjo intestino dos órgãos e competências já criadas por lei.* Como é possível imaginar que isto é o equivalente aos regulamentos independentes ou au-



tônomos do Direito europeu, cuja compostura, sabidamente, é muitíssimo ampla? [grifos nossos]

Desta forma, no âmbito do Poder Regulamentar há uma esfera de competência genérica, estando o Poder Executivo autorizado a atuar sem a interferência do legislador. No entanto, não sendo poder legislativo, não pode inovar na ordem jurídica. Assim, o regulamento assemelha-se à lei por possuir caráter geral, abstrato, obrigatório e provisoriamente permanente, porém, jamais poderá exorbitar os limites estabelecidos a tal dever-poder.

Nesse diapasão, o artigo 5º da CF/88 dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo *senão em virtude de lei*” exigindo expressamente *lei* para que haja interferência na liberdade e/ou propriedade das pessoas, não cabendo, portanto, ao regulamento criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações dos administrados, devendo a expedição de decretos obedecer estritamente aos ditames impostos pela legalidade e reserva legal.

O princípio da legalidade neste aspecto de limitação ao poder regulamentar, significa submissão e respeito à lei ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, ao passo que o princípio da reserva de lei determina que a regulamentação de determinadas matérias deverá ser feita obrigatoriamente por lei. Desta forma, fora da reserva legal, poderá atuar o Poder Regulamentar, desde que respeitada a legalidade.

De acordo com os limites constitucionais impostos à expedição de decretos é que o presente estudo analisa o Decreto nº 5.504/05, uma vez que o seu art. 1º, § 5º, tornou obrigatória a realização de licitação aos Termos de Parcerias firmados entre Oscips e o Poder Público parceiro, quando houver transferência de recursos públicos. Tal ato normativo viola frontalmente o diploma especial da matéria, bem como os preceitos constitucionais dos arts. 22, XXVII e 37, XXI, os quais exigem lei, de competência da União, para dispor acerca de licitação pública, *in verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
[...]

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

[...]

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá [...] ao seguinte:

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...];



Conforme acima evidenciado, o decreto em exame afasta-se do limite estabelecido no art. 84, VI, "a", no qual se fundamentou, exorbitando o Poder Regulamentar pertinente ao tema, o que implica de imediato: abuso de poder e usurpação de competência, sob o pretexto de dispor, mediante decreto, acerca da organização e funcionamento da Administração Pública Federal.

Nesta esteira, o Chefe do Poder Executivo tornou irrito o regulamento dele proveniente e, desse modo, sujeita-se a sustação, de acordo com o art. 49, V, da CF/88, uma vez que é competência exclusiva do Congresso Nacional "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa".

Noutro ângulo, aplicando-se o princípio constitucional de inafastabilidade da jurisdição, o Supremo Tribunal Federal (STF) posiciona-se no sentido de admitir o cabimento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) para a impugnação de decreto que contrarie frontalmente preceitos constitucionais. É o que demonstra trecho do acórdão¹³:

Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). *Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.*

O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa.

Agravo regimental provido. [grifos nossos]

5 CONCLUSÃO

O presente estudo, distante de esgotar a discussão do tema proposto, analisou nova modalidade de gestão privada de recursos públicos, oriunda da Lei nº 9.790/99 e conseqüência da reforma administrativa ocorrida nos anos 90, cujo teor apresenta o instrumento inovador "Termo de Parceria", com a finalidade de possibilitar parcerias bem-sucedidas entre Oscips e o Poder Público, capazes de proporcionar a implantação célere e eficaz dos direitos sociais fundamentais aos cidadãos brasileiros, atuando em colaboração com o poder público parceiro e de forma suplementar, nos chamados serviços públicos sociais.

Demonstra, por conseguinte, competência plena do Tribunal de Contas da União, consoante art. 170 da CF/88, cumprindo à fiscalização das contas dos administradores privados de recursos públicos, oriundos de transferências voluntárias do Poder Público parceiro, através dos termos de parcerias firmados, assim como

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 2.950 – AgR/RJ**. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 06/10/2004. DJ 14/10/2004. p. 231



também comprova a função do Poder Público firmador da parceira, na fiscalização da execução dos planos e metas traçados às Oscips executoras dos instrumentos, implicando em um controle de resultados.

No tocante à atuação das Oscips no cenário nacional, o estudo apresentou a problemática existente no confronto entre a Lei das Oscips, a Constituição Federal e o Decreto expedido em agosto de 2005 pelo Presidente da República, cujo teor, contrariando expressamente dispositivos constitucionais e legais, exorbitou os limites estabelecidos ao Poder Regulamentar e tornou obrigatória a realização de licitação às Oscips, quando aplicados os recursos públicos recebidos. Nesse sentido, evidencia que o ato normativo expedido pelo Chefe do Poder Executivo Federal não observou os princípios constitucionais da legalidade, bem como da reserva legal.

Conclui demonstrando a inconstitucionalidade do Decreto nº 5.504/01 e decorrente inaplicabilidade do estatuto licitatório às Oscips, apresentando, em seguida, soluções pertinentes à hipótese, através da aplicação da competência do Congresso Nacional prevista no art. 49, V da CF/88, para sustação de atos que exorbitem ao Poder Regulamentar, bem como a interposição, pelos legitimados, de Ação Direta de Inconstitucionalidade diante de ato normativo que afronta diretamente nossa Carta Maior, segundo jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais**



no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Oscips e licitação**: ilegalidade do decreto n. 5.504, de 05.08.05. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, trim., p. 1-40, 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. Brasília: Enap, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VILHENA, Renata Maria Paes de. **Organizações da sociedade civil de interesse público**. In: Congresso Internacional del Clad sobre a Reforma del Estado y de la Administración Pública, 11., 2006, Guatemala. Anais...Guatemala: CLAD, 2006. p. 5-11.

PUBLIC INTEREST CIVIL ASSOCIATION ORGANIZATIONS: PRIVATE ADMINISTRATION OF PUBLIC RESOURCES AND THE NON APPLICABILITY OF THE LICITATION STATUTES TO THE OSCIPS REGARDING THE PUBLIC ADMINISTRATION LIMITS

ABSTRACT

The public interest civil association organizations (OSCIPS) are a part of the so-called third sector in Brazil, being non-profit entities duly qualified by Ministry of Justice as Oscips, disciplined by the Federal Law nr. 9.790/99, which legal meaning appears at its 9th clause as a juridical instrument named "joint-venture term", which results form an administrative agreement between Oscips and the Public Administration. Such an




instrument explicitly provides private administration of public resources attending public interests, without a compelling application of law nr. 8.666/93. It happens, however, under the political power stated at art. 84, VI, "a", from 1988 Brazilian Constitution (CF/88), the President issued an executive decree in August, 2005 (Decree nr. 5.504/05), which compels the Oscips to accomplish licitation proceedings related to federal union transfers. By this scenery, too far from to exhaust the theme, this present disclosure is a proposal of discussion, under constitutional view, about practical involvements from confrontations derived from the above mentioned regulatory laws that are inferred by its non applicability of the licitation statutes to the Oscips, regarding the non-constitutionality of the above mentioned decree based upon arts. 22, XXVII and 37, XXI, both from CF/88, and the public administration limits under legality and legal reserve principles.

Keywords: Public Interest Civil Association Organizations. Joint-Venture Term. Licitation.

Artigo finalizado em outubro de 2008.





**OS LIMITES LEGAIS DA
PATERNIDADE SÓCIO-
AFETIVA: UMA ANÁLISE SOB
A ÓTICA DA EVOLUÇÃO DO
DIREITO DE FAMÍLIA A PARTIR
DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Camila Gomes Câmara

Acadêmica do 9º período do Curso
de Direito da UFRN

Bolsista do PRH-ANP/MCT n. 36
Monitora da disciplina Direito de Família

Elaine Cardoso de Matos Novais

Professora orientadora

RESUMO

A nova família surgida a partir da promulgação da Carta de 1988, e reafirmada com o Código Civil de 2002, trás aspectos jurídicos próprios e de grande relevância, inserindo no contexto social novas formas de entidades familiares sob a ótica de uma dimensão amplamente diversa daquela vivida sob a égide do código de 1916. É nessa linha de raciocínio que busca o presente trabalho analisar essa nova família, e dentro dela as mudanças no instituto da filiação, das relações de parentesco e uma nova forma de parentalidade, com bases não mais em uma estrutura eminentemente genética, mas sim baseada no afeto, caráter familiar que vem se firmando no seio social, e que no fim do século passado adquiriu um reconhecimento jurídico através da formação do Princípio da Afetividade. Através da leitura de algumas obras de doutrinadores voltados ao Direito de Família, artigos publicados no Instituto Brasileiro do Direito de Família, e decisões de Juízes monocráticos especialmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, este trabalho visa mostrar que o conservadorismo do início do século XX não deve mais subsistir, e que a nova sociedade que vem surgindo está muito mais voltada a solidariedade e dignidade do homem que nela se encontra, ofertando a ele mais qualidade de vida ao inseri-lo em uma entidade familiar que optou o amar, e não ficou obrigada a isso.

Palavras-chave: Família. Filiação. Paternidade sócio-afetiva. Princípio da Afetividade.

1 INTRODUÇÃO

Desde a promulgação do Código Civil de 1916 até os dias de hoje o Direito de Família passou por evoluções de grande repercussão social, as quais alteraram todos os conceitos existentes acerca da família tradicional.

Em breve conceituação entende-se que o Direito de Família é disciplina dedicada principalmente ao estudo das relações formadas dentro do que se pode entender como entidade familiar constituindo um amplo conjunto normativo acerca de institutos como casamento, com sua validade e seus efeitos, relações que surgem pela sociedade conjugal, relações entre pais e filhos, além da tutela e da curatela.

A família antes de ser um fenômeno jurídico é uma estrutura orgânica eminentemente sociológica¹, e sob essa perspectiva deve ser ressaltada. O contexto histórico em que se encontra a sociedade é o que determina os parâmetros para obtenção de elementos definidores do conceito de família, a qual na atualidade melhor se manifesta pela expressão “entidade familiar”. Dessa forma, não cabe mais uma definição conservadora, imutável, totalmente descontextualizada com o que está acontecendo. Fatores como a industrialização, mudança das famílias do ambiente rural para as cidades, inserção da mulher no mercado de trabalho e as conquistas por ela alcançadas, são alguns dos motivos responsáveis por tais alterações. Assim, torna-se mais fácil entender as mudanças normativas pelas quais o Direito de Família tem passado, e antes disso entender a nova concepção de família apresentada pela estrutura social do século XXI.

Vemos uma sociedade que evolui, alterando profundamente sua estrutura, alterando conceitos e modificando a visão daqueles que a compõe sobre seus institutos, como a organização familiar, essa alteração é ponto de partida para uma renovação legislativa, adequada a novos tempos. Foi seguindo essa evolução que a afetividade ganhou espaço no ordenamento jurídico interno, a unidade familiar não tem mais o matrimônio como único instrumento de formação, as uniões sem casamento são cada vez mais frequentes, a linha biológica não é mais parâmetro para definir quem é ou não membro de determinada família. Tudo isso veio redirecionando essa ciência jurídica, fazendo surgir conceitos diametralmente opostos aos que vigiam na época do Código de 1916.

Nesse cotejo, vem o presente trabalho mostrar as superações do Direito de Família, trazendo a estrutura principiológica dos novos dias, e nela o reconhecimento da chamada paternidade sócio-afetiva junto com as responsabilidades dela decorrentes. Uma paternidade que não deve se restringir a formalidades, mas que vigora acima de qualquer coisa pela formação de uma relação de carinho, respeito, solidariedade, amor, elementos que não são norteadores do mundo jurídico, mas que merecem atenção quando envolve um tema como este, cujo caráter multidisciplinar é incontestável. O princípio da afetividade é hoje baluarte reconhecido para guiar os

¹ Idéia claramente trazida por Silvio Venosa em sua obra: *Direito Civil: Direito de Família*, em total coerência com o que é vivido nos dias atuais, especialmente pelo caráter multidisciplinar no qual está inserido esse ramo da ciência jurídica.



juristas dedicados ao estudo do Direito de Família, guiando inclusive dispositivos constitucionais, fazendo com que se passe a uma interpretação a partir da Constituição, mas não com fim nela.

O trabalho aqui apresentado propõe uma nova abordagem, uma nova visão sobre essa ramificação do Direito. Através de novas interpretações de conceitos já existentes, e análise de algumas decisões judiciais, será mostrado aqui a quebra do conservadorismo, o qual fica muitas vezes ligado a formalidades ineficazes no amparo ao indivíduo, e os novos rumos que vem surgindo, uma nova forma de encarar institutos do Direito de Família, dentre os quais a formação de uma família de fortes ligações, muitas delas sem nenhum vínculo consanguíneo, mas unicamente firmada pela opção de amar.

2 A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família, a partir da Carta Política de 1988, passa a ser visto sob um novo prisma, principalmente pelo fato de que a atual Constituição fez surgir uma nova dimensão acerca do tema, protegendo juridicamente aspectos que dantes não ultrapassavam o mundo fático. Em primeiro plano, observa-se a mudança nos princípios desse ramo do direito privado, os mais antigos foram desaparecendo, abrindo espaços para variações à ordem principiológica. Tudo isso pelo simples fato de que “os princípios que regem o Direito das Famílias não podem distanciar-se da atual concepção da família dentro de sua feição desdobrada em múltiplas facetas” (DIAS. 2007. p. 50.)

Em sua nova roupagem legal a Constituição consegue criar cláusulas gerais dando margem a uma análise prática, qual seja, complementações por parte do aplicador do direito. O artigo 226, inserido no Capítulo VII do Título VIII o qual trata “Da Ordem Social”, mostra tais princípios, capazes de orientar o caminho do jurista, coligados com as referidas normas gerais que fornecem visão acerca desse novo direito de família.

2.1 Princípios constitucionais que amparam a afetividade no Direito de Família

Princípios são instrumentos que trabalham em duas vertentes: de um lado atua na elaboração das leis, do outro serve de mecanismo para interpretação e aplicação do Direito. São amplos e ao mesmo tempo específicos, e em confronto jamais se anulam, apenas cedem espaço uns aos outros, ao contrário das normas que jamais persistirão em caso de confronto devendo a que menos se adequar ao momento atual ser revogada. Atualmente esses instrumentos da ciência jurídica ganham relevância especialmente no campo do Direito de Família, norteando situações para as quais o legislativo ainda não conseguiu apresentar solução.

Dentro do texto da Constituição há princípios que podemos equiparar as normas de eficácia imediata, e diante de um caso concreto, são perfeitamente aplicáveis dando a solução mais adequada. Vejamos alguns deles a partir dos quais



se pode inferir a existência da paternidade sócio-afetiva, e assim imputar direitos e deveres para aqueles que optaram por ela.

Fundamento do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição, é ponto de partida para todos os demais princípios, ratificado posteriormente pelo §7º do artigo 226. Direciona para compreensão do valor nuclear da ordem social, propiciando a promoção dos direitos humanos e da justiça social, e dando maior garantia aos direitos fundamentais, oferecendo proteção ao indivíduo. Dentro dos micro sistemas jurídicos do Direito Privado é no direito de família que ele encontra maior ingerência.

Um outro princípio trazido pela Carta Política foi o da igualdade entre os filhos (Art. 226, § 6º, CF / 88), inserido positivamente no capítulo próprio da família, através do qual não poderá mais haver discriminação, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos não existe mais, persiste ainda no campo doutrinário, porém com pouca ênfase, apenas como diferenciação didática. Esse princípio conduz a uma proteção ampla, os que se encontram na posição de pais, assumindo esse papel (não tratando aqui de quem não quer tal posição) acreditam que todos sob seu amparo são seus filhos, e dessa forma deve também ver o ordenamento jurídico conferindo direitos e deveres antes delimitados conforme a posição de que tipo de filho estivesse sendo tratado.

Pode-se ainda falar no princípio da solidariedade familiar, objetivo fundamental da República brasileira (Art. 3º, I, CF / 88), assim como fundamento da entidade familiar (Art. 226, § 8º, CF / 88), criando direitos e gerando deveres a cada membro, até mesmo na estrutura familiar calcada unicamente na afetividade, como exemplo, a paternidade sócio-afetiva, objeto do presente estudo. Além de que não se pode negar que a solidariedade elencada como princípio recai também em situação de respeito e considerações mútuos, característica que se observa naqueles que optam por assumir direitos e deveres na criação e educação de filhos.

Além destes, muitos são os outros princípios disciplinados pela Constituição e que se adaptam ao Direito de Família, restringimo-nos a estes aqui dispostos para não cansar o trabalho levando-o a uma análise unicamente principiológica.

2.2 A afetividade com novo enfoque jurídico positivo

Apesar da palavra afeto não estar presente na Constituição ou mesmo no atual Código Civil, foi sempre elemento presente no seio familiar, e por essa razão tem ganhado destaque sob a ótica do Direito de Família moderno, por ser o vínculo que une os membros dessa entidade até mais do que a própria linha biológica, se desenvolvendo como um dos mais novos princípios deste ramo jurídico. A linha genética, laços consangüíneos não são mais vistos como preponderantes para determinação dos membros de determinada entidade familiar, acima destes o direito já reconhece que é preciso rever valores, tais como respeito, carinho, solidariedade como acima colocado, para reconhecer um núcleo como sendo uma família, sem se preocupar unicamente com questões meramente formais, ordem sucessória, benefícios previdenciários entre outros. Esses valores ao contrário do que se possa imaginar estão na verdade sendo alterados pela atual compreensão dos juristas frente a afetividade



como determinante na seara jurídica atual.

Um bom exemplo dessa mudança é o reconhecimento da União Estável, trazida pelo Código Civil, em seu artigo 1.723, como àquela aonde há convivência contínua, pública e duradoura, tem-se, portanto um reconhecimento do afeto como elemento de cunho jurídico, capaz de oferecer aos envolvidos proteção pelo ordenamento vigente. Claro que para configuração desse tipo de relação outros elementos devem estar presente, como a falta de impedimentos ao matrimônio, ou seja, será feita uma verificação no caso concreto para ter a certeza de ser ou não união estável, da mesma forma que em uma relação paterno-filial como será visto mais à frente.

Tudo isso é fruto das mudanças sociais e do reconhecimento daquilo que poderíamos afirmar como uma nova organização familiar. O ponto de partida para o amparo jurídico desse princípio é a desconstituição jurídica do modelo de família patriarcal que predominava até meados do século XIX, no qual o matrimônio era única forma de constituição, e a aceitação de uma família democratizada, uma instituição que foi remodelada com a Constituição de 1988, trazendo direitos equivalentes a seus membros, equiparando-os tanto dentro do seio dessa entidade familiar, como dentro da sociedade em que estão inseridos.

O fundamento constitucional para o princípio da afetividade recebe conceituação diversa dependendo da visão do intérprete, no entanto, pode-se inferir que tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, da CF/88), da solidariedade social (Art. 3º, I, da CF/88) e da igualdade entre os filhos (Art. 5º *caput*, e art. 227, § 6º, da CF/88), já comentados.

Em termos de legislação infraconstitucional, mais especificamente no Código Civil de 2002, encontramos amparo legal quando dispõe sobre a busca pela comunhão plena de vida (CC, art. 1511), a proteção da filiação por parentesco natural ou civil (CC art. 1593), e mesmo ao tratar da dissolução do casamento, quando possibilita o fim de uma união não mais suportada por parte dos cônjuges. Não é coerente uma compreensão desse assunto unicamente com bases legais, estas servirão apenas de ponto de partida.

3 O ESTADO DE FILIAÇÃO E O VÍNCULO DA PARENTALIDADE

A filiação na ordem civil regulada pelo Código de 1916 dividia-se em filhos legítimos, legitimados ou filhos ilegítimos², divisão cuja eficácia foi totalmente perdida com a Constituição de 1988, ratificada pela Lei nº 10.406 de 2002 (atual Código Civil), por seu caráter meramente discriminatório. Esta nova regulação pode ser verificada pela leitura do artigo 227, § 6º da CF / 88, o qual nos ensina que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos

² A título de ilustração vale dar a conceituação, abstraída da leitura de alguns doutrinadores: filho legítimo era aquele concebido na constância da união matrimonial; os legitimados era os que mesmo concebidos por pai e mãe não casados recebiam esse legitimação pelo casamento subsequente destes; e por fim os ilegítimos, aqueles concebidos por pessoas que vivam em concubinato ou que possuíam algum impedimento para o matrimônio, seja por relação de parentesco ou por já serem casados.



direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Assim o que ainda podemos observar nos dias atuais é uma divisão didática, nada além de conceituações para fins de estudo, em filhos matrimoniais e extramatrimoniais.

Na outra ponta, a posição de pai é algo que tem passado por dificuldades nos ordenamentos espalhados pelo mundo, sendo instituída com o fim de fornecer maior proteção à família. Com a nova Carta possibilitou-se a busca da paternidade real, podendo afirmar que esta passou a se posicionar em detrimento da paternidade jurídica, aquela conhecida apenas por razões de registro. Tudo isso pelo surgimento de novos métodos como o surgimento do exame de DNA. Por outro lado na medida em que se permite a busca da paternidade real, questiona-se a cerca dos vínculos de afetividade formados entre o filho e o suposto pai, aquele que registrou dando um nome, e conseqüentemente todo amparo necessário à formação daquele novo cidadão.

Outro ponto, e talvez o que gere maior problemática, é os casos de abandono por parte daqueles que colheram para si, como filhos, crianças não provindas de seu sangue, e posteriormente, por motivos dos mais diversos, buscam renegar essa paternidade até mesmo judicialmente.

Exatamente no âmbito desse conflito entre a determinação genética e a família derivada do vínculo da afetividade que começou a surgir os questionamentos sobre o que seria mais importante, sendo reconhecida não só pela doutrina como pela jurisprudência a paternidade sócio-afetiva. Os mais extremados no tocante a esses passos evolucionistas do Direito de Família reconhecem ainda mais os chamados filhos de criação, ou seja, um estado de filiação que mesmo inexistindo registro, merece o reconhecimento de todo contexto fático vivenciado ao longo de anos. Indo eles além, e defendendo, coerentemente, o mais lógico e adequado no contexto social atual.

4 A PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA EM SEUS CONCEITOS SOCIAL E JURÍDICO – POSSE DO ESTADO DE FILHO

A paternidade sócio-afetiva poderia ser definida como a constituição de uma família fundada em laços de afeto e solidariedade, um bom exemplo dela é a posse do estado de filho, o qual nada mais é do que "o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado" (DIAS. 2007.p.60-61), o primeiro passo para sua compreensão é não confundir com a paternidade responsável, princípio abarcado pela Carta de 1988 (Art. 226, § 7º), o qual embasa a questão do planejamento familiar como livre decisão do casal, sem intervenção do Estado em sua formação. Pode ser vista como uma verdadeira "adoção de fato"³.

³ Expressão trazida pelos autores Cristiano Chaves e Nelson Rosendal na obra Direito das Famílias - FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos das Famílias**. 7ª edição, no capítulo dedicado ao estudo da filiação.



Não é estranho observar uma compreensão muito mais sociológica do que jurídica sobre a paternidade sócio-afetiva, por estar envolta em conceitos como afetividade, solidariedade, respeito, consideração e amparo. Contudo, não podemos esquecer que todos esses conceitos, somados ao de igualdade adquiriram um caráter jurídico pela nova Carta de 1988. Veio ela para se contrapor a antiga idéia jurídica de uma paternidade fundada em presunções, ao mesmo tempo em que vai de encontro ao mero vínculo genético, uma ligação consanguínea que nem sempre estrutura moralmente uma família.

A paternidade sócio-afetiva é muito mais fundada em uma relação de afecção do que em determinações biológicas. Os enlaces de convivência tornaram-se mais importantes do que a carga genética de cada indivíduo. Um bom exemplo disso é a não identificação dos doadores de banco de sêmen, inexistente norma impositiva capaz de imputar ao doador uma paternidade que ele nunca exerceu. De outro lado, reconhece o ordenamento àqueles que por algum motivo não podem gerar seus próprios filhos, mas dedicam todo amor e afeto a alguém que por escolha venha a compor sua estrutura familiar. Os laços formados ao longo da construção familiar não devem e não podem ser suplantados por determinações biológicas. Essa identidade genética não se confunde com a complexidade das relações existentes, e algumas vezes nem é capaz de formá-las.

Outro bom exemplo da paternidade sócio-afetiva refere-se àqueles casos nos quais um homem, ao manter uma união estável ou realizar matrimônio com mulher que já possui filho, registra esse filho como seu, oferecendo a ele todo amparo que não foi ofertado pelo “verdadeiro” pai. É a busca por uma satisfação pessoal, não só por quem se dispõe a ser pai, como por quem aceita essa condição de filho.

O ordenamento jurídico brasileiro ainda não se pronunciou expressamente sobre as variadas filiações sócio-afetivas, tanto que a “adoção à brasileira” ainda é recepcionada como crime. Neste caso a falta de uma reformulação do Código Penal mostra que os laços de afeto e solidariedade formados ainda não se mostram suficientes para afastar a imputabilidade de quem toma tal atitude, vislumbrando toda uma burocratização para adoção superior ao gesto de carinho de quem aceita um filho abandonado pela mãe como se seu fosse. No mesmo sentido chega ao nosso ordenamento a discussão sobre o que já é reconhecido lá fora por muitos países como Parto Anônimo, que também visa a descriminalização de mães que não se encontram em situações dignas de criar seus filhos, e doam ainda durante a gestação para adoção, possibilitado em determinados países já escolher a família que irá receber a criança ainda nesse período.

Portanto, a paternidade sócio-afetiva não ocorre apenas quando um pai assume como seu filho de sua esposa com anterior companheiro, há também os chamados filhos de criação, que muitas vezes não tem registros, mas que já fazem parte da entidade familiar sendo tratado com igualdade frente aos irmãos, caso existam, por pessoas que fizeram do amor por aquela criança uma opção para vida



toda. É a colocação de alguém no estado de pai, ou mãe, e do outro lado alguém que permanece no estado de filho, sem formalidade, mantendo uma relação afetiva, que mesmo sem conhecimento do que diz a lei, firmam direitos e deveres para ambas as partes, por isso afirmar tratar-se de um complexo de relações sociais constituídas pela relação formada entre os membros que escolhem manter uma convivência familiar com implicações de cunho jurídico.

A posse do estado de filho, não amparado pelo ordenamento brasileiro, é traduzida em uma condição filial que se apresenta íntima, pública e duradoura, equiparada a já reconhecida, e aqui comentada união estável, que se fundamenta no princípio da aparência, situação com segurança jurídica, ofertando seriedade à relação de aparências⁴.

Juízes estaduais em decisões de ações que buscam reconhecer direitos a pessoas que se encontram nessa situação já se mostram favoráveis a esse amparo, afirmando a solenidade de um registro como incapaz de definir sentimentos familiares íntimos, norteadores de relações firmes, muitas vezes mais do que as estruturadas sob uma base unicamente biológica. Além de que a dificuldade em adotar uma criança, faz com que muitas vezes pessoas busquem meios outros de satisfazer a vontade em constituir uma família, em ofertar amor, amparo, carinho a alguém que se encontra fora do que a Constituição diz ser a base da sociedade, a família. Vejamos algumas decisões que tratam do assunto:

EMENTA: APELAÇÃO. ANULAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILHO. VÍCIO DE VONTADE NÃO COMPROVADO. IRREVOGABILIDADE. *PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIO-AFETIVA*. 1. O reconhecimento voluntário de paternidade é irrevogável e irretroatável, e *não cede diante da inexistência de vínculo biológico*, pois a revelação da origem genética, por si só, não basta para atribuir ou negar a paternidade, não tendo sido provado qualquer vício de consentimento capaz de anular aquele ato jurídico⁵.

EMENTA: FAMÍLIA. NEGATIVA DE PATERNIDADE. RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALIMENTOS. VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO COMPROVADO. VÍNCULO DE PARENTALIDADE. *PREVALÊNCIA DA REALIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE A BIOLÓGICA*. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA PATERNIDADE, DECLARAÇÃO DE VONTADE IRRETROTÁTVEL. EXEGESE DO ART. 1.609 DO CCB/02. AÇÃO IMPROCEDENTE, SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA⁶.

⁴ Palavras do Desembargador aposentado do Rio Grande do Sul trazidas por Janaína Guimaraes Rosa no seu artigo: "Filhos de criação – o valor jurídico do afeto na Entidade Familiar", publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO R.S. Apelação Cível Nº 70020586475, 7ª Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 17/10/2007.

⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO R.S. Apelação Cível Nº 70022450548, 8ª Câmara Cível, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 24/01/2008.



Decisões como essas colocam a filiação sócio-afetiva sobreposta ao vínculo biológico, equiparando-a ao que se estabelece na relação de adoção, e ainda demonstrando seu caráter irrevogável, ao mencionar o artigo 1.609 no Código Civil brasileiro de 2002. É o caráter ético e o respaldo trazido constitucionalmente que permeia os novos rumos tomados pelos magistrados.

Percebe-se dessa maneira que nessa evolução pela qual passou o Direito de Família sua estrutura contemporânea vem trazer para o ordenamento jurídico vigente novos paradigmas, abarcando legalmente concepções inicialmente conhecidas apenas no campo sociológico, situações essas que muitas vezes geravam o desamparo ao invés de proteger. O próprio Direito de Família, como já exposto acima, é muito mais do que um estudo normativo sobre o tema, é a aplicação de outros campos do saber, a psicologia, a sociologia, o assistencialismo social, entre outros, cada um contribuindo com aquilo que lhe é pertinente para o que é tido pela ordem constitucional vigente como a base do Estado, como bem mostra o artigo 226, *caput*, da CF / 88, não sendo possível se restringir unicamente a conceitos jurídicos, firmados, mas mostrar que tais conceitos são perfeitamente mutáveis, que devem evoluir, se enquadrando cada vez mais no momento histórico da sociedade.

A nova realidade apresenta-se formada muito mais em pilares de ligação íntima e pessoal do que meramente genética principalmente pela quebra do entendimento de que família só deve ser reconhecida quando firmada no matrimônio, não seguindo mais conceitos criados na égide do sistema de 1916. O que a sociedade vem reconhecendo, e muito provavelmente seja também esse o caminho do sistema jurídico, é a relação paterno-filial na qual pai e filho assim se apresentam socialmente, pois entre eles o que há é um vínculo de afeto que nenhum DNA será capaz de derrubar.

5. OS REFLEXOS NO CAMPO JURÍDICO DA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA

Chegando a uma análise acerca da influência dessa paternidade sócio-afetiva no âmbito das relações jurídicas vejamos até que ponto essa relação baseada no afeto pode gerar direitos e obrigações aos seus componentes, analisando institutos como o assistencialismo e a concessão de alimentos.

É conhecido no ordenamento pátrio instituto que se denominou “adoção à brasileira”, cujas repercussões são das mais diversas, passando a incluir-se no contexto do Código Penal Brasileiro, como crime (Art. 242, CP), e sob o estado em que se encontra o direito de família hoje não é estranho entender tal feito como uma negação à família como meio de satisfação do ser humano, tanto que a tendência atual para julgamentos que envolvem o crime ora em comento é a concessão do perdão judicial. Guilherme Nucci bem coloca tal tendência quando firma que:

Praticando qualquer das condutas típicas por motivo de reconhecida nobreza, isto é, se a razão que levou o agente a assim agir for nitidamente elevada ou superior, pode o juiz julgar extinta a punibilidade. Nem sempre o criminoso tem má in-



tenção, podendo querer salvar da miséria um recém-nascido, cuja mãe reconhecidamente não o quer. (NUCCI, 2007, pág. 880).

A possibilidade de alguém reconhecer como seu filho de outrem é permitida, porém o ordenamento vigente exige para tal fato atos formalizados como a adoção, no qual será efetivado um registro de paternidade e maternidade diferente do biológico, mas com todos os direitos e deveres e qualquer outra relação paterno-filial, pois não deve haver diferenciação entre os filhos, amparo dado pelo princípio da igualdade trazido pela Constituição como já demonstrado⁷.

Vindo ordenamento a reconhecer a “posse do estado de filho” fará levantar discussões sobre questões referentes, por exemplo, a direitos como concessão de alimentos àqueles que se encontram nessa situação, ponto extremamente delicado. Valores como a afetividade, solidariedade, ou seja, elementos que embasam essa nova relação jurídica, ainda não são fortes o suficiente para gerar efeitos jurídicos desse porte, principalmente quando buscamos amparo na legislação, a qual permanece no reconhecimento do parentesco pelo vínculo natural, ou mediante adoção (art. 1593, CC/2002), não fornecendo, expressamente, condições para a “posse do estado de filho”. Contudo, mais uma vez é visto o avanço dos juristas que não se restringem a normas, mas caminham a uma adequação progressiva no que toca ao que vem acontecendo no Direito de Família, pelo demonstrado nas decisões acima colocadas.

O próprio Direito Sucessório abarcou a causa em prol da dignidade da pessoa humana e já se mostra evoluído, desligando-se de conceitos advindos de uma estrutura social patrimonialista, e reconhecendo que a ordem sucessória pode ser perfeitamente alterada quando a situação que assim requer apresenta elementos sólidos para demonstração da existência de uma relação paterno-filial. A própria decisão abaixo mostrada deixa transparecer essa aderência do Direito das sucessões:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. OPOSIÇÃO. SENTENÇA QUE JULGOU EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. MANUTENÇÃO. DESCABIMENTO DA OPOSIÇÃO PARA FINS DE SALVAGUARDA DE BENS ARROLADOS EM INVENTÁRIO, SOB A ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DEMANDA DE RECONHECIMENTO DE *PATERNIDADE SOCIOAFETIVA*. CASO EM QUE, ADEMAIS, O RECORRENTE OBTVE SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA NA DEMANDA DE *RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE*, DECISÃO MANTIDA POR ESTA CORTE, DISPONDO, ASSIM, DE *TÍTULO HÁBIL A SE HABILITAR NOS AUTOS DO INVENTÁRIO*⁸.

⁷ A adoção é atualmente regulada pelos artigos 1618 ao 1629 do Código Civil, e pelos artigos 39 ao 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, adquirindo caráter de adoção plena, em contradição com o que era previsto no Código Civil de 1916, no qual não havia nenhuma quebra de vínculo com a família biológica.

⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO R.S. Apelação Cível Nº 70023284334, 7ª Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 27/08/2008.



Toda essa mudança de pensamento dos juristas brasileiros está indo além do próprio reconhecimento dessa filiação, e abrangendo a concessão de alguns benefícios como pensão alimentícia, adoção *post mortem*, tudo em prol da adequação acima de tudo da dignidade da pessoa humana, do reconhecimento do que está acontecendo com o contexto social, mais em prol do ser humano. Demonstrado acima até a ordem sucessória pode ser alterada por causa da relação paterno-filial calcada na afetividade, o que dizer dos demais benefícios, negá-los seria não evoluir, o mínimo esperado é um estudo pontual sobre cada um desses direitos antes de dizer não.⁹

Buscando ainda suporte para essa nova realidade social, o Código Civil iguala os filhos, provindos ou não do casamento, ou por adoção, proibida quaisquer discriminações (Art. 1596), logo não limitando as origens dessa filiação. A doutrinadora Maria Berenice Dias, dentro do contexto da socioafetividade, trás a idéia de enquadramento dessa situação ao que o Código Civil de 2002 expressa como “outra origem”, em seu artigo 1593. Além de que (conforme já exposto em momento anterior do presente trabalho) o reconhecimento da união estável já pode ser considerado grande passo para questões de laços eminentemente sociais, muito se assemelhando a filiação sócio-afetiva por suas características (convivência duradoura, pública e contínua) proporcionando a formação de uma entidade familiar, conferindo a lei, amparo àqueles que se unem sem qualquer formalidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mudança de pensamento ocorrida com a passagem do Código de 1916 para o Código Civil de 2002, intermediada pela nova ordem constitucional faz a sociedade sair de uma família firmada unicamente pelo matrimônio, com o reconhecimento de seus membros somente quando existindo laços sanguíneos, para uma sociedade que abrange novos conceitos, novos valores, respeitando talvez mais a opção de amar em detrimento da obrigação de amar.

Permanência de normas que não ofereçam o devido amparo a essa nova estrutura familiar, a filiação sócio-afetiva, não é razão para uma não evolução dos juristas em ofertar proteção às situações de afetividade, solidariedade, vínculos entre àqueles que se denominam pais e filhos pelo querer e conseguir amar alguém que em nada se assemelha a sua carga genética. São valores éticos que estão formando esse novo pensar, filhos e pais “do coração” não podem ficar a margem do ordenamento jurídico unicamente por ausência de leis, quando o que se tem no Direito de Família é um ramo da Ciência Jurídica que alcança grandes respaldos quando norteado por

⁹ Na decisão proferida na Apelação Cível Nº 70017427402, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 11/04/2007, o relator, em prol da filiação sócio-afetiva, afirma que: “Ainda que o ato registral não tenha observado o caminho legal, o acolhimento da criança como se filho biológico fosse configura verdadeira adoção, “à brasileira”, irrevogável nos termos do art. 48 do ECA. Descabe os avós postularem anulação de tal ato ao efeito de afastar a obrigação alimentar que lhes foi imposta”.



seus velhos e novos princípios.

Pai e mãe não são figuras instituídas meramente por cargas genéticas, são mais do que isso são papéis sociais estruturados em bases além do valor trazido em seu DNA.

Sendo reconhecida essa nova entidade familiar, estruturada no caráter sócio-afetivo, objetivo do presente trabalho, não cabe negar-lhes o acolhimento constitucional, e em sendo assim, deve ser dada a tutela jurídica necessária a concessão dos direitos reconhecidos as formas de filiação trazidas na legislação, abrangendo toda relação paterno-filial.

O homem é um ser desde sua origem eminentemente afetivo, constantemente em busca da felicidade, algo bastante subjetivo, mas presente em todos, não havendo um único ser quem não a procure, seja de qual forma for. E aqui se defende sempre a uma análise a cada caso, talvez para não chegar a absurdos ao criar parâmetros que norteiem a justiça a verificação da existência de novas entidades familiares calcadas na afetividade. Essa análise é necessária a fim de verificar a verdadeira formação filiação sócio-afetiva, e a partir daí abrir a ela os direitos inerentes a toda e qualquer forma de filiação. Não se quer aqui negar o direito ao conhecimento da carga genética, mas mostrar que esse vínculo não mais carrega superioridade frente as relações de afetividades entre pais/mães e filhos.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4º edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. 5º Volume. Direito de Família**. 21ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos das Famílias**. 7ª edição. Editora Lúmen Júris. 2008.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. **Filhos de criação – o valor jurídico do afeto na Entidade Familiar**. Artigo publicado no site: www.ibdfam.org.br. Em 10.06.2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006.

OLIVEIRA, Gleik Meira; ROCHA, Rafael Ferreira. **Paternidade sócio-afetiva: o afeto faz apelo a paternidade**. Artigo acadêmico no site: www.ibdfam.org.br, publicado em 22/09/2008.



SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva – o afeto como formador da família.** Artigo publicado no site: www.ibdafam.org.br. Publicado em 24/10/2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 3ª edição. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2003.

THE LEGAL LIMITS OF THE NEW FORM OF PATERNITY, BASED ON AFFECTION: AN ANALYSIS ON THE EVOLUTION OF THE FAMILY LAW SINCE THE 1988 CONSTITUTION.


ABSTRACT

The new family that appeared with the Constitution of 1988, and was reaffirmed by the Civil Code of 2002, has its proper legal aspects, which are very important for defining an innovative concept of family, that inserted in the social context new forms of family entities under the optics of an widely diverse dimension from that reality regulated by the Civil Code of 1916. It is in this line of reasoning that the present work searches to analyze this new family. The main purpose is to find the changes on the institute of the filiation, on the structure of the blood relations, as well as a new form of parenthood, not exclusively based on genetics, but yes based on the affection, family character that's been becoming very solid in the social environment, and since the end of the last century acquired a legal recognition through the construction of the Principle of Affection. Throughout the reading of some experts works on the Family Law, articles published in the Brazilian Institute of the Family Law, and decisions of singular Judges, specially from the Rio Grande do Sul Court of Justice, this work aims to show that the old ideas of the beginning of the twentieth century shouldn't exist anymore, and that the new society that comes arising is much more interested in solidarity and dignity of the person who is found in its atmosphere.

Keywords: Family. Filiation. Affection fatherhood. Principle of Affection.

Artigo finalizado em outubro de 2008.





**OS NOVOS RUMOS
DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE POR
VIA PRINCIPAL APÓS A ADI
4048: A POSSIBILIDADE DE
IMPUGNAÇÃO DE LEIS FORMAIS
COM EFEITOS CONCRETOS**

Delmir de Andrade Dantas Ferreira Júnior

Graduado em Direito pela UFRN

Rafael Barros Tomaz do Nascimento

Graduado em Direito pela UFRN

RESUMO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não vinha admitindo o controle de constitucionalidade por via principal de lei ou ato normativo despojados dos atributos da generalidade e abstração. A justificativa residia na idéia de que, sem esses atributos, o preceito legal que se pretendia impugnar não tinha a necessária “densidade normativa” para se realizar um controle abstrato de normas. Com esse entendimento, o STF não conhecia de ADI’s e ADC’s que tivessem como objeto as chamadas leis formais de efeitos concretos, das quais, ilustrativamente, destacam as leis com conteúdo materialmente administrativo, como as medidas provisórias responsáveis pela abertura de créditos extraordinários. Desse modo, excluía-se do controle por via principal um grande número de leis, que, por mais das vezes, não se submetiam a qualquer outra espécie de controle, nem mesmo o incidental. No entanto, na decisão da medida cautelar da ADI n. 4048/DF, a Suprema Corte, alterando jurisprudência já consolidada, permitiu que as tais leis formais emanadas do Poder Legislativo, mesmo que de efeitos concretos, fossem objeto do controle por via principal. Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é apresentar essa nova orientação do STF, confrontando-a com a anterior. Para tanto, através de uma metodologia teórico-descritiva, far-se-á pesquisas em livros doutrinários e consultas na jurisprudência do STF. Por fim, na conclusão, se demonstrará as prováveis implicações desse novo entendimento na eficácia das normas constitucionais.

Palavras-Chaves: Controle de Constitucionalidade por via principal. Lei formal com efeito concreto. Abertura de Créditos Extraordinários. Modificação na jurisprudência do STF.

1 INTRODUÇÃO

Considerando a importância do papel desempenhado pelo controle de constitucionalidade para a observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais, não é preciso ressaltar o quão relevante é a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de medida cautelar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4048/DF¹, relator Ministro Gilmar Mendes.

Através dessa decisão, passou o STF a admitir, em determinadas hipóteses, o controle de constitucionalidade por via principal de lei em sentido formal de efeitos concretos, mesmo que de conteúdo meramente administrativo.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é apresentar essa nova orientação do STF, confrontando-a com a anterior e explicitando prováveis implicações na eficácia das normas constitucionais. Através de uma metodologia teórico-descritiva, far-se-á pesquisas em livros doutrinários e consultas na jurisprudência do STF.

Para tanto, será analisada a evolução jurisprudencial do STF quanto à impossibilidade de controle de constitucionalidade por via principal de lei formal de efeitos concretos, principalmente no diz respeito à abertura de créditos extraordinários, além das principais conclusões do julgamento da ADI n. 4048/DF.

2 IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA PRINCIPAL DE LEI FORMAL DE EFEITOS CONCRETOS

2.1 Generalidade e abstração como atributos essenciais à norma objeto de controle de constitucionalidade por via principal

Dispõe o artigo 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal de 1988 (CF) que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, ação direta de inconstitucionalidade de *lei ou ato normativo federal ou estadual* e ação declaratória de constitucionalidade de *lei ou ato normativo federal*.

Trata-se de previsão, em sede constitucional, de uma das diversas modalidades de controle de constitucionalidade: o controle por via principal ou de ação, cuja característica marcante é a ausência de partes e de litígio sobre uma dada relação jurídica concreta, a exigir aplicação do direito então vigente.

O que almeja tal controle é a verificação da constitucionalidade de determinada norma, através de uma discussão objetiva acerca da sua validade. Daí decorre a consequência lógica de que, se não se pretende solucionar um conflito concreto, mas sim a proteção do próprio ordenamento jurídico, através da declaração de nulidade de norma tida como inconstitucional, o pronunciamento judicial deve ter caráter abstrato. Abstrato no sentido de que o juízo de constitucionalidade se limita ao confronto dos elementos da lei ou ato normativo com a Constituição, indepen-

¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI-MC 4048/DF**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, J. 14/05/2008, P. DJe-157.



dentemente das situações reais e concretas que o preceito pretende regular.

É nesse sentido que se fala em controle abstrato de normas, o qual, frequentemente associado ao controle concentrado e principal, significa, conforme explica Canotilho (2003), a impugnação da constitucionalidade de uma norma independentemente de qualquer litígio concreto².

No entanto, não é qualquer lei ou ato normativo que pode ser objeto desse juízo de constitucionalidade em sentido abstrato. Apesar de, em uma interpretação literal do citado dispositivo constitucional, não se vislumbrar qualquer “requisito de admissibilidade” para que uma lei ou um ato normativo sejam tidos como suscetíveis de controle por via de ação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu algumas condições. Para tanto, exigiu a presença dos aspectos da abstração e da generalidade na norma objeto desse controle.

Assim, prevaleceu no STF o entendimento segundo o qual é inadmissível a propositura de ADI e ADC contra lei ou ato normativo de *efeitos concretos*. São diversos os precedentes nesse sentido, dois quais, exemplificativamente, destacam-se ADI n. 767/AM – Amazonas, Relator(a): Min. Carlos Velloso, julgamento: 26/08/1992; ADI-MC n. 2057/AP – Amapá, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, julgamento: 09/12/1999; ADI n. 3573/DF – Distrito Federal, Relator(a): Min. Carlos Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau, julgamento: 01/12/2005; e ADI-MC-QO n. 1937/PI – Piauí, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE julgamento: 20/06/2007.

Na verdade, o entendimento do STF se releva como uma interpretação restritiva, com exclusão de atos que, embora editados sob a forma de lei (lei em sentido formal), não tenham, em seu conteúdo, os referidos aspectos de generalidade e abstração. Justificam-se a exclusão pelo fato de que “a ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o – enquanto objeto juridicamente inidôneo – para o controle normativo abstrato³”.

Mas o que são normas gerais e abstratas?

Talvez nenhuma outra classificação das normas jurídicas tenha ganhado tanta evidência quanto à distinção entre normas gerais e individuais e normas abstratas e concretas.

Noberto Bobbio (2005), para explicar as normas tidas como gerais e abstratas, parte, preliminarmente, da distinção entre normas universais e normas singulares. Aquelas contêm proposições em que o “sujeito representa uma classe com-

² Diga-se, de passagem, que é comum o uso do termo “controle de constitucionalidade abstrato de normas” como se fosse “controle de constitucionalidade por via principal”. Sendo rigorosamente técnico, o “controle abstrato” é uma *característica* do controle por via de ação: em não havendo nenhum litígio concreto, o pronunciamento judicial na ADI e ADC deve ter caráter abstrato. Destaca-se que nem Luís Roberto Barroso (2008) nem Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet (2008) contemplam o controle abstrato como modalidade de controle de constitucionalidade, fazendo menção dessa “suposta espécie” apenas quando explicam o controle por via principal. No entanto, utilizaremos indistintamente os dois termos, como se fossem sinônimos, pois o próprio STF, na ADI 4048, não se preocupou com essa distinção de ordem formal-terminológica.

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI-MC 842/DF**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Celso de Mello, J. 26/02/1993, P. DJ 14-05-1993, PP-09002.



posta por vários membros” e essas, proposições em que “o sujeito representa um sujeito singular” (BOBBIO, 2005, p. 178). No entanto, para aperfeiçoar essa primeira distinção, é necessário levar em consideração os dois elementos constitutivos de uma proposição jurídica: o sujeito (destinatário) e o objeto (ação prescrita). Segundo seu entender, tanto o sujeito quanto o objeto de uma norma jurídica pode se apresentar sob a forma universal e a singular, de modo que quatro são as possibilidades de proposições jurídicas: as de prescrições com destinatário universal, as de prescrições com destinatário singular, as de prescrições com ação universal e as de prescrições com ação singular.

A partir dessa classificação, entende por bem Bobbio (2005) “chamar de ‘gerais’ as normas universais em relação aos destinatários, e ‘abstratas’ aquelas que são universais em relação à ação” (BOBBIO, 2005, p. 180 e 181). Assim, em uma interpretação a *contrario sensu*, as normas individuais são as com destinatário singular e as concretas, com ação singular.

Arnaldo Vasconcelos (2006), por sua vez, explica que norma geral é aquela cujo preceito se dirige indiscriminadamente a todos, enquanto a norma abstrata é aquela que “preceitua em tese”.

Em síntese, podemos identificar como gerais as normas que têm como destinatários, uma pluralidade de sujeitos e como abstratas aquelas que se aplicam a todos os casos que pretendem regular. Dessa forma, “só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade⁴”.

2.2 Leis com conteúdo materialmente administrativo como típico exemplo de leis formais de efeitos concretos

Conforme ficou assentado no item anterior, o STF entende que leis em sentido formal de efeitos concretos não são suscetíveis de controle de constitucionalidade por via principal. Exige-se que a lei ou ato normativo apresente os atributos de generalidade e de abstração.

Com efeito, justamente por apresentarem como principal característica a pretensão de regular situações jurídicas concretas, as *leis com conteúdo materialmente administrativo*⁵ tornam-se o mais significativo exemplo de leis vedadas àquele tipo

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI-MC-QO 1937/PI**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, J. 20/06/2007, P. DJe-092.

⁵ Cabe aqui uma interessante observação. Eros Grau, nas ADI's em que tem oportunidade de votar, costuma identificar tais leis formais com conteúdo administrativo de “leis-medidas”. Trata-se de uma construção teórica que se deve à Fortshoff. Segundo Canotilho (2003), o doutrinador alemão, a partir da distinção feita por Carl Schmitt acerca de lei e medida e de observações realizadas na sociedade pós-primeira guerra mundial, considerou inevitável a adoção, pelo legislador, de medidas legais destinadas a resolver problemas concretos surgidos devido às constantes transformações sociais da época. Destaca-se que, pelo aspecto formal, as leis-medidas se diferenciam das “leis-clássicas” justamente pelo fato de que aquelas são leis individuais e concretas e essas gerais e abstratas. De fato, as leis formais com conteúdo administrativo não deixam de ser “leis-medidas”.



controle.

A esse respeito, bem elucidativo é o voto do Ministro Celso de Mello na ADI n. 842:

Sendo assim, atos legislativos que ostentem a *atípica* condição jurídica de instrumentos veiculadores de resoluções materialmente administrativas, não se expõem – *não obstante impugnáveis por outros meios processuais institucionalizados* – ao controle normativo abstrato, cuja atuação reclama, até mesmo em função de sua especificidade e peculiaridade, objetos jurídicos próprios. Com isso, e em face do que dispõe o art. 102, I, a, da Lei Fundamental da República, acham-se pré-excluídos – para efeito da jurisdição constitucional de controle *in abstracto* do Supremo Tribunal Federal – estatais *desprovidos* de normatividade.

Objeto do controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte, são, em nosso sistema de direito positivo, *exclusivamente*, os atos normativos federais, distritais ou estaduais. Refogem a essa jurisdição excepcional de controle os atos materialmente administrativos, *ainda que incorporados ao texto de lei formal*⁶. [grifos no original]

No mesmo sentido,

A ação direta de inconstitucionalidade e o meio pelo qual se procede, por intermédio do Poder Judiciário, ao controle da constitucionalidade das normas jurídicas “in abstracto”. Não se presta ela, portanto, ao controle da constitucionalidade de atos administrativos que tem objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei - as leis meramente formais, porque tem forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstracto⁷.

Na jurisprudência do STF, podemos citar como exemplos de atos administrativos editados sob a forma de lei: lei estadual que dispõe sobre a revisão de proventos de servidores da Secretaria de Estado da Fazenda (ADI n. 767), decreto legislativo autorizando o Poder Executivo a desempenhar atividade tipicamente administrativa (ADI n. 3573), decreto legislativo de Assembléia Legislativa Estadual que impôs a reintegração de servidores que aderiram a determinado programa de desligamento voluntário (ADI-MC-QO n. 1937-6), leis orçamentárias (ADI n. 2535) e medidas provisórias responsáveis pela abertura de créditos extraordinários (ADI

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI-MC 842/DF**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Celso de Mello, J. 26/02/1993, P. DJ 14-05-1993, PP-09002.

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 647/DF**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Moreira Alves, J. 18/12/1991, P. DJ 27-03-1992, PP-03801.



n. 1496-0).

Em relação a essas duas últimas hipóteses, a Suprema Corte tem sido frequentemente provocada para se pronunciar acerca de sua constitucionalidade. Nesse sentido, dedicaremos um tópico específico ao assunto, dando ênfase ao caso dos créditos extraordinários, precisamente por ser o objeto da ADI n. 4048.

3 O CASO DOS CRÉDITOS EXTRAORDINÁRIOS: USO ABUSIVO ATRAVÉS DE MEDIDAS PROVISÓRIAS E A COMPLACÊNCIA DO STF

3.1 Os créditos extraordinários

Tanto as *leis orçamentárias* previstas no artigo 165 da Constituição Federal – plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual –, quanto as *leis responsáveis pela abertura dos créditos adicionais* previstos nos artigos 40 e 41 da Lei nº 4.320/1964 (a Lei Geral do Orçamento), são consideradas *leis formais de efeitos concretos*, pois, apesar de tais atos jurídicos serem editados sob a forma de lei, são, na verdade, *atos administrativos de conteúdo determinado e que têm destinatários certos*. Dessa forma, nunca se admitiu o controle de constitucionalidade por via principal das referidas leis.

No que diz respeito aos créditos adicionais, o art. 40 da Lei nº 4.320/1964 estabelece que se tratam de *autorizações de despesa não computadas ou dotadas de maneira insuficiente na lei do orçamento anual*.

O artigo 41 da Lei Geral do Orçamento, por sua vez, classifica os créditos adicionais em: *créditos suplementares*, os destinados a reforço de dotação orçamentária existente; *créditos especiais*, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica, o que de forma alguma significa despesas imprevisíveis; e *créditos extraordinários*, os destinados a despesas, essas sim, urgentes e imprevistas, vinculadas às hipóteses de guerra, comoção intestina ou calamidade.

Com o advento da vigente CF, a disciplina dos créditos suplementares e especiais continuou a mesma. Entretanto, com relação aos créditos extraordinários, houve duas inovações.

Primeiro, o artigo 167, § 3º, da CF, estabeleceu que a abertura de crédito extraordinário *somente* será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, *como as decorrentes de guerra*, comoção interna ou calamidade pública. Isto é, deu-se maior ênfase a imprevisibilidade e urgência da despesa e colocou-se as três situações de maneira *exemplificativa* e não taxativa, como poderia se concluir de uma interpretação literal da antiga redação. Segundo, o art. 62, § 1, I, “d”, da CF, permitiu a edição de medida provisória para abertura de créditos extraordinários, vedando-se, contudo, a utilização dessa espécie normativa sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares.

Mas, de onde viriam os recursos que viabilizariam a abertura dos créditos extraordinários?

De acordo com o jurista Benvenuto Griziotti, citado por Régis de Oliveira (2006), os gastos podem ser *ordinários* ou *extraordinários*. A importância dessa classificação se dá na medida em que serve para a escolha dos recursos que devem



prover tais despesas. Os gastos ordinários são realizados com recursos que possam renovar-se a cada orçamento, em outras palavras, com *recursos ordinários* resultantes de disponibilidades da renda nacional que podem destinar-se às despesas comuns da atividade administrativa. Enquanto que os extraordinários se destinam ao provimento de *despesas momentâneas*, de caráter *esporádico*.

Nesse sentido, para a abertura dos créditos suplementares e especiais, o artigo 43 da Lei Geral do Orçamento determina que são necessárias a prévia exposição de justificativa e a existência de recursos disponíveis (ou seja, suficientes e não comprometidos com outras despesas). Recursos estes que podem ser das seguintes origens: do superávit financeiro apurado em balanço patrimonial do exercício financeiro; dos provenientes de excesso de arrecadação; dos resultantes de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais, autorizados em lei; e do produto de operações de crédito autorizadas, em forma que juridicamente possibilite ao Poder Executivo realizá-las.

Em síntese, os créditos suplementares e adicionais são abertos com a utilização de *recursos ordinários* destinados a cobrir, portanto, *despesas ordinárias*.

Já no caso da abertura de créditos extraordinários, a fonte de recursos vem da arrecadação de tributos de natureza temporária, os quais, de acordo com Kiyoshi Harada (2008), visam exclusivamente o atendimento *despesas extraordinárias*, ou seja, tratam-se dos: *empréstimos compulsórios* instituídos pela União, mediante Lei Complementar, para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (art. 148, I, da CF); e *impostos extraordinários* instituídos pela União na iminência ou no caso de guerra externa, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação (art. 154, II, da CF).

Desde 1988, a União não se intimidou em abrir créditos extraordinários através de medidas provisórias para atender despesas correntes e de capital (*gastos ordinários*), sem nenhuma nota de urgência nem muito menos de imprevisibilidade, utilizando-se de *recursos ordinários* que só poderiam ser utilizados para abertura de créditos suplementares e especiais.

Como as leis ou medidas provisórias responsáveis pela abertura de crédito extraordinário são consideradas *leis formais de efeitos concretos*, o Pretório Excelso entendia que referidos atos não eram passíveis de controle de constitucionalidade por via principal por carência de abstração, generalidade e impessoalidade.

Tal entendimento permitiu durante duas décadas que o Executivo se utilizasse de medidas provisórias para cobrir despesas correntes, sem nenhuma nota de imprevisibilidade e urgência, com o total beneplácito dos Poderes Legislativo e Judiciário.

3.2 O entendimento paradigma sustentado pelo STF

Como uma das decisões paradigmas que contribuíram para a solidificação do entendimento de não ser possível o controle de constitucionalidade sobre a edição de medidas provisórias para abertura de créditos extraordinários, tem-se a



ADI n. 1496-0/DF⁸, na qual se apreciou a inconstitucionalidade da Medida Provisória (MP) n. 1513/96, por ausência dos requisitos de imprevisibilidade e urgência previstos no art. 167, § 3º, da CF.

Nessa ADI, entendeu o STF que não cabe ação direta de inconstitucionalidade de ato jurídico que tiver destinatário certo e objeto determinado, mesmo que haja exigência constitucional para que tal ato se revista sob a forma de lei (na hipótese, medida provisória).

Igualmente, observou a Suprema Corte que não era admissível discutir, em sede de ADI, fatos que não decorram objetivamente do ato impugnado. Assim, não era possível controle abstrato de lei formal que abrisse crédito extraordinário porque demandaria, por um lado, análise da realidade fática para se saber se haveria situação de emergência (o que exigiria produção de provas) e, por outro lado, análise da lei do orçamento vigente no ano para se saber se há ou não, no próprio orçamento, previsão de recursos a ser destinados a situações de crise.

O mesmo entendimento foi aplicado no julgamento das ADI's n. 3487/DF⁹, em 2005, e da n. 3709/DF¹⁰, em 2006.

Todo e qualquer questionamento, em abstrato, sobre a constitucionalidade de leis orçamentárias e de leis responsáveis pela abertura de créditos adicionais era vedado, como claramente se percebe, visto que o Supremo não admitia, sob nenhum argumento, o controle de constitucionalidade por via principal de leis formais de feitos concretos.

3.3 ADI n. 2925-DF: um pequeno e importante passo

Vale destacar que, em 2003, no julgamento da ADI n. 2925/DF¹¹, o STF reconheceu o caráter normativo de algumas disposições da Lei federal n. 10.640/2003 (Lei Orçamentária Anual da União, que, dentre outras matérias, disciplinou a destinação da receita da CIDE-Combustíveis). Na oportunidade, considerou-se inconstitucional a abertura de crédito suplementar com destinação contrária ao disposto no artigo 177, §4º, inciso II, alíneas "a", "b" e "c", que enumera de maneira exaustiva as possíveis destinações da CIDE-Combustíveis.

Em sua decisão, por maioria, o Supremo acolheu a preliminar de cabimento do controle abstrato sobre lei orçamentária, sob o argumento de que os dispositivos impugnados eram dotados de suficiente abstração e generalidade.

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade sobre normas orçamentárias houve, portanto, uma evolução, visto que se admitiu que quando existissem

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1496/DF**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, J. 21/11/1996, P. DJ 18-05-2001, PP-00430.

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3487/DF**, Decisão Monocrática, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 09/05/2005, P. DJ 17/05/2005, PP-00043.

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3709/DF**, Decisão Monocrática, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 05/05/2006, P. DJ 15/05/2006, PP-00029.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 2925/DF**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Rel.: Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, J. 19/12/2003, P. DJ 04-03-2005, PP-00010.



dispositivos dotados de suficiente abstração e generalidade, esses poderiam ser impugnados caso contrariassem a Constituição Federal.

Destarte, as leis orçamentárias e as responsáveis pela abertura de créditos adicionais já não eram mais inatingíveis. Somente se possuísem efeitos concretos é que, então, permaneceriam inatingíveis.

Aproveitando a mudança de entendimento produzida na ADI n. 2925/DF, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) propôs a ADI n. 3712/DF¹², cujo objeto era a MP n. 290/2006¹³, responsável pela abertura créditos extraordinários, utilizando-se de um novo argumento: o de não discutir “o conteúdo de um crédito extraordinário em si mesmo, mas, sim, o real enquadramento de um determinado crédito na categoria de ‘extraordinário’, a única que Constituição Federal admite à medida provisória”. O STF, no julgamento, considerou tal distinção artificial e meramente retórica, pois acabaria por se imiscuir na análise do “conteúdo” ou da “natureza” dos créditos extraordinários, decidindo ser inviável a aferição da nota de imprevisibilidade e urgência e que não lhe era lícito “controlar ou estimar o juízo de urgência e relevância, que autoriza a edição de medida provisória pelo Poder Executivo, posto que atinente à matéria orçamentária”.

Contudo, só foi no recente julgamento da ADI n. 4048-1/DF, em sede de medida cautelar, cujo objeto é a MP n. 405/2007, que o STF quebrou esse paradigma construído ao longo de duas décadas sobre a apreciação da constitucionalidade das leis formais de efeitos concretos, viabilizando integralmente o controle sobre abertura de créditos extraordinários.

4 A ADI 4048 E A MUDANÇA DO ENTENDIMENTO PARADIGMA DO STF

4.1 O objeto da ADI 4048

A Medida Provisória n. 405, de 18 de dezembro de 2007, abriu créditos extraordinários em favor da Justiça Eleitoral e de diversos (e diversos, mesmo) órgãos do Poder Executivo, no valor global de R\$ 5.455.677.660,00 (*cinco bilhões, quatrocentos e cinquenta e cinco milhões e seiscentos e setenta e sete mil reais*), para cobrir gastos que vão desde promover ações necessárias à implantação da TV Digital do Brasil, passando por construção de pontes e chegando até a implantação do centro de treinamento de canoagem *slalom*, de acordo com os fins especificados nos Anexos I e III da referida MP.

Em seu artigo 2º, a MP n. 405/07 dispõe de onde decorrem os recursos necessários para abertura dos créditos extraordinários: superávit financeiro apurado no Balanço Patrimonial da União do exercício de 2006, excesso de arrecadação, anulação parcial de dotações orçamentárias, ingresso de operação de crédito relativa

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3712/DF**, Decisão Monocrática, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 27/04/2006, P. DJ 04/05/2006, PP-00022.

¹³ Destaca-se que se trata do mesmo objeto da ADI n. 3709/DF, inclusive, havendo conexão com essa última.



ao lançamento de Títulos da Dívida Agrária e repasse da União sob a forma de participação no capital de empresas estatais. Em resumo, *recursos ordinários* os quais só poderiam ser utilizados para a abertura de *créditos suplementares e especiais*, e nunca para a de *créditos extraordinários*.

4.2 O julgamento da ADI n. 4048

No julgamento da medida cautelar da ADI n. 4048/DF, o STF interpretou o artigo 167, § 3º, de maneira conjunta com o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da CF. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), entendeu-se que a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, o STF pontificou que os requisitos de *imprevisibilidade e urgência* – previstos no art. 167, § 3º – recebem densificação normativa da Constituição.

Dessa forma, os conteúdos semânticos das expressões “guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” constituem vetores para interpretação/aplicação do art. 167, § 3º cumulado com o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. “Guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias.

O Relator, Min. Gilmar Mendes, ponderou que a leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/207 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover *despesas correntes*, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou urgência.

A edição da MP nº 405/2007, pelo novo entendimento do Tribunal, configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para abertura de créditos extraordinários.

Por fim, o STF, preliminarmente, conheceu da ação, por dez votos a um (vencido apenas o Ministro Cezar Peluzo), e, em seguida, concedeu a cautelar, por seis votos a cinco¹⁴, suspendendo a vigência da Medida Provisória nº 405/2007.

4.3 Os avanços experimentados

Por mais que se pretenda prolongar determinado entendimento jurisprudencial, com o intuito de garantir maior estabilidade às relações jurídicas, não há como negar que a evolução da hermenêutica constitucional implique na mudança da aplicação de certos preceitos constitucionais em relação à determinada matéria.

¹⁴ Votaram pela concessão da medida cautelar os Ministros: Gilmar Mendes (Relator), Celso de Mello, Marco Aurélio, Carlos Britto, Eros Grau e Carmem Lúcia. Vencidos os Ministros: Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Cezar, Ellen Gracie e Menezes.



Nesse sentido, explica Bonavides (2003) que o sistema constitucional, de inspiração valorativa e teológica, permite uma metodologia pluralista no âmbito da interpretação constitucional, capaz de comportar distintas formas de exame da norma constitucional, em relação "aos valores, aos fins, às razões históricas, aos interesses, a tudo enfim que possa ser conteúdo e pressuposto da norma" (BONAVIDES, 2003, p. 135). Explica, ainda, o citado constitucionalista que "o sistema constitucional pede o emprego de métodos hermenêuticos que possam de perto acompanhar as *variações dinâmicas da Constituição, preso atentamente ao critério evolutivo, sempre de fundamental importância para a análise interpretativa*" (BONAVIDES, 2003, p. 140 – grifo nosso).

Sendo, portanto, o direito, especialmente o constitucional, influenciado pelos valores históricos, pode-se, facilmente, chegar à conclusão de que aquilo que outrora era entendido de uma forma seja entendido de forma diametralmente oposta, a depender dos rumos interpretativos.

É o que se passa na presente hipótese: tem-se uma nova interpretação art. 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal. Se antes entendia o Supremo que a lei ou ato normativo federal ou estadual, para ser impugnável via controle abstrato de normas, tinha que ter "densidade normativa", de modo que estejam presentes os aspectos da abstração e da generalidade, hoje, a partir da ADI 4048, esses requisitos não são mais necessários. Basta que se trate de lei em sentido formal, ou seja, basta que o ato normativo se apresente em uma das formas do art. 59 da Constituição Federal.

Perceba que não é a intenção do STF ampliar indiscriminadamente a sua jurisdição constitucional, permitindo o controle de constitucionalidade por via principal de atos do Poder Público desprovidos de caráter normativo primário. Todo e qualquer ato de regulamentação de natureza secundária, ou seja, aqueles que tiram seu fundamento de validade na lei, como os decretos e os regulamentos emitidos pelo Executivo, ainda continuam excluídos desse controle. Persiste, ainda, a necessidade de inovação na ordem jurídica.

Essa modificação interpretativa¹⁵ pode ser sintetizada no seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão

¹⁵ Aqui uma pequena observação: Gilmar Mendes, na ADI-MC-QO 1937/PI, já sinalizava como provável essa modificação jurisprudencial do STF.



ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária.

Ressalte-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque *abstrato* — isto é, não vinculado ao caso concreto — há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade¹⁶. [Grifos no original]

Dois são os pontos importantes do voto de Gilmar Mendes. Primeiro, é agora possível vislumbrar uma distinção entre lei formal emanada do Poder Legislativo e ato normativo, pelo menos para fins de controle de constitucionalidade por via principal. Somente em relação a este, é que haverá a exigência da referida “densidade normativa”. Segundo, e essa é a parte interessante, o que deve ser “abstrata” é controvérsia constitucional suscitada, “independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto”.

Resumindo: podemos afirmar que o grande avanço dessa nova orientação do STF é a de, ao permitir o controle de constitucionalidade por via principal de leis formais de efeitos concretos, impedir que a desordem generalizada no sistema orçamentário brasileiro se perpetue.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso analisado no presente trabalho é um nítido exemplo do uso abusivo de medidas provisórias por parte do Executivo.

Quando a União se utiliza das leis orçamentárias para realização da despesa pública, há a intensa participação do Legislativo, da sociedade civil organizada e dos grupos de pressão na determinação de onde serão alocados os recursos públicos.

O grave abuso cometido pelo Executivo federal nos últimos 20 anos é justamente a utilização de medidas provisórias para abertura de créditos extraordinários, sob uma falsa alegação de urgência e imprevisibilidade, com o intuito de realizar despesas correntes e de capital (*gastos ordinários*), com a total complacência do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal.

Veja-se o exemplo da MP n. 405/2007. Houve a abertura de créditos extraordinários para prover despesas ordinárias que iam desde recursos para promover ações necessárias à implantação da TV Digital do Brasil (investimento), até gastos de menor relevância como a implantação de um centro de treinamento de canoagem *slalom*.

Em outras palavras, por duas décadas, o Executivo se investiu no poder

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI-MC 4048/DF**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, J. 14/05/2008, P. DJe-157.



de realizar despesas públicas, da melhor forma que lhe conviesse, desrespeitando os princípios democráticos, da separação de poderes e da supremacia da constituição. É como se o país estivesse sendo governado em um estado permanente de guerra, comoção interna e calamidade pública.

O Legislativo se manteve inerte diante dos requisitos de urgência e relevância previstos no caput do artigo 62 da CF e o STF omissivo face à impossibilidade do controle de constitucionalidade por via principal das leis formais de efeito concreto.

A participação democrática, através do Parlamento e da sociedade civil, na alocação dos recursos, é um dos principais postulados do Estado de Direito. Enquanto, atualmente, vivencia-se a efervescência do debate sobre o *orçamento participativo*, o Executivo federal toma atitudes à altura das famigeradas ditaduras latino-americanas de décadas atrás, nas quais os poderes Legislativo e Judiciário eram meros figurantes de uma tragédia institucionalizada.

A reorientação do entendimento que vinha sendo adotado pelo STF, através do julgamento, em sede de medida cautelar, da ADI n. 4048, representou a mudança de postura de *legitimação da impunidade* para elevação em grau máximo do *princípio da supremacia da Constituição*.

Leis orçamentárias e medidas provisórias responsáveis pela realização de despesas públicas são normas da mais alta importância para a atividade administrativa de qualquer país sério e não podem ser deixadas imunes ao controle de constitucionalidade sob pena de contribuir para a ineficácia das normas constitucionais.

Sendo “suprema” a Constituição, deve haver alguma espécie de forma para garantir a preservação dos preceitos constitucionais, o que coube, principalmente, ao controle de constitucionalidade, o qual, através da verificação da compatibilidade entre as demais normas componentes do ordenamento e a Constituição, garante, de certa maneira, um mínimo de eficácia às normas constitucionais.

Tamanha é a importância do controle de Constitucionalidade que chega Bonavides a afirmar que:

Sem controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental. (BONAVIDES, 2003, p. 297).

Diante de todo o exposto, o STF não poderia continuar a se omitir quanto à análise da constitucionalidade de um sem números de leis que – e isso não é difícil afirmar – contrariavam o texto constitucional, a pretexto de serem leis formais de efeitos concretos. Continuar com essa omissão seria atingir diretamente a higidez do Estado Democrático de Direito, que tem, como um de seus princípios norteadores, a supremacia da Constituição.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Traduzido por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: EDIPRO, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

HARADA, Kiyoshi. **Abertura de Créditos Extraordinários. Exame da MP n. 405/07. Efeitos da Decisão do STF**. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br>>. Acesso em: 30 out. 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



THE NEW DIRECTIONS OF THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY BY ACTION AFTER THE ADI 4048: THE POSSIBILITY OF CONTESTING FORMAL LAWS WITH CONCRETE EFFECT


ABSTRACT

The jurisprudence of *Supremo Tribunal Federal* was not admitting the control of constitutionality by action of law or normative act stripped of the attributes of generality and abstraction. The justification used to lie on the idea that, without these attributes, the legal precept that they wanted to be contested did not have the necessary "normative density" to make an abstract control of rules. With this understanding, the STF did not accept ADI's and ADC's which had as an object the called formal laws with concrete effects, such as the laws with administrative content, as the *medidas provisórias* (interim measures) responsible for opening the extraordinary claims. So, a large number of laws used to be excluded from the control by action, which in most cases, were not submit to any kind of control, not even the incidental one. However, in the decision of the *medida cautelar* (precaution measure) of the ADI n. 4048/DF, the Supreme Court, changing jurisprudence already consolidated, allowed that formal laws edited by Legislative Power, even with concrete effects, were submit to constitutionality's control by action. In this sense, the objective of this essay is to present this new orientation of STF, confronting it with the previous one. To do it, through a methodology theoretical-descriptive, will be done research in books and consultations in the STF's jurisprudence. Finally, in conclusion, will be shown the likely implications of this new understanding on the effectiveness of the constitutional rules.

Keywords: Control of constitutionality by action. Formal law with concrete effect. Opening of Extraordinary Claims. Modification on the STF's jurisprudence.

Artigo finalizado em outubro de 2008.





**TRANSFERÊNCIA
SUPRANACIONAL DE
COMPETÊNCIAS: PARÂMETROS
PARA IMPLEMENTAÇÃO**

Mayara de Carvalho Araújo

Acadêmica do 4º período do Curso
de Direito da UFRN
Bolsista de Iniciação Científica
(PIBIC e PROPESQ)

Siddharta Legale Ferreira

Acadêmica do 9º período do Curso
de Direito da UFF
Monitora da disciplina Direito Constitucional

RESUMO

A supranacionalidade consiste na transferência de competência para órgãos internacionais independentes que se relacionem de forma direta com os particulares. Dessa forma, essa *fusão parcial de competências nacionais* pressupõe uma relativização da soberania estadual que, no entanto, não pode dar-se de qualquer forma, sob pena de recair em um descumprimento insustentável da Constituição de cada Estado-Membro. O objetivo deste trabalho consiste, então, no estabelecimento de alguns parâmetros para a implementação da transferência supranacional de competências, de forma que esta ocorra sem violar frontalmente a soberania estatal. A partir de vasta pesquisa doutrinária e da adoção de métodos de estudo comparado com o direito comunitário europeu, estabeleceu-se a observância de parâmetros para a transferência supranacional de competências propriamente dita, bem como para o exercício da competência transferida. Concluiu-se, então, pela determinação dos seguintes parâmetros: quanto maior a independência dos órgãos supranacionais e a imparcialidade de seus agentes, mais alargado pode ser seu âmbito de atuação; quanto mais restrita e específica forem as matérias transferidas ao órgão supranacional, mais incisiva e direta poderá ser a atuação dos poderes da Comunidade; quanto mais essencial for a adoção de um ato normativo para vida da comunidade, maior deve ser o quórum exigido para aprová-lo; quanto mais grave for o descumprimento dos atos comunitários pelo Estado, mais rigorosas podem ser as sanções; e quanto mais amplas forem as competências atribuídas ao ente supranacional, mais variados devem ser os meios de fiscalização e as instituições responsáveis por exercê-los.

Palavras-chave: Supranacionalidade. Parâmetros. Transferência de competências.

1 ASPECTOS GERAIS

A delegação supranacional de competências se insere no contexto de um constitucionalismo que vem se abrindo a um novo estágio: trata-se de um constitucionalismo em escala mundial ou internacionalizado (ACKERMAN, 2007, p. 93). Trajetórias de universalização e a internacionalização do direito constitucional se descortinam por todo o mundo. Já se pode falar em um Estado internacional de direito ou, para os menos ortodoxos, em um constitucionalismo sem Estado. Nesse mundo novo que emerge, ainda faltam discussões sobre os parâmetros para ocorrer a transferência ou compartilhamento de competências com os entes internacionais.

O constitucionalismo mundial e o internacionalizado não se confundem com neoconstitucionalismo¹. O neoconstitucionalismo almeja alinhar progressivamente o direito público sob bases democráticas, tal como ocorreu na Alemanha, Itália, Portugal e Espanha². Ao contrário dos novos tipos apresentados, cujo objetivo é construir um direito constitucional globalizado. Essa etapa emergente do constitucionalismo se diferencia por buscar a aproximação dos diversos Estados e sistemas constitucionais. A aproximação pode acontecer por dois caminhos: universalização ou internacionalização.

A universalização transcorre com a disseminação da ideal constitucional-democrático pelo mundo³. Não um ideal democrático qualquer, mas sim aquele que considera a soberania popular moldada por um documento escrito – a Constituição. A universalização da democracia veio associada ao constitucionalismo que se espalhou pelos EUA, pela América Latina, pela Europa, em suma, especialmente, pelo ocidente. A atuação de diversos organismos internacionais, como a ONU, e o crescente diálogo entre direito constitucional e internacional vem contribuindo para o advento de um constitucionalismo internacional⁴ (MOREIRA, 2001, p. 315-316).

A internacionalização, por sua vez, projeta no cenário internacional

¹ A esse respeito, cf. STAMATO, Bianca. **Constitucionalismo Mundial e 'Intercâmbio mundial entre Juizes'** In: BARROSO, Luís Roberto.(Org.) A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 714.

² Sobre o neoconstitucionalismo, há vasta bibliografia. Por todos, ver: CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría Del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 200-. p. 1. O autor já havia tratado da mesma idéia anteriormente em CARBONELL, Miguel. Prólogo: Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A Constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mon'alverne Barreto. **Diálogos constitucionais: Direito, Neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³ Sobre a difusão da democracia no mundo, leia-se: SEN, Amartya. **Democracy as a Universal Value**. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/docs/training/oxford/readings/2006/Sen%20Democracy%201999.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2008.

⁴ Bruno Galindo (2006, p. 112 ss.) defende a noção de uma teoria intercultural da Constituição. O autor explica tal paradigma como um modelo aberto às diversas influências culturais no ou entre os Estados e mostra como o constitucionalismo se espalhou pelo mundo (universalização).



elementos do direito constitucional positivo (interno), especialmente nos blocos regionais (BOSON, 1996; MELLO, 1994). O Estado de direito, já convertido em Estado democrático de direito, transforma-se em Estado Internacional de direito (FERRAJOLI, 2003, p. 24). Isso significa que os direitos fundamentais da Constituição se aproximam dos direitos humanos nos tratados, as Cortes constitucionais se assemelham às Cortes de direitos humanos; o federalismo ou mesmo o exercício das competências do Estado unitário converge com a dos órgãos de integração regional, tratados e Constituições tornam-se, em certos contextos, sinônimos. Em suma, elementos classicamente enquadrados no direito constitucional passam a valer também para as relações internacionais que, por sua vez, influenciam decisivamente o conteúdo e interpretação das Constituições nacionais.

Nesse contexto, o exercício de algumas competências tipicamente estatais pode ser ou, de fato, é transferido ou compartilhado com entes internacionais. Sentimentos paradoxais rondam essa possibilidade. De um lado, há temor de que essa transferência viole a soberania estatal e, de outro, a esperança de que a aproximação permita um maior desenvolvimento sócio-econômico e cultural⁵. A delegação supranacional de competências se depara então com o dilema de como conciliar desenvolvimento e soberania estatal. O presente texto estabelece *standards* ou parâmetros para que, a um só tempo, haja uma mitigação adequada da soberania estatal e a efetivação do desenvolvimento econômico.

2 SUPRANACIONALIDADE: PRESSUPOSTO EPISTEMOLÓGICO

Exposto o contexto em que está inserida na delegação supranacional de competências, resta saber exatamente o que significa “supranacionalidade”. A palavra etimologicamente, designa algo acima da nação ou do Estado. Esse “algo acima” indica que a desigualdade entre um nível hierárquico superior e outro, inferior. Não se trata, portanto, de uma mera relação intergovernamental ou extranacional onde existe uma relação de coordenação ou cooperação. Há efetivamente uma relação hierarquizada onde a ordem supranacional prevalece sobre a nacional (LINDEINER-WILDAU, 1970, p. 42-43).

A supranacionalidade pressupõe, nessa linha, essencialmente três idéias: (i) independência da organização supranacional em relação aos Estados; (ii) relações diretas entre o ente supranacional e os particulares; (iii) transferência ou compartilhamento de competências com os Estados⁶⁻⁷.

⁵ O desenvolvimento econômico, acompanhado da justa distribuição de renda, constitui um pressuposto para fruição dos direitos fundamentais que, por sua vez, torna possível uma democracia bem estruturada e essa, num círculo virtuoso, retroalimenta os direitos fundamentais. Sobre o tema, leia-se: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁶ A indicação dos três elementos para caracterizar instituições supranacionais pertence Paul Reuter (1953, p. 138-140), quando refletia se CECA possuía tal característica.

⁷ Após denso estudo das definições de supranacionalidade, Klaus Von Lindeiner-Wildau (1970, p. 13-38) esquematiza três linhas conceituais. A primeira exige uma pluralidade de características, tal como a de Paul Reuter. A segunda linhas, em geral, tenta destacar um desses elementos e propor um critério único para



A independência de um órgão supranacional é um elemento novo de forte impacto na soberania estatal. Portanto, todos os Estados devem concordar expressamente com sua criação, antes de se submeter aos poderes de entes supranacionais. A independência orgânica pressupõe, ainda, a possibilidade de estabelecer seu próprio estatuto, contendo, por exemplo, as regras sobre o quórum para aprovar certa matéria.

A segunda idéia que compõe a supranacionalidade relaciona-se com a forma como a atuação do ente supranacional vincula os particulares. Essa vinculação direta acaba por gerar um direito interno à comunidade, diferente do direito interno estatal e do direito internacional particular. O direito interno à comunidade permite, de um lado, a regulamentação pelo legislador internacional e, por outro, o acesso à justiça internacional, em última instância, pelas pessoas. Outra noção inerente à supranacionalidade diz respeito ao princípio do efeito direito. Aprimorado no âmbito da União Européia, esse princípio traduz-se no reconhecimento de direitos ou na imposição de obrigações que possam ser invocadas perante os tribunais nacionais. Produz efeitos verticais em relação aos Estados e horizontais relacionados aos particulares. Não se confunde com a aplicabilidade imediata que é a qualidade de produzir efeitos na esfera jurídica individual desde logo (CAMPOS, J.; CAMPOS, J. L., 2007, p. 382).

A última idéia encontrada na supranacionalidade é a de transferência ou compartilhamento de competências com os Estados. Significa que as organizações supranacionais herdam algumas competências administrativas, legislativas e judiciais que antes pertenciam apenas ao ente estatal, ficando, agora, dotadas de certos poderes de soberania. De fato, há uma " *fusão parcial das competências nacionais*"⁸. O percurso entre o início dessa fusão e o estabelecimento das competências supranacionais pressupõe a obediência de alguns parâmetros para estruturação adequada de uma Comunidade.

3 PARÂMETROS PARA O ESTABELECIMENTO DE UMA DELEGAÇÃO SUPRANACIONAL DE COMPETÊNCIAS

A delegação supranacional de competências não pode ocorrer de forma aleatória, sob pena violar a soberania estatal. A soberania não é absoluta, mas sua relativização deve pautar-se em *standards* que podem ser agrupados em (i) parâmetros para a transferência supranacional de competências; e (ii) parâmetros para o modo de exercício das competências transferidas.

determinar a supranacionalidade. A última, por sua vez, afirma que, inexistindo uma das características, inexistente supranacionalidade. No entanto, é desnecessário abordar todas elas pormenorizadamente, porque a definição de Reuter parece dar conta do fenômeno para os fins desse estudo.

⁸ Essa fusão parcial de competências é caracterizada por Reuter como condição de existência para o estruturação de uma Comunidade, como pode-se depreender do seguinte fragmento: "*A la différence des simples limitations, qui laissent subsister les cloisinnements nationaux, les transferts instituient une compétence commune qui résulte de la fusion partielle des compétences nationales. C'est pourquoi on peut parler d'une Communauté*". (REUTER, 1953, p. 139).



3.1 Parâmetros para a transferência supranacional de competências

Os parâmetros para a transferência supranacional de competências dizem respeito essencialmente à sua independência e autonomia, bem como ao âmbito de atuação dessas entidades.

3.1.1 Parâmetro para a independência e autonomia dos órgãos

O primeiro parâmetro pode ser colocado nesses termos: *quanto maior a independência dos órgãos supranacionais e a imparcialidade de seus agentes, mais alargado pode ser seu âmbito de atuação.*

A noção de independência e imparcialidade podem ser caracterizadas a partir de quadro idéias centrais, quais sejam, autonomias econômica, política, técnica e organizacional. A autonomia econômica reflete-se na capacidade de obter e gerir seus próprios recursos, que devem ter origem na regulação de bens economicamente rentáveis. Em razão disso, seria possível também a transferência de eventuais impostos nacionais daqueles produtos específicos para o âmbito supranacional, o que possibilitaria o suprimento das despesas com o staff da entidade, bem como a criação de políticas e fundos a nível supranacional. Já a autonomia política diz respeito à forma de escolha dos representantes das instituições comunitárias, o que pode ser concretizado, por exemplo, através de eleições diretas com sufrágio universal.

A autonomia técnica, por sua vez, pode ser verificada através da presença de um corpo profissional, exclusivo e especializado, para tomadas de decisões e gerenciamento de tarefas que demandem um conhecimento peculiar. Enquanto exercerem seus cargos, os membros da entidade devem ficar impedidos de desempenhar qualquer atividade profissional, mesmo que não remunerada. Além disso, eles também devem abster-se de aceitar qualquer instrução de governos, empresas e demais entidades. A seu turno, a autonomia organizacional circunscreve-se ao poder da entidade supranacional de redigir e aprovar seu regulamento interno.

3.1.2 Parâmetro para abrangência das competências

O segundo parâmetro pode ser sintetizado da seguinte forma: *quanto mais restrita e específica forem as matérias transferidas ao órgão supranacional, mais incisiva e direta poderá ser a atuação dos poderes da Comunidade.*

A restrição ou especificidade das matérias que serão transferidas ao órgão supranacional constitui um fator capaz de facilitar a ponderação entre a relativização da soberania e os potenciais ganhos e perdas sócio-econômicos e culturais. Do ponto de vista jurídico, a limitação das matérias dotadas de supranacionalidade servem, ainda, para mensurar melhor e mais facilmente os impactos nos diversos ordenamentos jurídicos envolvidos. Isso porque, em ambos os casos, a menor abrangência de seus temas permite visualizar quais serão seus possíveis efeitos.

Estabelecida essa premissa, a atuação pode ser mais direta e incisiva. No âmbito legislativo, tanto maior é a autonomia regulamentar do legislador supra-



nacional, quanto mais específico for o âmbito de abrangência de sua competência. Afinal, se o legislador supranacional pretendesse regulamentar assuntos distintos sem um núcleo temático e uma finalidade específica, poucas seriam as matérias em que poderia tratar com profundidade. Na prática, ele não estabeleceria nada mais do que preceitos vagos e genéricos, razão pela qual suas normas tenderiam à inaplicabilidade pelos diferentes Estados; e, caso adentrasse em temas específicos, sua legitimidade para relativizar a soberania estatal poderia ser facilmente questionada. No plano administrativo, quanto maior a restrição ao núcleo temático, mais fácil será a formação de equipes especializadas e coordenadas para atingir os fins a que se propõe a instituição. No que diz respeito à atuação judicial, a delimitação do âmbito temático permite a edição de normas mais precisas, que facilitam que os particulares exijam seu conteúdo perante as jurisdições nacionais ou, reservadas as particularidades, perante a jurisdição comunitária⁹.

Um exemplo prático no qual se enxerga os dois parâmetros acima foi a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA¹⁰ –, estabelecida através do Tratado de Paris de 1951¹¹, cujo artigo 9.º fazia menção expressa ao seu caráter supranacional. Ratificada por França, Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, pretendia gerir, de maneira comum e de acordo com os interesses também comuns, a produção e a circulação do carvão e do aço, recursos estratégicos que, tradicionalmente, contribuíram com o esforço bélico. Esses produtos passaram, então, a ser administrados pela Alta Autoridade, órgão comum e independente dotado de certos poderes de soberania¹². A Alta Autoridade era capaz de atuar, em matérias

⁹ No âmbito da União Europeia, costuma-se reconhecer que a norma dos Tratados comunitários deve ser precisa e incondicionada para impor obrigações aos Estados e, com isso, originar, a favor dos particulares, um direito de exigir o respeito ao seu conteúdo. Recomenda-se, para tanto, que a norma contenha positividade, e que não seja meramente programática. Para mais detalhes, cf. CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 369 ss. Vigora também no âmbito europeu o princípio do primado do direito comunitário, que consiste no reconhecimento da superioridade hierárquica desse direito frente ao nacional. Sua justificativa reside no fato de que, se não fosse assim, o direito comunitário não seria capaz de desempenhar o importante papel de instrumento efetivo de integração dos Estados, já que teria sido transformado em mera categoria residual tolerada pela jurisdição nacional. Dessa forma, constitui verdadeiro pressuposto de validade daquele direito. Por conseguinte, o caráter supraconstitucional conferido ao direito comunitário e a atribuição de efeitos diretos e vinculativos que lhe é comum faz com que as determinações comunitárias possam ser invocadas, sob várias situações, perante os tribunais nacionais, o que faz com que, apenas nesse sentido, assemelhem-se a tribunais comunitários.

¹⁰ A CECA, quando instituída, fora prevista para existir durante 50 anos. Em 2002, portanto, extinguiu-se e suas competências, direitos, patrimônio e obrigações foram assumidos pela Comunidade Europeia.

¹¹ A instituição da CECA foi motivada pela declaração do Ministro Francês dos Negócios Estrangeiros, Robert Schuman, que, por sua vez, tinha por objetivo imediato reconciliar a França e a Alemanha. Um pequeno fragmento do documento estabelece que “a Europa não se fará de um golpe, nem numa construção de conjunto: far-se-á por meio de realizações concretas que criem em primeiro lugar uma solidariedade de facto”. Pode-se ter acesso ao documento a partir do Jornal Oficial da República Francesa (Schuman, Robert. *Discours prononcée devant l'Assemblée Nationale le 25 juillet 1950, dans: J. O. de la République Française – Débats Parl. Ass. Nat. Ire législ., session de 1950*) ou ainda acessar a versão em língua vernácula através do endereço virtual http://www.fd.uc.pt/CJ/CEE/pm/Tratados/Declaracao_Schuman_9-5-1950.htm (acesso em: 16.10.2008). Confira-se também os comentários de Maria Luiza Duarte (2001, p. 40).

¹² A esse respeito, Robert Schuman (1953, p. 7) manifesta-se no sentido de que: “A instituição supranacional, que em nossa comunidade [CECA] é representada pela Alta Autoridade, não possui as características de um



concernentes ao seu setor específico, em relação aos Estados-membros e às empresas nacionais¹³. Legislava de forma autônoma na matéria que lhe competia, exercia uma espécie controle jurisdicional do cumprimento de seus atos normativos por parte dos Estados-membros e promovia os interesses da Comunidade. Os países signatários se encontravam vinculados às decisões desse órgão independente, mas contavam com a participação dos Governos em sua nomeação e instituíram mecanismos capazes de controlar a legalidade dos atos adotados pela Alta Autoridade.

3.2 Parâmetros para o modo de exercício das competências transferidas

As competências transferidas a um órgão supranacional seguem ritos específicos. Os procedimentos estabelecidos para tal exercício devem zelar, de um lado, por garantias da efetividade dos atos internacionais e, de outro, pela dupla legitimidade dos atos dotados de supranacionalidade, a partir do controle e participação dos Estados e dos particulares. Alguns parâmetros podem ser sugeridos para alcançar esse objetivo.

3.2.1 Parâmetro para os procedimentos parlamentares supranacionais

Em relação aos procedimentos parlamentares, propõe-se o seguinte parâmetro: *quanto mais essencial for a adoção de um ato normativo para vida da comunidade, maior deve ser o quorum exigido para aprová-lo*.

O quórum para aprovar uma determinada norma pode ser a unanimidade, a maioria qualificada ou a maioria simples. A unanimidade deverá ficar reservada apenas para a aprovação de normas de extrema importância, essenciais à manutenção da vida comunitária¹⁴. Aplica-se, por exemplo, na aprovação de um Tratado que funda uma Comunidade. A maioria qualificada deve recair sobre matérias de caráter essencial, tal como a aprovação de normas que reformem o "Tratado-Constituição". A maioria simples, a seu turno, destina-se a aprovação de normas de caráter corriqueiro, a exemplo das referentes à livre circulação de mercadorias.

Em qualquer das maiorias, deve ser instituída a impossibilidade de um grupo de Estados maiores fazer valer suas opiniões em detrimento da opinião dos

Estado; mas detém e exerce certos poderes soberanos. [...] O Tratado confere à Comunidade uma função própria; ela não a exerce ao título de uma delegação dos Estados aderentes. A Alta Autoridade não tem responsabilidade perante os governos, mas diante das instituições da Comunidade." [tradução nossa].

¹³ Jean Monnet (1997, p. 439), um dos pais fundadores da Comunidade, destaca que devido a essa independência plena da CECA para defender os interesses comunitários, não se aceita instruções de governos, nem de organismo. Do contrário haveria atos incompatível com "*le caractè supranational de nos fonctions*".

¹⁴ A unanimidade não deve ser banalizada. Do contrário, haveria tomadas de decisão em que o interesse de um Estado-Membro claramente prevaleceria sobre o comunitário. Para que se possa estabelecer a supranacionalidade, portanto, faz-se necessário a adoção prioritária das votações por maioria. No entanto, devem-se conjugar os interesses comunitários com o dos Estados-Membros e a representatividade de cada um destes. Para tanto, deve-se buscar uma coordenação entre as duas origens das vontades – a dos Estados e a da Comissão – por meio da adoção da regra maioria qualificada adicionada à "ponderação de vozes" nas votações (LINDEINER-WILDAU, 1970, p. 46-49).



Estados menores, bem como um bloco composto pelos Estados menores, cujo peso dos seus votos constitua um bloqueio à tomada de decisão de forma unilateral.

À título de exemplo, veja-se o Conselho União Européia que, de forma a substituir a tradicional regra do “um Estado, um voto”, pondera o valor do voto de cada Estado em razão, por exemplo, de aspectos demográficos e geográficos e da importância econômica dos Estados frente aos blocos regionais. Dessa maneira, um quórum de maioria qualificada a nível do Conselho exige um mínimo de 255 votos favoráveis entre os 345 possíveis (73,91%), além da possibilidade do uso da reserva da “cláusula demográfica”, a partir da qual qualquer Estado-Membro pode solicitar a confirmação de que os votos favoráveis representam, no mínimo, 62% da população total da União, sob pena de que a decisão que não atenda a essa percentagem seja anulada. Importante salientar que o peso do voto de cada um dos 27 Estados-Membro é delimitado no âmbito do Tratado e que seu valor varia de 3 (Malta) a 29 (Alemanha, Reino Unido, França e Itália)¹⁵.

3.2.2 Parâmetro para o cumprimento dos atos comunitários

Outro parâmetro quanto ao modo de exercício da competência refere-se ao fato de seu cumprimento ser provocado pelo implemento de sanções. Indica-se este *standard*: *Quanto mais grave for o descumprimento dos atos comunitários pelo Estado, mais rigorosas podem ser as sanções*.

O descumprimento mais grave dos atos comunitários caracteriza-se como aquele que afronte de forma direta e incisiva os princípios fundamentais estabelecidos pela Comunidade, sejam eles previstos nos Tratados, atos normativos, decisões dos órgãos administrativos comunitários ou na jurisprudência dos tribunais.

As sanções são mais rigorosas de acordo com a gravidade do descumprimento. Elas podem apresentar-se, por exemplo, por meio de multa, controle de preços, não repasse de fundos comunitários e expulsão do membro. A multa é sanção mais leve que deve ser normalmente empregada em caso de descumprimento das leis comunitárias, enquanto a expulsão do membro é a forma mais grave e deve consistir na *ultima ratio*.

3.2.3 Parâmetro para fiscalização dos atos comunitários

Os órgãos comunitários costumam ser classificados, segundo dois de seus aspectos: (i) direção, decisão e execução e (ii) controle ou fiscalização (CAMPOS, J.; CAMPOS, J. L., 2007, p. 63 ss.). Os primeiros são aqueles responsáveis por aprovar normas ou as concretizar. Aos segundos, incumbe a verificação da legitimidade do seu conteúdo no plano político, técnico ou jurídico.

Considerada tal classificação, é possível fixar o parâmetro a seguir: *quanto*

¹⁵ O Tratado de Lisboa, também denominado de Tratado Reformador, visa implementar novas exigências para as votações do Conselho. Para uma análise mais pormenorizada, consultar seu artigo 9.º C.



mais amplas forem as competências atribuídas ao ente supranacional, mais variados devem ser os meios de fiscalização e as instituições responsáveis por exercê-los.

A contraposição equilibrada entre órgãos de decisão e de controle é necessária para estabelecer freios e contrapesos entre os poderes da organização supranacional. Se for atribuída ao ente supranacional a competência para decidir sobre temas amplos, como, agricultura, concorrência ou meio ambiente; será imprescindível estruturar órgãos capazes de verificar se tais atos possuem um conteúdo adequado ao interesse comunitário do ponto de vista político, judicial e técnico.

Múltiplas formas de controle podem ser instituídas. Uma delas é a fiscalização política, que consiste em um mecanismo de contraposição de vontades ou interesses dos diversos grupos de interesses. No âmbito da União Européia, por exemplo, ela verifica-se por meio da *moção de censura* que o Parlamento Europeu pode aprovar para aplicar a demissão colegial da Comissão das Comunidades Europeias. O controle judicial, por sua vez, pode apresentar-se a partir da verificação da legalidade dos atos comunitários, reconhecendo, por exemplo, um recurso a um tribunal específico por desvio de finalidade na adoção de um ato. Já o controle técnico diz respeito à tomada de decisões que exijam conhecimento especializado, o que pode ser aprimorado pela publicização dos atos, políticas, decisões, pactos e deliberações adotados, bem como pelo estabelecimento de prazos para a elaboração de relatórios compreensíveis pelo cidadão comum. Independente do controle exercido, é importante considerar que os entes supranacionais devem ser responsabilizados por seus atos.

4 APONTAMENTOS FINAIS

Em desfecho, podemos depreender que a transferência supranacional de competências se insere no contexto do constitucionalismo internacionalizado. A supranacionalidade engloba alguns pressupostos, quais sejam, o efeito direto, a independência da organização supranacional em relação aos Estados, as relações diretas entre o ente supranacional e os particulares, e a transferência ou compartilhamento de competências com os Estados.

Os parâmetros para implementar a supranacionalidade podem ser divididos em dois aspectos. Um quanto à transferência supranacional de competências propriamente dita, e outro quanto ao modo de exercício das competências transferidas.

Do primeiro, propõe-se que a maior a independência dos órgãos supranacionais e a imparcialidade de seus agentes deva vir acompanhada de um âmbito de atuação mais alargada, bem como que matérias mais restritas e específicas transferidas ao órgão supranacional ensejam uma atuação mais incisiva e direta dos poderes da Comunidade.

Do segundo grupo, podemos inferir três parâmetros. São eles: quanto mais essencial for a adoção de um ato normativo para vida da comunidade, maior deve ser o quorum exigido para aprová-lo; quanto mais grave for o descumprimento dos atos comunitários pelo Estado, mais rigorosas podem ser as sanções; e quanto mais amplas forem as competências atribuídas ao ente supranacional, mais variados



devem ser os meios de fiscalização e as instituições responsáveis por exercê-los.

Com isso, foi estabelecido um *quantum* mínimo de parâmetros para a transferência de competências a organismos supranacionais. A proposta é útil tanto para guiar sua implementação, quanto para verificação posterior do seu exercício com o interesse comunitário. Interesse esse que se encontra envolvido na tensão da soberania relativizada com o desenvolvimento sócio-econômico e cultural.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A Constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A Constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do direito internacional** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. Coimbra: Coimbra, 2007.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría Del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 200-.

_____. Prólogo: Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003.

DUARTE, Maria Luiza. **Instituições da Comunidade Europeia**. Lisboa: Lex, 2001. 1 v. Tomo 1.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: Miguel Carbonell. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da Constituição**. Porto Alegre: Livraria do



advogado, 2006.

ISAAC, Guy. **Droit Communautaire**. 3. ed. Paris: Masson, 1990.

LINDEINER-WILDAU, Klaus Von. **La supranacionalité en tant que principe de droit**. Geneve: A. W. SJTHOFF - Leyde, 1970.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: renovar, 1994.

MONNET, Jean. **Mémoires**. Paris: Fayard, 1997.

MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional**: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

REUTER, Paul. **La communauté européenne du charbon et de l'acier**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953.

SEN, Amartya. **Democracy as a Universal Value**. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/docs/training/oxford/readings/2006/Sen%20Democracy%201999.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2008.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SCHUMAN, Robert. Preface. In: REUTER, Paul. **La communauté européenne du charbon et de l'acier**. Paris: Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1953. p. 3-8.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mon'alverne Barreto. **Diálogos constitucionais**: Direito, Neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



STAMATO, Bianca. **Constitucionalismo Mundial e 'Intercâmbio mundial entre Juízes'** In: BARROSO, Luís Roberto.(Org.) A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SUPRANATIONAL TRANSFERENCE OF COMPETENCES: PARAMETERS FOR IMPLEMENTACION

ABSTRACT

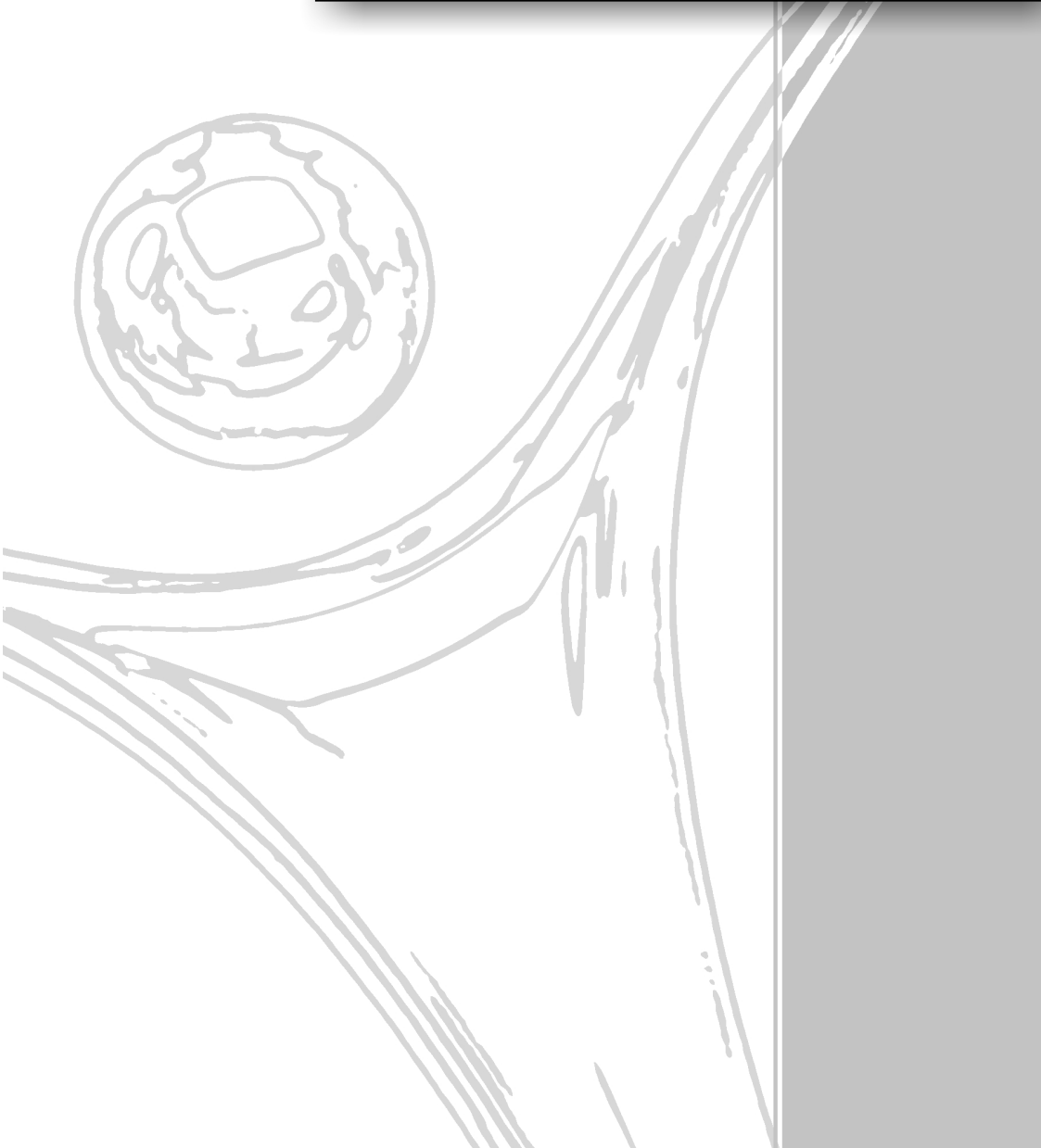
The supranationality is the transference of competence for independent international agencies that if relate of direct form with the particular ones. This *partial fusing of competences* estimates a relative of the state sovereignty that, however, cannot be given of any form, duly warned to fall again into an unsustainable to infringe of the Constitution of each State-Member. Our objective is the establishment of some parameters for the implementation of the supranational transference of competence, of form that this occurs without violating the sovereignty state. From the doctrinal research and of the adoption of methods of study compared with the European Community law, it was established observance of standards for the transference of competence properly said, as well as for the exercise of the transferred competence. It was concluded, then, how much bigger the independence of the supranational agencies and the impartiality of its agents, more widened can be its scope of activity; the more restricted and specific they'll be the substances transferred to the supranational agency, more incisive and direct could be the performance being able of the Community; the more essential it'll be the adoption of a normative act for community life, greater must be the demanded quorum to approve it; the more serious it'll be the infraction of the communitarian acts for the State, more rigorous can be the sanctions; and the more ample will be the competences attributed to the supranational being, more varied they must be the responsible ways of fiscalization and institutions for exerting them.

Keywords: Supranationality. Standards. Transference of competences.

Artigo finalizado em outubro de 2008.



Artigos Convidados





CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE: O CONTRIBUTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1891

Edilson Pereira Nobre Júnior

Mestre e Doutor em Direito Público pela
Universidade Federal de Pernambuco
Professor da Universidade Federal do
Rio Grande do Norte
Juiz Federal

1 O AMBIENTE CONSTITUCIONAL REINANTE NO SÉCULO XIX

Os movimentos constitucionalistas irrompidos nos séculos XVII e XVIII produziram três modelos constitucionais distintos e inconfundíveis. O primeiro deles foi o da Inglaterra que alcançou limitar, com a Revolução Gloriosa, alicerçada pelo *Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689, pretensão absolutista da monarquia, através de seu controle parlamentar. Um dos seus traços característicos foi o reconhecimento da supremacia do parlamento, refutando, assim, a doutrina que emanou do *Bonham's case* de 1610. Com isto, sepultado restou o desenvolvimento da fiscalização judicial dos atos legislativos.

O outro arquétipo, que pode ser sugerido como continuidade daquele de bases britânicas, repousa no oriundo da Revolução Americana, cuja consolidação se deu com a Constituição de 1787. Esta, demais de perfilhar a república presidencialista como forma de governo, consagrou a separação de poderes, com lastro na qual Legislativo, Executivo e Judiciário, estão sujeitos a controles recíprocos.

Aliado a isso, o forte receio de abusos por parte do Legislativo, a partir da malsinada experiência com as medidas opressoras que as outrora treze colônias sofreram do parlamento londrino, fizeram criar propício clima a que o traço original da organização política estadunidense recaísse no controle de constitucionalidade das leis.

Nesse sentido, convergiu doutrina contida tanto em O Federalista¹ quanto

¹ Conferir, especificadamente, texto de Hamilton que constitui o Capítulo LXXVIII. Há versão da obra em português (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JOHN, Jay. *O Federalista – Um comentário à Constituição Americana*. Tradução: Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959).

na ordem valorativa implícita na Constituição², tornando-se, assim, possível o reconhecimento, há aproximadamente duzentos e cinco anos atrás, no célebre *Marbury versus Madison*, de que a competência da legislatura está limitada pela Constituição, resultando inválida a lei quando com esta contrastar.

Portanto, contrariamente à natureza mirífica ostentada na Inglaterra, a lei, para os colonos norte-americanos, significou fonte de opressão, acarretando-se a necessidade do controle da sua compatibilidade com a Constituição, a ser aferido pelos juízes, como a medida do equilíbrio entre os poderes estatais.

À derradeira, tem-se o padrão constitucionalista surgido, no continente europeu, a partir da Revolução Francesa. Neste particular, cabe, inicialmente, traçar divisor de águas, entre o pensar dominante com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e das constituições que lhe seguiram até a tomada do poder por Napoleão, nas quais à vontade das assembléias de representantes do povo se reservava primazia, e o surgimento da restauração monárquica, que implicou no reaparecimento da superioridade do poder real sobre os demais estamentos estatais.

Qualquer que fosse a situação dentre as acima mencionadas, de notar-se é que a separação de poderes à francesa sempre repeliu a idéia do juiz analisar a constitucionalidade das leis³.

Algumas razões podem ser invocadas: a) o mito da infalibilidade da lei como instrumento de igualdade e justiça; b) a repartição de poderes estaria preservada melhor se o controle dos atos dos demais poderes estatais ficasse a salvo do Judiciário; c) a desconfiança perante as pessoas dos juízes, em face da forte identificação destes com o *ancien régime*.

Proclamada a independência, a nossa primeira Constituição, adotada a monarquia, preferiu o modelo cultivado na França que, à época, não mais era aquele do predomínio dos eflúvios do movimento de 1789, substituído pelo fortalecimento da monarquia ao depois da restauração da dinastia Bourbon.

Daí a forte influência recebida da Carta Constitucional de 14 de junho de 1814⁴, fazendo com que, no jogo dos poderes estatais, a Constituição de 25 de março de 1824 privilegiasse sobremodo a pessoa do Imperador, o qual, além da condução do Poder Executivo⁵, enfeixava, na condição de Chefe Supremo da Nação,

² Ver Artigos III, Seção II, e VI.

³ Prova insofismável disso, a Constituição francesa de 1791, promulgada nos estertores do reino de Luís XVI, em seu Título III, Cap. V, art. 3, dispunha: "3. Os tribunais não podem imiscuir-se no exercício do Poder Legislativo, nem suspender a execução das leis, nem encarregar-se de funções administrativas, nem citar para comparecer diante deles os administradores em razão de suas funções". Tradução nossa a partir de texto em espanhol disponível em: <http://constitucion.rediris.es/principal/constituciones-francia1791.htm#c5>. Acesso em 10.11.2008.

⁴ Referido diploma realçava, em muito, o papel do rei, sendo interessante observar tanto a redação de seu preâmbulo quanto dos arts. 13 a 23, valendo notar exaltação de que a sua pessoa era, na condição de chefe supremo do Estado, inviolável e sagrada. Interessante notar que, em contraste com as constituições marcadamente liberais, a iniciativa do processo legislativo pertencia, com exclusividade, ao rei (art. 16).

⁵ O art. 102 da Constituição em comento, no decorrer de seus quinze incisos, traçava relevantes competências a serem exercitadas pelo Imperador como chefe do Poder Executivo.



o Poder Moderador, chave de toda a organização política, para o fim de que aquele pudesse velar, incessantemente, sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos⁶.

E, como se não bastasse, o art. 15, VIII, da Constituição do Império, dispunha, às explícitas, ser atribuição da Assembléia Geral “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”.

Por sua vez, no rol de competências dos órgãos do poder judiciário, nem mesmo especificadamente quanto ao Supremo Tribunal de Justiça, havia mínima referência que fosse a permitir compreensão de ser possível verificação de questão de legitimidade constitucional.

Tudo isso serve para mostrar que a escolha em favor do modelo francês, levada a cabo pela Carta de 1824, com o acréscimo do clima político reinante, inviabilizou qualquer tentativa para a afirmação da possibilidade dos juizes verificarem o concerto entre aquela e as leis e demais atos normativos.

O panorama fático para tanto somente adveio com a proclamação da república em 15 de novembro de 1889. Isto porque os Constituintes de 1891, não podendo adotar o figurino inglês e francês, em face da incompatibilidade que estes mantinham com o regime político escolhido, não tiveram alternativa senão a de buscar inspiração que uma centúria antes influenciou os Estados Unidos.

A preocupação com o exame da constitucionalidade das leis estava presente, com relevo, em duas passagens inerentes ao Poder Judiciário. A primeira delas constou do seu art. 59, §1º, que, ao instituir entre nós o recurso extraordinário, prescreveu:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) §1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade das leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos

⁶ Dentre as diversas atribuições inerentes ao Poder Moderador, nos termos do art. 101, I a IX, da Constituição de 1824, encontra-se a notável influência que o Imperador poderia exercer no funcionamento do Legislativo e do Judiciário e das administrações municipais. Não fosse pela titularidade do Poder Moderador, não poderia D. Pedro II haver implantado, entre nós, regime de governo parlamentarista mediante o Decreto 523, de 20 de julho de 1847, sem reforma expressa do texto constitucional. A pujança do Poder Moderador restou imortalizada na pena de Pimenta Bueno: “O Poder Moderador, cuja natureza a Constituição esclarece bem em seu art. 98, é a suprema inspiração da nação, é o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar o como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente com os outros para o fim social, o bem-estar nacional: é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é enfim a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente de todas as instituições fundamentais da nação” (BUENO, José Antônio Pimenta. Marquês de São Vicente, 1. ed. São Paulo/SP: Editora 34. 2002. Coleção Formadores do Brasil, p. 280).



esses atos, ou essas leis impugnadas⁷.

Noutro passo, a possibilidade do controle judicial de constitucionalidade estava no art. 60, alínea *a*, que, a pretexto de enumerar a competência da Justiça Federal, dispunha: “Art. 60. Compete aos juízes ou Tribunais Federais processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal”.

Complementando a disciplina, acima transcrita, havia o art. 59.2, o qual, à míngua da criação de tribunais federais de segundo grau de jurisdição, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o apanágio de órgão recursal das decisões da justiça federal.

Entretanto, a práxis culminou por demonstrar enorme contribuição propiciada pela instituição, no art. 72, § 22, relativo à declaração de direitos, do *habeas corpus*, ensejando inúmeras oportunidades para que o Judiciário, verificando supostas ilegalidades ou abuso de poder, pudesse confrontar o texto magno com atos normativos e comportamentos estatais concretos.

Desse modo, afigura-se interessante visão a ser extraída das observações da doutrina e da prática judiciária que, na sua avidez em procurar o sentido dos preceitos constitucionais acima indicados, buscou não só delimitar o alcance da competência jurisdicional de controlar a compatibilidade dos atos dos poderes públicos com a Constituição, mas também a fixação de parâmetros de atuação.

Na execução da tarefa, inevitável o surgimento de algumas indagações, tais como o que, à época, se devia entender por inconstitucionalidade e quais órgãos poderiam conhecê-la? Estavam tais órgãos, no exercício de sua competência, adstritos a limites materiais e formais?

As questões terão suas respostas desenvolvidas nas linhas seguintes. Isto sem omitir passagem sobre a nossa inicial experiência com a garantia constitucional do *habeas corpus*.

2 INCONSTITUCIONALIDADE: CONCEITO E COMPETÊNCIA PARA O SEU RECONHECIMENTO

Ao comentar o §1º do art. 59 da Constituição republicana, que cogitava da validade de tratados, leis, federais e estaduais, e atos dos governos dos Estados, João Barbalho⁸ se mantinha convicto em afirmar que o preceito atribuía ao Supremo Tribunal Federal, inicialmente, competência para aferir acerca da legitimidade constitucional do ato impugnado, ou seja, sua conformidade com a Constituição.

⁷ O Constituinte restringiu o âmbito do recurso extraordinário gizado pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que, no seu art. 9º, parágrafo único, alínea *c*, continha mais uma hipótese de cabimento daquele, consistente: “Quando a interpretação de um preceito constitucional ou lei federal, ou da cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado do preceito ou cláusula”.

⁸ *Constituição Federal Brasileira (1891)-comentada*. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 242.



Nessa hipótese, a lei poderia ser inconstitucional por seu objeto não se situar na competência legislativa da pessoa política que a editou, ou por contrariar as disposições constitucionais.

Em segundo lugar, a inconstitucionalidade poderia ter lugar quando aferida a desconformidade do processo parlamentar de elaboração da lei com os respectivos preceitos da Constituição.

Pela lição do autor já se antevia divisão, que sobrevive até os dias de hoje, fracionando os tipos de inconstitucionalidade em material e formal⁹.

O fato da competência do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, resultar da impugnação de decisões anteriormente proferidas por juízes e tribunais estaduais mostra, estreme de dúvidas, que a competência para a análise da constitucionalidade das leis não lhe era exclusiva, pertencendo, igualmente, aos demais órgãos do Poder Judiciário. Isto se reforça com a previsão da competência dos juízes federais para conhecer as causas nas quais se fundasse a pretensão, ou a resposta, em dispositivo da Lei Magna. Neste ponto inclusive o art. 13, §10, da Lei 221, de 20 de novembro de 1894, era eloqüente¹⁰.

A inspiração norte-americana não permitia outra conclusão. Prova disso Amaro Cavalcanti sustentou:

O direito de resolver sobre a *constitucionalidade* de uma lei, tanto cabe ao Supremo Tribunal Federal, como aos tribunais e juízes inferiores, dentro da respectiva jurisdição. Onde quer que a questão for suscitada, o tribunal ou juiz deve pronunciar-se a respeito; porque o direito de aplicar a lei ao caso envolve necessariamente o de conhecer da validade ou legitimidade dela¹¹.

O reconhecimento da competência difusa foi além da meditação doutrinária, tendo sido alvo de ênfase jurisprudencial. Assim que, à guisa de motivação do HC 410, julgado em 16 de agosto de 1893, no qual se deferiu ordem impetrada por Rui Barbosa para a soltura de Mário Aurélio da Silveira, imediato do vapor Júpiter, o Min. Freitas Henrique frisou ser da competência do Judiciário como um todo dizer da validade, sob o prisma constitucional, das leis cuja aplicação é discutida¹².

⁹ Consultar: José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 48) e Clèmerson Merlin Clève (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31-37).

¹⁰ O preceito continha o teor seguinte: "Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição".

¹¹ *Regime Federativo e a República Brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. Coleção Temas Brasileiros, v. 48, p. 203.

¹² Interessante transcrever a seguinte passagem do pronunciamento: "Que incumbe aos Tribunais de Justiça verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos occorrentes e negar efeitos jurídicos àquelas que forem incompatíveis com a Constituição, por ser esta a lei suprema e fundamental do país; Que este dever não só decorre da índole e natureza do Poder Judiciário, cuja missão cifra-se em declarar o direito vigente, aplicável aos casos occorrentes regularmente sujeitos à sua decisão, se não também é reconhecido



Com isso, evidentemente, não se quer dizer que o Supremo Tribunal Federal ostentava papel idêntico ao dos demais órgãos jurisdicionais no particular da competência examinada. Absolutamente. Seja pela relevância de sua competência originária, ou pela competência recursal última, àquele foi apontada função de guardião-mor da autoridade da Constituição, singularidade divisada pela doutrina de então¹³, sem contar importante função de velar pelo pacto federativo, firmando a harmonia entre os Estados e a União.

No exercício da competência recursal, resultante de influência norte-americana, extraída do *Judiciary Act*, assentou-se entendimento de que, para o conhecimento do recurso, importante que a questão da validade ou aplicações de tratados, leis federais e estaduais, a justificar o seu conhecimento, tivesse sido objeto de discussão e deliberação na decisão atacada.

Tratava-se do que se convencionou denominar de pré-questionamento, que se consolidou como inabalável pressuposto específico de admissibilidade de dito recurso e que resultou de ponto de vista adotado inicialmente por julgamento de 11 de maio de 1895, tendo alcançado prosseguimento nos Recursos 275, de 26 de outubro de 1898; 670, de 19 de outubro de 1898; 1.303, de 28 de setembro de 1910 e 616, de 18 de novembro de 1911.

Tal pressuposto, não assentado em texto explícito, antes resultava como decorrência natural de decisão que contestasse validade de tratado ou lei.

E assim se impunha porque, conforme anotado por Pedro Lessa, o emprego da denominação “extraordinário”, só por só,

revela bem a principal diferença entre este recurso, que se interpõe de uma justiça para a outra e em casos especiais e muito limitados, e os recursos ordinários de que na mesma justiça, e num grande número de casos, se utilizam os litigantes para o fim de obter a reforma das decisões da instância inferior pela superior¹⁴.

no art. 60, letra ‘a’, da Constituição que inclui na competência da Justiça Federal o processo e julgamento das causas em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa em disposição constitucional;” (...). Os pronunciamentos jurisprudenciais citados, originários do Supremo Tribunal Federal, têm, com exceção do último deles, sua íntegra disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=principalStf>. Acesso em 10.11.2008. Por isto, no decurso do trabalho, não serão indicadas as correspondentes fontes.

¹³ João Barbalho acentuou: “O carácter, attribuído ao supremo tribunal federal, de guarda e oráculo da Constituição nos assumptos submettidos a seu conhecimento e juízo, assigna-lhe tamanha proeminencia e é encarado como tão salutar, que a principio deo logar a que, por mal comprehender-se o modo porque elle desempenha essa grandiosa função, se lhe fizessem pedidos directos de interpretações e consultas sobre intelligencia de disposições legaes” (*op. cit.*, p. 235). O mesmo sucedeu com Amaro Cavalcanti (*loc. cit.*, p. 109) quando, após reconhecer a condição do Supremo Tribunal Federal como órgão supremo do Poder Judiciário, alertou para o dever de máxima correção no cumprimento das prerrogativas e fins que lhe foram traçados pelo sistema político que regia o país.

¹⁴ *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal. 2003, p.103.



Nesse diapasão, Carlos Maximiliano¹⁵ alertava ser conveniente fixar limites bem estritos ao cabimento do mencionado recurso. Antes, criticou tendência cotidiana do Supremo Tribunal Federal a paulatinamente transformar-se, com a via do recurso extraordinário, numa terceira instância ampla e lenta, justamente pela sua admissão sem maiores restrições¹⁶.

Por isso, o recurso extraordinário não era cabível quando a decisão do Tribunal do Estado reconhecesse a validade dos tratados e leis federais, mas somente quando houvesse o reconhecimento da ilegitimidade constitucional daqueles. Igualmente, a decisão que deliberasse pela aplicação de tratado ou lei federal, contestada em face de preceito constitucional, não ensejaria o inconformismo recursal. Para tanto, fazia preciso houvesse decisão que os declarasse inaplicáveis ou simplesmente deixasse de aplicá-los. Já em havendo discussão que envolvesse suposta contrariedade entre dispositivo da Constituição e atos dos governos locais, de natureza legislativa ou não, o apelo extremo somente teria cabimento caso a decisão fosse pela validade dos atos impugnados diante da Lei Fundamental.

A natureza extrema do recurso extraordinário foi além da percepção da doutrina, encontrando-se no rol das preocupações do legislador, em conformidade com o que se pode ver do art. 24, segunda parte, da Lei 221, de 20 de novembro de 1894¹⁷.

Num ponto, porém, penso ter havido interpretação alargada do art. 59, §1º, alínea *b*, pelo Supremo Tribunal Federal, pois, como nos informa João Barbalho¹⁸, no Recurso Extraordinário 91, julgado em 09 de dezembro de 1896, assentou-se que a expressão “leis locais” compreendia não somente as leis promulgadas pelos Estados, englobando também as municipais¹⁹. O entendimento, ao que parece, mantém-se ainda hoje por força do art. 102, III, alíneas *a* e *c*²⁰.

Porém, o próprio João Barbalho²¹ vislumbrou possibilidade de interposição de recurso extraordinário quando a lide envolvesse discussão sobre a legitimidade de regulamentos, salientando que, em se configurando como normas complementares das leis, contendo medidas adequadas à sua boa execução, dão vigor e eficácia prática às leis federais. Assim, para manter a autoridade destas, dever-se-ia

¹⁵ Comentários à Constituição Brasileira de 1891. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 617.

¹⁶ Parece que o autor, posteriormente consagrado em obra dedicada à hermenêutica jurídica, já vaticinava o caos que, nos dias atuais, viria instaurar-se no Pretório Excelso, com as estatísticas referentes ao quase concluso ano de 2008, retratando o ingresso de 87.529 processos em contraste ao número de 90.847 julgamentos. O quantitativo não deixa de ser animador quando se observa que, no ano de 2007, foram recebidos 119.324 feitos e julgados 159.522.

¹⁷ Eis o aludido preceito: “A simples interpretação ou aplicação do direito civil, commercial ou penal, embora obrigue em toda a Republica, como leis geraes do Congresso Nacional, não basta para legitimar a interposição do recurso, que é limitado aos casos taxativamente determinados no art. 9º, paragrapho unico, letra (c) do citado decreto n. 848.”

¹⁸ *Op. cit.*, p. 246.

¹⁹ O mesmo entendimento foi esposado por Carlos Maximiliano (*op. cit.*, p. 617).

²⁰ Consultar: Pleno, RE 206.777- 6/SP, v.u., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 30-04-99; 1ª T., RE 249.070-9/RJ, v.u., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 17-12-99.

²¹ *Op. cit.*, p. 246.



comportar a admissibilidade do apelo extremo²².

A exemplo do que atualmente ainda acontece, o recurso extraordinário não estava sujeito a condicionantes de alçada.

Não obstante preocupação doutrinária com a excepcionalidade do recurso em tela, poderia ter-se avançado mais, para o fim de limitar-se a abrangência do recurso ao que, atualmente, instituiu-se como repercussão geral pela EC 45/2004, a exemplo do que se tem como o *writ of certiorari* interposto para a Suprema Corte norte-americana. Sei que, para assim aportar-se, os norte-americanos se serviram da via legislativa, alterando-se, por algumas vezes, o *Judiciary Act* de 1789²³. No entanto, nada estava a impedir que, nestas plagas, tal tivesse ocorrido pela via interpretativa à luz do caráter extravagante e singular de tal recurso.

3 LIMITAÇÕES FORMAIS AO CONTROLE JUDICIAL

Competência tão importante, atribuída a um dos poderes do Estado, como a de dizer da constitucionalidade ou não dos atos dos demais poderes, não está isenta de limites. Pelo contrário, se o seu desempenho sucedesse sem restrição alguma, tornaria o Judiciário capaz de subordinar ao seu talante o comportamento do Executivo e do Legislativo.

Por essa razão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência se mantiveram ciosas em traçar limites a serem observados quando da aferição da compatibilidade vertical entre a Constituição e as leis e demais atos estatais.

Hão de ser bipartidos em limites formais e materiais.

Principiaremos pela análise do modo através do qual o Judiciário há de movimentar-se para exarar declaração de inconstitucionalidade.

O primeiro ponto a ser aqui enfatizado é o de que, à vigência da Lei Máxima de 1891, não havia previsão para impugnação em tese de lei ou ato normativo sobre o qual pudesse pesar pecha de inconstitucional.

A dicção dos arts. 59 e 60 evidenciava que o controle judicial apenas teria lugar quando da solução dos conflitos de interesses que versassem pretensão resistida. Sem controvérsia concreta, não poderia advir declaração de inconstitucionalidade. A influência norte-americana mais uma vez assim impunha.

²² Na moldura atual do recurso extraordinário, o Pretório Excelso (1ª T., RE 265.297 – DF, v.u., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 01-07-2005, p. 00056; 1ª T., AI – AgR 358.226 – SP, v.u., rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 23-08-2002, p. 00085) têm-se, em linha de princípio, afastado o seu cabimento nas hipóteses em que se discute possível violação da Constituição por dispositivo regulamentar, ora por reputar ausência de questão de constitucionalidade, porquanto tudo não passaria de confronto entre a lei e o dispositivo que a complementa, ora por ser caso de ofensa indireta, reflexa, do texto magno.

²³ É de serem apontadas três modificações legislativas, quais sejam a de: a) 1891, a qual, a par da criação de tribunais intermediários (tribunais de circuito) entre a primeira instância da justiça federal e a Suprema Corte, diminuiu as hipóteses de apelação obrigatória e instituiu o *writ of certiorari*; b) 1925, que reduziu mais ainda os casos de apelação obrigatória e aumentou a discricionariedade da Suprema Corte para o conhecimento de recursos (*discretionary power*), instituindo o *certiorari by pass*; c) 1988, responsável pela eliminação das situações de apelação obrigatória, remanescendo a *petition for writ certiorari* como única via de acesso recursal à Suprema Corte.



Imprescindível, assim, que, no curso do processo, alguma das partes suscitasse questão constitucional. Em comentário ao art. 60, aliena *a*, da Constituição de 1891, Pedro Lessa, com argúcia, trouxe infalível definição do que se deveria inferir por questão de constitucionalidade, ensinando:

Uma acção proposta com fundamento na Constituição é, pois uma acção baseada *directa* ou *immediata e exclusivamente* em um preceito constitucional, e tem por fim evitar a applicação de uma lei, federal ou local, por ser contraria à Constituição, ou annullar actos ou decisões do governo nacional, dos Estados ou dos municipios (¹), que igualmente contravêm aos preceitos constitucionaes. Uma acção cuja defesa é apoiada na Constituição é uma acção, em que o réu se defende, invocando *directa ou immediata e exclusivamente* um artigo constitucional, para o mesmo fim de evitar a applicação de uma lei, federal ou estadual, ou de annullar actos de alguns dos tres governos mencionados, em consequencia do vicio da inconstitucionalidade.²⁴

Integrando o significado acima, a portar incontestemente a atualidade, o autor, cõscio da excepcionalidade do controle judicial em tela, alude à circunstância de que a questão constitucional, para assim qualificar-se, deve ser o único objeto da discussão jurídica, de modo que se há autônoma possibilidade desta ser resolvida com o emprego de outro argumento, não haveria que se cogitar de questionamento de compatibilidade vertical.

Daí que, também atento a essa faceta, Amaro Cavalcanti envidou o conselho seguinte:

Também, como regra, o judiciário não deverá pronunciar-se contra a validade de uma lei, sem que isso *torne-se absolutamente necessário* para a decisão da causa. Por isto, em qualquer caso, em que se suscite uma questão constitucional; o tribunal fará melhor, adotando esta última conduta, e deixando a questão da constitucionalidade fora de consideração, até que apareça, algum outro caso, em cuja decisão, seja aquela inevitável²⁵.

Considerada a importância e complexidade que envolve declaração de invalidade de ato para cuja formação concorreu manifestação do Legislativo e o Executivo, cujos membros foram escolhidos pelo povo, a doutrina de então²⁶ re-

²⁴ *Op. cit.*, p.130/131

²⁵ *Op. cit.*, p.204

²⁶ Para Amaro Cavalcanti (*op. cit.*, p. 203) tal deveria ocorrer porque, no controle de constitucionalidade, não se estava diante apenas da missão ordinária do juiz de julgar acerca da lei invocada sobre um fato, mas antes de um ato do Poder Público, superior à simples função judicial. Também sustentava idêntica preocupação Carlos Maximiliano (*op. cit.*, p. 612).



corria à recomendação de prudência, adotada pela jurisprudência norte-americana, no sentido de que uma lei somente pudesse ser declarada inconstitucional pela maioria absoluta do tribunal de justiça e não simplesmente pela preponderância de *quorum* acidental.

Não havia disposição magna expressa sobre a matéria, o que veio a surgir somente com a Constituição de 1934, permanecendo a exigência até a Lei Fundamental vigente (art. 97), havendo, na atualidade, o Supremo Tribunal Federal se mostrado rígido quanto à sua observância²⁷.

Isso não impedia – e ainda hoje não impede – que o juiz singular pudesse deixar de aplicar uma lei ou ato normativo, ao reconhecer incidentalmente sua inconstitucionalidade. Nem mesmo nos Estados Unidos há qualquer restrição a esse respeito²⁸.

Galvaniza atenção a incessante tentativa de delimitar o alcance da ação de *habeas corpus*. Incorporada ao nosso sistema jurídico com o Código de Processo Criminal do Império (art. 340), assomou ao texto constitucional com o § 22 do art. 72 da Constituição de 1891, assim redigido: “§ 72. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

A primeira constatação que o exercício de tal remédio implicou foi justamente diferenciação do que se poderia ter por direitos e garantias fundamentais. A individualidade destas vem realçada por ser instrumento de proteção dos direitos²⁹.

Outra particularidade estava em saber se poderia o juiz conceder o *writ* apenas quando buscasse o impetrante assegurar sua liberdade de locomoção, ou também poderia fazê-lo quando estivesse em disputa o exercício de outros direitos fundamentais? A questão rendeu acirrada controvérsia.

A razão de ser da controvérsia, ao que tudo indica, decorrera da insuficiência da tutela proporcionada pela ação sumária especial, haja vista que o art. 13, § 7º³⁰, da Lei 221, de 1894, excluía a competência judicial para suspensão do ato estatal impugnado³¹, sem contar que, à época, não vicejava forte sentimento doutrinário em

²⁷ Eis, portanto, o teor da Súmula Vinculante 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

²⁸ Elucidativa, a respeito, a leitura de Eduardo Virgala Foruria. Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, a. 21, n. 62, p. 77/124, mai.-ago. 2001.

²⁹ A esse propósito, inexcidível lição de Rui Barbosa: “A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos e garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir a interpretação dos textos, e adúltera o sentido natural das palavras. *Direito* “é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar, ou não praticar certos atos”. Garantia, ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados, de ocorrência mais ou menos fácil” (*Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russel, 2004. p. 156)

³⁰ Eis o preceito: “A requerimento do autor, a autoridade administrativa que expediu o acto ou medida em questão suspenderá a sua execução, si a isso não se oppuzerem razões de ordem pública.”

³¹ No particular, o relato de Amaro Cavalcanti: “O pensamento, que se depreende dos dispositivos dessa lei, é, antes de tudo, o de que a eficácia dos atos legislativos e administrativos, assim como o dever de obediência aos mesmos, deverão subsistir sem quebra, até que, por sentença judiciária proferida em processo re-



favor do reconhecimento dum poder geral da cautela por parte do Judiciário.

Carlos Maximiliano³² lançou acerba crítica à tendência que considerava o *habeas corpus* idôneo à tutela dos direitos em geral.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, de fato, deferiu várias impetrações para que fossem assegurados outros direitos fundamentais que não a liberdade individual. Houve resistências, mas parcelares. Noutras ocasiões se conhecia do pedido, a pretexto de que, embora não sendo a liberdade de locomoção a utilidade imediata, sua proteção estava vinculada, de modo insuperável, ao desempenho de outro direito fundamental.

Atraente a menção a alguns precedentes: a) HC 1.794, de 14 de janeiro de 1903, no qual prevaleceu ponto de vista no sentido de que o remédio jurídico impetrado não poderia ser utilizado como para afastar proibição de ingresso no país, como o caso do banimento imposto aos membros da família real pelo Decreto 78 – A, de 21 de dezembro de 1889; b) RHC 2.244, de 31 de janeiro de 1905 (rel. Min. Pedro Antônio de Oliveira Ribeiro), sede onde, com fundamento no art. 72, §11, da Constituição, protegeu-se o impetrante contra ameaça de constrangimento legal decorrente da iminência de entrada de autoridade sanitária em casa do paciente, sem o consentimento deste, haja vista inexistir lei que a autorizasse; c) RHC 2.793, de 08 de dezembro de 1909 (rel. Min. Canuto Saraiva), interposto de decisão de juiz federal que negou *habeas corpus* impetrado contra ato do Presidente da República, consubstanciado no Decreto 7.689, que permitiu ao Prefeito do Distrito Federal o exercício de suas atribuições sem a colaboração do Conselho Municipal, por considerar este inexistente, tendo por lastro a legalidade do ato cuja execução é impugnada, não obstante o voto do Min. Pedro Lessa, para quem a negativa da ordem se impunha porque a finalidade buscada não foi garantir a liberdade individual, mas resolver questão de investidura em funções legislativas; d) HC 2.990, de 25 de janeiro de 1911 (rel. Min. Amaro Cavalcanti), cuja ordem foi deferida para assegurar aos impetrantes o direito de ingresso na Câmara Municipal do Distrito Federal, com vistas a que pudessem ingressar no edifício do Conselho Municipal para exercerem suas funções até o término do mandato; e) HC 2.794, de 11 de dezembro de 1909 (rel. Min. Godofredo Cunha), deferido para permitir aos pacientes o ingresso no edifício do Conselho Municipal para exercerem os direitos decorrentes de seus diplomas, frisando o Min. Amaro Cavalcanti a hipótese ser de proteção da liberdade de locomoção, a qual constituía um meio para o exercício duma multiplicidade de direitos; f) HC 3.061, de 29 de julho de 1911, onde se concedeu a ordem para assegurar aos impetrantes a livre locomoção e ingresso no edifício da Assembléia Legislativa do

gular, sejam tais atos declarados, por ventura, nulos ou carecedores de força jurídica. O legislador de 1894 procurou tornar êste seu pensamento o mais claro possível, estatuinto, como advertência especial, no §7º do citado art. 13, que o autor podia requerer a suspensão do ato ou medida impugnada, – mas, dirigindo o seu requerimento à própria autoridade administrativa expedidora do ato, e esta poderá atendê-lo, ‘se a isto não se opusessem razões de ordem pública’. Não reconheceu, entretanto, a mesma faculdade à autoridade judiciária” (*Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956. Tomo II, p. 783-784).

³² *Op. cit.*, p. 734.



Rio de Janeiro³³; g) HC 3.137, de 20 de janeiro de 1912, reputado prejudicado, não obstante o reconhecimento, de passagem, de que o remédio ajuizado possui aptidão para garantir liberdade individual necessária ao exercício de funções políticas (rel. Min. Epiácio Pessoa); h) HC 3.536, de 06 de maio de 1914 (rel. Min. Oliveira Ribeiro), cuja concessão implicou o direito constitucional do impetrante, Senador Rui Barbosa, para publicar seus discursos proferidos da tribuna do Senado pela imprensa, onde, como e quando lhe convier, tendo o Min. Godofredo Cunha votado pelo não conhecimento do pedido, porquanto o *habeas corpus* é destinado tão-só a tutelar a liberdade pessoal; i) HC 3.697, de 16 de dezembro de 1914 (rel. Min. Enéas Galvão), cujo deferimento assegurou ao Senador Nilo Peçanha direito de penetrar no palácio do Governo do Estado do Rio de Janeiro para exercer suas funções de presidente do Estado até o término do mandato; j) HC 4.781, de 05 de abril de 1919 (rel. Min. E. Lins), concedido para que o Senador Rui Barbosa, juntamente com os demais impetrantes, pudesse, no Estado da Bahia, exercer direito de reunião e de palavra publicamente nas praças, ruas, teatros e quaisquer recintos.

Procurando evitar a elasticidade da garantia individual, a Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926 alterou a redação do art. 72, § 22, da Constituição, que passou a constar: "Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

Com isso, advieram inúmeras tentativas voltadas ao surgimento de nova garantia constitucional, justamente para preservar, com maior intensidade, outros direitos fundamentais diferentes da liberdade individual, resultando-se, com a Constituição de 16 de julho de 1934 (art. 113, nº 33), no mandado de segurança³⁴.

4 RESTRIÇÕES MATERIAIS

Passando-se aos óbices de conteúdo, interesse despertou o de saber se o Judiciário poderia enveredar pelo conhecimento de questões políticas.

Mesmo à míngua de norma proibitória expressa, como se deu nas Constituições de 1934 (art. 68) e 1937 (art. 94), foi freqüente o evocar, por ocasião das contestações de atos emanados do titular da Presidência da República, da exceção, consoante a qual, no exercício do controle jurisdicional, haveria zona imune à penetração deste, qual seja a da matéria essencialmente política.

³³ Em voto vencido, o Min. Godofredo Cunha salientou que, em sendo os fatos idênticos aos que ensejaram o deliberado no HC 2.984, o novo pedido de *habeas corpus* somente poderia ser recebido como reclamação para execução do primeiro acórdão. É, assim, possível visualizar em tal pronunciamento embrião do que, mais tarde, tem-se como reclamação para preservação da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, I, CF), medida de extrema e presente relevância no controle de constitucionalidade em face da introdução do efeito vinculativo da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, da ADPF e da súmula vinculante.

³⁴ Cf. narrativa constante de estudo de nossa autoria (Mandado de segurança coletivo e sua impetração por partido político, *Revista Cuestiones Constitucionales*, Ciudad Universitaria, n. 16, p. 282-283, rodapé 2, jan./jun., 2007).



Esse mito foi superado pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal. Em sua memorável peleja contra os atos perpetrados pelo Presidente Floriano Peixoto, é sabido que Rui Barbosa não se cansou em alardear mensagem de que a ação do Executivo e do Legislativo tinha como forçado encerro a Constituição.

Dentre os inúmeros pleitos que deduzira judicialmente, é de serem destacadas razões apresentadas em ações de reparação civil propostas perante a Justiça Federal em favor das pessoas atingidas pelos atos de reforma e demissão vazados através dos Decretos de 07 e 12 de abril de 1892.

Foi levantada objeção de não possuir o Judiciário a competência para o exame do pleito, por envolver assunto de natureza política. Forte no ensinamento de Marshall³⁵, Rui soube bem enquadrar a exceção, reduzindo-a para situações onde o Congresso ou o Executivo emitem comportamentos em assuntos sujeitos, por força da Constituição, à sua livre discricção, não atingindo, por isso, direitos fundamentais do cidadão.

Tanto que deixou claro, por isso, ser inadmissível impugnação direta duma lei, porque, se assim pudesse ser realizado, exorbitaria o judiciário o alcance de sua competência, o que não impediria os atingidos de resguardarem seus direitos individuais contra os atos embasados no comando legal.

A proteção dos direitos individuais, em nenhum instante, poderia ser obstada pela alegação do exercício de função política pelo Executivo ou Legislativo, poderes que, por serem órgãos políticos do regime, têm suas funções, sem exceção, adornadas pelo adjetivo político. Isto seria o mesmo que permitir que aqueles fundassem e desenvolvessem o reino do arbítrio³⁶.

O pensar acima, após iniciais reveses, alcançou receptividade no Supremo Tribunal Federal. Inicialmente se mencione o HC 300, de 27 de abril de 1892, impetrado por Rui Barbosa em favor do Senador Almirante Eduardo Wandenkolk e outros, detidos e desterrados por ordem do Marechal Vice-Presidente da Repúbli-

³⁵ Incisivo, Marshall, no *Marbury vs. Madison*, de 24 de fevereiro de 1803, elucidou imperiosa distinção: "... quando os responsáveis dos ministérios são agentes políticos, ou de confiança do Executivo, limitando-se a executar a vontade do Presidente, ou, em geral, atuando em casos nos quais o Executivo dispõe dum âmbito constitucional ou legal de discricionariedade, nada pode estar mais claro que estes atos são somente politicamente fiscalizáveis. Porém, quando a lei estabelece um dever específico, e existem direitos individuais que dependem do cumprimento deste dever, está igualmente claro que o cidadão que se considere prejudicado tem o direito de recorrer às leis de seu país em busca de uma reparação" (tradução nossa a partir de versão espanhola disponível em: www.der.uva.es. Acesso em 31-10-2008).

³⁶ A teorização desenvolvida sobre o assunto por Rui Barbosa é encontrada em os *Atos Inconstitucionais* (p. 105-119). Devido à extensão dos fundamentos que a ampara, interessante transcrever-se parte das conclusões: "Atos políticos do Congresso, ou do Executivo, na acepção em que esse qualificativo traduz exceção à competência da justiça, consideram-se aqueles, a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricção prudencial do poder, e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo. Em prejuízo destes o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes. Se o ato não é daquele que a Constituição deixou à discricção da autoridade, ou se, ainda que o seja, contravém às garantias individuais, o caráter político da função não esbulha do recurso reparador as pessoas agravadas. (...) A violação de garantias individuais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais. A estes compete sempre verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange em seus limites a faculdade exercida." (op. cit., p. 118-119).



ca, conforme os Decretos de 10 e 12 do referido mês. O Pretório Excelso denegou o pedido sob consideração de incompetência, afirmada com base nos seguintes argumentos: a) antes do juízo político do Congresso não poderia o Judiciário examinar o uso que fez o Presidente da República da atribuição constitucional de lançar mão do estado de sítio, uma vez não ser da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se em questões políticas; b) ainda que, na situação criada pelo estado de sítio, possam estar envolvidos alguns direitos individuais, tal não habilita o poder judicial a intervir para nulificar os atos presidenciais, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política que os envolve.

Na assentada, é de registrar voto vencido do Min. Pisa e Almeida que, fundado no art. 80, entendia que a competência prevista neste dependia de lei, ainda não editada.

Por ocasião do HC 1.073, de 02 de abril de 1898, impetrado em favor de parlamentares e militares, o Supremo Tribunal Federal, novamente instado a pronunciar-se sobre coações determinadas (prisões e desterros) em estado de sítio decretado em 1897, deferiu a ordem, expondo, timidamente, que tal medida não está isenta de observância à Constituição, seja porque não poderia suspender imunidade parlamentar, a qual é inerente à função de legislar e, com isto, importa essencialmente à autonomia e independência do Poder Legislativo, seja porque a ação judiciária suspensa durante o estado de sítio, com o fim deste se restabelece e revigora.

Sem embargo do voto do relator, Min. Lúcio Mendonça, limitar o campo de atuação judicial à cessação do estado de sítio, a parecer, assim, inclinar-se pela incompetência como regra do Supremo Tribunal Federal, o Min. Macedo Soares, ao depois de realçar a arbitrariedade do estado de sítio em causa, frisou que o Judiciário possui competência para sua apreciação, para o fim de verificar se a competência presidencial foi além do demarcado pela Constituição, salientando que, mesmo antes do exame congressual, aquele pode exercer sua função de controle, caso, por ato inconstitucional, esteja em jogo liberdade individual³⁷.

³⁷ Considerando-se que talvez tenha sido esta a primeira manifestação, com robustez, do afastamento da imunidade do controle judicial dos atos ditos políticos, interessante transcrição de passagem do pronunciamento: "Em face de nosso atual regimen, é indiscutível a competência do Poder Judiciário Federal para manter a inviolabilidade da Constituição, que não pode flutuar à mercê dos caprichos dos dois outros órgãos da soberania nacional. Assim, pois, se as medidas discricionárias do chefe do Poder Executivo, durante o estado de sítio, têm os seus limites na lei fundamental, que da mesma sorte indica nesta grave emergência da vida social qual o procedimento que assiste ao Congresso, é manifesto que a inobservância de tais preceitos abre espaço à intervenção do Poder Judiciário. O estado de sítio não significa a suspensão de todas as garantias, mas tão somente daquelas que se acham mencionadas no art. 80, n.2, da Constituição, e de cujo emprego o Presidente da República "logo que se reúna o Congresso, motivando-as lhe relatará". Por conseguinte, tudo que for além de tais medidas dará então lugar a intervenção do Poder Judiciário, antes ou depois do juízo político do Congresso, por não se tratar mais de atos praticados dentro da órbita constitucional, porém de violência à liberdade individual, que tem no *habeas corpus*, o meio legítimo de fazer cessar esse constrangimento. E nem seria admissível que, tendo o nosso estatuto político, por intuitiva precaução, restringido a ação do Poder Executivo, durante o estado de sítio, pretender-se condenar à inércia o Poder Judiciário Federal diante de quaisquer abusos que porventura se pudesse praticar à sombra dessas medidas de salvação pública."



Outra oportunidade recaiu no HC 1.974, de 14 de janeiro de 1903, impetrado em favor de Gastão de Orleans e demais membros da ex-dinastia brasileira de Bragança, para que pudessem, sem prejuízo de suas liberdades físicas, ingressar e demorar no território nacional, ao argumento de que o Decreto 78 – A, de 21 de dezembro de 1889, foi revogado pela Constituição de 1891, havendo o Supremo Tribunal Federal não conhecido do pedido.

Dentre os diversos votos que se alinharam com a maioria, destaque-se o do Min. João Barbalho, para quem o decreto cuja execução era impugnada, surgindo do triunfo do movimento republicano, constituía conseqüência necessária da abolição do Império e complementar da proclamação da República, motivo pelo qual a contestação de seu caráter puramente político significaria subversão de princípios e desconhecimento dos fatos, capaz de pôr em risco a estabilidade e segurança do novo regime. Situava-se o tema, ao entender do referido julgador, inteiramente fora da missão constitucional do Supremo Tribunal Federal³⁸.

Digno de nota foi o HC 2.990, de 25 de janeiro de 1911, impetrado em favor de membros do Conselho Municipal do Distrito Federal, para que pudessem ingressar no prédio do referido órgão legislativo para o fim de exercer suas funções até o término dos seus mandatos, o que foi obstado por Decreto do Presidente da República, de 04 de janeiro do mencionado ano.

A ordem foi concedida com base no voto do relator, Min. Pedro Lessa, o qual inferiu que o ato impugnado não era daqueles de natureza política, entregue unicamente à discricção do Legislativo, ou Executivo, ensejando-se, assim, a competência do Judiciário para a sua análise. A ofensa injusta à liberdade pessoal justificava o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

De ressaltar-se o HC 3.601, de 29 de julho de 1911, e o HC 2.984, impetrados por deputados da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro em detrimento de suposta intervenção federal que implicou suspensão dos trabalhos legislativos por ação da força pública federal que, ocupando o edifício da referida repartição legislativa, vedava-lhes o ingresso em dito recinto.

Em ambas situações, o Supremo Tribunal Federal deferiu a ordem, havendo, na primeira das oportunidades citada, o relator, Min. Amaro Cavalcanti afastado óbice inerente ao conhecimento pelo Judiciário de matérias políticas, argumentando que esta regra somente se aplica quando, no caso concreto, o ato impugnado é da atribuição exclusiva de dado poder político, nos termos expressos da Constituição e que, na situação presente, aquele se reduzia a um simples ato de coação, praticado pela força federal a instâncias do Presidente da República, privando os impetrantes de ingressarem no edifício legislativo e, portanto, de exercerem suas funções.

Quanto ao segundo dos julgamentos, apesar da prevalência de idêntico ponto de vista, veio a lume voto-vencido do Min. Godofredo Cunha que, ressaltando

³⁸ Entendimento similar se deu no HC 2.437, de 11 de maio de 1907, no qual foi negado pleito de regresso ao Brasil formulado por D. Luiz de Orleans e Bragança, havendo ficado vencidos os Ministros Amaro Cavalcanti e Alberto Torres, este com talentosa declaração de voto-vencido, concluindo pela desconformidade do Decreto 78 – A, de 1889, com a então vigente Constituição.



o caráter político do ato de intervenção federal, sustentava a impossibilidade de verificação de sua ilegalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Limitação da qual não se deve perder de vista se constitui em advertência no sentido do órgão judicial, ao se deparar com exame de questão constitucional, agir com bastante cautela e somente propender pela solução da incompatibilidade da lei com a Norma Ápice quando tal se mostrar evidente e acima de meras dúvidas.

Essa lição, encontrada em Amaro Cavalcanti³⁹, tem, mais uma vez, seu lastro na experiência norte-americana, e resulta do caráter excepcional do controle de constitucionalidade, mostrando ao juiz o dever de procurar, o máximo possível, salvar o texto da lei ou do ato normativo impugnado⁴⁰.

Dá resulta o princípio da conservação que tem seu substrato na interpretação conforme a Constituição. Caso, dentro de alguns dos seus possíveis significados, o texto questionado possua um que se harmonize com a Lei Máxima, a declaração de inconstitucionalidade haverá de ser evitada.

Dentre valiosas recomendações doutrinárias, já se atentava para o seguinte: a) a validade da legislação nunca deveria ser aferida em face dos motivos que influenciaram na sua adoção, quaisquer que fossem⁴¹; b) não poderia cogitar-se de ofensa à Constituição pela contrariedade de princípios abstratos de justiça⁴².

Não é possível olvidar impressão então prevalecente sobre qual a eficácia duma declaração de inconstitucionalidade de lei proferida pelo Judiciário, emane ou não do Supremo Tribunal Federal.

Pedro Lessa⁴³, atento ao praticado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, afirma que, ao julgar demanda fundada em preceitos constitucionais, reconhecendo incidentalmente inconstitucionalidade duma lei, o Judiciário não a invalida como ato autônomo. Apenas despreza sua aplicação, invalidando ato que nela teve seu embasamento.

Essa declaração incidental, até por força do princípio da conservação dos atos jurídicos, pode dirigir-se à lei em sua totalidade ou a alguma de suas partes. Ora, o fato de parcela duma lei ser inconstitucional não implica, só por só, que o restante assim seja, salvo se veicule disposições que guardem conexão ou dependência entre si.

Compartilha desse ponto de vista Amaro Cavalcanti⁴⁴, porquanto, mesmo apontando a nulidade da lei como decorrência da declaração de sua inconstitucionalidade, manifesta-se por, igualmente, circunscrever a eficácia da decisão ao caso sob julgamento, embora a decisão possa obrigar os particulares e os demais ramos

³⁹ *Op. cit.*, p. 203.

⁴⁰ É como diz García-Pelayo (*Derecho constitucional comparado*. 3ª reimpressão. Madri: Alianza Editorial, 1993, p. 431), comentando o sistema americano, quando o juiz se depara com a possibilidade duma lei ser suscetível de duas interpretações, gravitando em torno da invalidade e da validade do texto legal, deverá preferir esta última.

⁴¹ Cf. Amaro Cavalcanti (*op. cit.*, p. 206).

⁴² Assim Carlos Maximiliano (*op. cit.*, p. 617), referindo-se ao cabimento do recurso extraordinário.

⁴³ *Op. cit.*, p. 138-139.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 207.



do Poder Público, se estes figurem como partes ou interessados na questão.

Para Carlos Maximiliano⁴⁵, é a nulidade o efeito da declaração de inconstitucionalidade em última instância numa lei. Porém, não especificou o autor se tal ocorre apenas no caso concreto ou se com eficácia *erga omnes*.

Apesar dessa omissão, interessante notar ser possível atribuir àquele contributo que pode, entre nós, ser apontado como embrionário para a afirmação do que, na atualidade, convencionou-se denominar efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade.

Isso porque, como sustém o autor⁴⁶, a lei ou ato estatal, enquanto não declarado inconstitucional, porta presunção de legitimidade, a atuar em favor daqueles que, civil, criminal ou administrativamente, agiram de acordo com os seus comandos.

Ao enumerar as impressões doutrinárias relativas aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – as quais tiveram inspiração no modelo americano, até por ser o único que então teorizava sobre a possibilidade do controle judicial – a doutrina e jurisprudência brasileira padeceram de defeito de importação.

Isso se dá à medida que se observa os que norte-americanos, apesar de terem limitado a eficácia da declaração à controvérsia, indiretamente, por força da regra da obrigatoriedade do precedente, transpunham a tal deliberação eficaz contra todos e vinculativa.

Os textos nacionais, mesmo tendo praticamente recolhido sua sistematização sobre o assunto da práxis norte-americana, em nenhum instante atentaram que, em face do papel do Supremo Tribunal Federal de guardião-mor da autoridade e uniformidade interpretativa da Constituição, que os arts. 59 e 60 deixavam entrever, pudesse as suas decisões possuir algo mais do que a mera inaplicação da lei para o caso concreto.

Tal equívoco, diante da multiplicidade de causas ajuizadas com fundamento constitucional – tendo em vista que, a partir de 1934, o âmbito da regulação fundamental legal foi cada vez mais se ampliando, para atingir muitos assuntos além da organização dos poderes e dos direitos fundamentais de primeira geração -, submetidas ao descortino de inúmeros órgãos judiciais, monocráticos ou colegiados, acarretou intransponível necessidade de instituição: a) de competência – atualmente objeto de acesa discussão sobre sua utilidade – do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte do território nacional, execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal; b) da ação declaratória de constitucionalidade, com a finalidade de inserir, nestas plagas, o instituto do efeito vinculante, o que se deu com a promulgação da EC 03/93; c) extensão, igualmente por força de mais uma mudança formal do texto sobranceiro (EC 45/2004), do efeito vinculativo às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade; d) da súmula vinculante, cuja elaboração e aplicação vem fomentando perplexidades não só à

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 120-121.

⁴⁶ *Loc. cit.*, p. 121.



comunidade jurídica, mas à sociedade como um todo.

A adoção integral da lição americana, sem dúvida, teria simplificado – e muito – nosso atabalhoado sistema de fiscalização de constitucionalidade, assegurando maior estabilidade e segurança jurídica na aplicação dos comandos constitucionais.

Outra particularidade consistia em saber se o Judiciário poderia atuar de ofício, sem suscitação da questão de constitucionalidade por quaisquer das partes⁴⁷.

Carlos Maximiliano se inclinou contra a possibilidade⁴⁸. Em sentido oposto, Lúcio Bittencourt⁴⁹ afirmou que tal advertência não se deveria compreender como vedação peremptória. A nulidade da lei inconstitucional não estava a obstar que, uma vez levada uma questão a juízo, pudesse o magistrado, mesmo à míngua de tal matéria não constar da causa de pedir, reconhecer inconstitucionalidade dum lei se entendesse relevante para o julgamento da causa. O que estaria interdito ao Judiciário era assim operar sem que exista demanda instaurada a pedido da parte interessada⁵⁰.

Particularidade interessantíssima, para a qual o Supremo Tribunal Federal à época já se mostrava atento, concernia a saber se era possível o dispositivo acoiado de inconstitucional ser emenda constitucional. Melhor explicando, competiria ao Judiciário controlar a observância, pelo poder constituinte derivado, das limitações impostas através da ação do poder constituinte originário.

Cogitava-se, pela via do *habeas corpus*, da validade da Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926, cuja inconstitucionalidade consistiria no não respeito ao quorum do art. 90 da Constituição. O Pretório Excelso, por maioria de votos, denegou a ordem⁵¹. Na oportunidade, assomou pronunciamento vencido do Min. Guimarães Natal, expondo, com pujança argumentativa, a possibilidade do controle jurisdicional das reformas à Constituição⁵².

⁴⁷ Sem embargo de representar limite formal, a sua conexão com a temática dos efeitos das decisões de inconstitucionalidades faz com que seu tratamento seja deslocado como consequência daqueles.

⁴⁸ Incisivo o comentário do autor: "Interprete da Constituição, e mais autorizado que os outros, é o Poder Judiciário. Não age, todavia, *sponte sua*; pronuncia-se contra a validade de actos do Executivo ou do Congresso Nacional quando os prejudicados o reclamam, empregando o remédio jurídico adequado à espécie, obedecendo aos preceitos formaes para obter o restabelecimento do direito violado" (*loc. cit.*, p. 116).

⁴⁹ *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 113.

⁵⁰ A admissibilidade do Judiciário, de ofício, verificar possível inconstitucionalidade constitui, na atualidade, entendimento preponderante no Pretório Excelso (Pleno, RE – ED 219.934 – SP, v.u., rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 26-11-2004, p. 6).

⁵¹ Tratou-se do HC 18.178, julgado nas sessões de 27 e 29 de setembro e 01 de outubro, assim ementado: "Na tramitação parlamentar da Reforma Constitucional não foi violada cláusula alguma da Constituição da República. O *quorum* de aprovação das emendas à Constituição é de dois terços dos votos dos congressistas presentes. O poder judiciário continua competente para conhecer de *habeas-corpus* durante o estado de sítio desde que as medidas tomadas pelo Executivo ultrapassem os limites fixados no art. 80 da Constituição" (*Revista Forense*, v. XLVII, fascículos 277 a 282, jul.-dez. 1926, p. 748).

⁵² Pela sua incontestável importância histórica, transcrevemos relevante trecho da deliberação: "A primeira questão a se examinar é a de saber se o Judiciário tem ou não competência para conhecer da arguição de inconstitucionalidade da reforma constitucional. Para mim, não há a menor dúvida que tem. Nos termos do art. 60, letra *a*, da Constituição desde que seja submetida ao conhecimento do Judiciário uma causa em que a parte funde a acção, ou a defesa na Constituição, não poderá elle se esquivar ao dever de verificar se o preceito constitucional, invocado pela parte, effectivamente a protege, ao de fazer valer o direito da parte contra



5 SÍNTESE CONCLUSIVA

Expostas estas linhas, emergem alguns remates, a saber:

- a) evadindo-se do norte que guiara a elaboração da Constituição de 1824, assaz apegada ao constitucionalismo francês da Restauração, a Lei Maior de 1891, moldada sob a inspiração do modelo norte-americano, favoreceu ao desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade, fenômeno que, materializado através da previsão do recurso extraordinário (art. 59, §1º) e da competência da Justiça Federal (art. 60, *a*), teve notável incremento com a garantia do *habeas corpus*;
- b) em face do incipiente, mas salutar, desempenho do controle jurisdicional, restou consagrada bipartição do conceito de inconstitucionalidade (formal e material), bem assim a afirmação de que a competência verificadora se espargia, difusa, dentre todos os juízos e tribunais, sem prejuízo de que, quanto ao Supremo Tribunal Federal, fosse reconhecida sua qualidade de guardião-mor da supremacia constitucional;
- c) no que concerne à competência recursal do Pretório Excelso, em virtude do reconhecimento da sua natureza excepcional, foram agregados requisitos específicos com a finalidade de restringir sua admissibilidade, tais como o pré-questionamento e interpretação restritiva das hipóteses do art. 59, §1º, alíneas *a* e *b*;
- d) a atividade de controle, submetida a limites de forma, somente poderia ser desempenhada na presença de litígio entre partes, para cuja solução fosse indispensável apreciar questão de legitimidade constitucional, sendo adotado posicionamento consoante o qual, à vista da relevância que o assunto envolvia, os tribunais somente deveriam declarar inconstitucionalidade quando houvesse concordância da maioria absoluta de seus membros;
- e) grande importância, no exercício do controle de constitucionalidade, foi a da via do *habeas corpus*, a qual, demais de permitir nítida diferenciação entre direitos e garantias individuais, teve, até a Emenda Constitucional de

qualquer lei do Congresso, que o violou, violando o dispositivo garantido. A Constituição não distingue nas leis as que podem das que não podem ser arguidas de inconstitucionalidade. Por tanto, todas o podem, inclusive a lei da reforma constitucional que é, como todas as leis, disciplinada também, em sua elaboração, por preceitos constitucionais, que, para a sua validade, deverão ser rigorosamente observados. E' do regime político que adoptamos, de poderes limitados, que nenhuma função será relativamente exercida sem que se contenha estritamente dentro da órbita que traça a Constituição ao poder que a exerce. E por força do citado dispositivo da letra *a* do art. 60, ao Judiciário é que incumbe, quando a isso regularmente provocado, pronunciar a ineficiência do acto exorbitante e desconforme com os preceitos constitucionais. Mais que as leis ordinárias as destinadas a alterar a Constituição deveriam ser sujeitas, como foram, a exigências de tal modo rigorosas, que, de um lado, dificultassem as alterações, assegurando a estabilidade das instituições políticas, do outro trouxessem a certeza de que ellas representavam a aspiração nacional traduzida por uma respeitável maioria de sufrágios. Essas exigências consagrou-as o legislador constituinte no art. 90 da Constituição e sem sua fiel observância a reforma não poderá prevalecer contra os textos primitivos, que ella alterou" (*Revista Forense*, v. XLVII, fascículos 277, a 282, jul.-dez. 1926, p. 769/770).



- 1926, seu âmbito alargado para permitir a defesa não só da liberdade de locomoção, mas de outros direitos fundamentais a esta conexos;
- f) resultante da atividade de controle se pode apontar, dentre outros, o afastamento da imunidade absoluta dos atos políticos, uma vez que, em lesando direitos individuais, seria possível a atuação do Judiciário, a tendência à conservação, o máximo possível, dos atos estatais questionados, dada sua presunção de legitimidade, a nulidade como efeito do reconhecimento da inconstitucionalidade e a possibilidade de ser suscetível de questionamento a validade de emenda constitucional.

Evadindo-se à forma adotada para este tópico, não poderia omitir que de tudo isso restou evidenciado, à época, o elevado grau de desenvolvimento do sistema americano de controle da constitucionalidade, tanto que a ausência de atenção de nossa doutrina e jurisprudência para a regra da observância dos precedentes, que poderia ser extraída pela posição proeminente do Supremo Tribunal Federal na guarda da Lei Fundamental, fez com que, décadas mais tarde, se tornasse demasiado e formalmente complexo nosso modelo, com a transposição para o texto constitucional da (desnecessária) ação declaratória de constitucionalidade, da competência do Senado Federal, atualmente acoimada de anacrônica⁵³ e da dupla previsão, no texto sobranceiro, de efeito vinculativo. Porventura tal se deve às condições políticas e sociais de nossa prática republicana que, contrariamente à tradição norte-americana, não criou clima propício a que a interpretação constitucional levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal se erigisse à condição de moderadora da atividade dos poderes públicos e das relações jurídicas entre particulares. Fica registrado o lamento.

⁵³ Ver MENDES, Gilmar Fererreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.082.





DIREITO E CINEMA: CONCILIAÇÃO POSSÍVEL?

Morton Luiz Faria de Medeiros
Mestre em Direito pela UFRN
Professor da UFRN
Coordenador do Projeto Cine Legis

SUMÁRIO

I – O Direito no cinema; II – A sedução do cinema; III – As armadilhas do cinema; IV – A conciliação do Direito com o cinema

Palavras-chave: Direito. Cinema. Ensino jurídico.

1 O DIREITO NO CINEMA

Direito é vida. Costuma-se, com esta expressão e outras assemelhadas, demonstrar como o cotidiano pode ser analisado, quase inteiramente, sob o ponto de vista jurídico, e quão presente está esse instrumento de controle social em nosso dia-a-dia e, portanto, em toda manifestação cultural do homem. O Direito, assim, tende a refletir o homem e suas circunstâncias, seus temores, suas frustrações, suas expectativas, seus sonhos – seus valores.

Pode causar estranheza, pois, que o ensino jurídico se esforce tanto em identificar o Direito inserido nas relações sociais, só se justificando essa preocupação em face das diversas tentativas epistemológicas de aprisioná-lo em fórmulas ou lógicas frias, alheias aos sentimentos que animam a geração, aplicação e modificação das normas jurídicas. A aproximação do ensino jurídico com a arte, assim, a um só tempo, corrobora a ligação perene entre o homem e o Direito, e contribui para a divulgação da lição de que o alheamento de ambos da realidade que os circunda não é possível, nem tampouco desejável.

A arte já rendia seus préstimos à reflexão jurídica, através da literatura, desde que o homem começou a retratar seu comportamento e dele tentou extrair direções, caminhos a seguir ou a serem evitados. O ensino jurídico ocidental, desse modo, há

muito se valeu da análise das peças da Antiguidade clássica e mesmo das novelas, contos e romances de tempos mais recentes, como ilustrações pujantes aptas a despertar no estudante de Direito noções exatas acerca de sua responsabilidade como ator social e de seu poder como profissional.

No entanto, o século XX escancarou as possibilidades de difusão artística, fazendo com que nossa realidade fosse reproduzida não apenas pela palavra escrita, mas especialmente embelezada com os recursos de som e imagem. Poucos libelos contra a ditadura militar instalada no Brasil na década de 60, por exemplo, foram tão contundentes e retumbantes quanto as músicas de Chico Buarque. Paralelamente, mesmo poetas da envergadura de Vinicius de Moraes e Tom Jobim reconheceram as limitações do texto escrito para descrever a formosura da “garota de Ipanema”, admitindo, na própria música que compuseram em sua homenagem e que viria a eternizá-la, que “seu balançado é mais que um poema”.

Se o som já se mostra idôneo para produzir tal impacto, imagina-se seu poder quando aliado à imagem. É nesse diapasão que se pretende aduzir, nas linhas que seguem, os favores – e ocasionais desfavores – que a sétima arte pode render ao estudo do Direito, partindo da constatação da enorme profusão de filmes sobre a atuação dos profissionais dessa área do saber, tribunais e questões jurídicas que, a cada ano, atraem milhões de espectadores às salas de cinema, responsáveis naturais pelo fascínio de muitos estudantes pelas carreiras jurídicas.

2 A SEDUÇÃO DO CINEMA

O incremento da provocação dos sentidos já seria razão suficiente para recorrer ao cinema como instrumento didático poderoso com vistas ao ensino do Direito – e mesmo de qualquer outra ciência ou arte. Os alunos, cada vez mais habituados a interagir com recursos de multimídia, se veem especialmente estimulados ao estudo de casos e situações retratadas em filmes, auxiliados pelas trilhas sonoras cunhadas para realçar os sentimentos de comoção, terror, desafio, ira e devoção que há muito acompanham a espécie humana.

Dessa maneira, permite-se inserir o estudante nas complexas tessituras da realidade profissional que o aguarda, a partir da discussão de temas do cotidiano, a demonstrar que, mesmo nas ações mais simples, pode ser revelada a missão e a influência do Direito. Por outro lado, pode-se lançar mão dos filmes como eficazes meios de divulgação, entre a população leiga, das vicissitudes, aflições, frustrações e glórias dos profissionais do Direito, para melhor compreensão dos papéis de cada um de seus atores e, mesmo, para criar ou reforçar a responsabilidade de cada cidadão na construção do Direito e dos caminhos da Justiça que lhe deve servir. Essa, portanto, é a justificativa mais abrangente do Projeto *Cine Legis*, desenvolvido no âmbito do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte: viabilizar ampla divulgação, pelo cinema, do impacto social do Direito.

Convém ressaltar que o raio de possibilidades divisado pelo professor de Direito na elaboração de uma interface entre o cinema e o fenômeno jurídico não se restringe aos chamados “filmes de tribunais”, em que se enxergam, de modo mais nítido, os desempenhos dos profissionais jurídicos, principalmente quando



incumbidos do mágico mister de construção e destruição de argumentos pela retórica. Há vários filmes que fogem a esse modelo para focarem outros momentos relevantes para a avaliação do sistema jurídico, como os que revelam os meandros da produção legislativa, as expectativas de Justiça e os vários meios alternativos para implementá-la, bem assim a repercussão das normas jurídicas inovadoras na (re)definição dos rumos de um povo.

Não obstante, há de se reconhecer que a aptidão dos filmes é, naturalmente, mais próxima da construção de lições de ética e de filosofia do que de dogmática jurídica. Não constitui essa constatação, verdadeiramente, um problema, mesmo porque as normas jurídicas são circunstanciais e fugidias, enquanto as *indagações* que lhes inspiram o surgimento e desenvolvimento, próprias da filosofia, são perenes e estão presentes nas mais díspares culturas.

Privilegia-se, pois, a atenção à *formação* do futuro profissional do Direito, mais do que à mera difusão de *informação*, no afã de “sensibilizar os alunos para uma atitude diante da realidade” (LACERDA, 2007, p. 15). Esse propósito se coaduna com um dos cânones propugnados por Paulo Freire para inspirar o múnus docente, qual seja a reflexão crítica sobre a prática (FREIRE, 2008, p. 38), que, no âmbito do Direito, ganha ainda maior relevância, em face do tão propagado “distanciamento entre a teoria e a prática jurídicas”, por mais paradoxal que isso possa parecer, se tomadas como referência as origens precisas de *práxis* e *theoria*¹.

A visualização de situações vivenciadas pelos atores jurídicos nos filmes, ademais, facilita a apreensão dessa realidade pelo aluno e, principalmente, a corporeificação das palavras pelo exemplo, na exata expressão de Paulo FREIRE (2008, p. 34). Deveras, a reflexão sobre comportamentos éticos ou sobre como perseguir o “justo” pode ser especialmente descomplicada a partir da análise de casos concretos – ou mesmo hipotéticos, mas palpáveis. Eis, portanto, a razão do sucesso do chamado “método do caso” no bojo do ensino jurídico norte-americano – aliado à força atribuída aos precedentes no sistema jurídico daquele país: encontra seu material de estudo na própria experiência, “o que lhe confere valor formativo e não apenas informativo” (FERREIRA SOBRINHO, 2000, p. 86).

Tal facilidade de apreensão da realidade jurídica proporcionada pelos filmes já vem sendo descoberta e manejada no Brasil pelos próprios profissionais do Direito. Recentemente, causou polêmica a solicitação dos advogados do médico Farah Jorge Farah, dirigida ao Presidente do 2.º Tribunal do Júri de São Paulo, para que fossem exibidos dois filmes aos jurados durante a sessão de julgamento. Como o médico fora denunciado por matar e esquartejar sua amante Maria do Carmo Alves, a defesa pretendia apresentar aos membros do Conselho de Sentença estórias de crimes cometidos em legítima defesa e obsessão, escolhendo os filmes *Tomates verdes fritos* e *Atração fatal*². Esse recurso, aliás, já havia sido utilizado anteriormente,

¹ José Wilson FERREIRA SOBRINHO (2000, p. 65) já advertia que a usual assertiva segundo a qual “a teoria na prática é diferente” é “epistemologicamente ignorante”.

² O curioso foi que o Ministério Público se resumiu a protestar contra a exibição dos filmes nesse caso sob o argumento da violação dos direitos autorais, de modo que a veiculação em si não foi contestada em seus



pela defesa do estudante de Medicina Mateus da Costa Meira, condenado por matar três pessoas, tentar matar outras quatro e colocar em risco a vida de mais quinze que se encontravam em uma sala de cinema, em 1999, assistindo ao filme *Clube da Luta*. No afã de ilustrar o impacto do enredo desse filme no espectador, algumas de suas cenas foram exibidas para os jurados durante o júri³.

O mesmo impacto do visual, certamente, será cada vez mais explorado nos julgamentos no país, com a crescente informatização do processo judiciário e, por conseguinte, com a disseminação das audiências filmadas, permitindo aos jurados – e também ao juiz togado – o contato com as emoções e sentimentos expressos por réus e testemunhas e corporificados pelo timbre da voz e pelo comportamento em audiência – aspectos dificilmente transponíveis a contento para o texto escrito de uma ata.

3 AS ARMADILHAS DO CINEMA

O mesmo fascínio despertado, pelo cinema, em seus espectadores pode, contudo, servir como poderoso instrumento de escamoteamento da realidade – mais do que para a descoberta da verdade. São conhecidas as primorosas peças cinematográficas da propaganda nazista compostas por Leni Riefenstahl⁴, engenhosamente utilizadas para realçar a pretensa superioridade da raça ariana⁵ e preparar o povo alemão para uma guerra, apresentando Adolf Hitler como um sublime artista e arquiteto incumbido de embelezar o mundo a partir dos padrões que reputava superiores.

Não é despidiemo advertir que os filmes encerram, via de regra, enredos fictícios, e mesmo documentários aduzem apenas um ou alguns dos possíveis pontos de vista – no sentido literal, neste caso – acerca de uma realidade. Ademais, sua duração geralmente reduzida impõe a cunhagem de personagens usualmente planas, umas tomadas dos mais repugnantes vícios e desvios, outras elevadas por suas qualidades puras e santas – maniqueísmo que, obviamente, não coincide com a realidade, habitada por pessoas de personalidade verdadeiramente complexa e recheada por atributos tanto admiráveis quanto repulsivos.

Outrossim, do mesmo modo como qualquer manifestação cultural – nesse espaço incluídas as normas jurídicas – deve ser interpretada em conformidade com o contexto em que foi engendrada, não se pode avaliar um filme sem que se recorra às particularidades históricas, políticas, sociais e econômicas do momento ali (re)

aspectos materiais.

³ COSTA, Priscyla. **Defesa de cenas**; exibição de filmes em Júri de médico gera polêmica. Recuperado em 2 dez. 2008. Disponível na Internet: <http://www.conjur.com.br/static/text/65544>.

⁴ Seu filme *Triunfo da vontade*, de 1935, utiliza o 6.º Congresso do Partido Nacional-Socialista como pano de fundo para difundir, através de inovadores ângulos de captação de imagens, dos performáticos discursos de Adolf Hitler e dos hinos políticos do partido, a imagem redentora de seu líder maior, encarregado de fazer justiça à grandeza da nação alemã.

⁵ Em *O eterno judeu*, de Fritz Hippler, os judeus são associados a sujeira e doenças, e definidos como pessoas degeneradas que raramente trabalham.



produzido. Esse cuidado obviaria, por exemplo, a falsa impressão de que todos os julgamentos no Brasil ocorrem nos moldes do que se passa nos “filmes de tribunal” estadunidenses, ou permitiria uma melhor compreensão de valores levados em conta por um magistrado retratado em filme da cultura muçulmana.

Por outro lado, não se pode delegar aos filmes papel central ou exclusivo no Curso de Direito, de maneira a instruir o desenvolvimento de todo um programa curricular somente baseado no cinema. Faz-se mister reconhecer que a interface do Direito com o cinema é mais facilmente utilizada nas atividades de *extensão*, por todas as vantagens ilustradas no tópico anterior, do que nas de *ensino* e de *pesquisa* – apesar de, também nesses dois vetores, ter-se mostrado instigante aos alunos a imersão em determinadas temáticas desenvolvidas em filmes. Exemplo dessa aptidão é o curso de extensão promovido pela Faculdade de Direito da PUC de São Paulo e intitulado “Direito e Cinema: a imagem do Direito na ficção”, que apresenta como objetivo “estabelecer um novo canal de comunicação, voltado a um profissional apto a reconhecer a exigência da visão integralizada, dinâmica e interdisciplinar do programa”⁶.

4 A CONCILIAÇÃO DO DIREITO COM O CINEMA

A atenção para as limitações e eventuais desvirtuamentos indicados no tópico anterior permite a reabilitação do cinema como interessante recurso didático nos cursos de Direito, tornando a experiência do estudante na universidade muito mais rica e frutuosa.

Com efeito, se a Portaria MEC n.º 1.886, de 30 de dezembro de 1994, que fixava as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos jurídicos no país, já determinava como objetivo a conexão do ensino jurídico com as atividades de pesquisa e extensão, a exploração de materiais cinematográficos no Curso de Direito se apresenta como meio eficaz para promover esse casamento, de que dão prova os diversos projetos com essa proposta implementados no Brasil⁷.

Para tanto, deve-se sublinhar que a simples exibição de filmes ou a menção a eles em sala de aula não cumpre os propósitos esperados desse promissor recurso didático no Curso de Direito. Antes, impõe-se uma meticulosa análise de sua utilização, que passa pela seleção de filmes, organização de debates em grupos em torno dos temas neles tratados e, principalmente, pelo acompanhamento de referencial teórico robusto e esclarecedor. Destarte, valer-se de leituras prévias permite ao professor preparar o aluno para o ingresso na discussão de determinado problema retratado em filme e, conseqüentemente, lhe legar lições mais perenes e consolidadas. Afinal, por mais anunciada que seja a morte do texto escrito, a cada

⁶ DIREITO e Cinema: a imagem do Direito na ficção. Recuperado em 11 out. 2008. Disponível na Internet: <http://cogea.pucsp.br/imp.php?cod=280608&uni=SP&tip=RE&le=E&ID=5>.

⁷ Além do *Cine Legis* e do curso de extensão promovido pela PUC-SP, já aludidos, merece destaque a experiência capitaneada pelo Professor Gabriel Lacerda no Curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, criando duas disciplinas optativas de “Direito no cinema”.



nova descoberta tecnológica, dele ainda não podemos – felizmente – prescindir: até os bons filmes somente são urdidos a partir de bons roteiros⁸...

5 REFERÊNCIAS

COSTA, Priscyla. **Defesa de cenas**; exibição de filmes em Júri de médico gera polêmica. Recuperado em 2 dez. 2008. Disponível na Internet: <http://www.conjur.com.br/static/text/65544>.

DIREITO e Cinema: a imagem do Direito na ficção. Recuperado em 11 out. 2008. Disponível na Internet: <http://cogea.pucsp.br/imp.php?cod=280608&uni=SP&tip=RE&le=E&ID=5>.


FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Didática e aula em Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**; saberes necessários à prática educativa. 37. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

LACERDA, Gabriel. **O Direito no cinema**; relato de uma experiência didática no campo do Direito. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

⁸ Exceção honrosa deve ser reconhecida à máxima inspiradora do Cinema Novo brasileiro, pronunciada pelo cineasta Glauber Rocha, para quem bastavam “uma câmera na mão e uma ideia na cabeça”.



**PARÂMETROS PARA
A REVISÃO JUDICIAL
DE DIAGNÓSTICOS
E PROGNÓSTICOS
REGULATÓRIOS EM
MATÉRIA ECONÔMICA**

Gustavo Binenbojm

Doutor e Mestre em Direito Público, UERJ
Mestre em Direito, Yale Law School (EUA)
Professor Adjunto de Direito Administrativo
da Faculdade de Direito da Universidade
do Estado do Rio de Janeiro
Professor do Programa de
Pós-Graduação da FGV/RJ

André Rodrigues Cyrino

Mestre em Direito Público pela UERJ
Professor Contratado da Faculdade
de Direito da Universidade do
Estado do Rio de Janeiro

1 O DIREITO À MORADIA E A PENHORABILIDADE DO BEM ÚNICO DO FIADOR EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO: UM ESTUDO DE CASO ESCLARECEDOR

A Emenda Constitucional nº 26/2001 incluiu o *direito à moradia* no elenco de direitos sociais assegurados pelo art. 6º da Constituição brasileira. Essa inclusão provoca inevitáveis questionamentos: qual o sentido e o alcance da nova previsão constitucional? Qual o seu impacto jurídico sobre a legislação ordinária e sobre a conformação das políticas públicas, particularmente no campo da habitação? O quanto pode ser exigido, perante cada um dos Poderes do Estado, em defesa e para a promoção do direito à moradia?

Embora tais indagações representem pontos cruciais a serem equacionados acerca do direito à moradia, o objeto do presente estudo é mais modesto: cinge-se a discutir os limites a serem observados pelo Poder Judiciário no controle de diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador na seara da regulação econômica. No estudo de caso aqui empreendido, o contexto era o de uma política pública voltada à implementação do direito à moradia, cuja constitucionalidade foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Confiram-se, a seguir, os contornos fáticos e jurídicos do caso.

Animados pela constitucionalização do direito à moradia, fiadores de con-

tratos de locação, proprietários de um único imóvel, passaram a postular, em juízo, o reconhecimento da revogação (isto é, da não-recepção) pela EC nº 26/2001 da norma legal que permitia a penhora do seu imóvel para a satisfação do crédito do locador. Tal norma foi incluída pela Lei nº 8.245/91 (Lei de locações de imóveis urbanos) no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 (Lei da impenhorabilidade do bem de família), como mais uma das exceções legais à impenhorabilidade do bem de família.

No julgamento do RE nº 407.688-SP¹, o Supremo Tribunal Federal proclamou, por maioria, a constitucionalidade da referida exceção legal. O relator do acórdão, Ministro Cezar Peluso, destacou em seu voto que o direito à moradia (art. 6º, CF) pode, sem prejuízo de outras alternativas conformadoras, “reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”. Segundo o Ministro, a previsão legal promove o direito à moradia dos locatários, na medida em que o estabelecimento de garantias efetivas àqueles que são proprietários cria um ambiente de incentivos necessários à ampliação da oferta de imóveis para locação. Essas garantias terão o condão de estimular a decisão dos proprietários por disponibilizar seus bens para aluguel, mesmo quando os pretensos locatários só tenham como fiador alguém que possua um único imóvel.

Com efeito, a *ratio* do legislador parece ter sido a de criar um ambiente econômico que facilitasse o acesso à moradia por intermédio de contrato de locação. Considerando-se serem muitos os brasileiros – em geral, os menos favorecidos do ponto de vista sócio-econômico – que vivem em imóveis alugados, a preocupação do legislador é plenamente justificável.

De fato, em seu *diagnóstico* sobre o mercado de habitações, o legislador parece ter verificado: (I) a existência de um grande número de pessoas com enorme dificuldade para encontrar um fiador proprietário de mais de um imóvel; (II) a existência de um grande número de pessoas que não tem condições de pagar por outra espécie de garantia mais onerosa, como, *v.g.*, a fiança bancária, sem prejuízo do próprio sustento e respectiva família. Cabe ressaltar que a fiança, ao tempo da decisão do STF, era o instrumento de garantia de cerca de 89% dos 6,2 milhões de contratos de locação de imóveis urbanos existentes no Brasil².

Em seu *prognóstico* sobre o mercado de habitações, o legislador parece ter concluído que o direito à moradia de um grande contingente de brasileiros seria fatalmente inviabilizado (ou seriamente dificultado) pela impenhorabilidade do imóvel único do fiador, (I) seja porque menos imóveis seriam oferecidos no mercado de locações (maior o risco, menor a oferta); (II) seja em virtude da oneração do preço dos aluguéis decorrente do incremento do risco de inadimplemento (maior o risco,

¹ STF, RE nº 407.688 / SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.02.2006.

² Segundo estatísticas do Sindicato da Habitação do Rio de Janeiro (SECOVI-RJ), conforme informação retirada de ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 139.



maior o aluguel).

Num outro giro, reconheceu-se que o direito de propriedade (ainda que de um único imóvel) poderia cumprir uma função social relevante no mercado de habitações: a de fornecer uma garantia eficiente e menos onerosa para os contratos de locação, funcionando qual um incentivo para a ampliação da oferta e a redução do valor dos aluguéis de imóveis. Ademais, a par de não se poder o direito de propriedade com o direito à moradia, a aceitação da fiança decorre de ato de vontade do fiador que, presumivelmente, conhece e assume os riscos do encargo.

2 OS PROBLEMAS TEÓRICOS EXTRAÍDOS DO CASO: O LUGAR DA ANÁLISE ECONÔMICA NO DIREITO E O PROBLEMA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

O caso em exame toca em dois pontos que serão discutidos à frente: (i) o papel da análise econômica – presente no diagnóstico e nos prognósticos do legislador – na compreensão e equacionamento de problemas jurídicos; (ii) a reflexão sobre como e por quem devem ser definidas/controladas as normas sobre a regulação da economia, o que propõe um debate sobre as capacidades institucionais de diferentes órgãos e entidades para lidar com a matéria.

Em *primeiro lugar*, o sentido da regulação estatal sobre os contratos locatícios foi apreendido por meio de uma análise sistêmica que levou em conta elementos econômicos da realidade. Estabeleceu-se, portanto, uma ampliação do espectro de elementos e fatos relevantes para a tomada de decisão, os quais transcendiam as partes do processo. A abordagem levou em consideração argumentos ligados ao funcionamento do mercado de locações e seu comportamento diante de uma específica forma de regulação das garantias. Mais que isso, entendeu o STF que eventual declaração da inconstitucionalidade da norma em questão – a pretexto de proteger a “moradia” do fiador – acabaria por produzir efeito contrário em relação a maior número de pessoas, cujo acesso à moradia depende fundamentalmente da oferta e do preço dos aluguéis de imóveis.

A norma legal em questão poderia ter sido *validada* sob diversos fundamentos constitucionais. Como destacado pelo STF, um dos fundamentos da norma é o próprio direito à moradia (art. 6º, CF), sendo ela compreendida como uma dentre outras possíveis fórmulas institucionais pelas quais o Estado promove a sua implementação. Mas não só isso: a regulação tem também fulcro no direito de propriedade, sua função social (art. 5º, XXII e XXIII; art. 170, III, CF), assim como na função reguladora do Estado (cláusula geral do art. 174, CF). A solução para o caso envolveu a interpretação conjugada de tais normas.

A despeito dos fundamentos jurídico-normativos, para a compreensão do significado da regulação estatal, valeu-se o STF também de considerações fáticas e econômicas. Tanto o direito à moradia quanto o sentido da intervenção estatal foram mais bem compreendidos quando consideradas as razões sistêmicas da política regulatória engendrada pelo legislador. Razões informadas pela lógica da economia, tanto em sua vertente diagnóstica como naquela das prognoses. Além das normas constitucionais mencionadas, o STF teve de levar em conta aspectos ligados à *eficiência* na consecução dos resultados pretendidos: o bom funcionamento do mercado



de locações, sem o que haveria o risco de abalo ao direito à moradia de um grande número de locatários.

Em segundo lugar, o caso em comento provoca uma reflexão sobre *qual instituição* deve ter a preferência *a priori* para definir *como* a regulação das locações deve ser conduzida, à luz dos objetivos constitucionais e legais.

Por certo, um dos objetivos de qualquer política regulatória do mercado de locações prediais urbanas deve ser a *maximização* do acesso à moradia. Sem dúvida, o direito à moradia é promovido na medida em que um maior número de pessoas torna-se capaz de arcar com o pagamento de aluguéis de imóveis urbanos, do que depende a existência de um ambiente econômico seguro e equilibrado, no qual a oferta existente seja apta a gerar preços de aluguéis razoáveis.

O STF entendeu que o diagnóstico dos fatos e o prognóstico de conseqüências feitos pelo legislador mereciam deferência. Aqui, o caso oferece material farto para a discussão sobre os limites à revisão judicial das avaliações sistêmicas, especialmente no campo econômico, realizadas por órgãos legislativos e administrativos. Sobreleva, neste tópico, a maior legitimidade dos agentes políticos eleitos para estabelecerem prioridades na ordenação da economia, bem como a maior capacidade técnica de determinados órgãos para lidar com a complexa estrutura de alguns setores.

De outro lado, o Poder Judiciário, acostumado a lidar com casos concretos, com argumentos marcadamente dogmático-jurídicos, nem sempre dispõe de meios para rediscutir políticas econômicas, por vezes baseadas em estudos e análises sistêmicas, levados a cabo pelos agentes eleitos, ou, ainda, por órgãos técnicos criados para a regulação de determinados setores da economia. Com efeito, avaliações econômicas de ampla repercussão sistêmica, no contexto de economias industriais complexas e de grandes proporções, tendem a ser mais bem realizadas por reguladores (aqui abrangidos legisladores e agências) – e não por juízes – sobretudo quando balizados por considerações técnicas ou científicas.

Realmente, é de se reconhecer a prudência e o esclarecimento que guiaram o STF no caso em comento. Todavia, essa cautela nem sempre é presente no pensamento jurídico e nos tribunais brasileiros. Até mesmo porque, em certa medida, falece instrumental teórico sistematizado apto a dar resposta adequada aos riscos decorrentes de uma excessiva judicialização das políticas públicas. Eis o desafio.

O debate acadêmico ainda se encontra imerso, modo geral, na interpretação das normas constitucionais sob uma perspectiva dogmático-normativa, com insuficientes considerações ligadas a outras ciências ou domínios de conhecimento. Além disso, o debate ainda é não chegou a bom termo quanto à possibilidade ou não de o Poder Judiciário rediscutir uma determinada política econômica. Simples fundamentos de discricionariedade e de separação de Poderes merecem ser revisitados e aprofundados. A Constituição é norma jurídica e *deve ser* realizada, inclusive em seus aspectos econômicos.

Tal assertiva não significa que *todo o conteúdo possível* da norma constitucional deva ser revelado e aplicado pelo Poder Judiciário. Com efeito, há que se perquirir sobre quem deverá decidir sobre o conteúdo da Constituição econômica e, conseqüentemente, sobre o tom da intervenção do Estado na economia. Apesar de o STF parecer caminhar corretamente quando presta deferência às decisões políticas e



técnicas, há a necessidade de organizar alguns pontos da discussão para que não se conclua simplesmente pela concordância com a medida interventiva. A aquiescência judicial deve decorrer de uma compreensão em maior grau de profundidade das razões de ser da intervenção e os seus impactos sistêmicos.

As doutrinas ligadas à análise econômica do direito, combinadas ao que se convencionou chamar de *virada institucional* são bastante ricas e podem contribuir para lançar luzes para o equacionamento da questão.

Diante da complexidade do papel do Estado contemporâneo na economia, o sentido das normas de cunho econômico na Carta Magna depende de ferramentas teóricas que vão além da dogmática normativa convencional. O caso acima examinado demonstra que as considerações econômicas podem ser importantes para que se conclua pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas, como a que desprotege o fiador em benefício não só dos locadores, mas dos atuais e futuros locatários.

No âmbito da Constituição econômica, essa necessidade de ferramentas não convencionais torna-se ainda mais relevante. Deveras, a transposição de normas de teor econômico para a Constituição causa inevitável (e muitas vezes confusa) judicialização das questões econômicas no país, transformando o Poder Judiciário em potencial instituição criadora de políticas públicas econômicas. A Constituição de 1988, que sobre tantos assuntos quis tratar, pretendeu também dizer *como deve ser* a economia do país. A existência de um título específico dedicado à ordem econômica na Constituição é a maior prova disso. A relação entre a *constitucionalização do direito econômico* e a *judicialização da economia* é o objeto central da análise empreendida adiante.

Há muitas razões para se estar preocupado com a *judicialização da economia*. A judicialização ocorre sem que se enfrentem sistematicamente sérias dificuldades tanto *teórico-filosóficas* quanto *práticas* da abordagem ao estatuto econômico constitucional.

As *dificuldades teórico-filosóficas* estão ligadas à necessidade de aprofundamento do estudo sobre a justificação do direito constitucional econômico. Com efeito, a Constituição econômica costuma ser encarada tão-somente de uma perspectiva normativa, como direito positivo que ambiciona transformar a realidade (dever ser). Entendemos que a compreensão sobre essa pretensão transformadora não se basta com premissas teórico-normativas. É preciso dar *um passo atrás* de modo a investigar as razões filosóficas e éticas do aparato normativo-constitucional econômico. Trata-se de perquirir o que justifica as normas que legitimam a intervenção do Estado na economia; as normas que compõem a Constituição econômica. Se a Constituição econômica tem a pretensão de conformar a realidade e instituir um modelo de intervenção, o entendimento sobre a sua justificação é fundamental a fim de se verificar no que consiste tal transformação.

Entender as *razões de ser* é importante para a *aplicação* do que *seja* a Constituição econômica³. Vale refletir: por que o Estado deve ou não intervir na

³ Segundo Ricardo Lobo Torres, “o estudo da legitimação procura encontrar fora do ordenamento jurídico



economia? É possível responder: porque a Constituição é norma e determina que o Estado intervenha. Tal resposta é manifestamente insuficiente, quase uma tautologia. Sua fundamentação é insuficiente justamente porque se carece de instrumental teórico adequado. As justificativas teórico-filosóficas da intervenção devem fazer parte das preocupações daqueles que lidam com o Direito.

Já as *dificuldades práticas* dizem respeito à insuficiência dos métodos de interpretação utilizados para a aplicação da Constituição econômica como parâmetro do controle da intervenção do Estado na economia, como também às deficiências do Poder Judiciário, que, não raras vezes, diante de complexas questões ligadas a aspectos econômicos, carece de instrumental e capacidade técnica para uma tomada de decisão esclarecida. Entender em profundidade o problema institucional é avançar na legitimação da interpretação da Constituição econômica.

3 A VIRADA INSTITUCIONAL E SEU PAPEL NA DELIMITAÇÃO DO ESPAÇO DE REVISÃO JUDICIAL DOS DIAGNÓSTICOS E PROGNÓSTICOS LEGISLATIVOS

A chamada “virada institucional” impacta diretamente no âmbito da análise econômica do direito e na judicialização da economia. A idéia não é propriamente original em sua concepção, mas talvez o seja em suas implicações. Seu ponto de partida é a insuficiência das técnicas de interpretação do direito que não consideram os efeitos sistêmicos e a capacidade institucional do órgão responsável pela decisão. Apesar de a preocupação institucional já fazer parte da agenda de outros teóricos⁴, é razoável sustentar que o trabalho que efetivamente deu corpo a esse debate foi o artigo de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, publicado em 2003, intitulado *Interpretation and institutions*⁵ (“Interpretação e instituições”).

a sua justificativa, que deverá responder às perguntas: Por que a preeminência dos direitos humanos? Por que a dignidade humana é um dos fundamentos do Estado? Por que se deve obedecer à lei?” (TORRES, Ricardo Lobo. “Introdução” in *Legitimação dos direitos humanos*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4). V. tb., BARBOSA, Ana Paula Costa. *A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴ Como, por exemplo, nos EUA, na obra Stephen Breyer, ou nos trabalhos de outros autores que adotam, com ou sem adaptações a doutrina Chevron. No Brasil, trabalhos como o de Daniel Goldberg, bem como outros autores que discutem o papel das agências reguladoras no Estado brasileiro já demonstram, em maior ou menor grau, essa preocupação institucional. Ao longo do texto faremos referência a tais manifestações da preocupação institucional presente nesses trabalhos. V. GOLDBERG, Daniel. “O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito”, in *Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência* (org. Lucia Helena Salgado e Ronaldo Seroa da Motta), Rio de Janeiro: Ipea, 2007, disponível na internet, no sítio www.ipea.gov.br, acesso em 24.04.2007; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e SUNDFELD, Carlos Ari. “Introdução às agências reguladoras”, in *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., 3ª tir., coord. Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 17-38. V. tb KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e Proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁵ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”, in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003. No Brasil, a questão institucional como elemento da teoria da interpretação inspirada em Cass Sunstein e Adrian Vermeule é abordada por Fernando Leal (LEAL, Fernando. *Decidindo com normas vagas*.



A judicialização da Constituição econômica é inevitável nos Estados que adotam o modelo de controle judicial das leis e atos administrativos. A Constituição é norma jurídica e a constitucionalidade das políticas econômicas pode e deve ser passível de controle judicial. Diante disso, surgem problemas ligados à capacidade institucional do Poder Judiciário no controle das intervenções do Estado na economia. Desse modo, um passo ainda deve ser dado na construção de uma teoria da interpretação da Constituição econômica.

A proposta da *virada institucional* é a de que as estratégias interpretativas devam levar em consideração a capacidade da instituição responsável pela tomada de decisão. O Poder Judiciário é o foco principal dessa preocupação. Afinal, é o Judiciário quem, potencialmente, poderá dizer a última palavra sobre a *juridicidade* de atos e medidas dos demais Poderes.

O argumento a ser aprofundado, inspirado no pensamento de Cass Sunstein e Adrian Vermeule⁶, é o de não ser possível conceber a interpretação do direito pelos órgãos do Estado sem que se considerem elementos institucionais importantes, tais como: (i) a forma de atuação (*v.g.*, o julgamento de casos concretos ou a edição de normas de caráter abstrato e genérico); (ii) a composição funcional, modo de provimento dos cargos e garantias (*v.g.*, a *expertise*, a reputação dos servidores, o provimento por concurso, a indicação política ou a legitimação democrática); (iii) a capacidade de aferição eficiente dos reflexos sistêmicos de uma dada decisão, sobretudo quanto a seus aspectos econômicos; (iv) a habilitação, em termos políticos, para a feitura de determinadas escolhas e estabelecimento de prioridades, como é o caso das chamadas “escolhas trágicas” de políticas públicas, tanto na vertente orçamentária como na da regulação econômica e social.

Realmente, o grande problema, pontuam Cass Sunstein e Adrian Vermeule⁷, encontra-se no fato de que tanto as doutrinas da interpretação do direito, quanto o modelo de Poder Judiciário proposto pelas teorias hermenêuticas aceitas, como as de Stephen Breyer e Richard Posner, ou, ainda, as idéias de Ronald Dworkin⁸ (ampla-

Estado de direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006); e Diego Werneck Arguelhes (ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais.* Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006). Daniel Sarmento enfrenta o problema em artigo ainda inédito: SARMENTO, Daniel. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos”, in *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*, coord. SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

⁶ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”, in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003. Adrian Vermeule aprofundou as idéias desenvolvidas em co-autoria com Cass Sunstein no livro *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*, publicada em 2006. A obra, como o próprio autor reconhece, tem como “espinha dorsal” o artigo feito com o seu então colega de Chicago e atualmente de Harvard. VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. vii.

⁷ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”, in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, pp. 886-887.

⁸ Refere-se à pretensão dworkiniana de criar um juiz Hércules, capaz de alcançar os melhores resultados



mente adotadas no Brasil, na argumentação de princípios⁹), ignoram, ou consideram de maneira insatisfatória, a dimensão institucional e os efeitos sistêmicos de uma decisão judicial que invalida um ato regulatório.

Talvez isso ocorra porque muitos dos criadores das teorias dominantes de hermenêutica e de controle judicial de políticas públicas cometam um pecado de origem: o de partir do pressuposto de que a jurisdição será exercida por juízes indefectíveis, capacitados a *conhecer* e *avaliar* todos os elementos importantes para o deslinde de uma dada controvérsia. Nesse sentido, constata Cass Sunstein e Adrian Vermeule:

*"Muitos autores respeitados exploraram as teorias da interpretação sem atentar para o fato de que tais teorias serão inevitavelmente usadas por pessoas falíveis e com prováveis efeitos dinâmicos que se estendem muito além do caso que se analisa"*¹⁰.

Richard Posner, por exemplo, apesar de reconhecer que, em certos casos, aspectos institucionais devam ser levados em consideração pelo juiz pragmático, pretende, no fundo, e na prática, preservar um amplo espaço de discricionariedade judicial. Segundo Posner, *"o grande perigo"* do pragmatismo judicial é a *"preguiça intelectual"*. Para o autor, defensor de um abrangente ativismo judicial econômico, o juiz pragmático, numa verdadeira atitude de ampliação da análise dos fatos, tem o dever de sempre levar em conta todos os argumentos, sejam eles jurídicos ou não, que sejam relevantes para o caso, numa perspectiva sistêmica¹¹.

O esforço posneriano de transformar os juízes em formuladores de políticas públicas, capazes de corrigir os erros regulatórios, acaba por desconsiderar as ineficiências do Poder Judiciário, sua peculiar forma de atuação e os riscos de que suas decisões produzam efeitos sistêmicos distorcidos. Segundo Sunstein e Vermeule, *"quando todas as variáveis são consideradas, o juiz pragmático deve seguir uma linha formalista"*¹² e não ativista. No entender dos autores, *"a tentativa de Posner de tratar*

de princípio, sendo um verdadeiro filósofo. V. DWORKIN, Ronald. *O império do direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo), São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁹ Eros Roberto Grau utiliza-se da *teoria de princípios* de Dworkin como aporte teórico para a análise dos princípios da ordem econômica brasileira, apesar de não se valer da metáfora mitológica do Professor de Oxford e da Universidade de Nova York (NYU) para explicar o papel do juiz na realização de direitos. De toda forma, a referência de Eros Grau e a amplitude da aceitação da teoria de princípios de Dworkin no Brasil fazem concluir que a conciliação dos princípios da ordem econômica será, para boa parte do pensamento jurídico nacional, mais um trabalho para Hércules. (V. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, cap. 4, pp. 156-170).

¹⁰ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions", in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, p. 949. Tradução livre. No original: "An extraordinary variety of distinguished people have explored interpretative strategies without attending to the fact that such strategies will inevitably be used by fallible people and with likely dynamic effects extending far beyond the case at hand."

¹¹ POSNER, Richard. "Pragmatic adjudication", in *The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture*, org. Morris Dickstein, Durham e Londres: Duke University Press, 1998, pp. 247-248.

¹² SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions", *cit.*, p. 913.



*as conseqüências sistêmicas como uma mera limitação residual na interpretação, apesar de sua aparente sensibilidade institucional e lucidez, é apenas mais uma mal sucedida empreitada de separar considerações institucionais da teoria da interpretação*¹³.

Em relação a Stephen Breyer, Adrian Vermeule argumenta que, apesar de ser necessário reconhecer o fato de Breyer enfatizar o papel das conseqüências em suas abordagens interpretativas, *"ele apresenta pouco interesse em aspectos ligados às capacidades institucionais dos intérpretes e as conseqüências sistêmicas. Ausentes esses aspectos, as premissas de Breyer não se conectam com as suas conclusões"*¹⁴.

Richard Posner responde à tese de Sunstein e Vermeule, acusando-os de, "imodestamente", cometerem um erro quando afirmam, de forma genérica, que os teóricos da interpretação (no que se inclui o próprio Posner) não consideram questões institucionais. Segundo Posner, apesar de ser correta a afirmação referente a Ronald Dworkin¹⁵, ela é insuficiente no que diz respeito a sua própria obra (de Posner), como outras, tais como a de Stephen Breyer, e a tese procedimentalista de John Hart Ely¹⁶. Para Posner, J. Hart Ely foi um autor que baseou sua famosa teoria de interpretação constitucional nas limitações institucionais, especificamente, nas dificuldades democráticas do controle de constitucionalidade das leis. Além disso, Posner sustenta que Sunstein e Vermeule pecam, dentre outras coisas, pelo excesso de empirismo¹⁷.

A réplica de Sunstein e Vermeule foi publicada no mesmo periódico¹⁸. Nela, os autores reforçam os seus argumentos, sustentando que o empirismo é necessário sim, para se aferirem as capacidades institucionais. Em função de uma análise empírica se concluirá por uma opção mais ou menos formalista¹⁹. No que diz respeito ao trabalho de John Hart Ely, Sunstein e Vermeule aduzem que a questão enfrentada pelo teórico procedimentalista não era propriamente de capacidade institucional, mas de legitimidade democrática.

Como será dito a seguir, a questão aqui parece-nos ser menos de conteúdo do que semântica: a legitimação democrática de natureza majoritária, como aquela de que investidos os agentes eleitos, deve ser considerada como importante componente de sua peculiar capacidade institucional para decisões de caráter marcadamente político, como o estabelecimento de prioridades orçamentárias e regulatórias.

Ademais, parece-nos haver um excesso nas críticas de Sunstein e Vermeule

¹³ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions", *cit.*, p. 913.

¹⁴ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 34. No artigo publicado em co-autoria com Cass Sunstein (*cit.*) não há referência ao pensamento de Breyer.

¹⁵ De fato, a pretensão da construção contrafática de um juiz Hércules torna difícil a consideração realista de capacidade institucional.

¹⁶ ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

¹⁷ POSNER, Richard. "Reply: the institutional dimension of statutory and constitutional interpretation", in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, pp. 952-971.

¹⁸ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretative theory in its infancy: a reply to Posner", in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, pp. 972- 978.

¹⁹ V. SUNSTEIN, Cass. "Must formalism be defended empirically?", in *The University of Chicago Law Review*, vol. 66, n° 3, 1999, pp. 636-670.



no tocante a Stephen Breyer. Com efeito, o professor e juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos tem demonstrado preocupações com as capacidades institucionais, ao defender, ao lado da necessidade de um ativismo judicial, que os juízes se valham cada vez mais de *experts* aptos a orientá-los²⁰. Num outro giro, a preocupação com efeitos sistêmicos e as consequências, pelo que já se expôs, faz parte da essência da teoria *posneriana* de análise econômica do direito, inspirada na análise ampla dos fatos segundo o Teorema de Coase.

Nada obstante, é inegável que a tese institucionalista acrescenta importante elemento na hermenêutica jurídica tradicional. Grandes teóricos da hermenêutica jurídica dominante, ao invés de se questionarem – como usualmente fazem – sobre como eles próprios solucionariam uma dada controvérsia, ou sobre como um juiz perfeito o faria (e.g. o Hércules de Dworkin²¹), deveriam buscar responder à pergunta sobre como uma pessoa falível deveria proceder, à luz de suas próprias limitações, diante das questões que lhes são colocadas.²²

A mesma reflexão pode ser feita em relação às teorias de interpretação constitucional adotadas no Brasil. Com efeito, diante da circunstância de que a interpretação da Constituição, em razão de suas peculiaridades (e.g. uso de princípios e a sua elevada carga valorativa) mereça o emprego de outros instrumentos e princípios interpretativos²³, tais como a ponderação de interesses²⁴ e a razoabilidade, o debate sobre as dificuldades institucionais é uma provocação sobre a viabilidade da adoção de tais métodos. É claro que esses elementos de hermenêutica constitucional, assim como os métodos clássicos de interpretação (e.g. gramatical, sistemático, teleológico e histórico²⁵), continuam tendo um papel importante, significando um avanço no trato com os desafios trazidos pelo constitucionalismo. Todavia, há uma real necessidade de que se considerem aspectos ligados às capacidades institucionais. É importante refletir sobre a viabilidade prática de que os nossos juízes considerem tantas circunstâncias no árduo cotidiano judicial brasileiro²⁶.

²⁰ BREYER, Stephen. *Economic reasoning and judicial review*, cit. p. 11.

²¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo), São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²² SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions", in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, pp. 904 e 949.

²³ V. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003; e BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)", in *Revista de Direito Administrativo*, nº 240, p. 1-42, v., especialmente, p. 9, nota 19). Para uma crítica quanto à necessidade de desenvolvimento de uma teoria hermenêutica própria para o Direito Constitucional, v. SILVA, Virgílio Afonso da. "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", in *Interpretação constitucional*, org. por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-145.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005; e SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

²⁵ V., por todos, REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

²⁶ Somente em 2007, por exemplo, o STF, que possui onze ministros, julgou 159.000 processos (cfr. informação extraída do Jornal Valor Econômico de 10.03.2008, p. A4). É claro que o excesso de trabalho é um problema real, que tem diversas razões, dentre as quais (e talvez a principal) as múltiplas possibilidades de recursos, o que acaba por "massificar" a atividade judicante do Supremo Tribunal Federal, diminuindo o



Em inúmeros casos, o juiz simplesmente não terá tempo, informação ou mesmo conhecimento para a tomada de uma decisão esclarecida e que considere tantos aspectos da(s) teoria(s) da interpretação. Em outros casos, o problema pode ser também o excesso de informações. De fato, é notório que haja casos em que autos judiciais são inundados por dezenas de laudos técnicos, pareceres, declarações etc. A dificuldade, em tais hipóteses, será a de saber escolher e filtrar os dados apresentados.

Tal circunstância é intensificada pelo crescente (e inevitável) ingresso de elementos não jurídicos no debate acadêmico e na prática judicial²⁷ – o que poderá ocorrer nas hipóteses de controle da intervenção do Estado em face da Constituição econômica. De certa forma, isso revela uma pretensão, ainda que velada, de transformar o aplicador do direito em economista, sociólogo ou filósofo, capaz de entender todas as engrenagens pertinentes para o deslinde de uma controvérsia²⁸. Terão os nossos juízes tamanha capacidade de análise e investigação? Parece-nos que haverá sérios obstáculos. Como assevera Daniel Goldberg a propósito dos obstáculos ao controle judicial das políticas públicas²⁹:

“A primeira e maior dessas dificuldades é o limite que se impõe – do ponto de vista prático – à investigação empírica do agente que aplica e interpreta o direito em cada caso concreto. Com efeito, o que boa parte da literatura que trata o direito no campo da implementação de políticas públicas ignora é que a composição de qualquer lide no bojo de um processo, administrativo ou judicial, impõe limites à extensão da inquirição no campo dos fatos.”

E prossegue o autor exemplificando seu argumento:

“O juiz que decide determinar ao Estado que custeie o tratamento de um paciente nem sempre (para desespero dos economistas) leva em consideração de onde vêm os recursos para fazer frente ao tratamento. O juiz que concede uma concordata

tempo para questões verdadeiramente relevantes, as quais podem clamar por análises aprofundadas, considerações técnicas de outras áreas do conhecimento, participação de *amicus curiae* etc. O Supremo Tribunal Federal não pode se tornar, como afirma o Ministro Ricardo Lewandowski, um “solucionador de conflitos no varejo” (cfr. informação extraída do Jornal Valor Econômico de 10.03.2008, p. A4).

²⁷ Como demonstra a pesquisa de SADEK, Maria Tereza. “Magistratura: caracterização e opiniões” (2005), disponível em www.amb.com.br, acesso em 19.02.2008, supracitada, a magistratura brasileira utiliza-se, em larga medida, de aspectos extra-jurídicos para a tomada de decisão, tais como as conseqüências sociais e econômicas.

²⁸ GOLDBERG, Daniel. “O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito”, in *Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência* (org. Lucia Helena Salgado e Ronaldo Seroa da Motta), Rio de Janeiro: Ipea, 2007, p. 55, disponível na internet, no sítio www.ipea.gov.br, acesso em 24.04.2007.

²⁹ GOLDBERG, Daniel. “O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito”, *cit.*, p. 71.



suspensiva não sabe o impacto na situação financeira dos credores da moratória concedida como favor legal ao devedor. O tribunal que limita o reajuste de preços em determinada carteira de seguros-saúde nem sempre sabe o que ocorrerá com os segurados de outras carteiras, como resultado de sua decisão. E mesmo que o juiz ou o operador do direito tenham acesso a todas essas informações, nem sempre eles podem considerar fatores relacionados a terceiros na decisão que tomam no âmbito da lide composta por autor e réu."

Daniel Sarmento preleciona, com inspiração nas idéias de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, que o exercício do controle judicial das políticas públicas em prol da realização de direito sociais:

"não pode ser realizado sem que se atente para a capacidade institucional de quem o opera. Por isto, não me parecem adequadas, neste ou em qualquer outro campo, as teorias que idealizam a figura do juiz – como o famoso "juiz Hércules", de Ronald Dworkin –, depositando no Poder Judiciário expectativas que ele não tem como atender. E até compreensível que teorias deste tipo acabem vicejando no Brasil, pelo desencanto geral diante dos poderes políticos, atolados em sucessivos escândalos, e pela persistência das mazelas que afligem a nossa população. Contudo, infelizmente, não me parece que elas possam entregar aquilo que prometem: a redenção de todos os males nacionais pela via judicial."³⁰

O fato é que os juízes, por distintas razões, têm dificuldades em levar em consideração elementos externos ao direito, como os argumentos econômicos, os quais, apesar de não necessariamente conduzirem a uma decisão adequada (eis que o direito não lida apenas com análise de custos), ajudam a compreender com maior profundidade as questões que lhe são colocadas³¹.

Diante disso, a interpretação da Constituição econômica, quando voltada ao controle de constitucionalidade, deve considerar, dentre outros aspectos, (i) quem tomou a decisão, (ii) como ela foi tomada e (iii) o quão apto para decidir é tal órgão ou entidade estatal. Isso terá destaque no controle da regulação econômica, quando elementos e agentes técnicos poderão ingressar no debate. Deve haver um esforço para que se concilie a possibilidade de controle judicial, inafastável no regime do Estado democrático de direito, com a perspectiva institucional aqui apresentada, que

³⁰ SARMENTO, Daniel. "A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos", 2008, mimeo.

³¹ BREYER, Stephen. *Economic reasoning and judicial review*, Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004, p. 2. Disponível na internet, no sítio: www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840. Acesso em 03.07.2007.



reconhece as limitações e a falta de informação conjuntural do Poder Judiciário³². Conforme Carlos Ari Sundfeld:

*"[O] Judiciário, com a estrutura que lhe foi dada no século passado, não é capaz de conhecer de todos os conflitos decorrentes da vida moderna e das normas editadas para transformar em valores jurídicos os novos valores que foram sendo incorporados pela sociedade"*³³.

Tal esforço de conciliação deva passar pela busca de novas formas de relação entre o Poder Judiciário e outros órgãos decisórios, de modo a aperfeiçoar o arranjo institucional do Estado regulador brasileiro. Trata-se de desenvolver uma análise institucional e dinâmica sobre a relação entre o Poder Judiciário, os órgãos da Administração Pública e o Poder Legislativo, a qual deve levar em consideração critérios de distribuição de competência "*funcionalmente adequados*", como também a "*específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimidade democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc.*"³⁴.

Veja-se que essa perspectiva da separação de Poderes vai muito além – sem desmerecê-lo – do controle, pelo Judiciário, da conformidade da atuação do Estado com as normas vigentes. Mais que isso, devem-se considerar elementos outros, como é o caso da capacidade, o aparelhamento técnico e o procedimento decisório do órgão cujo ato se pretende seja judicialmente revisto. Realmente, é relevante considerar empiricamente o aparelhamento técnico dos órgãos reguladores e a observância de uma racionalidade no procedimento regulatório, no que se inclui o destaque à participação dos agentes regulados e cidadãos em geral e o respeito ao devido processo legal. A racionalidade e a conformidade do procedimento com as normas pertinentes é um importante aspecto a ser considerado pela perspectiva institucional proposta. Diante de um procedimento regular e racional, o Judiciário deve ter cautela.

Ressalte-se que não se está sustentando a impossibilidade de controle judicial. Até mesmo porque é evidente que, quando os juízes tiverem as informações e a capacidade necessárias para uma tomada de decisão esclarecida, não deverão hesitar em fazê-lo³⁵. Em verdade, todo o esforço do juiz deverá ser no sentido de obter as informações imprescindíveis para o deslinde da controvérsia. Tal deverá ser

³² V. CYRINO, André Rodrigues. "Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um *amicus curiae* regulatório", in *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 19, Ed. Fórum, 2007.

³³ SUNDFELD, Carlos Ari. "Introdução às agências reguladoras", in *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., 3ª tir., coord. Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31.

³⁴ KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e Proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45 et seq..

³⁵ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions", in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, p. 948.



seu objetivo. O que não exclui, de outra banda, a necessidade de haver uma reflexão de viés institucional, que, pensamos, deva ter compromisso com o diálogo entre as instituições. Trata-se da defesa de um modelo promotor da interação e da cooperação entre os diversos órgãos e entidades técnicos e magistrados, com um intuito de aperfeiçoar a regulação, a realização de direitos e o controle judicial.

Daniel Sarmento³⁶ dá notícia de um famoso julgado da Corte Constitucional da África do Sul em que o diálogo institucional foi abraçado como forma de aperfeiçoar o controle judicial de políticas públicas. Aspectos sistêmicos e um amplo espectro de informações relevantes são mais bem considerados por meio de um modelo dialógico, o que contribui para a realização de direitos e do bem-estar. Trata-se do caso *Grootboom*³⁷, julgado em 2000.

A hipótese envolvia a discussão sobre o direito à moradia (consagrado na Constituição sul-africana no item 26, do Capítulo 2 – *Carta de Direitos*³⁸), como também a tutela integral da criança (item 28, c, do mesmo capítulo³⁹). Questionava-se a possibilidade de que fosse exigida do Estado⁴⁰ a efetivação imediata destes direitos a centenas de miseráveis⁴¹, que estavam vivendo em barracas de plástico improvisadas após terem sido despejados, em 1999, de propriedades privadas que antes ocupavam. Propriedades destinadas, justamente, à implementação de programas habitacionais, sendo que muitos dos recorrentes estavam na fila para serem contemplados por tais políticas governamentais. A Sra. Irene Grootboom e os demais recorrentes pleiteavam fossem as autoridades públicas Sul-Africanas obrigadas a (i) provê-los, juntamente com seus filhos, de abrigo ou moradia básica adequada até a obtenção de sua acomodação permanente (item 26); ou (ii) que tais autoridades garantissem, ao menos às crianças, nutrição, abrigo e condições básicas de assistência social (item 28, c).

Para a Corte Constitucional da África do Sul, apesar de o direito à moradia e os demais direitos discutidos constarem da Carta Magna, não seria possível extrair da Constituição de 1996 um direito subjetivo à habitação e à proteção integral a cada pessoa. Nem mesmo no seu núcleo essencial.

Não obstante, afirmou a Corte que poderia controlar a razoabilidade das políticas públicas desenvolvidas pelo governo, de modo a garantir a efetiva promoção

³⁶ SARMENTO, Daniel. "A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos", 2008, mimeo.

³⁷ *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and others*. A decisão pode ser encontrada no sítio www.constitutionalcourt.org.za, acessado em 30.04.2008.

³⁸ Confira-se a redação original do dispositivo: "26. Housing.-(1) Everyone has the right to have access to adequate housing.

(2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of this right.

(3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions."

³⁹ "28. Children.-(1) Every child has the right- (...)

(c) to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services;"

⁴⁰ A pretensão era movida em face do Governo da África do Sul, do Governo de Western Cape, o Conselho Metropolitano do Cabo da Boa Esperança e o Município de Oostenberg.

⁴¹ Eram partes do processo a Sra. Irene Grootboom e outras 900 pessoas (510 crianças e 390 adultos).

dos direito consagrados na Constituição⁴². Segundo a Corte, no caso em comento, “trata-se de direitos, e a Constituição obriga o Estado a torná-los efetivos”⁴³. Ao mesmo tempo tribunal reconheceu a existência, no país, uma política pública voltada para a habitação. Todavia o tribunal entendeu que ela era insuficiente; que se tratava de uma política falha, porquanto não incluía medidas emergenciais destinadas às pessoas em situações extremas de carência (*desperate need*), o que ocorria no caso. Assim, ordenou uma reformulação das estratégias de atuação estatal, de modo a garantir medidas de alívio imediato daqueles cidadãos. O ponto interessante é que o Tribunal Constitucional não especificou quais seriam essas políticas. Isso seria inadequado por uma série de razões, dentre as quais a necessária consideração de um amplo espectro de fatos relevantes, inclusive os seus custos⁴⁴. A solução adotada voltou-se para o diálogo institucional.

Para garantir uma fiscalização institucionalmente adequada da execução da sua decisão, a Corte atribuiu a um órgão técnico independente – a *Human Rights Commission* – de reconhecida *expertise* em matéria de direitos sociais na África do Sul, a tarefa de supervisionar a criação e a implementação do novo programa. Conforme a política pública fosse sendo desenvolvida, a entidade deveria reportar-se ao tribunal. Segundo Cass Sunstein, no caso citado,

*“pela primeira vez na história, uma corte constitucional iniciou um processo que deve ser bem sucedido no desenvolvimento de uma efetiva proteção de direitos sem que se coloque o Poder Judiciário em um inaceitável papel de Administrador Público. Este ponto tem amplas implicações sobre como nós pensamos sobre cidadania, democracia e as mínimas necessidades econômicas e sociais”*⁴⁵

Pensamos, com Daniel Sarmiento, que medidas como as implementadas em *Grootboom* “se fossem adotadas no Brasil, contribuiriam para a racionalização da tutela judicial dos direitos positivos”⁴⁶. Podemos dizer o mesmo para os casos em que estejam sendo questionadas estratégias de intervenção do Estado na economia. Como se vê, trata-se de sugestão de um modelo de controle judicial que se propõe

⁴² Para a Corte: “Socio-economic rights are expressly included in the Bill of Rights; they cannot be said to exist on paper only. Section 7(2) of the Constitution requires the state “to respect, protect, promote and fulfill the rights in the Bill of Rights” and the courts are constitutionally bound to ensure that they are protected and fulfilled. The question is therefore not whether socio-economic rights are justiciable under our Constitution, but how to enforce them in a given case. This is a very difficult issue which must be carefully explored on a case-by-case basis.” *V. Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and others*.

⁴³ *V. Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and others*.

⁴⁴ Nas palavras da Corte: “There is a balance between goal and means. The measures must be calculated to attain the goal expeditiously and effectively but the availability of resources is an important factor in determining what is reasonable.” *V. Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and others*.

⁴⁵ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy. What constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 222.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos”, *op. cit.*



ao diálogo e ao desenvolvimento institucional.

Em verdade, e em última análise, toda a argumentação apresentada nos conduz a repensar o tão debatido quanto fundamental princípio da separação de Poderes, que, segundo Reinhold Zippelius, "*talvez seja a questão mais importante da teoria do Estado*"⁴⁷. Com efeito, ao se tratar de um arranjo institucional eficiente num Estado regulador, há que se ter em conta a concepção de separação de Poderes que se adota. As três grandes funções do Estado, (i) legislar, criando direitos e obrigações; (ii) administrar e prestar serviços públicos; e (iii) aplicar, interpretando no caso concreto, os direitos e obrigações outrora criados, classicamente divididas entre três "Poderes", não podem ser vistas da forma como concebidas pelos seus teóricos originários.

Com efeito, a separação de Poderes como concebida por Locke, Montesquieu e pelos Federalistas foi uma forma de organização do aparato estatal apta a conter o abuso do poder⁴⁸. Todavia, a complexidade das sociedades industriais contemporâneas e os papéis assumidos pelo Estado, no que destacamos a sua intervenção no domínio econômico, demandam leituras oxigenadas da doutrina surgida no iluminismo e consagrada na Revolução Francesa e na Constituição americana. Conforme Bruce Ackerman, "*a separação de Poderes é uma boa idéia. Mas não há razão para pensar que os autores clássicos tenham exaurido os seus pontos positivos. Ao contrário*"⁴⁹.

A análise das capacidades institucionais representa uma importante contribuição ao aprimoramento da idéia de separação de poderes, à qual agrega preocupações pragmáticas com as conseqüências das medidas de intervenção estatal no âmbito das relações econômicas e sociais.

4 APLICANDO A TEORIA AO CASO CONCRETO: DIREITO À MORADIA E CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

A existência de um direito social à moradia, previsto no art. 6º da Constituição brasileira, não cria *per se* direitos subjetivos a prestações determinadas ou a específicas formas de regulação estatal sobre direito de propriedade ou sobre as locações prediais. Ao contrário, como anota Ingo Sarlet, "*a multiplicidade de opções que se registra no âmbito da atividade prestacional social do Estado tende a ser, em tese, ilimitada e constitui, por si só, instigante tema para uma reflexão mais aprofundada.*"⁵⁰

Assim, no quadro das múltiplas possibilidades defensivas e promocionais

⁴⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*, 3 ed. (trad., da 12 ed. alemã de 1994, Karin Praefcke_Aires Coutinho, coord. José J. Gomes Canotilho), Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 401.

⁴⁸ Sobre a origem e o desenvolvimento da separação de Poderes, v. PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

⁴⁹ ACKERMAN, Bruce, *The new separation of powers*, in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 727.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 279.



do direito à moradia, o legislador brasileiro – atento aos limites e possibilidades de nossa realidade econômica – adotou como regra a impenhorabilidade do bem de família (dimensão defensiva), admitindo algumas exceções, dentre as quais a do bem único do fiador em contratos de locação predial. A lógica da exceção já foi bem explicitada acima: a de viabilizar o acesso a garantias eficientes e de baixo custo àqueles que dependem da locação predial como forma de acesso à moradia, criando ainda um ambiente seguro para o aumento da oferta de imóveis e conseqüente decréscimo do valor dos aluguéis.

No que se refere especificamente à promoção do direito à moradia no âmbito do mercado de locações prediais, o legislador brasileiro optou pela *desproteção* do bem único do fiador em prol da *promoção* do acesso à moradia do locatário. Em apertada síntese: o legislador levou em conta (i) a circunstância de que o fiador aceita voluntariamente o encargo; (ii) a livre disposição sobre o bem de sua propriedade; (iii) a possibilidade de que seu acesso a alguma moradia não dependa, necessariamente, daquele bem objeto da penhora; e (iv) a função social que seu direito de propriedade cumprirá, viabilizando o acesso do locatário à moradia.

Até aqui, maior divergência não poderia haver. A dificuldade surge no momento em que se questione sobre a *real necessidade* de sacrifício do bem do fiador (que, afinal, pode efetivamente servir-lhe como moradia) como forma de promoção do acesso à moradia dos locatários. Por que não fomentar outras formas de garantia que não uma que ponha em risco (ainda que potencial) a moradia do fiador? Por que o Estado não poderia fornecer fianças bancárias de baixo custo? Por que o Estado não poderia fornecer ou viabilizar o acesso dos indivíduos a financiamentos bancários para construção da moradia própria?

A questão se tornaria ainda mais complexa caso se inserisse na discussão o papel do Judiciário na proteção e promoção do direito à moradia. Por que o Judiciário não estaria autorizado a proteger o direito à moradia do fiador – mediante invalidação da norma legal que permite a penhora do seu imóvel? Não seria esse um conteúdo *defensivo* (ou *negativo*) do direito fundamental, plenamente justificável por não exigir qualquer prestação do Estado?

Cumprir a resposta pela compreensão daquilo que Norbert Reich denominou *dupla instrumentalidade* do direito econômico. Por um lado, o direito organiza e institucionaliza as normas da economia de mercado, colocando à sua disposição seus instrumentos e instituições, como o contrato, a propriedade privada, as garantias etc. De outro lado, o Estado se utiliza do direito como instrumento de indução e condução do mercado no sentido da consecução de determinados objetivos de política social.⁵¹ A dupla instrumentalidade se revela no papel ao mesmo tempo *constitutivo e diretivo* da economia, traduzida nas funções institucionais de favorecer a geração da riqueza e, por outras vias, adotar mecanismos voltados à sua redistribuição.

Assim, as políticas públicas redistributivas atendem sempre a reclames

⁵¹ NORBERT, Reich. *Mercado y Derecho*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 60/61.



jurídicos do Estado social, mas sujeitam-se, ao mesmo tempo, aos limites econômicos existentes para a sua realização. Tais limites assumem diferentes feições, dentre as quais a limitação orçamentária (limites financeiros) e a limitação regulatória (limites da propriedade privada) são as mais importantes. Ao fim e ao cabo, os limites das políticas redistributivas decorrem sempre da tensão política entre aquilo que se deve preservar da economia de mercado (como instrumento de geração de riqueza) e o quanto dele se pode socializar (como instrumento de promoção de direitos fundamentais ou de outras políticas públicas).

No que se refere aos direitos sociais, José Eduardo Faria bem esclareceu que estes “não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.”⁵² Daí o Ministro Cezar Peluso haver concluído, com argúcia, que na modelação concreta do direito à moradia a norma legal possa tutelar o direito à moradia de uma classe ampla de pessoas (necessidades da locação), mediante estímulo do acesso à habitação arrendada, em detrimento (eventual) do direito de propriedade de outra classe de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel).⁵³

Por evidente, tal forma de regulação não exclui outras ações estatais conjugadas voltadas à maximização do acesso das pessoas à moradia, inclusive daqueles já titulares de habitação própria. O que é relevante, na espécie, é a circunstância da existência de escassez de recursos e da impossibilidade de o Estado satisfazer a integralidade das demandas por moradias, bem como por inúmeras outras espécies de utilidades sociais. Este o contexto em que os agentes públicos são obrigados a estabelecer prioridades, realizando as chamadas “escolhas trágicas”. Tais escolhas aparecem tanto na vertente orçamentária (mediante prestações positivas diretas) como na vertente regulatória (mediante restrições, incentivos ou favorecimentos).

Daí que merece ser exaltado o caráter mais realista da Constituição portuguesa, cujo art. 65º, em seu item 2, alínea “c”, dispõe que, para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada.” Em outras palavras, o direito à moradia exige do Estado, dentro dos limites orçamentários e regulatórios a que está sujeito, a adoção de políticas públicas tendentes à maximização do acesso das pessoas à habitação.

Mas qual a legitimidade do tratamento legislativo mais benéfico aos demais proprietários de bem de família que aos fiadores proprietários de um só imóvel? Por que não proteger os locatários mediante outras formas que não onerem seus fiadores? Não deveria o Judiciário simplesmente proteger o direito à moradia dos fiadores e remeter o problema da proteção dos locatários para o Legislativo e o Executivo?

⁵² FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 147.

⁵³ RE 407.688/SP, p. 887.



Justamente aqui a teoria das capacidades institucionais exibe grande utilidade.

Em primeiro lugar, há que se entender que eventual anulação judicial da norma legal, para proteção dos fiadores, levaria inexoravelmente à *desproteção* de um grande número de locatários. Mais que isso, a proliferação de decisões judiciais em semelhante sentido traria grande insegurança jurídica para o mercado de locações, acarretando retração da oferta de imóveis e inevitável aumento dos aluguéis. Daí ter-se razoável confiança na *prognose* legislativa de que os efeitos da proteção dos fiadores seria contraproducente, do ponto de vista do número de pessoas cujo acesso à moradia haja sido assegurado.

Por que a avaliação dos fatos (diagnóstico) e das conseqüências da política pública (prognóstico) feita pelo Legislativo merece deferência por parte do Judiciário? Certamente por conta de uma demonstração estatística dos números do mercado de habitações arrendadas, da importância das locações prediais para os mais pobres e do elevado custo de outras garantias, como as fianças bancárias. Porém, além dos dados empíricos, deve o Judiciário ter em conta a maior capacidade dos órgãos políticos de avaliarem os efeitos gerais de suas decisões, o maior contato com os agentes econômicos do setor relevante, a maior participação da opinião pública e os depoimentos de técnicos em comissões especializadas.

Assim, é legítimo construir-se um *standard* de deferência judicial em matéria de regulação econômica, desde que o Legislativo ou o Executivo sejam capazes de demonstrar a *sustentabilidade lógica* de seus argumentos. Também deve o Judiciário adotar uma postura prudente de auto-contenção (*judicial self-restraint*) diante da incerteza dos efeitos sistêmicos de sua eventual intervenção no caso. Somente políticas públicas manifestamente ilegítimas ou inconsistentes devem ser invalidadas; na dúvida, a preferência deve ser dada às escolhas regulatórias fundadas em razões *a priori* sustentáveis, tanto no que se refere ao diagnóstico dos fatos como no que toca ao prognóstico de suas conseqüências.

Para melhor compreender o diagnóstico da situação fática e as prognoses feitas pelo legislador, poderá o tribunal constitucional lançar mão do art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99, que prevê a possibilidade de o relator, "em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data, para, em audiência pública, ouvir depoimentos e pessoas com experiência e autoridade na matéria.". Mesmo na fiscalização abstrata da constitucionalidade, portanto, poderá haver dilação probatória, superando-se a visão tradicional em sentido contrário.⁵⁴

Nos Estados Unidos, o chamado *Brandeis-Brief* – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis (posteriormente, juiz da Suprema Corte), no caso *Müller vs. Oregon* (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras cento e dez voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação

⁵⁴ ADIN nº 1286-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 06.09.1996, p. 31.848.



da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples *questão jurídica* de aferição da legitimidade da lei em face da Constituição.

Em última análise, toda lei é criada visando à produção de efeitos concretos sobre a realidade, e só assim, no confronto com situações concretas, é que a norma revela todo o seu conteúdo significativo.⁵⁵ Assim, a análise da compatibilidade de uma determinada lei com o texto constitucional não deve ser empreendida no plano meramente teórico, senão que deve levar em conta os problemas jurídicos concretos ensejados pela incidência da lei sobre a realidade. Como ressalta Inocêncio Mártires Coelho, “a questão constitucional, até mesmo pelas conseqüências do seu desfecho, exige um acurado cotejo entre a *norma* e a *situação normada*, porque sem o exame dos fatos nada nos dizem as formalizações jurídicas.”⁵⁶ Inúmeros são os casos em que, na formação de sua convicção, o juiz adentra necessariamente na análise de fatos ou prognoses feitas pelo legislador, de cujo esclarecimento depende o desfecho da questão constitucional. Vale recordar o célebre julgamento do HC 70.514, de 23.03.1994, no qual o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a lei que concedia prazo em dobro à Defensoria Pública, enquanto tais órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados. Foi expressamente ressalvado que a disposição poderia vir a ser declarada inconstitucional, eis que a pronúncia da legitimidade da norma se assentava em circunstância de fato suscetível de alteração no tempo.⁵⁷

Igualmente louvável a previsão de diligência pericial, que pode se tornar necessária na apreciação de leis que cuidem de questões técnicas muito específicas, inacessíveis ao leigo. Gilmar Ferreira Mendes, citando trabalho clássico de Klaus Jürgen Philippi,⁵⁸ enumera diversos casos em que o Tribunal Constitucional Federal alemão lançou mão de grupos de peritos e autoridades em determinadas matérias científicas e técnicas para esclarecer-se sobre os aspectos empíricos resultantes da incidência da lei objeto do controle de constitucionalidade.⁵⁹

O esclarecimento do Poder Judiciário quanto a diagnósticos fáticos e prognoses legislativas, por meio de depoimentos e laudos de peritos, deve ser compreendido como um *incentivo institucional* à transparência e à consistente motivação

⁵⁵ Neste sentido, LARENZ, Karl. *A Metodologia da Ciência do Direito*, Editora da Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 396.

⁵⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *As idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*, Revista de Direito Administrativo nº 211, 1997, p. 132.

⁵⁷ V., sobre esse julgamento, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, Editora Saraiva, 1996, p. 284.

⁵⁸ PHILIPPI, Klaus Jürgen. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, Colônia, 1971.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial*, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, ed. cit., p. 467/473. Assim, por exemplo, o Tribunal Constitucional tedesco julgou inconstitucional lei do Estado da Baviera que condicionava a instalação de farmácias a uma especial permissão da autoridade administrativa, levando em conta laudos periciais que asseveravam que a liberdade de instalação de farmácias em outros países com o mesmo *standard* civilizatório da Alemanha (v.g., Suíça) não levou a uma efetiva ameaça à saúde pública.



das decisões legislativas, uma vez que o Poder Legislativo sempre poderá ser convocado a prestar explicações sobre elas. Afinal, a revisão judicial será sempre possível, quando houver erro manifesto quanto aos fatos e inconsistências insuperáveis no que se refere à demonstração do acerto das prognoses. Nada obstante, diante de tudo quanto se vem de dizer, o *standard* de controle deve ser mais brando, em face da sustentabilidade das razões articuladas pelo legislador.

Ademais, haverá o tribunal que considerar a maior legitimidade democrática do Legislativo para estabelecer prioridades, determinando quem será favorecido e quem arcará com os ônus colaterais da política regulatória adotada. É razoável a opção legislativa por onerar aquele que aceita voluntariamente ser fiador, pois o faz assumindo os riscos do encargo, no exercício de sua autonomia privada. Eventual anulação judicial apenas transferiria os ônus para terceiros, com conseqüências sistêmicas provavelmente funestas. Por certo, o mercado acabaria por adotar outras garantias ou soluções, todas elas, contudo, mais onerosas aos locatários, cujo acesso à moradia seria prejudicado.

Supondo-se que o Estado pudesse fornecer fianças a baixo custo - solução que se afigura onerosíssima e de eficiência duvidosa - tal medida estaria a depender de uma inversão de prioridades na aplicação de recursos públicos, para cuja adoção o Judiciário não está habilitado. A oneração dos fiadores - que aceitaram o encargo voluntariamente - seria substituída pela oneração dos contribuintes, em prejuízo de outras políticas públicas que demandariam investimentos diretos prioritários. Não existem almoços gratuitos: tanto nas escolhas orçamentárias como nas regulatórias, alguém perde para que alguém ganhe.

Assim, também sob a perspectiva da legitimidade democrática, a postura adotada pelo STF foi adequada, tendo em vista que a invalidação judicial da norma alteraria a estratégia redistributiva deliberada pelos agentes políticos eleitos. Faleceria ao Judiciário, aqui, capacidade institucional para reavaliar as prioridades orçamentárias e regulatórias feitas pelos demais Poderes.

5 PARÂMETROS PARA A REVISÃO JUDICIAL DE DIAGNÓSTICOS E PROGNÓSTICOS LEGISLATIVOS EM MATÉRIA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

O estudo até aqui levado a efeito revela *diferentes graus de vinculação* do legislador à Constituição econômica, o que importa diferentes intensidades de controle judicial sobre os diagnósticos e prognósticos legislativos em matéria de regulação da economia. Partindo-se para uma tentativa de sistematização mais geral, é possível alinhar os seguintes *standards* (ou parâmetros) para a construção de uma teoria jurídico-funcionalmente adequada do controle judicial dos diagnósticos e prognósticos legislativos em matéria econômica:

I. quanto maior o grau de *objetividade* extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau do controle judicial. Assim, em primeiro lugar, o Poder Judiciário deverá atentar para a tipologia da norma jurídica incidente ao caso (regras, conceitos indeterminados e princípios), de modo a utilizar escrutínio em grau proporcional à densidade da norma em questão. Ademais, o magistrado deverá levar em conta critérios de *lógica* (e.g., se a medida é abstrata



e genérica, o exame de proporcionalidade deve ser feito no plano da abstração e generalidade; se a medida é concreta e individualizada, o exame de proporcionalidade deve ser feito no plano individual e específico) e de *coerência* (e.g., respeito aos parâmetros de objetividade construídos nos precedentes). Este parâmetro privilegia os valores *legitimidade democrática*, *segurança jurídica* e *racionalidade sistêmica* na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

I.1. De todo modo, mesmo nos espaços de maior *ductibilidade* normativa (conceitos indeterminados e princípios), poderá ser declarada a invalidade de medidas: (a) manifestamente inadequadas, que não promovam minimamente o fim a que se destinam; (b) manifestamente inexigíveis, diante da possibilidade de que fosse adotada estratégia menos restritiva; e (c) cuja relação de custo-benefício é manifestamente negativa para o atendimento das finalidades da Constituição, ou, ainda, com custo que a inviabilize na prática, ou que ocasione efeitos colaterais e/ou paradoxos que a tornem evidentemente contraproducentes.

I.2. Nos casos em que se reconheça a falha ou a insuficiência da regulação, é possível que o Poder Judiciário, ciente de suas limitações institucionais para análises sistêmicas e de impacto abrangente, busque a solução dialogal, incumbindo a órgão técnico especializado a adaptação ou a reconstrução da política interventiva. Nesses casos, o Poder Judiciário apontará a finalidade a ser atendida e determinará que o órgão regulador se reporte a ele sobre a criação, implementação e viabilidade econômica das medidas.

II. Quanto maior o grau de *tecnicidade* da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia os valores *especialização funcional* e *eficiência* na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

III. Quanto maior o grau de *politicidade* da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do Executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia os valores *legitimidade democrática* e *responsividade* na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

IV. Quanto maior o grau de efetiva *participação social* (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este *standard* é aplicável também aos atos legislativos, conforme o grau de consenso democrático obtido para sua aprovação (emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória). Em relação aos atos administrativos, aponta-se no sentido da valorização da participação em processos de consulta ou audiência pública, dentre outros que possam demonstrar uma ampla consensualidade em torno da medida. Este parâmetro privilegia o valor *legitimidade democrática*, em seus diferentes graus, na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

V. Quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos constitucionalmente consagrados), mais intenso deve ser o grau do controle judicial. Este *standard* é uma decorrência da adoção, no sistema brasileiro, do *judicial review*, tanto em relação a atos legislativos (controle de constitucionalidade), como



em relação a atos administrativos (controle de juridicidade). Com efeito, sua adoção aponta para a necessidade de defesa dos direitos básicos dos cidadãos, especialmente daqueles umbilicalmente ligados ao arcabouço jurídico-institucional da democracia, por órgãos independentes.

V.1. Se a medida judicial não importar dispêndios e/ou efeitos sistêmicos significativos de repercussão geral, o controle deverá ser ainda mais severo, o que ocorrerá ordinariamente na realização da dimensão marcadamente negativa dos direitos fundamentais; no que se refere à dimensão acentuadamente prestacional de direitos fundamentais, a tendência deverá ser de menor ingerência judicial, especialmente quando a regulação houver se fundado em estudos técnicos, análise de custos e de efeitos sistêmicos. Ainda aqui, em casos de excepcional necessidade, é possível cogitar uma atuação mais forte do Judiciário, de modo a garantir patamares mínimos de existência digna, imprescindíveis para a manutenção do ambiente democrático e garantia da dignidade humana.

V.2. Neste último caso, diante da limitação das capacidades institucionais do Poder Judiciário para análises de impactos sistêmicos, em termos econômicos e orçamentários, a intervenção judicial deverá evitar adjudicações diretas, remetendo a questão a um diálogo institucional com os Poderes Legislativo e Executivo, que terão o ônus de elaborar ou rever as políticas públicas existentes visando ao atendimento do mínimo existencial.



Regras de Publicação para a Próxima Edição

Todas as normas que regem a publicação de artigos na vigésima sexta edição da Revista Jurídica *In Verbis* encontram-se disponíveis para download no site oficial do periódico – www.inverbis.com.br -, na seção “Normas de publicação”. As referidas normas consistem em Edital e Guia de Normas, este anexo àquele. Na supradita seção, há também um artigo modelo elaborado, a convite, pelo Professor Igor Alexandre Felipe de Macêdo.

Revista impressa pela Impressão Gráfica Editora.
Capa: Coché Fosco 230g/m² com laminação fosca.
Miolo: Papel offset 75g/m².