



ISSN 1984-1035  
A Leitura: Belém, v.11, n.16, p. 1-190, dez. 2023

Belém/Pará  
2023

Equipe de Editoração

Editor responsável  
Jeferson Antonio Fernandes Bacelar  
(Diretor do Departamento de Ensino e Pesquisa da EJPA)

Edição de arte  
Airton Edson Paulo Pereira do Nascimento  
(Departamento de Comunicação do TJPA)

Ficha Catalográfica  
Maria da Conceição Ruffeil Moreira  
(Chefe da Divisão de Biblioteca e Videoteca da EJPA)

Revisão  
Laís Zumero

Projeto gráfico e capa originais  
Casa Brazilis Design

---

A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.  
Vol. 1, n.1 (nov. 2008) – . Belém: ESM-PA, 2008 – .  
v. ; 28 cm.

Semestral

ISSN: 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II.  
Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

# Sumário

## EDITORIAL 5

---

*Des<sup>a</sup>. Célia Regina de Lima Pinheiro*

## ARTIGOS

### 1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA ALIMENTAR E SUA APLICAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO 10

---

*Antonio José de Mattos Neto e Ronald Corecha Bastos*

### 2. A ESPETACULARIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 26

---

*Arianne Brito Cal Athias*

### 3. A TRIBUTAÇÃO MUNICIPAL E A CONSOLIDAÇÃO DA SEGREGAÇÃO ESPACIAL NO BRASIL 38

---

*Bruno Soeiro Vieira e Iracema de Lourdes Teixeira Vieira*

### 4. O ART. 167, IV (NÃO-AFETAÇÃO), EM 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 51

---

*Fernando Facury Scaff*

### 5. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: a salvaguarda dos direitos consumeristas por meio das cláusulas contratuais abertas 69

---

*Frederico Antonio Lima de Oliveira*

### 6. O CONTROLE JUDICIAL: DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DO PROCESSO 85

---

*Jean Carlos Dias*

### 7. OS TRINTA E CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A INTERPRETAÇÃO DO STF EM RELAÇÃO À COMPETÊNCIA AS AÇÕES JUDICIAIS CONTRA ATOS DO CNJ E CNMP: A IMPORTÂNCIA DO TEMA FIXADO NA RCL 33.459, ADI 4.412 E PET 4.770 100

---

*José Henrique Mouta Araújo*

8. A (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCEDIMENTO DE IMPEACHMENT E A RESPONSABILIDADE POLÍTICA NO MODELO PRESIDENCIALISTA BRASILEIRO	106
---	-----

*Juliana Rodrigues Freitas e Nelson Rodrigues Gomes*

9. A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O DIREITO ADQUIRIDO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	123
--	-----

*Leonardo Amaral Pinheiro da Silva*

10. QUEM TEM OCUPADO A CENTRALIDADE DA SOLUÇÃO DO CONFLITO DOMÉSTICO NAS EXPERIÊNCIAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA?	130
--	-----

*Luanna Tomaz de Souza e Lorena Santiago Fabeni*

11. REASSENTAMENTO INVOLUNTÁRIO DE OCUPANTES DE ÁREAS PÚBLICAS EM RAZÃO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA FINANCIADOS PELO BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID): O CASO DO MUNICÍPIO DE PARAUPEBAS/PA	138
--	-----

*Luly Rodrigues da Cunha Fischer e Ana Luisa Santos Rocha*

12. A VIÚVA E A POSSIBILIDADE DA REVISÃO DO VALOR DA APOSENTADORIA DO FALECIDO	150
--	-----

*Océlio de Jesús C. Morais*

13. "DIÁLOGO" DAS FONTES E RESPONSABILIDADE CIVIL: UM APORTE PARA A FORMULAÇÃO DO CONCEITO DE DANO DE CONDUTA	160
---	-----

*Pastora do Socorro Teixeira Leal*

14. A CRISE DO DIREITO E O SEUS REFLEXOS NO ESTADO OU A CRISE DO ESTADO E SEUS DESDOBRAMENTOS NO DIREITO	178
--	-----

*Ricardo Augusto Dias da Silva*



# Editorial

**N**o ano em que a Constituição Federal de 1988 completa seus 35 anos, convidamos juristas paraenses a encaminharem colaborações reflexivas sobre temas diversificados, para a Revista A Leitura, periódico da nossa Escola Judicial que também está em data festiva, completando 15 anos de sua primeira edição.

A Carta Cidadã precisa ser constantemente revisitada, diante da complexidade e da dinâmica da sociedade brasileira contemporânea, em um contexto de mudanças sociais, econômicas e políticas, que demandam análises jurídicas profundas e abrangentes, mas sem prescindir de uma visão humanista, que examine os imensos desafios impostos à efetividade dos direitos fundamentais.

A presente obra, composta por 14 artigos, assinados por pesquisadoras e pesquisadores de renome, constitui um valioso aporte teórico, mas com perspectivas práticas, para a atualização e o aprofundamento nos importantes temas apresentados. Cada contribuição selecionada reflete a respeito de aspectos distintos, porém interconectados, revelando um belo, e ao mesmo tempo desafiador, mosaico.

O Direito Fundamental à Segurança Alimentar e Sua Aplicação pelo Poder Judiciário Brasileiro, de Antonio José de Mattos Neto e Ronald Corecha, abre a discussão com uma análise crítica sobre como o Judiciário brasileiro tem enfrentado os desafios impostos para efetivar direitos fundamentais. Por sua vez, Arianne Athias oferece uma pertinente reflexão relativa à influência da mídia na percepção e na efetivação dos direitos insculpidos no texto constitucional.

## Editorial



No campo tributário, Bruno e Iracema Vieira avaliam as implicações da tributação municipal na questão da segregação espacial, e como pode se constituir em elemento aprofundador de desigualdades sociais/territoriais. Já Fernando Scaff reflete sobre os desafios impostos pela norma constitucional no que concerne à vinculação de receitas, lançando luzes para a gestão fiscal responsável.

Três artigos trazem relevantes contribuições no âmbito processual. O Promotor de Justiça Frederico de Oliveira apresenta questões sobre a jurisdição constitucional como instrumento protetivo dos direitos consumeristas. Quanto ao papel do controle judicial na garantia de direitos sob o prisma da teoria processual é o advogado Jean Carlos Dias quem nos oferta uma importante contribuição. E o Procurador do Estado José Henrique Mouta oferece uma análise crítica da jurisprudência do STF, especialmente em casos que tocam a estrutura e a competência dos órgãos de controle interno do Judiciário e do Ministério Público.

As Teorias do Direito, da Constituição e do Estado são trabalhados nos textos: “Diálogo das fontes e responsabilidade civil: um aporte para a formulação do conceito de dano de conduta”, de Pastora Leal; “A (I)Legitimidade Democrática do Procedimento de Impeachment e a Responsabilidade Política no Modelo Presidencialista Brasileiro”, de Juliana Freitas e Nelson Gomes, e “A Crise do Direito e Seus Reflexos no Estado”, de Ricardo Dias.

Leonardo Pinheiro da Silva, presidente do IBDFAM/Pará, aborda a flexibilidade do regime de bens no casamento sob a ótica do direito adquirido; enquanto Luanna Tomaz e Lorena Fabeni, trazem uma perspectiva inovadora sobre a justiça restaurativa, com foco na resolução de conflitos domésticos.

Por fim, Luly Fischer e Ana Luisa Rocha exploram aspectos complexos nos processos de reassentamento, apresentando um estudo de caso revelador, e o magistrado trabalhista Océlio Moraes discute os direitos previdenciários das viúvas, especialmente a possibilidade de revisão do benefício.

Destarte, todos os artigos, por intermédio de abordagens peculiares, contribuem para um entendimento mais rico e multifacetado dos direitos fundamentais no contexto da Constituição de 1988, desafiando leitores e leitoras a refletir sobre suas implicações práticas e teóricas.

A EJPA, por meio de sua mais tradicional revista, sente-se realizada em promover este debate.

Viva nossa Constituição Federal! Viva A Leitura!

**Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro**

Diretora Geral da Escola Judicial do Poder Judiciário do Estado do Pará



# Artigos



# O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA ALIMENTAR E SUA APLICAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

## THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FOOD SAFETY AND ITS APPLICATION BY THE BRAZILIAN JUDICIARY

Antonio José de Mattos Neto<sup>1</sup>

Ronald Corecha Bastos<sup>2</sup>

### Resumo

O presente estudo aborda a aplicação do direito fundamental de segurança alimentar pelo Poder Judiciário brasileiro representado pelo órgão judicante superior do direito comum. Tem como hipótese que a fome global existe por causa da ausência de acesso aos alimentos. Objetiva tratar da concepção contemporânea da segurança alimentar construída como direito fundamental, a partir da qual comenta criticamente alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da Cidadania. O método utilizado é o dedutivo

com a utilização qualitativa da bibliografia e jurisprudência de interesse. Os resultados indicam que já há significativa compreensão pelo Tribunal da Cidadania de que a segurança alimentar deve ser garantida, e reconhece-a como fenômeno transdisciplinar, com suas dimensões éticas, políticas, econômicas, sociais e, agora, também jurídicas. A conclusão é no sentido de que o direito fundamental de segurança alimentar é conceito transversal dentre os vários setores da vida humana, com o fim de proteger o ser humano, em particular as

<sup>1</sup> Professor Titular da Universidade Federal do Pará e da Universidade da Amazônia, Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, Ex-Diretor do Instituto de Ciências Jurídicas, Advogado, Parecerista, Membro da Academia Paraense de Letras, Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas, Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Pará.

<sup>2</sup> Professor Associado da Universidade Federal do Pará, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará, com estágio de doutoramento na Universidade de Lisboa e na FAO/ONU, em Roma, com Bolsa do Programa PDSE/CAPES.

peças acometidas pela iniquidade da fome, em respeito à dignidade humana.

**Palavras-chave:** Segurança alimentar. Direito Agroambiental. Direito Fundamental. Poder Judiciário.

## Abstract

The present study addresses the application of the fundamental right of food security by the Brazilian Judiciary represented by the superior Judiciary of common law. Its hypothesis is that global hunger exists because of the lack of access to food. It aims to deal with the contemporary conception of food security as a fundamental right, from which it critically comments on some judgments of the Superior Tribunal de Justiça, the Court of citizenship. The method used is the deductive with the qualitative use of the bibliography and jurisprudence of interest. The results indicate that there is already a significant understanding by the Court of Citizenship that food *security* must be guaranteed, and recognizes it as a transdisciplinary phenomenon, with its ethical, political, economic, social and also legal dimensions. The conclusion is in the sense that the fundamental right of food security is a transverse concept among the various sectors of human life, with the aim of protecting human beings, in particular people affected by the iniquity of hunger, with respect for human dignity.

**Keywords:** Food security; land-environmental law; fundamental right. Judicial Power.

## 1 SITUAÇÃO DO PROBLEMA

O mundo produz alimentos em quantidade suficiente para alimentar aproximadamente, as atuais 8.048.245.220 bilhões de pessoas que habitam a Terra<sup>3</sup>. Se todos esses indivíduos tivessem acesso aos alimentos produzidos, não haveria fome. O problema está no acesso, ou melhor, na falta de acesso aos alimentos, um grande desafio neste século XXI. Por isso, não é desarrazoado dizer que a fome ainda hoje presente não é por falta de alimentos.

Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a subnutrição ou desnutrição mundial atingiu, na primeira década dos anos 2000, mais de 1 bilhão de pessoas, e mais de 2 bilhões sofreram com a falta de vitaminas e minerais essenciais em sua alimentação, bem como a subnutrição ou doenças relacionadas eram responsáveis pela morte de aproximadamente 6 milhões de crianças, anualmente. Foi constatado que eram vítimas da fome e subnutrição majoritariamente camponeses, mulheres e jovens em áreas rurais e sem acesso a recursos produtivos<sup>4</sup>.

Dados mostram que não houve redução de uma espiral que vinha crescente e preocupante desde a crise econômica mundial de 2008, em relação à insegurança alimentar severa. Em publicação de 2019, referente à pesquisa realizada em 2018, este número estimado chega a 821 milhões de pessoas. De qualquer forma um quadro mundial bastante grave; pior ainda se se considerar separadamente casos de insegurança alimentar leve, pois o número corresponde a 1,2 bilhão aproximadamente; e em números gerais, insegurança leve e severa chegavam, então, a 2 bilhões de pessoas<sup>5</sup>.

Dados da ONU mostram que o percentual de pessoas que sofrem insegurança alimentar no país aumentou nos últimos

<sup>3</sup> Disponível em: <https://countrymeters.info/en>. Acesso em 05 out. 2023.

<sup>4</sup> UNITED NATIONS, 2010, p. 1.

<sup>5</sup> "A broader look at the extent of food insecurity beyond severe levels and hunger reveals that an additional 17.2 percent of the world population, or 1.3 billion people, have experienced food insecurity at moderate levels, meaning they did not have regular access to nutritious and sufficient food. The combination of moderate and severe levels of food insecurity brings the estimated total to 26.4 percent of the world population, amounting to about 2 billion people." (UNITED NATIONS, FAO, 2019)

<sup>6</sup> Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/07/brasil-tem-101-milhoes-passando-fome-diz-onu.shtml#:~:text=Brasil%20tem%2010%2C1%20milhoes,07%2F2023%20%2D%20Cotidiano%20%2D%20Folha>. Acesso em: 26 set. 2023

anos e atingiu 70,3 milhões de pessoas — um terço da população<sup>6</sup>.

A pandemia global de COVID-19 levou ao agravamento da situação, pois os números gerais, em pesquisa divulgada em 2021, chegaram a 2,3 bilhões de pessoas no mundo em situação de insegurança alimentar em suas dimensões moderada e severa, o que é absolutamente inaceitável sob o ponto de vista ético, político e, também, jurídico<sup>7</sup>.

No Brasil, em 2013, mais de 7 milhões passaram fome, constatou o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no Suplemento da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2013. Segundo o documento, em 2012, a insegurança alimentar grave atingiu precisamente 7,2 milhões de habitantes, ou seja, 3,6% do total da população daquele ano<sup>8</sup>.

Embora não fossem exatamente comemorativos, com esses dados o país havia saído do mapa mundial da fome da ONU — o que significa ter menos de 5% da população sem se alimentar o suficiente. Todavia o desastre econômico dos últimos anos que afetou o Brasil continuamente desde a crise mundial de 2008, levou-o à recessão em 2014, recrudescendo a pobreza e o velho fantasma da fome, que desde então voltou a assombrar muitas famílias brasileiras.

O alerta sobre esta delicada situação vivida no Brasil no âmbito da segurança alimentar consta de relatório produzido por um grupo de mais de 40 entidades da sociedade civil, que têm monitorado o cumprimento de um plano de ação com objetivos de desenvolvimento sustentável acordado entre os Estados-membros da ONU, a chamada Agenda 2030. O documento foi entregue às Nações Unidas, durante o Fórum

Político de Alto Nível sobre Desenvolvimento Sustentável, do Conselho Econômico e Social, ocorrido entre os dias 10 e 19 de julho de 2017, em Nova York, para debater os progressos e desafios da Agenda 2030.

Mas as medidas governamentais necessárias não foram tomadas pelas autoridades brasileiras. Ao contrário, desde 2016, com a mudança de governo após um conturbado processo de impeachment da ex-Presidenta Dilma Rousseff, houve exclusão de famílias do cadastro do programa Bolsa Família e redução do valor investido no Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA)<sup>9</sup>.

Nesse sentido, foi confirmado que, em 2018, o Brasil (que possuía cerca de 208 milhões de habitantes), voltou a ter 5% da população em estado de insegurança alimentar grave, índice que reinclui o maior País da América Latina nesta indesejável lista denominada “mapa da fome”, com aproximadamente 10,3 milhões de pessoas que vivem em domicílios em que houve privação severa de alimentos ao menos em alguns momentos em 2017-2018; caso se considerem graus mais leves de insegurança alimentar, abrangem nada menos que 36,7% dos domicílios brasileiros, conforme constatado pela POF 2017/2018, atingindo 84,9 milhões de pessoas<sup>10</sup>.

No governo seguinte, que tomou posse em 2019, outras medidas equivocadas foram adotadas<sup>11</sup>. E como tudo pode sempre piorar abaixo da linha do equador, a situação alimentar da população brasileira piorou ainda mais com o coronavírus, a partir de 2020, quando foi declarada oficialmente a pandemia pela Organização Mundial de Saúde, e que no Brasil, até janeiro de 2023, levou a 694.625 mil óbitos e 36.456.156 milhões de casos, desde o início da peste, segundo balanço do

<sup>7</sup> “Around 2.3 billion people in the world were moderately or severely food insecure in 2021, or nearly 30 percent of the global population – more than 350 million more people than in 2019, the year before the COVID-19 pandemic unfolded.” (FAO, 2022). Disponível em <https://www.fao.org/3/cc0639en/online/sofi-2022/food-security-nutrition-indicators.html>, Acesso em 09 out. 2023.

<sup>8</sup> Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94414.pdf>. Acesso em: 26 set. 2023.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://www.inesc.org.br/um-dos-programas-mais-eficientes-no-combate-as-desigualdades-no-pais-esta-sob-ameaca/>. Acesso em 09 set. 2023.

<sup>10</sup> Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28903-10,3-milhoes-de-pessoas-moram-em-domicilios-com-inseguranca-alimentar-grave>. Acesso em 09 set. 2023.

<sup>11</sup> Conforme CASTRO (2021), principalmente no capítulo Análise das violações das obrigações do estado brasileiro para a garantia do DHANA durante a pandemia, p. 49 e segts. Disponível em <https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2021/06/Informe.pdf>. Acesso em 29 set. 2021.

<sup>12</sup> Disponível em: <https://especiais.g1.globo.com/bemestar/coronavirus/estados-brasil-mortes-casos-media-movel/> Acesso em 06 jan. 2023.

consórcio de veículos de imprensa com dados das secretarias de Saúde<sup>12</sup>, circunstâncias que por si só merecem ser mais estudadas no que concerne aos seus impactos na alimentação humana.

Em 2022, o Segundo Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia de Covid-19 no Brasil registrou que 33,1 milhões de pessoas não têm segurança alimentar — o que significa 14 milhões de novos brasileiros em situação de fome, representando mais da metade (58,7%) da população brasileira que convive com algum grau de insegurança alimentar: leve, moderado ou grave<sup>13</sup>.

Este dramático quadro atual de agonia da segurança alimentar, em variados segmentos vulneráveis, porém, não isolado do seu contexto histórico nacional.

A fome é problema que sempre esteve presente no Brasil. Cientistas a ela tem-se dedicado, enfatizando-se os estudos do médico pernambucano Josué de Castro (1908-1973), que escreveu, em 1946, a sua obra fundamental *Geografia da Fome*.

Mas o que é fome? O que é desnutrição? O que é insegurança alimentar?

Desnutrição e fome têm conceitos próprios que podem ser bem distinguidos. Fome é a falta de energia suficiente para a manutenção do organismo humano com o fim do desempenho de suas atividades cotidianas pela inadequada alimentação habitual, diária. É o que os especialistas denominam de fome crônica. Nesse sentido, a fome crônica resulta da deficiência energética crônica.

A subnutrição ou desnutrição são deficiências nutricionais por insuficiência em energia e nutrientes alimentares, causando doenças, em particular infecciosas.

Ainda, dentro do corte metodológico do trabalho, os conceitos de fome e subnutrição ou desnutrição, integram o de insegurança alimentar. Para tanto, será utilizada a metodologia da Escala Brasileira de Insegurança Alimentar (Ebia) que é uma versão adaptada da produzida pelo Departamento de Agricultura dos Estados Unidos durante a década de 90 e que vem sendo aplicada pelo IBGE desde 2004<sup>14</sup>.

Ao aplicar a metodologia da Ebia, é possível classificar os lares de acordo com o grau de insegurança alimentar e, assim, reversamente avaliar se existe o risco de o indivíduo ficar sem se alimentar adequadamente, qualitativa e quantitativamente. Nessa escala, interessa-nos a chamada insegurança alimentar grave que é a redução da quantidade de alimentos entre as crianças ou quando alguém fica o dia inteiro sem comer por ausência de recursos para adquirir alimentos, vive em permanente estado de fome; é a fome propriamente dita<sup>15</sup>.

Aplicando, ainda, o método da Ebia, segurança alimentar é considerada o acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente para nutrição energética do organismo, sem comprometer o acesso a outras necessidades especiais, sem preocupação quanto ao acesso de alimentos no futuro.

Este breve cenário é suficiente para se verificar que a insegurança alimentar é problema que merece resposta eficaz a ser promovida por políticas públicas que respeitem minimamente a dignidade humana, pois o direito fundamental à alimentação adequada é indispensável para o gozo de outros

<sup>13</sup> Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/10/retorno-do-brasil-ao-mapa-da-fome-da-onu-preocupa-senadores-e-estudiosos>. Acesso em: 11 out. 2023

<sup>14</sup> Segundo mensagem obtida diretamente do IBGE em abril de 2020 via correio eletrônico, o PNAD Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, que trazia os resultados sobre insegurança alimentar, foi extinto em 2015, substituído pela PNAD Contínua, já as pesquisas sobre insegurança alimentar, baseadas nos resultados da Escala Brasileira de Insegurança Alimentar (EBIA), com a extinção da PNAD, foram incorporadas no programa POF Pesquisa de Orçamentos Familiares 2017-2018, cujos resultados respectivos sobre o problema da segurança alimentar e o consumo de alimentos no Brasil foram disponibilizados em meados de 2020.

<sup>15</sup> Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/fome-volta-assombrar-familias-brasileiras-21569940>. Acesso em 18 set. 2023.

direitos fundamentais que cumprem o papel de erradicar a pobreza e desigualdade econômico-social.

O direito à alimentação adequada é, antes de mais nada, uma questão moral que irradia para a requisição da solidariedade porque sua violação atinge diretamente a básica condição humana enquanto ser vivo, sujeito e objeto central do Direito. A implementação de políticas públicas que promovam a alimentação adequada da população cumpre com os deveres moral e ético impostos aos governos das nações na contemporaneidade.

Consentâneo a tal primado, o Direito Agroambiental é capitaneado pelo princípio-mor da função social da propriedade, cujo conteúdo é fazer a terra ser explorada de maneira adequada econômica, social e ambientalmente, objetivando a produção de alimentos ao ser humano. Nessa perspectiva, os alimentos produzidos devem ter o destino nobre de dar suporte à segurança alimentar de toda a coletividade de indivíduos humanos, independentemente de qualquer discriminação, derivando daí a atual construção teórica da segurança alimentar como direito de solidariedade que ultrapassa fronteiras entre os países, notadamente pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, normativa que o Brasil já incorporou ao seu Direito – embora este tenha sofrido reveses com o governo anterior (2019-2022), já que um dos primeiros atos legislativos após a posse presidencial foi alterar a legislação brasileira sobre segurança alimentar, além de extinguir o CONSEA- Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - com vistas a atender a interesses políticos e ideológicos<sup>16</sup>.

Para, então, reforçar a importância constitucional da função social da propriedade é que o trabalho aborda inicialmente aspectos deste princípio, indispensável para discussões sobre a alimentação humana adequada, quando estudada sob o prisma do direito agroambiental.

Em seguida, analisa a concepção de segurança alimentar enquanto direito fundamental e os efeitos daí decorrentes.

Ao final, apresenta-se investigação sobre as premissas teóricas da segurança alimentar, assim compreendidas no âmbito de aplicação concreta do mais importante tribunal do direito federal brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça. Será feita uma abordagem crítica de decisões referentes à segurança alimentar, aos direitos fundamentais e, em algumas delas, ao direito agroambiental.

Como o chamado *Tribunal da Cidadania* tem interpretado esta inevitável aproximação de princípios, valores e seus relevantes impactos jurídicos provocados pela construção da segurança alimentar?

Eis aqui o objeto da presente pesquisa.

## 2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: NÚCLEO DA PERSPECTIVA AGROAMBIENTAL DA SEGURANÇA ALIMENTAR

Que todas as coisas têm um fim útil ao ser humano é proposição que vem desde Aristóteles, retomado por Santo Tomás de Aquino, no século XIII, em sua *Summa Contra Gentiles* ao sentenciar que “cada coisa alcança sua colocação ótima, quando é ordenada para seu próprio fim.”<sup>17</sup>

Durante séculos, isso foi esquecido até que o filósofo e sociólogo francês Augusto Comte, em 1850, lançou a fórmula intervencionista do Estado sobre a propriedade privada dos bens de produção, ao atribuir-lhe uma função social. Tal ideário comtiano surgiu como resposta aos excessos do capitalismo com sua concepção individualista e concentradora da propriedade, vindo a resultar distorções econômicas e sociais.

A Medida Provisória nº 870 de 01/01/2019 em seu art.85, III, revogou dispositivos da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional nº 11.346/2006, notadamente em relação ao CONSEA, a referida Medida Provisória foi convertida na Lei nº 13.844/2019, que por sua vez apresenta dispositivos questionados quanto à sua constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal; no entanto a recente Medida Provisória nº 1154/2023, editada em 01/01/2023 pelo novo governo, reestabeleceu o CONSEA como órgão ligado diretamente à Presidência da República (art. 2º, § 1º, inciso V). SODERO (1982, p.25).

A Igreja também se pronunciou, buscando afirmar uma doutrina com base cristã: em 1891, o Papa Leão XIII emitiu a Encíclica *Rerum Novarum* (*Sobre a Condição dos Operários*) que combate as ideias materialistas de Marx e os excessos do capitalismo, bem como defende o direito dos operários à propriedade como retribuição de seu trabalho (esforço produtivo) e procura reavivar o sentido cristão do direito de propriedade.

Em 1911, León Duguit pronunciou na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires conferências posteriormente publicadas sob o título *As Transformações Gerais do Direito Privado desde o Código de Napoleão* nas quais deu tratamento jurídico ao princípio da função social da propriedade, propondo a tese de que cada vez mais a propriedade deixa de ser um direito subjetivo e passa a ser uma função social do possuidor da riqueza.

Na era contemporânea, revestido de elementos adequados impostos pela realidade, o princípio da função social da propriedade apresenta três aspectos: econômico, social e ambiental. A terra, enquanto meio de realização da dignidade do trabalhador do campo e porção necessária para as atividades produtivas, apresenta axiologicamente tais dimensões.

Sob o aspecto econômico, os bens podem ser entendidos como consumíveis, de uso ou de produção, sendo que o primeiro é destruído imediatamente após seu uso, podendo ser destinado juridicamente à alienação. O segundo, também denominado bem de capital, é considerado como aquele que possui durabilidade maior que os bens consumíveis, compreendendo os móveis, imóveis e máquinas, por exemplo. Por último, os bens de produção são os destinados à confecção final de um produto, sendo denominados, também, como intermediários.

Nessa classificação, a terra é bem econômico de produção, porque destinada naturalmente à atividade agrária racional e adequada, à produção de outros bens, especialmente os alimentos.

Sob o aspecto social, a propriedade agrária é meio de sobrevivência para seu titular e àqueles que nela trabalham. O proprietário tem o dever de favorecer o bem-estar de seus colaboradores, dos trabalhadores rurais, de cumprir com as

normas trabalhistas e previdenciárias, enfim, tem o dever de respeitar as normas que dignificam a pessoa.

A outra premissa de satisfação da função social da propriedade é sob a perspectiva ambiental, porquanto o proprietário tem o dever constitucional de conservar os recursos naturais, não esgotando o solo, nem desmatando, ou poluindo o ambiente, enfim, praticar atos que garantam a qualidade saudável do meio ambiente para o presente e futuras gerações.

A Constituição brasileira, no art. 186, disciplina a função social da propriedade agrária, mas o Estatuto da Terra, desde 1964, no Capítulo I - reservado às definições e princípios estatutários – em seu art. 2º, § 1º, estabelece a explicitação pelo que se deve compreender por função social da propriedade.

Preceitua o Texto Magno que a função social da propriedade rural é cumprida quando o proprietário agrário atende, simultaneamente, a critérios de aproveitamento racional e adequado da terra, à utilização adequada dos recursos ambientais e à preservação do meio ambiente, bem como à observância das disposições que regulam as relações de trabalho, e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A norma do art. 186 citado deve ser interpretada sistematicamente com outros dispositivos constitucionais, tais como, o art. 170 que, inserido no Capítulo dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, manda que o labor agrário seja fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social; também, deve ser interpretada combinada com o artigo 3º que rege os objetivos fundamentais do Brasil, quais sejam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, com redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos, sem distinção

A Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, obediente à Constituição, dispõe sobre a regulamentação da reforma agrária, e reproduz, no art. 9º, o conteúdo normativo do art. 186 constitucional referido, com detalhamento de cada requisito essencial ao cumprimento da função social da propriedade.

O sistema normativo agrário brasileiro a partir da função social da propriedade enfeixa, portanto, interesse para a produção de alimentos indispensáveis à nutrição humana, pois somente nesta direção é possível realizar o projeto constitucional de respeito aos direitos humanos. Assim, este aspecto agroambiental garante a segurança alimentar, cumprindo aos gestores públicos implementarem políticas governamentais que, de fato, promovam condições de desenvolvimento para as famílias do campo brasileiras, o rurícola ou o empreendedor do agronegócio, e possibilitem a produção sustentável de alimentos para o abastecimento interno e exportação, e para que a população, tanto brasileira quanto de outros povos, tenham acesso a alimentos adequados com garantia de vida digna.

### 3 A SEGURANÇA ALIMENTAR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Com a criação da FAO, a ONU estabeleceu alguns indicadores de padrão internacional para aferição da segurança alimentar nos países membros. São 6 indicadores que definem as condições alimentares da população de cada país e levam em linha de conta: carência e consumo de alimentos; produção de alimentos; comércio de alimentos; aspectos socioeconômicos; indicadores agrícolas; condições de saúde, nutrição e saneamento públicos.

Segundo a ONU, direito à alimentação é “o direito de ter o acesso de maneira regular, permanente e livre, adquirindo, diretamente ou por meio de apoio financeiro, em quantidade e qualidade, alimentos adequados e suficientes, de acordo com as suas tradições culturais e que assegurem satisfação física, mental, individual e coletiva, bem como vida digna” (UNITED NATIONS; FAO, 2010, p. 2)<sup>18</sup>.

Nesse sentido, é importante destacar os indicadores de disponibilidade, acessibilidade e adequação para se conceituar o direito à alimentação.

A disponibilidade implica que os alimentos sejam cultivados, produzidos, obtidos em geral por meio de criação, pesca, ou coleta, e que estejam à venda ou à disposição.

Acessibilidade diz respeito à garantia de alimentos por meio de acesso físico e econômico. O acesso físico implica acesso de todos, inclusive os segmentos vulneráveis, como crianças, enfermos, deficientes físicos, idosos; Para ter acesso econômico, urge que os alimentos tenham preço justo, quer dizer, os indivíduos devem ter condições econômicas de adquiri-los para satisfazer dieta adequada sem comprometer outras necessidades humanas básicas.

A adequação se refere à satisfação de dieta humana necessária ao indivíduo, considerando-se idade, condições de vida, estado da saúde, profissão, sexo e outros elementos específicos para ingestão de alimentos seguros.

Todos esses elementos conceituais são importantes para se chegar ao conceito de segurança alimentar que não apresenta unicidade entre os estudiosos.

No Brasil, a segurança alimentar é direito fundamental implícito haurido da principiologia e regime constitucional, consoante prevê o §2º do art. 5º, do Texto Magno. O regime democrático e os princípios da dignidade da pessoa humana, direitos à vida, à saúde, à alimentação, à qualidade de vida, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao bem-estar, além de outros, são propulsores do direito fundamental à segurança alimentar.

A partir dessa esteira, tem-se o conceito legal brasileiro de segurança alimentar dado pela Lei do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Lei nº 11.346/2006) que, em seu art. 3º, reza que “consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais tendo como base práticas alimentares promotoras da saúde, que respeitam a diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis”.

<sup>18</sup> “The right to have regular, permanent and free access, either directly or by means of financial purchases, to quantitatively and qualitatively adequate and sufficient food corresponding to the cultural traditions of the people to which the consumer belongs, and which ensures a physical and mental, individual and collective fulfilling and dignified life free of fear”.

Então, por exemplo, legalmente o paraense tem direito fundamental a tomar sempre açaí, tacacá, suco de cupuaçu, bacuri, comer maniçoba, pirarucu, tucunaré e outros peixes e iguarias regionais...!

A efetivação da segurança alimentar e nutricional exige implementação de políticas públicas e várias ações de governo, como a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio da produção local (em especial da agricultura tradicional e familiar), do processamento, da industrialização, da comercialização, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, incluindo-se a água, bem como da geração de emprego e da redistribuição da renda; a conservação da biodiversidade e utilização sustentável dos recursos; a promoção da saúde e da nutrição da população (com especial atenção às populações em situação de vulnerabilidade social); a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população; a produção de conhecimento e o acesso à informação; e a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, distribuição, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País.

Vê-se que as políticas de estado e internacionais relativas à segurança alimentar devem ser construídas de maneira inter-relacionada, implicando várias áreas do conhecimento, como agricultura, indústria, comércio, abastecimento, economia, saúde, cultura e, certamente, o meio ambiente natural.

Este quadro de exigências é um grande desafio mundial para a superação da insegurança alimentar de todos os seres humanos.

## 4 DA CONSTRUÇÃO TEÓRICA À JUDICIALIZAÇÃO DA SEGURANÇA ALIMENTAR

Traduzindo manifestação dos direitos humanos de terceira dimensão, pela sua compreensão ligada ao princípio da solidariedade e da transdisciplinaridade, a segurança alimentar, haurida no direito brasileiro como direito fundamental, definitivamente assegurou sua importância jurídica, pelas recentes decisões do mais elevado tribunal de competência do direito comum federal – o Superior Tribunal de Justiça.

A segurança alimentar em seu desenvolvimento contemporâneo passou a ser compreendida para muito além da superada e singela obrigação moral ou de piedade de se saciar a fome e outrem que não possui condições materiais de se alimentar, como há séculos se supunha. Seu sentido conceitual mais recente acompanhou a própria luta por direitos humanos.

Destaca-se neste longo processo político-jurídico a aprovação de alguns Pactos Internacionais, como o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, de 1966<sup>19</sup>. Além do § 1º do seu art. 11, o § 2º é cristalino quanto à obrigação dos Estados signatários em relação ao direito à alimentação e à segurança alimentar dos povos.<sup>20</sup>

No Brasil, após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, os movimentos sociais dos anos 1990, notadamente liderados pelo sociólogo Herbert de Souza (1935-1997), em célebre mobilização da sociedade civil, influenciaram decisivamente a adoção de políticas públicas contra a fome e outras questões sociais.

Nesse sentido, o referido Pacto das Nações Unidas foi finalmente aprovado pelo Congresso Nacional em 1991 e

<sup>19</sup> O referido Pacto prevê em seu art. 11 normas a serem progressivamente implementadas pelos Estados signatários: Artigo 11 §1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação(...)assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida.

<sup>20</sup> “Os Estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para (1) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais e (2) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios”.

promulgado em 1992 pelo Presidente da República, via Decreto nº 591, de 6 de julho.

No entanto, só em 2010, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 64, a alimentação tornou-se formalmente direito constitucional social, possibilitando em tese sua exigibilidade. Embora segurança alimentar e direito à alimentação se diferenciem enquanto fenômenos teóricos, compreendendo-se a primeira como direito de solidariedade, mais amplo que o segundo, que tem natureza de direito social, ambos são mencionados indistintamente nos julgamentos estudados.

Desde logo é destacado nessas primeiras decisões do Judiciário a confirmação de princípios caros às teses sobre direitos humanos e direitos fundamentais, quais sejam a indivisibilidade e a universalidade.

As questões sobre direito à alimentação e segurança alimentar as quais o STJ se debruça, envolvem transdisciplinaridade em relação ao direito à vida e saúde, direito do consumidor, direito processual constitucional referente à legitimidade ativa, competência federativa para certificar produto agroambiental, direito ambiental e sanitário, enfim, isso torna demasiadamente complexo o dever de interpretação e o julgamento desses direitos fundamentais indivisíveis, que perpassam por diversos campos do conhecimento.

No que concerne à universalidade, discute-se o alcance do direito, se a sua proteção deve abranger certos segmentos (como os acometidos de alguma doença), ou potencialmente a um universo maior de pessoas (por exemplo, as famílias ou comunidades prejudicadas por um dano ambiental que prejudique a pesca), sob pena de compreensão rasa, insuficiente, precária do caso concreto.

Neste trabalho foram priorizadas questões que envolvem mais de perto o problema agroambiental, embora também estejam presentes intersecções da segurança alimentar com outros campos do conhecimento jurídico. Optou-se por acórdãos que possibilitem perceber com clareza o caminho interpretativo que prevalece atualmente no tribunal da cidadania quando o tema é segurança alimentar.

#### 4.1 DIMENSÃO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL E ROTULAGEM DE ALIMENTOS (AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1869107 (2020) E RECURSO ESPECIAL Nº 1.357.618 (2017))

O julgamento do Recurso Especial nº 1869107 (2020) é dos mais atuais sobre o universo da segurança alimentar no Brasil e confirmou o reconhecimento do direito constitucional de entidade associativa para representar processualmente consumidores que, por questões de saúde, não devem ingerir substância (glúten) contida em alimentos; e que, por isso, os fornecedores devem apresentar claramente na rotulagem dos produtos tal advertência.

Foi decidida a seguinte Ementa:

*AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA.*

- 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).*
- 2. Trata-se, na origem, de ação coletiva com a finalidade de obrigar empresa a veicular, no rótulo dos alimentos industrializados que produz, a informação acerca da presença ou não da proteína denominada "glúten" e da sua prejudicialidade aos portadores de doença celíaca.*
- 3. A pertinência temática exigida pela legislação para a configuração da legitimidade de associações em ações coletivas consiste no nexo material entre os fins institucionais do demandante e a tutela pretendida naquela ação.*
- 4. Na hipótese dos autos, a legitimidade ativa ad causa mostra-se presente, tendo em vista que a Abracon possui, entre seus fins institucionais, a melhoria da qualidade de vida, especialmente quanto aos produtos*

*e serviços, além da promoção da segurança alimentar e nutricional.*

*5. Agravo interno não provido.*

Da lavra do Relator, ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, vinculado à Terceira Turma do Tribunal, considerou que, na origem, tratava-se de ação coletiva com a finalidade de obrigar empresa a veicular, no rótulo dos alimentos industrializados que produz, a informação acerca da presença ou não da proteína denominada “glúten” e da sua prejudicialidade aos portadores de doença celíaca.

Ressaltou a pertinência temática exigida pela lei para a configuração da legitimidade de associações em ações coletivas, que, segundo o Acórdão, consiste no nexo material entre os fins institucionais do demandante e a tutela pretendida naquela ação, o que se mostrava presente no caso, tendo em vista que a entidade Abracon - Saúde (Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Plano de Saúde) possui, entre seus fins institucionais, a melhoria da qualidade de vida, o que abrange produtos e serviços e a segurança alimentar e nutricional.

Este entendimento, que a Terceira Turma julgou favoravelmente de maneira unânime, está consolidado na Corte Superior do direito comum brasileiro, pois reforçou um julgamento anterior.

O Acórdão precedente, de 2017, também decidido de maneira unânime, mas pela Quarta Turma, foi um dos precursores a abordar dimensões interessantes do direito à alimentação e à segurança alimentar. A questão envolvia recurso contra decisão originária de ação civil pública, movida por associação, na qual foi descortinado o problema de sua legitimidade ativa; propunha o reconhecimento do dever jurídico de informação ao consumidor sobre o glúten, encontrado em determinados alimentos elaborados e comercializados pelo recorrido.

A Ementa foi definida da seguinte forma:

*Recurso especial. Ação civil pública. Produtos alimentícios. Obrigação de informar a presença ou não de glúten. Legitimidade ativa de associação. Requisito temporal. Constituição há, pelo menos, um ano. Flexibilização. Interesse social e relevância do bem jurídico tutelado. Direito humano à alimentação adequada. Pertinência temática demonstrada. Defesa dos Consumidores. Promoção da segurança alimentar e nutricional.*

O voto do Relator, ministro Luis Felipe Salomão, que acabou prevalecendo, discutiu inicialmente o problema processual da legitimidade ativa, ligado ao direito de associação, assegurado constitucionalmente.

Desde esse julgado pioneiro, já havia sido provocado o debate a respeito do alcance da representatividade processual das associações, já que muitos outros casos envolvendo a segurança alimentar poderão ainda ser acionados segundo o caminho firmado pelo STJ, dissipando divergência de interpretação em instâncias inferiores, como foi o caso do Recurso Especial nº 1869107 (2020).

A associação recorrente teve seu processo extinto em primeira instância na Justiça do Distrito Federal (DF), por três razões: a associação não havia completado um ano de constituição, pretensamente ferindo o art. 5º da Lei 7347/85; não foi constatada a pertinência temática entre o objeto da associação e o pedido feito ao Judiciário; e, também, não haveria a urgência que permitisse excepcional desconsideração do prazo mínimo de um ano de constituição, o que possibilitaria o manejo da ação civil pública.

Em segundo grau, no Tribunal de Justiça/DF, acresceu-se mais uma circunstância pretensamente limitadora do direito da recorrente: falta de interesse processual, visto que o binômio necessidade-adequação não havia sido contemplado pela limitada representação da associação (só associados, segundo seu próprio estatuto, não a sociedade

mais amplamente considerada, conforme entendimento do Tribunal de Justiça/DF).

Na análise do Recurso Especial, quanto ao prazo de um ano, o STJ, em conformidade com a lei da ação civil pública, assentou o entendimento de que aquele pode ser dispensado segundo o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido – o que ocorria no caso examinado –, pois envolvia o problema do glúten, que afeta os indivíduos que são acometidos pela denominada “doença celíaca”, agravada com a ingestão daquela substância no alimento, podendo até originar outras graves doenças.

Veio à tona a relevância do direito à informação para a concretização do direito à alimentação e da segurança alimentar: o caso não é somente um formal e menos importante dever de etiquetar produtos alimentícios, mas a constatação de que se tal não for feito, poderá causar graves danos à saúde e à vida digna de um segmento considerável de pessoas, cuja dieta rigorosa é importante para tratar a doença<sup>21</sup>.

A concretização do direito fundamental à alimentação adequada, nesse sentido, foi determinante para a decisão tomada pela Quarta Turma.

O acórdão destacou, então, o art. 6º da Carta Maior, os Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário<sup>22</sup> e a própria Lei ordinária que regulamenta o direito à alimentação, para sustentar a sua juridicidade.

Um dos principais fundamentos teóricos desta decisão precisa ser destacado: o direito à alimentação traz consigo outras exigências, para além do mínimo alimento para sobreviver (este, o direito a estar livre da fome e da má nutrição), mas, também, e com relevância semelhante, o direito à alimentação

adequada e eficaz para o perfil do indivíduo e, ao mesmo tempo, que não coloque em risco a sua própria saúde.

Daí a conexão com os fatos que deram origem a este julgamento, pois só é possível afirmar a adequação do alimento aos que são portadores da doença celíaca se a informação sobre a presença da substância glúten for clara. E isso envolve o processo de produção dos alimentos.

Dessa forma os alimentos/produtos serão considerados seguros e adequados, podendo ser devidamente aproveitados pelo organismo sem as crises intestinais e outras consequências à saúde que a doença provoca.

## 4.2 DIMENSÃO DA COMPETÊNCIA PARA CERTIFICAÇÃO SANITÁRIA DE ALIMENTO IN NATURA (PESCADO) POR ENTE FEDERATIVO (RECURSO ESPECIAL Nº 1.536.399 (2018))

Este julgamento, proferido pela Primeira Turma (Relator: Ministro Sérgio Kukina), tratou do problema da segurança alimentar por meio de controle sanitário, pelos entes federativos, e teve a seguinte Ementa:

*Administrativo. Processual civil. Mandado de segurança. Recurso Especial. Pretensão de inclusão de litisconsorte passivo necessário. Súmula 283/STF Carcinicultura. Transporte interestadual de camarão in natura. Matéria-prima. Beneficiamento em outro estado. Exigência de certificação sanitária do pescado na unidade federativa de origem. Cabimento. Exegese dos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 1.283/50. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder da autoridade impetrada.*

<sup>21</sup> De acordo com a Federação Nacional das Associações de Celíacos do Brasil – FENACELBRA, há no Brasil aproximadamente 2 milhões de pessoas afetadas pela doença celíaca, mas a quantidade de pessoas sem diagnóstico é desconhecida. Cf. Disponível em: [www.fenacelbra.com.br](http://www.fenacelbra.com.br). Acesso em 11 set. 2023.

<sup>22</sup> São mencionados o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (promoção do direito a um padrão adequado de vida) e art. 11º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, que elaborou documento denominado Comentário Geral 12 (direito à alimentação adequada).

*Inspeção de alimentos. Previsão constitucional (art. 200, VI). Primazia do interesse público. Provedimento do recurso da União. Segurança denegada.*

O caso discutiu a legalidade de exigência de certificação sanitária, pela União, ainda no Estado onde se inicia a atividade de carcinicultura, para possibilitar o transporte do alimento *in natura*.

Nesta atividade agroambiental há claras interseções, de início, com a segurança alimentar e com o direito ambiental, porque deve ser capaz de originar produto saudável, e os impactos da atividade no meio ambiente e nas comunidades do seu entorno devem ser aceitáveis. (Tancredo, Nobrega *et alli*, 2011).

Como o processo de produção era iniciado em um Estado, com a obtenção da matéria-prima (camarão *in natura*), mas destinado a outro, ocorreu controvérsia acerca da legalidade da intervenção da União, que passou a exigir certificado sanitário a cargo de fiscais do Ministério da Agricultura, para que o produto alimentar pudesse ser destinado ao local de beneficiamento. Daí a impetração do *mandamus*, que chegou em grau recursal ao STJ.

A certificação sanitária exigida foi alicerçada na Lei federal nº 1.283/50 que trata da inspeção industrial e sanitária dos produtos de origem animal<sup>23</sup>.

No que concerne à Constituição, a matéria foi interpretada como pertinente ao inciso VI do art. 200, referente às atribuições do sistema único de saúde<sup>24</sup>.

A fiscalização e inspeção de alimentos, conforme compreendida pela Primeira Turma, é prerrogativa estatal inequivocamente

respaldada pela lei, daí o Recurso ter sido provido, considerando lícita *in casu* a ação da União, no local (Estado) onde foi produzida a matéria-prima camarão.

Esta decisão fortalece o princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais, pois, em caso de falha na fiscalização sanitária da matéria-prima no local onde se inicia a atividade de carcinicultura, o risco para a saúde pública com o consumo deste alimento inevitavelmente aumentará.

### 4.3 DIMENSÃO DO DANO AMBIENTAL EM ÁREA DE PESCA (RECURSO ESPECIAL Nº 1354536 (2014))

O julgamento deste Recurso firmou importante compreensão do STJ sobre as consequências do dano ambiental – neste caso, tendo ligação transdisciplinar com a segurança alimentar. Além do Acórdão, foi divulgado também no Informativo de Jurisprudência nº 0538/2014 do Tribunal, pois serviu de base para o julgamento de outros repetitivos, transcrito a seguir:

*RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DE VAZAMENTO DE AMÔNIA NO RIO SERGIPE. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO EM OUTUBRO DE 2008. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil25: a) para demonstração da legitimidade para vindicar indenização por dano ambiental que resultou na*

<sup>23</sup> A Lei nº 1283/50 em seu art. 1º prevê a obrigatoriedade da prévia fiscalização, sob o ponto de vista industrial e sanitário, de todos dos produtos de origem animal, comestíveis e não comestíveis sejam ou não adicionados de produtos vegetais, preparados, transformados, manipulados, recebidos, acondicionados, depositados e em trânsito, em cujo rol está incluído “o pescado e seus derivados” pelo art. 2º, e a possibilidade de fiscalização em propriedades rurais, prevista dentre as hipóteses do art. 3º.

<sup>24</sup> “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano”.

<sup>25</sup> O Acórdão se refere ao art. 543-C do já revogado CPC de 1973; esta matéria, relativa a procedimentos de controvérsias a serem julgadas no STJ, foi regulamentada no art. 1036 do CPC de 2015.

redução da pesca na área atingida, o registro de pescador profissional e a habilitação ao benefício do seguro-desemprego, durante o período de defeso, somados a outros elementos de prova que permitam o convencimento do magistrado acerca do exercício dessa atividade, são idôneos à sua comprovação; b) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar; c) é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo; d) em vista das circunstâncias específicas e homogeneidade dos efeitos do dano ambiental verificado no ecossistema do rio Sergipe - afetando significativamente, por cerca de seis meses, o volume pescado e a renda dos pescadores na região afetada -, sem que tenha sido dado amparo pela poluidora para mitigação dos danos morais experimentados e demonstrados por aqueles que extraem o sustento da pesca profissional, não se justifica, em sede de recurso especial, a revisão do quantum arbitrado, a título de compensação por danos morais, em R\$ 3.000,00 (três mil reais); e) o dano material somente é indenizável mediante prova efetiva de sua ocorrência, não havendo falar em indenização por lucros cessantes dissociada do dano efetivamente demonstrado nos autos; assim, se durante o interregno em que foram experimentados os efeitos do dano ambiental houve o período de "defeso" - incidindo a proibição sobre toda atividade de pesca do lesado -, não há

*cogitar em indenização por lucros cessantes durante essa vedação; (...).*

2. Recursos especiais não providos.

Este Acórdão teve a tese proposta pelo Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, aceita por unanimidade na Segunda Seção do Tribunal. Foi um desastre que já se tornou lamentavelmente recorrente no Brasil, que é a poluição de rios por meio de ação ou omissão de empresas. Neste caso, houve vazamento para as águas do rio Sergipe<sup>26</sup> de cerca de 43 mil litros de amônia, que resultou em dano ambiental provocando a morte de peixes, camarões, mariscos, crustáceos e moluscos e consequente quebra da cadeia alimentar do ecossistema fluvial local.

Discutiu-se a responsabilidade pelo dano ambiental, que se ratificou na sua natureza objetiva, não possibilitando a exclusão da poluidora de arcar com a indenização correspondente.

Também firmou referencial na demonstração da legitimidade para pleitear indenização por dano ambiental que resultou na redução da pesca na área atingida – o que sempre é controverso neste tipo de caso, ou seja, que sujeito(s) teria(m) legitimidade para mover ações judiciais – tendo sido o registro de pescador profissional e a habilitação ao benefício do seguro-desemprego, durante o período de defeso, considerados idôneos para a comprovação.

O rio foi afetado significativamente, por cerca de seis meses, o volume pescado e a renda dos pescadores na região, daqueles que extraem o sustento da pesca profissional, sofreram forte impacto negativo, sem a mitigação dos danos pela empresa causadora.

Este Acórdão foi bem conduzido na decisão que confirmou a condenação – e manteve o quantum indenizatório por danos morais – por ação que afetou a segurança alimentar da população ligada aos frutos do rio Sergipe.

<sup>26</sup> O rio Sergipe possui em torno de 210 km e banha o estado com mesmo nome, no nordeste brasileiro.

#### 4.4 DIMENSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PRESENÇA DE CORPOS ESTRANHOS EM ALIMENTOS (RECURSO ESPECIAL Nº 1899304 (2021))

A ocorrência de diversos casos de alimentos colocados à disposição de consumidores para compra e que, após melhor exame, apresentam junto com o produto, corpos estranhos, é fonte de decisões bem interessantes do STJ, e até mesmo divergentes, ou seja, se seria caso ou não de indenização, quando não há de fato a ingestão do alimento, mas tão somente a exposição ao consumo<sup>27</sup>.

O trecho fundamental da ementa do recurso estudado foi o seguinte:

*Recurso especial. Direito do consumidor. Ação de indenização de danos materiais e compensação por danos morais. Aquisição de alimento (pacote de arroz) com corpo estranho (conglomerado de fungos, insetos e ácaros) em seu interior. Exposição do consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e incolumidade física e psíquica. Fato do produto. Insegurança alimentar. Existência de dano moral mesmo que não ingerido o produto.*

A Segunda Seção do Tribunal, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, firmou a tese de que, na hipótese, caracterizou-se dano moral indenizável em razão da presença de corpo estranho em alimento industrializado, e que, embora adquirido, não chegou a ser ingerido pelo consumidor.

Fundamentou a decisão desde a Emenda Constitucional nº 64/2010 que positivou no ordenamento jurídico brasileiro, o direito humano à alimentação adequada, e na Lei 11.346/2006, ligados à ideia de segurança alimentar e nutricional.

Segundo as definições contidas na norma, a segurança alimentar e nutricional compreende, para além do acesso regular e permanente aos alimentos, como condição de sobrevivência do indivíduo, também a qualidade desses alimentos, o que envolve a regulação e devida informação acerca do seu potencial nutritivo e, em especial, o controle de riscos para a saúde das pessoas<sup>28</sup>.

Ao fornecedor incumbe uma gestão adequada dos riscos inerentes a cada etapa do processo de produção, transformação e comercialização dos produtos alimentícios. O julgador assentou que esses riscos, próprios da atividade econômica desenvolvida, não podem ser transferidos ao consumidor, notadamente nas hipóteses em que há violação dos deveres de cuidado, prevenção e redução de danos.

Também foi considerado que a presença de corpo estranho em alimento industrializado excede aos riscos razoavelmente esperados pelo consumidor em relação a esse tipo de produto, sobretudo levando-se em consideração que o Estado, no exercício do poder de polícia e da atividade regulatória, já valora limites máximos tolerados nos alimentos para contaminantes, resíduos tóxicos ou outros elementos que envolvam risco à saúde.

Aplicou o art. 12, *caput* e § 1º, do Código de Defesa do Consumidor a partir do produto defeituoso, o que permitiu a responsabilização do fornecedor, haja vista a desarrazoada insegurança alimentar causada ao consumidor.

Advém daí o dano extrapatrimonial, em razão da exposição do consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e à sua incolumidade física e psíquica, em violação do seu direito fundamental à alimentação adequada.

Um dos pontos centrais da tese é pela irrelevância, para fins de caracterização do dano moral, da efetiva ingestão do corpo estranho pelo consumidor, haja vista que, invariavelmente,

<sup>27</sup> Há decisões de outra Turma do STJ, pela não caracterização de dano moral sem a ingestão do corpo estranho no alimento, mas mero dissabor (!). Vide AgRgResp nº 153.773.0 (Terceira Turma, 2016); Resp. 139.564.7 (Terceira Turma, 2014), que deram origem ao Informativo de jurisprudência do STJ nº 553, p. 15 (2015).

<sup>28</sup> O art. 4º, IV, da Lei 11.346/2006 prevê que a segurança alimentar e nutricional abrange "a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos(...)".

estará presente a potencialidade lesiva decorrente da aquisição do produto contaminado.

E como consequência, considerou que essa distinção entre as hipóteses de ingestão ou não do alimento insalubre pelo consumidor, bem como da deglutição do próprio corpo estranho, para além da hipótese de efetivo comprometimento de sua saúde, é de inegável relevância no momento da quantificação da indenização, mas não surte efeitos no que tange à caracterização, *a priori*, do dano moral.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se todos os seres humanos em todos os países tivessem acesso aos alimentos produzidos, não haveria fome. Nesta questão, o problema reside fundamentalmente no acesso, ou melhor, na falta de acesso aos alimentos, e os motivos são vários: econômicos, políticos, jurídicos, climáticos, guerras e conflitos civis, migratórios, genocídios e toda sorte de impedimentos que privam de alimentos, por insegurança alimentar leve, moderada ou severa, cerca de 2,3 bilhões de pessoas no planeta.

Este, um grande desafio no século XXI, não por acaso considerado um dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) das Nações Unidas (Agenda 2030), lançada em 2015: Fome Zero e Agricultura Sustentável.

Quanto ao Brasil, em 2018, que possuía cerca de 208 milhões de habitantes, voltou a ter 5% da população em estado de insegurança alimentar grave, índice que reinclui o maior País da América Latina nesta indesejável lista do “mapa da fome”, com 10,3 milhões de pessoas que vivem em domicílios em que houve privação severa de alimentos ao menos em alguns momentos em 2017-2018; caso se considerem graus

mais leves de insegurança alimentar, abrangeu nada menos que 36,7% dos domicílios brasileiros, atingindo naquele biênio, 84,9 milhões de pessoas aproximadamente.

Fome é a falta de energia suficiente para a manutenção do organismo humano com o fim do desempenho de suas atividades cotidianas ocasionada pela inadequada alimentação habitual, diária.

A subnutrição ou desnutrição são deficiências nutricionais em energia e nutrientes alimentares, causando doenças, em particular infecciosas.

Segurança alimentar é o acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente para nutrição energética do organismo, sem comprometer o acesso a outras necessidades especiais, ou preocupação quanto ao acesso de alimentos no futuro, e que apresenta repercussões transversais em vários campos do conhecimento.

No Brasil, a segurança alimentar é direito fundamental implícito haurido da principiologia e regime constitucional, consoante prevê o §2º do art. 5º, do Texto Magno.

As questões sobre as quais o STJ se tem debruçado sobre segurança alimentar implicam transversalmente vários outros direitos fundamentais, o que torna demasiadamente complexo, mas imprescindível, o dever de interpretá-los como direitos fundamentais sociais indivisíveis.

A repercussão dessas decisões é relevante para construir uma consciência e educação política e jurídica, com implementação de políticas públicas, em torno do relevante problema da alimentação humana, notadamente no contexto brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no Recurso Especial**. AgInt REsp 1869107- MS - Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 29/10/2020. [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202000744129&dt\\_publicacao=29/10/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000744129&dt_publicacao=29/10/2020). Acesso em 10 set. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. REsp nº 1.357.618 – DF. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 24/11/2017. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1357618&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 20 set. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. REsp nº 1.536.399 – PI. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJe22/02/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1536399&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 20 set. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. REsp nº 1.354.536 – SE - Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 05/05/2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1354536&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 20 set. 2023.
- CASTRO, Terena Peres de. **Informe. O Dhana e a Covid-19: o direito humano à alimentação e à nutrição adequadas no contexto da pandemia**. Brasília: FIAN Brasil, 2021. Disponível em <https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2021/06/Informe.pdf>. Acesso em 29 set. 2023.
- COUNTRYMETERS. 2023. **População mundial**. Disponível em <https://www.countrymeters.info/pt>. Acesso em 05 out. 2023.
- FAO et al. **The state of Food Security and Nutrition in the world 2022**. Disponível em <https://www.fao.org/3/cc0639en/online/cc0639en.html>. Acesso em 09 out. 2023.
- FAO. Guia para legislar sobre el derecho a la alimentación. In: BULTRINI, Dubravka Bojic. et al. **Directrices sobre el Derecho a la Alimentación**, n. 1, Rome: Depto. De Desarrollo Económico y Social, 2010.
- FENACELBRA Federação Nacional das Associações de Celíacos do Brasil. **Dados estatísticos de doença celíaca, 2021**. Disponível em <https://www.fenacelbra.com.br>. Acesso em 10 out. 2023.
- GUEDES, aline. **Retorno do Brasil ao Mapa da Fome da ONU preocupa senadores e estudiosos**. Senado Federal: Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/10/retorno-do-brasil-ao-mapa-da-fome-da-onu-preocupa-senadores-e-estudiosos>. Acesso em: 11 out. 2023.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em <https://www.biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94414.pdf>. Acesso em 26 set. 2023.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa de orçamentos familiares 2017-2018: primeiros resultados / IBGE**, Coordenação de Trabalho e Rendimento. - Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101670.pdf>. Acesso em 02 set. 2023.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **POF 2017-2018: 10,3 milhões de pessoas moram em domicílios com insegurança alimentar grave**. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28903-10,3-milhoes-de-pessoas-moram-em-domicilios-com-inseguranca-alimentar-grave>, IBGE, 2020. Acesso em 09 set. 2023.
- INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Um dos programas mais eficientes no combate às desigualdades no país está sob ameaça**. INESC, 2016. Disponível em: <https://www.inesc.org.br/um-dos-programas-mais-eficientes-no-combate-as-desigualdades-no-pais-esta-sob-ameaca/>. Acesso em 09 set 2023.
- MATTOS NETO, Antonio José de. **Curso de direito agroambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2018.
- MORTES e casos conhecidos de coronavírus no Brasil e nos estados. **G1 O Globo**, 2021. Especiais. Disponível em <https://especiais.g1.globo.com/bemestar/coronavirus/estados-brasil-mortes-casos-media-movel>. Acesso em 06 set. 2023.
- SODERO, Fernando Pereira. **O Estatuto da Terra**. (Curso de Direito Agrário, 2), Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1982.
- TANCREDO, K. R. NOBREGA, R. O. DIAS, T. LAPA, K. R. **Impactos Ambientais da Carcinicultura Brasileira**, 2011, disponível em: [http://www.advancesincleanerproduction.net/third/files/sesoes/6A/6/Tancredo\\_KR%20-%20Paper%20-%206A6.pdf](http://www.advancesincleanerproduction.net/third/files/sesoes/6A/6/Tancredo_KR%20-%20Paper%20-%206A6.pdf). Acesso em 29 ago. 2023.
- UNITED NATIONS. **Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR)**, Fact Sheet No. 34, The Right to Adequate Food, April 2010, No. 34, Disponível: <https://www.refworld.org/docid/4ca460b02.html>. Acesso 26 Ago 2023.
- UNITED NATIONS, FAO. **The state of food security and nutrition in the world**, 2019. Disponível em <http://www.fao.org/sustainable-development-goals/indicators/211/en/>. Acesso em 22 ago. 2023.



# A ESPETACULARIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## THE SPECTACULARIZATION OF PUBLIC POLICIES TO PROMOTE FUNDAMENTAL RIGHTS

Arianne Brito Cal Athias<sup>29</sup>

### Resumo

Trata o presente artigo de análise acerca da espetacularização das políticas públicas e as consequências que essa espetacularização pode acarretar na promoção dos direitos fundamentais. O Estado precisa concretizar os direitos assegurados na Constituição, por meio de políticas públicas que visem à efetiva promoção desses direitos, sob pena de que isso fique no campo especulativo, do discurso, no mundo imaginário, fazendo com que as regras jurídicas que estabeleçam esses direitos passem a ser tratadas como ineficazes ou sem qualquer aplicabilidade jurídica, como meras promessas de um direito não efetivado na vida em sociedade. Para tanto, foram apresentadas algumas noções sobre as políticas públicas no Estado Democrático de Direito, com suas definições,

elementos, atores. Em seguida, apresentou-se o significado da espetacularização dessas políticas públicas e as consequências destas na sociedade contemporânea.

**Palavras-Chave:** Políticas Públicas. Direitos Fundamentais. Espetacularização.

### Abstract

This article analyzes the spectacularization of public policies and the consequences that this spectacularization can have on the promotion of fundamental rights. The State needs to implement the rights guaranteed in the Constitution,

<sup>29</sup> Doutora em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2007). Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA (2001). Professora Adjunto III da Universidade Federal do Pará - UFPA. Professora de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais (Mestrado) da Universidade da Amazônia – UNAMA. Admitida para o Curso de Pós-doutoramento em Direito – As Gerações dos Direitos Humanos no Marco dos Direitos Sociais – Perspectiva Comparada: Brasil e Espanha – 2021 na Universidade de Salamanca – USAL/Espanha.

through public policies that aim to effectively promote these rights, otherwise this will remain in the speculative field, of discourse, in the imaginary world, making the legal rules that establish these rights pass to be treated as ineffective or without any legal applicability, as mere promises of a right not implemented in society. To this end, some notions about public policies in the Democratic State of Law were presented, with their definitions, elements, actors. Then, the meaning of the spectacularization of these public policies and the consequences of this in contemporary society were presented.

**Key words:** Public policy. Fundamental rights. Spectacularization.

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sociais são os direitos do ser humano e são tradicionalmente conhecidos como direitos de segunda dimensão, que visam a garantir a igualdade a todos e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Tais direitos são habitualmente apontados como direitos positivos, onerosos, vagos, indeterminados e de eficácia mediata.

A Constituição Federal Brasileira, quando promulgada em 05 de outubro de 1988, inseriu em seu texto inúmeros direitos que exigem a ação financeira do Estado para serem implementados, tais como, a saúde universal, a educação básica e obrigatória, a assistência social, moradia, cultura, lazer, dentre outros. Não se pode negar que para garantir esses direitos, necessário se faz condicioná-los à reserva do possível, ou seja, às contingências econômicas que permitam a sua efetivação.

Para isso, o Constituinte determinou, de um lado, o dever fundamental de pagar tributos, para que se torne possível, de outro, a garantia dos direitos fundamentais.

É assim que o Poder Público se utiliza das chamadas políticas públicas para planejar, definir prioridade, orçamentos, e

ações necessários que visem a concretizar os direitos fundamentais sociais, uma vez que sem elas, as pessoas não terão acesso aos serviços mínimos e indispensáveis para uma vida com dignidade.

Nesse cenário, as políticas públicas se apresentam com um papel importantíssimo para a concretização dos direitos fundamentais, especialmente, os de segunda dimensão, razão pela qual se passa a analisá-las.

## 1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito brasileiro, consolidado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, apresenta como um de seus fundamentos, contidos no art. 1º, inciso III, a garantia da dignidade da pessoa humana, por meio da atuação estatal fundada na conjugação entre o princípio democrático e os direitos fundamentais.

O termo “democrático” costuma ser associado à concepção clássica de “governo do povo e para o povo”, ou seja, retrata a forma de escolha dos governantes que devem ter por destinatários sempre o povo.

A expressão “Estado de Direito” remete à sujeição do poder público à lei e ao direito (retrato do princípio da legalidade contido no art. 37, “caput” da Constituição Federal), além disso, à garantia e à promoção dos direitos fundamentais.

O Estado, portanto, deve buscar garantir aos seus indivíduos a proteção e a satisfação de seus direitos e necessidades em nome de uma sociedade livre, justa e solidária.

E para alcançar a proteção e promoção desses direitos fundamentais, as políticas públicas se apresentam como um dos principais instrumentos postos à disposição do Estado para o atendimento dessa finalidade.

Para isso torna-se indispensável conceituar política pública.

## 1.1 CONCEITO E ELEMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Definir política pública não é tarefa fácil, uma vez que se trata de um conceito interdisciplinar que procura ser estudado em diversas áreas do conhecimento como, pela Economia, Administração e Direito.

Além disso, o vocábulo também é utilizado em linguagem coloquial designando ações estatais em sentido amplo e genérico, comumente utilizados em campanhas eleitorais e em discursos políticos, o que dificulta ainda mais a tarefa de se definir as premissas para o estudo.

Maria Paula Dallari Bucci apresenta um conceito de políticas públicas, entendendo-as como:

*O programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (...) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (...) deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados*<sup>30</sup>.

Assim, pode-se observar as políticas públicas como “instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública, redirecionamento do eixo de organização do governo da lei para as políticas”<sup>31</sup>.

As políticas públicas se apresentam como um importante procedimento de ações governamentais para a efetivação dos direitos fundamentais consagrados em uma Constituição. Também podem ser vistas como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito<sup>32</sup>.

Ana Paula de Barcellos afirma que as políticas públicas compreendem as ações e programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam da ação estatal. Portanto são as ações levadas a cabo pela Administração Pública que se encaixa nesta definição<sup>33</sup>.

Por sua vez, Wilson Donizeti Liberati considera as políticas públicas como um processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo Direito, que inclui, também, os princípios, diretrizes, objetivos e normas<sup>34</sup>.

Dessa forma, pode-se conceituar políticas públicas, sob o ponto de vista jurídico, como um procedimento (entendido aqui como um conjunto de atos) colocados à disposição da Administração Pública para definir ações estatais, que visem a concretizar e promover os direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico, em obediência à dignidade da pessoa humana.

Observa-se a importância dessas ações governamentais para a promoção dos direitos sociais, os quais são tradicionalmente conhecidos como direitos de segunda dimensão, surgidos após a Revolução Industrial e tratados constitucionalmente como dever do Estado prestá-los a fim de satisfazer as demandas sociais e permitir uma existência digna para a sociedade.

<sup>30</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. In Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

<sup>31</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 252.

<sup>32</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit., p. 264.

<sup>33</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de direito administrativo. V. 240, 2005, p. 90.

<sup>34</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Políticas públicas no Estado Constitucional. São Paul: Atlas, 2013, p. 85.

E, para que essa satisfação ocorra, as políticas públicas tornam-se fundamentais nesse processo e precisam conter **elementos** que servirão de sustentáculo para a sua implementação, tais como: **orçamento** (LDO, LOA e na Lei do Plano Plurianual), **planejamento** (agenda, formulação de escolhas, tomada de decisão, implementação da política e avaliação dos resultados) e **discricionariedade administrativa**. (especialmente relacionada ao mérito dos atos discricionários.).

O orçamento é peça fundamental para o funcionamento do sistema político, já que é nele que são definidas as prioridades sociais e a delimitação da ação do Estado, afinal, sem a definição do orçamento não há como definir as políticas públicas.

É por meio do orçamento que se definem as escolhas democráticas e, onde serão alocados e aplicados os recursos<sup>35</sup>. É por esse motivo que Felipe de Melo Fonte entende o orçamento como “a peça-chave no desenho das políticas públicas, pois é por meio dele que se define o tamanho do Estado em cada momento histórico”<sup>36</sup>.

Já o planejamento, quando bem executado, atende a duas funções essenciais: a transparência e a racionalização. O planejamento remete à ideia de um elemento indispensável das políticas públicas, considerando que a transparência determina não apenas colocar a informação à disposição do público, mas torná-la compreensível pelo público, com maior clareza e veracidade, além da racionalidade no gasto do dinheiro público.

A transparência permite, ainda, maior controle sobre os atos praticados pelo Estado, pois reduz o âmbito da discricionariedade do gestor.

O art. 174 da Constituição Federal brasileira de 1988 impõe ao Estado o dever de planejamento das ações públicas<sup>37</sup>. O dever de planejar por parte do Estado que decorre do modelo gerencial de Administração Pública, foi introduzido na Constituição pela Emenda Constitucional nº 19/1998 e busca o alcance de resultados das metas a serem estabelecidas no planejamento.

Ressalta-se que uma das dificuldades apresentadas pela Administração Gerencial não é alcançar os resultados, mas defini-los, razão pela qual o planejamento apresenta-se como elemento primordial nos procedimentos de políticas públicas.

O terceiro elemento das políticas públicas é a discricionariedade administrativa. Nele, a lei confere ao administrador uma margem de apreciação subjetiva que este deverá, dentro dos limites impostos pela lei, escolher o “comportamento ótimo”<sup>38</sup>, ou seja, optar por aquele que melhor consiga representar a concretização de direitos, caso contrário, os atos ficarão vigorando apenas no campo meramente especulativo.

Ademais, a discricionariedade, no campo específico das políticas públicas, avulta como um fenômeno extremamente importante, conforme salienta Felipe de Melo Fonte. Isso porque a definição dos instrumentos das políticas públicas “estará sujeita à discricionariedade em sentido forte, cabendo ao administrador público optar por uma ampla gama de meios de ação”<sup>39</sup>.

Nesse sentido, as políticas públicas outorgam margens de ação aos seus executores, podendo, o administrador público, dentro dessa margem, optar por uma ampla gama de ações que tenham por finalidade alcançar a efetiva promoção dos direitos fundamentais, caso contrário estar-se-á diante de

<sup>35</sup> Assunto importante é análise do binômio necessidades infinitas da sociedade (mínimo existencial) x recursos escassos por parte do Estado (reserva do possível).

<sup>36</sup> FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 80.

<sup>37</sup> Art. 174 da CF/1988: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

<sup>38</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 32-33.

<sup>39</sup> FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 87-88. O autor diferencia discricionariedade forte e fraca. Discricionariedade forte é exercida pela Administração Pública pela outorga legislativa (como ocorre em muitos planos públicos, por exemplo) e também pela multiplicidade de interesses consagrados na Constituição Federal, que permite uma ampliação considerável do espaço de ação administrativa. Já a discricionariedade fraca é a discricionariedade instrumental, isto é, que decorre acidentalmente da utilização de termos pouco precisos pelo legislador.

promessas postas em atos normativos sem o cumprimento efetivo por parte do administrador público.

Ademais, vê-se crescer, no Brasil, um fenômeno preocupante de que o administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Isso porque a decisão, no dia a dia da Administração Pública, passou a atrair riscos jurídicos de toda ordem, muitos deles, até criminalizando a sua conduta.

Isso fez com que o administrador público optasse em ficar numa “pseudo-zona de conforto” e passasse a não decidir para não correr o risco jurídico de uma possível condenação, pois tomar decisões sensíveis, poderia significar a abertura de processos em todas as áreas do direito, acarretando uma paralização e ineficiência na máquina administrativa, com prejuízos evidentes.

Esse fenômeno é conhecido como o “Direito Administrativo do Medo” que faz com que o gestor público, por medo de sofrer punições, simplesmente opte pela inércia, pelo silêncio, por não agir, acarretando sérios prejuízos à sociedade.

Observa-se que a decisão administrativa não é uma faculdade conferida em lei ao administrador público e sim um dever previsto, expressamente, no art. 48 da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 que regula o processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Federal<sup>40</sup>.

O administrador público precisar sair de sua “zona de conforto” e proferir a decisão administrativa seja ela qual for. Não se está defendendo que decisões devam ser tomadas a qualquer preço, pelo contrário, o que se exige é que a decisão administrativa seja proferida de forma coerente, oportuna, conveniente e em obediência aos princípios e regramentos legais e constitucionais existentes.

O Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP editou a recomendação conjunta nº 02, de 18 de junho de

2020, cujo art. 2º recomenda aos membros do MP brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, seja **respeitada a autonomia administrativa do gestor** e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material.

O parágrafo único do referido artigo ainda estabelece que, “diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública”, é **atribuição legítima do gestor** a escolha dentre as posições dispares e/ou antagônicas, não cabendo ao MP a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas.

No dia 23 de junho de 2020 representantes do Conselho Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e da Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (AMPDFT) emitiram um ofício ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) questionando a referida recomendação.

Os membros do Ministério Público pedem a suspensão da recomendação, em especial ao mencionado artigo 2º que recomenda não caber ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial para modificar atos do Poder Executivo.

Dessa forma, observa-se que, mesmo que o ato discutido seja uma recomendação, a Instituição Ministerial ainda assim entende que o ato deva ser anulado para que possa, quando atuando na fiscalização de políticas públicas, adentrar na autonomia do gestor, ou seja, na discricionariedade do mesmo.

A matéria ainda está sendo analisada pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

<sup>40</sup> Art. 48 da Lei nº 9784/1999: “A administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações em matéria de sua competência”.

## 1.2 ATORES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Se não bastasse a problemática em definir o conceito de políticas públicas, a definição de quem são os atores dessas políticas também causa controvérsia na doutrina.

Há quem consagre o **Chefe do Poder Executivo como o seu grande protagonista**, outros incluem o **Poder Legislativo**, no momento de elaboração de leis como as leis orçamentárias; outros incluem o **Poder Judiciário** quando provocado para decidir matérias que envolvam políticas públicas especialmente, relacionadas aos direitos fundamentais (o que gera a problemática dos limites da atuação do Poder Judiciário nos atos discricionários) e; outros incluem a **sociedade civil**, por ser a destinatária direta do planejamento das políticas públicas.

Gianfranco Pasquino, um cientista político italiano, entende que:

*“essa limitação aos atores políticos parece um tanto imprecisa, ou melhor, redutora e, na sua essência, desviante. É imprecisa, porque não explicita quais são, efetivamente, os atores políticos; redutora, porque elimina outros intervenientes que, não sendo políticos, podem realmente, tomar parte na produção e uma ou mais políticas públicas; e, enfim, desviante, porque canaliza as atenções para um determinado grupo de atores, deixando para trás, muitos outros que desempenham papéis igualmente relevantes”<sup>41</sup>.*

O fato é que, independentemente de se incluir dentre os atores das políticas públicas, os titulares de cargos eletivos, bem como os membros de poder ou detentores de cargos administrativos, o **povo**, na regra mandamental consagrada na Constituição Federal brasileira, é o verdadeiro ator das

políticas públicas, já que é o seu verdadeiro destinatário, afinal as escolhas tomadas são a ele destinadas.

Assim, as políticas públicas não podem se apresentar como meras ações governamentais juridicamente determinadas, mas ações governamentais que devem ser exigidas pelo titular do poder, qual seja, pelo **povo**, a fim de buscar alcançar a efetivação dos direitos contidos na Constituição.

## 1.3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES

O Estado Democrático de Direito se sustenta em dois pilares: de um lado, pelo princípio da legalidade e de outro pela separação entre os poderes.

A separação dos poderes foi idealizada por Montesquieu, que identificou três funções estatais – a legislativa, a executiva e a judiciária que deveriam ser atribuídas a três órgãos distintos e independentes entre si.

No século XIX, a elaboração das leis gerais e abstratas ficava a cargo do Poder Legislativo, o qual se compunha por representantes do povo; a execução das leis, a cargo do Poder Executivo e o controle das leis pelo Poder Judiciário, quando provocado.

Odete Medauar discorrendo sobre a matéria explica que:

*Hoje, embora na maioria dos ordenamentos se mantenha o princípio da separação de poderes, a fórmula originária não se ajusta totalmente à realidade política institucional dos Estados. Alguns dados demonstram isso. Com o advento do Executivo, eleito diretamente, não mais se justificaria a supremacia do Legislativo, pois haveria a situação de opor representantes do povo contra representantes do povo. Por outro lado, a ampliação das funções do Estado e a*

<sup>41</sup> PASQUINO, Gianfranco. Curso de ciência política. Cascais: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 254-255.

*exigência contínua de adoção de medidas no âmbito econômico e social impõem atuação mais rápida, portanto, incompatível com a lentidão do processo legislativo. Daí a supremacia real do Executivo em todos os países na atualidade. O Executivo passou a ter a atividade legislativa intensa, inclusive por atribuição constitucional de Poder legislativo, como é o caso das medidas provisórias. Além do mais, verifica-se, neste século XXI, realidade dotada de maior complexidade em relação à época de Montesquieu: muitas instituições são dificilmente enquadráveis em alguns dos três clássicos poderes, como é o caso do Ministério Público e dos Tribunais de Contas<sup>42</sup>.*

Feitas essas considerações, a discussão que se impõe é a quem compete formular políticas públicas?

Aparentemente, parece sensato depreender que a definição de diretrizes, objetivos e metas das políticas públicas cabem aos representantes do povo, logo, ao Poder Legislativo, que o faz por meio de leis, para que o Poder Executivo a execute. E aos Tribunais, caberá a decisão

Entretanto, Maria Paula Dallari Bucci ressalta que:

*"(...) a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade "formadora" do direito nas mãos do governo (Poder Executivo), perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições"<sup>43</sup>.*

A autora acertadamente defende que, em matéria de políticas pública como aquelas que envolvem programas

de ação ou programas de governo, não parece lógico que as políticas possam ser impostas pelo Poder Legislativo ao Executivo, pois diante da alternância no poder, essencial nas democracias, o mais adequado seria que a realização de políticas públicas fosse de iniciativa própria do Poder Executivo seguindo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo.

## 2 A ESPETACULARIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 O QUE É ESPETACULARIZAÇÃO?

Na era da imagem, na qual as relações são permeadas pelo parecer e aparecer e não pelo ser, não se pode deixar de observar o fenômeno da espetacularização dos fatos que constituem uma realidade na sociedade mundial.

Tal ocorrência vem sendo facilitada em grande parte pelo avanço das tecnologias e pelas mídias sociais tão característicos da sociedade 5.0.

Desse modo, a espetacularização assume formas variadas, com apelos diferenciados em cada segmento da sociedade.

Nesse contexto, o discurso político também se amolda a essa realidade, pois as fronteiras entre a mídia e a política se atenuem à medida que uma vai se apropriando dos recursos e instrumentos da outra, também das técnicas publicitárias sempre tão próximas desse contexto.

Evidente que a politização da sociedade civil contribuiu para essa relação, na qual a mídia, adquiriu *status* de guardiã de uma suposta verdade ou possuidora do poder de revelação

<sup>42</sup> MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 26-27

<sup>43</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 270.

dos segredos políticos. Em contrapartida, e até de modo paradoxal, a mídia também oferece ao político o espaço necessário para a concretização das suas promessas, e para a espetacularização do ato político, através dos meios de comunicação.

As políticas públicas resultam, assim, de uma coordenação entre os campos políticos, jurídicos, econômicos e social com o objetivo de satisfazer uma finalidade que vise a melhorar a realidade da população, a partir da promoção de uma justiça social.

O que se observa, intuitivamente, é que existe uma espécie de **equação** nessa realidade, na qual a Constituição consolida em seu texto a promessa de um Direito; os Governantes, por sua vez, anunciam a dificuldade encontrada para efetivar a entrega dessa promessa à sociedade, resultando, assim, um arsenal de discursos voltados para cumprir sem cumprir a Constituição, promover sem efetivamente promover os Direitos Fundamentais que deveriam ser obrigatoriamente efetivado para todos e não um mero discurso constante de um papel<sup>44</sup>.

Essa equação vem sendo tratada doutrinariamente como o “constitucionalismo do espetáculo”, uma ideia que foi inspirada em Guy Debord em 1967, na obra chamada “A sociedade do espetáculo”, da Escola de Frankfurt, portanto, com uma visão marxista, entendia o “espetáculo” simultaneamente como o resultado e o projeto do modo de produção existente.

*Ele não é um complemento ao mundo real, um adereço decorativo. É o coração da irrealidade da sociedade real. Sob todas as suas formas particulares de informação ou propaganda, publicidade ou consumo direto do entretenimento, o espetáculo constitui o modelo presente*

*da vida socialmente dominante. Ela é a afirmação onipresente da escolha já feita na produção, e no corolário – o consumo<sup>45</sup>.*

Debord entendia que o espetáculo se apresentava como algo grandioso, positivo, indiscutível e inacessível observando que “o que aparece é bom, o que é bom aparece”<sup>46</sup>. O indivíduo não se relaciona propriamente com o mundo real, mas toda a sua comunicação é estabelecida de forma imaginária.

O espetáculo na sociedade representa concretamente uma fabricação de alienação e a alienação do espectador em proveito do objeto contemplado (que é o resultado da sua própria atividade inconsciente) exprime-se assim: quanto mais ele contempla, menos vive; quanto mais aceita reconhecer-se nas imagens dominantes da necessidade, menos ele compreende a sua própria existência e o seu próprio desejo<sup>47</sup>.

Claro que qualquer crítica à visão de Debord deve ser vista com cautela posto que já se passaram mais de 50 anos entre o lançamento de sua obra e os dias de hoje. Não existia, naquela época, a internet, nem a ampliação da comunicação de massa, aplicativos de imagens cotidianas e nem a indústria de entretenimento.

No Brasil, o tema foi tratado, em 2009, por Marçal Justen Filho, quando trabalhou a ideia de um Direito Administrativo do Espetáculo<sup>48</sup>. Neste ensaio o autor entende que:

*A atividade administrativa de espetáculo consiste essencialmente na demonstração pública de grande azáfama governativa. Os administradores públicos produzem permanente informação à plateia relativamente às ações imaginárias que desenvolvem.*

<sup>44</sup> COELHO, Saulo de Oliveira Pinto & ASSIS, Alline Neves de. Um constitucionalismo do espetáculo? Espetacularização das políticas públicas e ineficiência do controle jurídico-constitucional. In Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 115. Jul./dez. 2017, p. 547.

<sup>45</sup> DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. p. 15

<sup>46</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>47</sup> Ibidem, pp. 25-26.

<sup>48</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. Disponível em <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/direito-administrativo-espetaculo.pdf>. Capturado em 05/09/2020.

*Essa atividade administrativa espetacular se produz por meio da utilização de conceitos aptos a manter o expectador na condição de um elemento passivo, ocupado em acompanhar a proliferação de notícias jurídicas. Trata-se de prender a atenção dos indivíduos comuns, neutralizando o seu sendo crítico e impedir qualquer comparação entre a ação administrativa e o mundo real não imaginário<sup>49</sup>.*

Marçal Justen Filho salienta que àqueles que pretendem rejeitar liminarmente a proposta de Debord, caberia lembrar que milhões de pessoas, em torno do mundo dedicam-se a participar de uma existência virtual, denominada *second life*<sup>50</sup>.

Dessa forma, seria possível identificar o que se chama de Estado do Espetáculo, onde o Estado não atua mais sobre o mundo real mas produz ações na dimensão imaginária. Para isso, o Estado passa a valer-se intensamente dos meios de comunicação, transmitidos ao mundo informações puramente imaginárias, falsas, distorcidas. Os agentes estatais desenvolvem atividades destituídas de conteúdo, que não apresentam utilidade autônoma.

Nesse contexto, os agentes políticos se tornam parte de um grande show, verdadeiros atores que desempenham papéis, buscando sempre o aplauso dos expectadores (a plateia). Os agentes políticos, assim, passaram a ser transformados nos principais protagonistas nessa sociedade.

No Estado do Espetáculo, o melhor governo não é aquele que realiza a mais intensa e adequada satisfação dos valores fundamentais, nem a observância fiel aos princípios e regras jurídicas, tampouco se exige a efetiva promoção de direitos fundamentais ou o respeito à Democracia, pois o fundamental nesse Estado é a capacidade de ocupar os espaços na imaginação e no tempo da plateia, fornecendo elementos

imaginários para a diversão. A grande virtude reside em produzir a imagem de bom governante.

A Constituição passa a ser compreendida como um projeto de identidade da Nação em que os cidadãos e o Estado se associam para modificar a realidade e tornar efetivos os valores fundamentais à civilização.

Assim, a experiência nacional e estrangeira reconhece uma grande ilusão que permeia a ideologia do Estado do Espetáculo e que mantém o imaginário da plateia sempre entretido.

Talvez a problemática resida na identidade da pessoa do governante ou do partido político exercente do poder político. Não há dúvida de que uma das grandes vantagens da democracia consiste na alternância de pessoas e partidos no exercício do poder político. Isso permite constatar que os problemas, defeitos e práticas não se alteram com o transcurso do tempo. Mudam-se as pessoas e os partidos políticos, mas o modo de exercício do poder político, infelizmente, não se modifica.

Com isso, o Direito Administrativo só cumprirá seus fundamentos e objetivos de forma efetiva, quando reconhecer a necessidade de redução da concentração do poder político e o conseqüente aumento do controle sobre as atividades exercidas pela Administração Pública.

No Estado Democrático de Direito, o Direito Administrativo caracteriza-se não apenas pela Supremacia da Constituição, mas também pela incidência do princípio da legalidade. Atualmente, já se vem falando numa juridicidade, pelo respeito aos direitos fundamentais e pela supremacia da soberania popular.

O fato é que as políticas públicas acabam sendo a principal forma contemporânea de organização jurídico-

<sup>49</sup> Ibidem, pp. 5-6

<sup>50</sup> Ibidem, p. 4.

-administrativo-econômica do Estado de Direito, na procura pela efetivação dos Direitos Fundamentais.

E, especialmente no momento de pandemia da COVID-19 que o mundo vivencia, torna-se indispensável analisar os resultados das políticas públicas adotadas como uma referência para a reconstrução do Estado Brasileiro.

Maria Paula Dallari Bucci publicou um artigo na Revista Interesse Nacional titulado chamado “A (Re)Construção do Estado Social Brasileiro: Políticas Públicas e Reformas” e nesse artigo, a autora menciona duas posições acerca da visão atual do Estado brasileiro<sup>51</sup>.

De um lado, a autora identifica os fiscalistas que defendem a “falência do Estado” (eu mesma já afirmei isso em algumas ocasiões no final da década de 90 do século XX de que o Estado brasileiro estava tecnicamente falido<sup>52</sup>) para se referir ao excesso de servidores públicos distribuídos em uma elite bem paga e uma massa desqualificada, sem preparo para a prestação de serviços públicos de qualidade, o que seria necessário o enxugamento do Estado.

Por outro lado, há os defensores da **ampliação** da presença do Estado, sendo a Constituição Federal de 1988 um divisor de águas para as políticas públicas no Brasil. Graças a ela, às suas políticas estruturantes e às regras de vinculação do gasto público, o cumprimento dos Direitos sociais vem melhorando contínua e consistentemente desde 1988.

A autora entende que o Brasil progrediu na organização dos serviços públicos que resultaram numa evolução evidente do padrão da provisão de direitos pelo menos até 2016. Assim, entende que não apenas o Estado não está falido, mas teve sucesso em construir e coordenar esquemas de ação

capazes de orientar os entes públicos e privados para resultados relevantes.

Como exemplo: cita um estudo publicado pelo “Todos pela Educação” que consta que entre 2007 e 2017 o percentual de estudante com aprendizado adequado no 5º ano dobrou: em língua portuguesa de 27,9% para 60,7 (32.8 pontos percentuais) e em matemática, cresceu de 23,7% para 48,9% (25.2 pontos percentuais).

Identifica que melhora também ocorreu, no mesmo período, em indicadores de saúde, assistência social, ciência e tecnologia, cultura e nas demais áreas e programas organizados sob a lógica das políticas públicas. Ou seja, nesse quesito, o Brasil esteve alinhado com a tendência mundial de expansão e melhoria das políticas sociais (que não se alterou em termos gerais, mesmo depois da crise de 2008, embora não tenhamos conseguido evitar o crescimento da desigualdade e da pobreza).

No entanto esses resultados nem sempre são reconhecidos, tampouco acreditados. Para enxergá-los torna-se necessário romper a barreira ideológica de que “o Estado brasileiro custa muito e serve pouco. É um grande distribuidor dos recursos que por ele transitam, tarefa que executa mal – sem adequada definição de prioridades, avaliação e controle da qualidade dos serviços prestados”, faltando, portanto, planejamento.

Uma razão para essa falta de reconhecimento mencionada pela autora certamente envolve a problemática da espetacularização das políticas públicas em que a sociedade brasileira observa atenta como plateia essa onda de discursos contraditórios, sem fundamentos, meras promessas e com a desconfiança de toda e qualquer fonte de informação.

<sup>51</sup> Disponível em <http://interessenacional.com.br/2020/06/30/a-reconstrucao-do-estado-social-brasileiro-politicas-publicas-e-reformas/> Capturado em 01/08/2020.

<sup>52</sup> CAL, Arianne Brito Rodrigues. As agências reguladoras no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

## CONCLUSÃO

As políticas públicas representam um importante e fundamental salto de promoção da cidadania no Brasil nos últimos 30 anos, ainda que se possa reconhecer como insuficiente para o tamanho das demandas que lhe são postas. Elas são as bases para a promoção da cidadania social indispensáveis para o alcance de eficiência e da qualidade na prestação de serviços tão almejada pelo povo brasileiro.

As políticas públicas se apresentam como escolhas políticas que têm por objetivo atender aos anseios da sociedade, especialmente no que se refere aos direitos sociais. Dessa forma, pode-se vislumbrar uma vinculação direta entre as políticas públicas e a eficácia dos direitos fundamentais, o que pode significar, por um lado, a concretização de algum aspecto do princípio da dignidade da pessoa humana e, por outro lado, a necessária priorização de um direito ao invés de outro, considerando um ambiente de escassez de recursos.

E nesse cenário, é necessário um consenso mínimo para agilizar a implementação de políticas e de medidas essenciais com o objetivo de retomar o crescimento, reduzir o desemprego e aperfeiçoar as funções do Estado. Não se pode esperar uma adesão de todos ao programa de governo que vier a ser aprovado, pela radicalização das posições em vista da divisão política que se vivencia. Apesar disso, o **interesse nacional** deve prevalecer acima de qualquer partido ou de qualquer ideologia, com visão de médio e longo prazo deveriam ser o caminho para se pensar o futuro.

Por fim, reconheço como inevitável a limitação da capacidade individual de compreender e transformar o mundo de

forma isolada e isso acaba contribuindo para uma sociedade de espetáculo, mas essa limitação não pode autorizar os atores das políticas públicas a conduzirem o processo político de forma indutiva, destrutiva, mentirosa, enganosa, já que sobre ele atuam regras de controle rígidas.

A boa-fé, a moral, os bons costumes continuam a ser princípios que regem a Administração Pública e, portanto verdadeiros roteiros que devem ser rigorosamente seguidos e respeitados por esta República chamada Brasil

Não se pode negar que a angústia do irrealizado, das promessas constitucionais não cumpridas e do espectro ilusório da sensação de irrealidade implica um impasse de erosão da democracia e dos seus fundamentos.

Essa situação leva à descrença que impacta na própria noção de construção de uma sociedade justa, solidária, fraterna e progressista, levando, ao contrário, a formação de uma geração de desesperançosos, tão bem representados pelos movimentos do *Ocupy* e *All Street*.

Superar a espetacularização e transformar em realidade as belas promessas da utopia constitucional e sua efetivação por meio de políticas públicas consistentes constituem o grande desafio a ser alcançado pela sociedade contemporânea.

O desafio, portanto, está não na construção de uma civilização de espetáculo, mas num verdadeiro espetáculo de civilização. E que assim seja!

## REFERÊNCIAS

- BADIM, Arthur Sanchez. Controle judicial das políticas públicas. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de direito administrativo*. V. 240, 2005
- BRUM, Guilherme Valle. Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. A (Re)Construção do Estado Social Brasileiro: Políticas Públicas e Reformas. In: *Revista Interesse Nacional*. Disponível em <http://interessenacional.com.br/2020/06/30/a-reconstrucao-do-estado-social-brasileiro-politicas-publicas-e-reformas/> Capturado em 01/08/2020.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo, Saraiva, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAL, Arianne Brito Rodrigues. As agências reguladoras no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto & ASSIS, Alline Neves de. Um constitucionalismo do espetáculo? Espectacularização das políticas públicas e ineficiência do controle jurídico-constitucional. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 115. Jul./dez. 2017
- COELHO, Rodrigo Batista. Direitos fundamentais sociais e políticas públicas – subjetivação, justiciabilidade e tutela coletiva do direito à educação. Leme: Habermann Editora, 2017.
- DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/debord/1967/11/sociedade.pdf>
- FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. Disponível em <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/direito-administrativo-espetaculo.pdf>. Capturado em 05/09/2020.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. Políticas públicas no estado constitucional. São Paulo: Atlas, 2013.
- MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- PASQUINO, Gianfranco. Curso de ciência política. Cascais: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2002



# A TRIBUTAÇÃO MUNICIPAL E A CONSOLIDAÇÃO DA SEGREGAÇÃO ESPACIAL NO BRASIL

## MUNICIPAL TAXATION AND THE CONSOLIDATION OF SPATIAL SEGREGATION IN BRAZIL

Bruno Soeiro Vieira<sup>53</sup>

Iracema de Lourdes Teixeira Vieira<sup>54</sup>

### Resumo

Esta pesquisa elabora análise crítica, com forte apelo à interdisciplinaridade, acerca do modelo ortodoxo e injusto de tributação do IPTU pelos municípios no Brasil. Assim, por meio de pesquisa qualitativa com apoio na coleta bibliográfica

e documental, foram analisadas as normas constitucionais e infra-constitucionais, bem como o entendimento de teóricos, resgatando o previsto no direito positivado e nos princípios constitucionais que estão relacionados à questão da tributação do IPTU e sua vinculação à ordem urbanística nacional. Também apreciamos

<sup>53</sup> Bacharel em Ciências Contábeis (UFPA). Bacharel em Ciências Jurídicas (UFPA). Ex-Auditor Fiscal da Secretaria Municipal de Finanças do Município de Belém/PA. Especialista em Direito Tributário (PUC/Minas Gerais). Mestre em Direito do Estado (Universidade da Amazônia - UNAMA). Ex-Professor Titular Pós-Stricto Sensu I da Universidade da Amazônia - UNAMA. Doutor em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Doutor em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido (NAEA/UFPA). Ex-Professor no Mestrado em Direitos Fundamentais (UNAMA) Ex-Professor no programa de Mestrado e Doutorado em Desenvolvimento e Meio Ambiente Urbano (UNAMA) Pesquisador CNPQ (Grupo de Pesquisa Financiamento da Política Urbana e Desenvolvimento na Amazônia). Professor Adjunto A da Universidade Federal do Pará (UFPA) Coordenador da Região Norte do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU), no biênio 2018/2019. Ex-Secretário Executivo do Conselho Superior da Administração Tributária do Município de Belém (CONSAM). Ex-Conselheiro Julgador do Tribunal de Recursos Tributários do Município de Belém/PA (TRTMB). Professor no programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos (PPGD/UFPA). E-mail: bruno.vieira@ufpa.br

<sup>54</sup> Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal do Para (PPGD/UFPA) com sanduíche no Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS-Paris/França). Mestre em Direitos Humanos (PPGD/UFPA). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Estácio de Sa (2017). Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (2015). Atuou como bolsista da Iniciação Científica da Universidade da Amazônia (2014). Especialista em Auditoria e Controladoria pela Universidade da Amazônia (2003). Bacharel em Contabilidade pela Universidade da Amazônia (2000). E-mail: iracema2805@gmail.com

a dicotomia entre imposto direto e indireto e a subclassificação dos impostos diretos em reais e pessoais, assim como a repercussão relativa aos princípios da isonomia tributária, da capacidade contributiva dos contribuintes e da justiça social com vistas a mitigar a segregação espacial.

**Palavras-chave:** Segregação espacial, Iptu, Tributação extrafiscal, Direito à cidade.

## Abstract

This research develops a critical analysis, with a strong appeal to interdisciplinarity, regarding the orthodox and unfair model of IPTU taxation by municipalities in Brazil. Thus, through qualitative research supported by bibliographic and documentary collection, constitutional and infra-constitutional norms were analyzed, as well as the understanding of theorists, rescuing what was foreseen in the positive law and in the constitutional principles that are related to the issue of IPTU taxation and its connection to the national urban planning order. We also appreciate the dichotomy between direct and indirect taxes and the subclassification of direct taxes into real and personal, as well as the repercussions related to the principles of tax equality, taxpayers' ability to contribute and social justice with a view to mitigating spatial segregation.

**Keywords:** Spatial segregation, IPTU, Extra-fiscal taxation, Right to the city.

## INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa acadêmica, visamos a elaborar uma análise interdisciplinar crítica sobre o paradigma de tributação do IPTU (Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana) pelas municipalidades brasileiras. Assim, o estudo proposto visa a compreender, por meio do auxílio da interdisciplinaridade, qual ou quais as consequências de um modelo de tributação que valoriza os aspectos superficiais do fato jurídico tributário e de seus contribuintes na dinâmica do uso e da ocupação do solo e do espaço das cidades no Brasil.

A interdisciplinaridade permite ao pesquisador vislumbrar o objeto a ser pesquisado através de ângulos distintos e, por isso, viabiliza um exame mais completo e pormenorizado da problemática escolhida. Noutra banda, possibilita que sugestões mais consistentes sejam elaboradas e divulgadas no intuito de fomentar e contribuir com o debate acerca de um determinado objeto de pesquisa.

No segundo item deste artigo, amparados pela doutrina jurídica, caminhamos pelo disposto na órbita constitucional e infraconstitucional de modo a resgatar o previsto no plano do direito positivado e dos princípios constitucionais tributários que estão relacionados à questão da tributação do IPTU e sua inevitável repercussão na ordem urbanística nacional.

Na sequência, no terceiro tópico, elaboramos uma síntese das classificações dos impostos de acordo com a doutrina jurídica, evidenciando a polêmica existente em relação à dicotomia entre imposto direto e indireto e a consequente subclassificação dos impostos diretos em: reais e pessoais. Nessa síntese também necessitamos fazer a conexão das citadas classificações com os princípios da isonomia tributária, da capacidade contributiva dos contribuintes e da justiça social, no intuito de afirmar que é necessário e fundamental que as municipalidades (poderes executivo e legislativo) respeitem tais princípios de maneira a contribuir com a construção de uma ordem urbanística sustentável.

Na quarta parte desta pesquisa, demonstramos que o modelo ortodoxo e conservador de tributação do IPTU (de cunho fiscal) realizado pelos municípios no Brasil aperfeiçoam a lógica especulativo-imobiliária de uso e ocupação do solo e do espaço urbano, evidenciando que o citado imposto é utilizado como um instrumento que aperfeiçoa a segregação socioespacial, fragilizando a convivência e a mistura social e, em última análise, obstaculizando a efetivação do direito à cidade.

Por fim, concluímos que é necessária a adoção pelas municipalidades brasileiras de um novo paradigma de tributação do IPTU, um modelo tributário de cunho extrafiscal que se utilize das diferentes modalidades de renúncia fiscal, bem como dos convênios com a Receita Federal do Brasil de troca de informações econômico-fiscais, objetivando promover uma política

tributária equitativa, sustentável e justa que considere os princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da justiça social como seus fundamentos de natureza material.

## 1 O IPTU NA ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Apesar de o imposto tratado neste artigo já ter pertencido à esfera de competência tributária exclusiva dos estados-membros, bem como ter tido como hipótese de incidência apenas a propriedade imobiliária de prédios (edificações), foi somente com o art. 9º, 2º da Constituição Federal de 1891 (BRASIL, 1891) que o citado tributo passou a incidir sobre imóveis em geral, urbanos e rurais, edificados ou não.

No que se refere à questão da competência tributária relativa ao IPTU, foi o texto constitucional de 1934 que a transferiu do rol outorgado aos estados-membros para as municipalidades e, a partir de então, “o IPTU não sofreu modificação no tocante à esfera competencial, tendo a vigente Constituição a ele dedicado o art. 156, I (norma de competência), e § 1º (progressividade e seletividade de alíquotas), e art. 182, § 4º, II (progressividade no tempo) [...]”. (OLIVEIRA, 2009, p. 267).

Assim, o legislador constituinte por meio do art. 156 da CF (BRASIL, 1988) outorgou competência tributária às municipalidades brasileiras dispondo que compete aos municípios instituir impostos sobre a *propriedade* predial e territorial *urbana*. Todavia a redação do dispositivo em menção gerou certa polêmica ao ser confrontada com o conteúdo do *caput* do art. 32 do Código Tributário Nacional<sup>55</sup> (BRASIL, 1967), isto porque tal dispositivo determina que o IPTU tem como hipótese de incidência a *propriedade*, o *domínio útil* ou a *posse* de bem imóvel localizado nas zonas urbana e urbanizável, bem como, na zona de expansão urbana.

Desse modo, pairaram dúvidas se o dispositivo do CTN seria constitucional por estar ampliando as situações nas quais ocorreria a incidência do IPTU, ou seja, se além da propriedade, tal como o texto constitucional dispõe, estaria a posse e o domínio útil dos imóveis (circunscritos na área acima descrita, conforme o art. 32, § 2º do CTN) configurando situação ensejadora na incidência do imposto em comento.

Visando a esclarecer nossa afirmação, transcrevemos o ex-certo abaixo:

*A questio* reside em possível extravasamento, pelo CTN, das situações que se poderiam enquadrar como hipóteses de incidência do IPTU, considerando haver a norma constitucional feito menção apenas à propriedade. O CTN, no art. 110, veda à lei tributária “alterar a definição, conteúdo e alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado”, empregados pela Constituição para definir competência tributária. Bastaria isso para concluir inválida a inclusão de institutos diversos da propriedade no campo de incidência do IPTU, não fosse a circunstância de que o próprio CTN é que procedeu a tal ampliação.

A grande verdade é que a palavra “propriedade” constante da norma de competência do IPTU é de ser entendida em seu sentido amplo e vulgar, sem as limitações do rigorismo técnico, de que a Constituição descarta o mais das vezes. O domínio útil (enfiteuse) e a posse revestem a condição de quase-propriedade, e se afastassem a tributação ter-se-ia situação de indubitosa anti-isonomia (OLIVEIRA, 2009, p. 310- 311, grifos do autor).

Ademais, a não inclusão da posse dentre as situações que configuram a hipótese de incidência do IPTU promoveria o

<sup>55</sup> O CTN foi aprovado como lei ordinária, porém hoje goza de *status* de lei complementar por ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como tal.

aumento expressivo da irregularidade fundiária nas cidades brasileiras (situação que hoje já é bastante acentuada), isso porque aqueles que estivessem na posse dos imóveis prefeririam manter o *status* jurídico (posseiro) a vir a sofrer a exação tributária decorrente do *status* jurídico (proprietário).

Em linhas gerais, a incidência tributária do IPTU dar-se-á em relação aos imóveis localizados nas zonas urbana e urbanizáveis ou, ainda, na zona de expansão urbana do município, conforme previsto na lei do plano diretor ou outro diploma legal de direito urbanístico. Em razão disso, fazemos a transcrição seguinte:

De outro enfoque, a incidência do IPTU pressupõe seja o imóvel “localizado na zona urbana do município”, como tal definida “em lei municipal” (CTN, art. 32 e § 1º). Nessa linha, o que caracterizou a zona “urbana” certa área é a existência de equipamentos (construídos ou mantidos pelo Poder Público) como hospitais, centros de saúde, escolas, água canalizada, iluminação pública etc. (no mínimo dois cf. CTN, art. 32, § 1º), ausentes na chamada “rural”. (OLIVEIRA, 2009, p. 273)

Ainda sobre a denominada hipótese de incidência (h.i.) torna-se compulsória a transcrição do magistério que afirma que tal situação é “a descrição hipotética e abstrata de um fato. É parte da norma tributária. É o meio pelo qual o legislador institui um tributo. Está criado um tributo, desde que a lei descreva sua h.i., a ela associando o mandamento ‘pague’.” (ATALIBA, 2002, p. 66)

Desse modo, está disposto no art. 32 do CTN (BRASIL, 1967) que o IPTU é de “competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.” Entretanto, admitamos, para que não parem dúvidas acerca do real teor do dispositivo transcrito, que o legislador se equivocou no momento do exercício legiferante, pois desejou fazer referência à hipótese de incidência e não ao fato imponible.

No que tange à base de cálculo do imposto, dispõe o art. 33 do CTN (BRASIL, 1967) que é o valor venal do imóvel, ou seja, o valor de venda no mercado imobiliário; “aquele que se obteria no caso de ser ele objeto de transação (em condições normais), vedando-se à lei adoção de valor histórico, valor locativo, valor especulativo, valor de seguro”. (OLIVEIRA, 2009, p. 267)

A base de cálculo do IPTU e a alíquota são de suma relevância ao objeto de análise desse esforço acadêmico e, em razão disso, merecem atenção especial para que o debate acerca da segregação socioespacial seja travado de maneira mais eficiente e completa possível. Assim, o critério quantitativo (base de cálculo e alíquota) deve estar previsto em lei, respeitando o princípio da estrita legalidade tributária (art. 97, IV do CTN), visando a fixar o exato contorno da exação tributária e da prestação pecuniária a ser suportada pelo contribuinte.

A respeito da base de cálculo é necessário trazer à colação a lição abaixo:

Juridicamente, a base imponible é um atributo do aspecto material da h.i., mensurável de algum modo: é o conceito de peso, volume, comprimento, largura, altura, valor, preço, custo, perímetro, capacidade, superfície, grossura ou qualquer outro atributo de tamanho ou grandeza mensuráveis do próprio aspecto material da h.i. (ATALIBA, 2002, p. 109)

Sendo assim, o CTN deixou bem evidente qual seria essa dimensão, essa grandeza a ser medida, definindo que o IPTU teria como um dos elementos do critério de apuração quantitativa (base de cálculo) o valor de venda dos imóveis urbanos (edificados ou não) que viesse a alcançar em um negócio jurídico realizado em condições normais de mercado. Contudo “a conversão da base de cálculo para base calculada situa-se no mundo dos fatos, perfazendo-se através do lançamento tributário, independentemente de lei”. (FERNANDES, 2005, p. 291-292).

Ressaltamos, porém, que ao nosso sentir a base de cálculo do IPTU precisa estar em consonância com a capacidade

contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária e tal raciocínio é reforçado quando os juristas Derzi e Coêlho (1982, p. 255-256) afirmam que a definição da base de cálculo permite determinar a capacidade contributiva. Destarte, adiante aprofundaremos a análise sobre a importância de considerarmos a capacidade contributiva como critério de justiça sociofiscal.

Entretanto, a mutação da base de cálculo (imponível) em base calculada dependerá das normas e métodos definidos em lei pela municipalidade que identificará os elementos e atributos que deverão ser considerados para efeito de identificação do valor de venda do imóvel, culminando na “edição de uma Planta Genérica de Valores, [...] Na realidade, trata-se de uma base calculada concernente à regulação para possibilitar a aferição e apuração dos valores específicos dos imóveis, que serão objeto dos lançamentos do imposto”. (PAULSEN; MELO, 2004, p. 237)

Ainda sobre o método de identificação do valor venal de cada imóvel existente no cadastro imobiliário municipal, admite-se a utilização de duas metodologias distintas. A primeira consiste na utilização de agentes públicos que, individualmente, promovem a avaliação imobiliária e atualizam o cadastro. A outra diz respeito à avaliação em conjunto, em massa dos imóveis existentes na parte do território municipal na qual estão localizados os imóveis sujeitos à tributação do IPTU. Nesse último método observamos a constituição das chamadas plantas genéricas de valores que determinam os valores médios do metro quadrado dos imóveis, do padrão de construção, utilização do imóvel, área edificada, testada, etc...

Agregamos ao debate a dicção seguinte:

Quanto à avaliação a ser considerada para fins de apuração da base de cálculo do IPTU, a mesma é de demasiada importância, pois representa o valor sobre o qual deverá incidir a alíquota do imposto, *permitindo uma tributação mais ou menos isonômica* e uma arrecadação de receita, mais ou menos elevada para os Municípios, no caso da apuração ser ou não efetuada de maneira eficiente. (FERNANDES, 2005, p. 338, grifamos)

Além da base imponível (ATALIBA, 2002), o critério quantitativo do IPTU deve considerar a alíquota aplicável, pois o manejo conjugado dos dois elementos desse critério determinará o *quantum* a ser suportado pelo sujeito passivo. Destarte, tal como em relação à base de cálculo, a alíquota precisa estar definida em lei ordinária municipal, de modo que os dois elementos do critério quantitativo do IPTU ao serem trabalhados em conjunto impliquem três situações: 1) respeitar o mínimo existencial, enquanto limite imposto à tributação que veda a tributação sobre aqueles valores essenciais à sobrevivência com dignidade do sujeito passivo; 2) não instituir uma tributação que configure o confisco, respeitando a capacidade contributiva máxima do sujeito passivo; e 3) instituir tributação que considere a capacidade contributiva do sujeito passivo de maneira a respeitar o princípio da capacidade contributiva previsto no § 1º do art. 145 da CF (BRASIL, 1988), corolário do princípio estrutural da igualdade.

Ratificamos o nosso entendimento com o trecho seguinte, textuais:

As alíquotas são estabelecidas em lei municipal, que não deverá fixá-las em percentuais exorbitantes, violando o princípio da capacidade econômica e implicar o confisco do imóvel. Realmente, enquanto a alíquota de 2% (dois por cento) sobre o valor venal revela-se razoável, a alíquota de 20% (vinte por cento) terá o efeito de acarretar a perda do imóvel no prazo de 5 (cinco) anos. (PAULSEN; MELO, 2004, p. 238).

Evidenciamos, portanto, a relevância em analisar com mais acuidade os dois elementos do critério quantitativo do IPTU (base de cálculo e alíquota), pois será a partir da aplicação conjugada de ambos que restará definido o valor a ser suportado pelo sujeito passivo e a sua conseqüente implicação na garantia do mínimo existencial, na vedação do confisco e no respeito à capacidade contributiva, tal como almejado pelo legislador constituinte originário.

## 2 IMPOSTO REAL E PESSOAL: UMA SÍNTESE DA DOUTRINA JURÍDICA

A doutrina jurídica costuma classificar os impostos de diversas maneiras: quanto à finalidade (fiscal e extrafiscal), quanto à realidade econômica afetada (sobre a circulação, sobre o patrimônio, sobre a renda), quanto à forma de calcular o imposto (fixos, proporcionais, regressivos e progressivos), bem como, podem ser classificados em diretos e indiretos, levando em consideração a repercussão do dever de pagar o imposto. Assim, em relação a última classificação, Moraes (2000, p. 431) ensina que a mesma existe desde meados do século XVIII e em razão disso, transcrevemos a dicção da doutrina jurídica argentina:

*Hay quienes sostienen que impuestos directos son los que tienen en cuenta la capacidad contributiva, e indirectos los demás; para otros, los impuestos son directos cuando no se puede trasladar el impacto impositivo e indirecto aquéllos en los cuales la traslación es posible. [...] Los impuestos directos se subdividen en: personales o subjetivos y reales u objetivos. (POSADAS-BELGRANO, 1962. p. 135, grifamos).*

De antemão, filiamo-nos à primeira tese, ou seja, àquela que entende que os *impostos diretos* devem considerar a capacidade contributiva dos contribuintes, em virtude do aspecto relativo às características pessoais do sujeito passivo ser fundamental à análise do efeito segregador do IPTU. Tal entendimento, além disso, ganha pujança por respeitar o princípio constitucional tributário da capacidade contributiva previsto na Carta Magna brasileira (BRASIL, 1988).

Por sua vez, Moraes (2000, p. 434-437) afirma que existem diferentes critérios para classificar os impostos em diretos e indiretos. O primeiro seria o critério técnico-administrativo (sistema francês) e em relação aos impostos diretos concebe que gravam as coisas, atos ou fatos de caráter permanente ou continuado, segundo situações estáveis e duráveis, nas quais o fisco tem conhecimento prévio dos contribuintes. Por conseguinte, o segundo critério seria o critério financeiro ou

econômico (sistema anglo-saxão) e neste os impostos diretos não admitem a transferência da carga fiscal a terceiro. Há ainda o terceiro critério que é o sistema italiano que considera a capacidade contributiva em relação ao objeto do imposto e neste os impostos diretos recaem sobre um bem ou rendimento de modo a atingir a capacidade contributiva manifestada pelo sujeito passivo na posse ou na obtenção de riqueza.

Sendo assim, em relação à tipologia que classifica os impostos em diretos e indiretos podemos aduzir que a doutrina jurídica ainda admite uma subclassificação dos impostos diretos em impostos reais e pessoais. Desse modo, *imposto pessoal* seria aquele que considera a condição, a capacidade econômica do sujeito passivo, ou seja, referem-se a pessoas e cujo exemplo mais comum é o imposto sobre a renda em virtude de estar vinculado diretamente a pessoa do contribuinte. Por outro lado, o *imposto real* é aquele que se relaciona à coisa, a bens específicos e, para ilustrar, seguindo o exemplo mais corriqueiro, citamos o IPTU, devido a relacionar-se a um bem imóvel.

Todavia é necessário evidenciar o entendimento de Moraes (2000, p. 437-439), ao afirmar que essa última dicotomia (pessoal e real) deve considerar dois critérios. O *primeiro relacionado ao objeto*, no qual os impostos pessoais recaem sobre pessoas e os impostos reais recaem sobre as coisas, sobre os bens, ou seja, o patrimônio. O *segundo critério leva em consideração a fórmula de calcular os impostos*, sendo que os *impostos pessoais* são calculados de acordo com a condição pessoal do contribuinte de modo que a exação tributária recaia levando em consideração as condições econômica, jurídica e pessoal da família, por outro lado, os *impostos reais* são calculados ignorando completamente a situação individual do contribuinte.

Denotamos, portanto, que nossa análise acerca do potencial segregador do IPTU leva em consideração o exposto no parágrafo anterior, no qual ganha vulto o aspecto relacionado à consideração ou desconsideração da capacidade contributiva do contribuinte. Tal corte justifica-se devido ao previsto no § 1º do art. 145 da CF (BRASIL, 1988) que trouxe para órbita constitucional o princípio da capacidade contributiva.

Sobre este ponto Geraldo Ataliba entende que a dicotomia entre imposto pessoal e real é muito relevante para fins hermenêuticos, conforme abaixo transcrito:

Primeiramente, o legislador, ao legislar, deve atender ao imperativo do § 1º do art. 145 da Constituição [...]. Quer dizer, é imperioso tentar – observadas as exigências da isonomia – categorizar as bases e modular as alíquotas de modo a considerar as qualidades pessoais do contribuinte”.

Em segundo lugar, *no momento da aplicação da lei de imposto os intérpretes deverão atribuir adequada estimação às condições pessoais do contribuinte, como critério de interpretação da lei, de modo a assegurar rigorosamente a adaptação do imposto a cada contribuinte, individualmente considerado.*

Impondo a Constituição que, sempre que possível os impostos tenham “caráter pessoal”, está postulando incessante empenho do legislador, no sentido de aprimorar a legislação, para ir atendendo às peculiaridades, características e singularidades dos contribuintes, de modo a considerar suas diferenças – de cunho econômico – fazendo com que a carga tributária de cada qual reflita suas condições individuais. (ATALIBA, 2002, p. 142-143, grifamos).

O entendimento acima deixa evidente que é um dever do legislador buscar o aprimoramento das normas tributárias em favor da isonomia (igualdade) tributária e da capacidade contributiva do cidadão-contribuinte. Ademais, consideramos que, apesar do § 1º do art. 145 da Constituição (BRASIL, 1988) deixar expresso o termo “sempre que possível”, tal como em muitas situações dispostas no texto constitucional, devemos elaborar uma interpretação sistemática do conjunto dos comandos constitucionais de modo a permitir um raciocínio jurídico que esteja em consonância com os princípios informadores do sistema tributário nacional e com a justiça sociofiscal. Dessa maneira, entendemos que a legislação relativa ao IPTU deve ser modelada de modo que considere a capacidade

contributiva do contribuinte e, assim, possa também contribuir com a construção de uma ordem urbano-ambiental sustentável e isonômica, na qual o respeito à capacidade econômica dos contribuintes tenha como corolário a efetivação do princípio da justiça social.

Sobre a necessidade de o legislador respeitar o aspecto relativo à igualdade entre os contribuintes, relevante lembrar o pensamento de Bonavides (2004, p. 125) que nos ensina que a igualdade vincula também o legislador, vedando-lhe elaborar leis em que o essencialmente igual fosse tratado desigualmente e o essencialmente desigual, de maneira igual. Assim, demonstra o jurista existir o reconhecimento na esfera jurídica, de que a igualdade estará sempre acompanhada da desigualdade para lograr-se, então, a igualdade justa (em nossos termos, a justiça fiscal, social e ambiental).

Sendo assim, abaixo transcrevemos um entendimento importante que ratifica a tese de que o princípio da capacidade contributiva deve ser respeitado pelas municipalidades objetivando contribuir com a ordem urbanística, como segue:

No campo do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), o objetivo é o disciplinamento no uso da propriedade, havendo a possibilidade da aplicação de alíquotas progressivas, que pode ser feita, por exemplo, pelo número de lotes do proprietário e pelo incremento da alíquota do imposto do mesmo imóvel, se o proprietário não fizer uso adequado, *segundo a legislação urbanística municipal.*

O IPTU *deve atender ao princípio da capacidade contributiva*, de acordo com a exigência do art. 145, § 1º da CF, e à progressividade quando houver o plano diretor; a partir daí as alíquotas poderão ser progressivas, em atendimento ao art. 156, § 1º da CF, *de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade*, que caracteriza a progressividade extrafiscal, *indicando que a sociedade deve extrair benefícios do exercício do direito individual da propriedade.*

No IPTU, a majoração para terrenos baldios ou prédios mal aproveitados também opera interesses de política econômico-fiscal. (RIBAS, 2005, p. 710-711, grifamos).

Por essa razão, entendemos que a imposição legal do IPTU deverá ser sempre realizada considerando o princípio da capacidade contributiva, afinal, o legislador constituinte (apesar de ter definido uma aparente faculdade relativa à aplicação do citado princípio) nos permite, através de um esforço exegético que considere o ordenamento jurídico como um sistema integrado de normas e regras, asseverar que, em prol de uma ordem urbanística sustentável, democrática e equitativa, o manejo desse tributo deverá respeitar os diferentes níveis de capacidade econômica dos contribuintes do IPTU.

No entanto a doutrina jurídica majoritária inclui o IPTU entre os chamados impostos “reais”, em decorrência do núcleo do aspecto material ser a propriedade, fazendo com que a expressão contida no texto constitucional (“sempre que possível”), que identifica a matriz constitucional do princípio da capacidade contributiva, esteja vinculado “apenas e tão-somente quando se tratar de imposto que tenha caráter pessoal. Diversamente, tratando-se de imposto de natureza real tal princípio deverá ser afastado. É esta a posição de grande parte da doutrina” (FURLAN, 2004, p. 34).

Para exemplificar o ponto de vista jurídico dessa parte da doutrina transcrevemos o excerto da obra de Carraza (2004, p. 100) reforçando “que a capacidade contributiva, para fins de tributação por via do IPTU, é aferida em função do próprio imóvel (sua localização, dimensões, luxo, características etc.), e não da fortuna em dinheiro de seu proprietário”.

Todavia, mesmo considerando a grande contribuição à ciência do direito por parte dos juristas que vislumbram a problemática sob esse prisma, tal como o professor Carraza (2004), discordamos frontalmente pois o que está em risco é a efetividade de um princípio constitucional (capacidade contributiva), isto porque se o IPTU for considerado um imposto real e, portanto, desconsiderar a renda familiar e pessoal do contribuinte, estar-se-á diante de uma evidente afronta à

fundamental regra que gera justiça sociofiscal e seus reflexos na seara urbanística, em especial, no que tange à segregação socioespacial urbana.

Tal raciocínio nos remete àquelas situações nas quais o proprietário, o posseiro ou detentor do domínio útil (sujeito passivo) devido a diversas circunstâncias (v.g. herança) é possuidor de imóvel cujo valor de venda é elevado, resultando em uma exigência tributária bem superior à real condição econômica, pessoal e familiar do contribuinte. Desse modo, evidenciamos um descompasso entre a “aparente” capacidade econômica do contribuinte devido às características do imóvel e à “efetiva” capacidade econômica, materializada na renda pessoal e familiar do contribuinte. Tal assimetria, caso não seja corrigida pelo legislador municipal, implicará a desconsideração da renda pessoal e familiar do polo passivo da relação jurídico-tributária e, por consequência, no desrespeito ao princípio da capacidade contributiva do cidadão-contribuinte.

Sendo assim, essa lógica jurídica injusta e anti-isonômica obriga os contribuintes, que se enquadrem em situações iguais ou análogas à retratada acima, a alienarem seus imóveis e a buscarem adquirir imóveis cujo valor venal seja inferior (para que sejam tributados de acordo com suas capacidades de contribuição financeira). No entanto tais imóveis, em regra, estão localizados em regiões mais distantes do centro da cidade, na periferia, na parte da cidade onde a infraestrutura urbana é precária, os serviços urbanos são escassos e a mobilidade urbana é muito problemática. Trata-se de uma lógica capitalista que rege a oferta e a demanda por imóveis nas cidades brasileiras. Lógica predatória ao direito à cidade e, em razão disso, necessita ser mitigada por ações positivas e negativas a cargo das municipalidades brasileiras em busca de um desenvolvimento sustentável das cidades, tal como preconizado no art. 2º, I do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001).

No intuito de corroborar o nosso entendimento, trazemos à colação as palavras

seguintes:

Em conclusão, cremos ser despicienda a classificação econômica – portanto, não-jurídica

– dos impostos em reais e pessoais. Afinal, como toda e qualquer obrigação – enquanto vínculo jurídico entre pessoas, e não entre pessoas e coisas –, os impostos têm sempre e impreterivelmente natureza pessoal.

Mas, ainda que acatássemos referida distinção e situássemos o IPTU como um imposto de caráter real, o princípio da capacidade contributiva, sem dúvida alguma, deveria ser observado, pois trata-se de imposto incidente sobre a propriedade imobiliária – signo inconteste e presuntivo de riqueza –, tendo como sujeito passivo o próprio realizador do fato imponível. (FURLAN, 2004, p. 37-38, grifamos)

Dessa maneira, estamos convictos de que o IPTU (classificado por muitos como um típico imposto real), pode ser personalizado de modo a considerar as características do contribuinte, pois, caso contrário, estar-se-á desconsiderando os princípios da igualdade tributária e, por consequência, da capacidade contributiva, redundando na potencialização daquelas situações típicas da segregação socioespacial das urbes brasileiras.

Visando também a ratificar nosso raciocínio, relevante transcrever o trecho seguinte:

É seguro afirmar que o simples fato de operar-se a valorização imobiliária, seja por conta de realização de uma obra pública, seja por causa da construção de um *shopping center* em suas redondezas, não implica necessário crescimento da capacidade econômico-financeira do contribuinte que o torne capaz de suportar oneração do IPTU, mesmo porque é inconsiderável ser o imóvel uma riqueza de fácil conversão monetária, já que título de crédito não é. (OLIVEIRA, 2009, p. 287, grifo do autor)

Sendo assim, muitas são as situações que podem implicar a valorização de um determinado imóvel (e como sabemos a base de cálculo do IPTU é o valor venal), resultando em uma exação tributária mais onerosa sem que tais fatos tenham relação com o crescimento da capacidade contributiva por parte do contribuinte, gerando situações nas quais haverá um descompasso entre o aumento do valor de venda do imóvel (por conseguinte, o aumento do valor IPTU) e o crescimento da renda, da capacidade econômico-financeira do contribuinte e de sua família.

Outra hipótese que gera uma injustiça sociofiscal que pode agravar a segregação socioespacial nas cidades brasileiras pode ser notada quando uma determinada pessoa herda ou recebe como doação um imóvel, mas não possui uma renda que seja capaz de suportar a carga fiscal do IPTU. Em outros termos, o novel contribuinte não possui uma capacidade contributiva compatível com o encargo decorrente da cobrança do citado imposto.

Em tais situações, reforça-se a necessidade do respeito ao princípio da capacidade contributiva de modo que sejam consideradas as peculiaridades de cada caso concreto, o nível de renda do contribuinte e sua família, evitando-se que o imóvel seja utilizado pelo especulador capitalista-imobiliário como mais uma ferramenta de agravamento da crise urbano-ambiental nas cidades do Brasil.

### 3 A SEGREGAÇÃO SOCIOESPACIAL NAS CIDADES MAXIMIZADA PELA EXAÇÃO TRIBUTÁRIA DO IPTU

Inicialmente, informamos ao leitor que consideramos neste artigo científico que a segregação socioespacial é uma forma de “expulsão” de habitantes de áreas centrais da cidade (providas de infraestrutura e serviços) para a periferia da mesma. A “expulsão” a qual nos referimos evidentemente não se reveste de força física, mas pelo fato de ser quase invisível, não deixa de ser uma modalidade de violência contra o cidadão-contribuinte que não pode arcar com o encargo tributário do IPTU em decorrência de existir uma falta de assimetria entre o valor venal do imóvel e a renda pessoal e familiar do contribuinte

e que, em razão dessa situação, fica compelido a alienar seu imóvel.

Também podemos dizer que a noção apresentada de segregação socioespacial aproxima-se do entendimento exposto por Sposito (2013, p. 65) que se trata de uma segregação residencial ou, ainda, de uma segregação urbana, “porque estamos tratando de processos relativos aos espaços citadinos e às práticas que lhe animam a vida”. No entanto, sem uma grande preocupação de trabalhar uma conceituação precisa, mas objetivando fazer com que o leitor entenda sobre o que se trata, aduzimos que o processo contínuo de “expulsão” de cidadãos- contribuintes de suas residências, em virtude da falta de compatibilidade entre a sua capacidade contributiva e a carga fiscal do IPTU, para outras regiões da cidade (periferias) nas quais o contribuinte tenha condições de arcar com o peso do imposto revela-se um processo de seleção (triagem) capitalista, uma maneira de segregar o cidadão pelo fato de o mesmo possuir ou ser proprietário de um imóvel valorizado sob a ótica do mercado imobiliário-especulador.

Assim, a alienação “compulsória” do imóvel e a posterior “expulsão” do cidadão-contribuinte para as regiões periféricas e mais carentes de infraestrutura urbana constituem-se em uma violência institucionalizada por meio da legislação tributária (quase imperceptível) e que é fomentada pelo capital especulativo-imobiliário que vê a cidade enquanto mera mercadoria que pode ser utilizada para maximizar seus lucros.

Assim, relevante transcrever um conceito acerca da segregação socioespacial, como segue:

Esse conceito foi utilizado para analisar (ou mesmo denunciar) as desigualdades nas cidades, europeias ou latino-americanas e foi utilizado até mesmo para as separações de atividades econômicas. No caso de Paris, o conceito de segregação perdeu seu sentido original e foi utilizado para denunciar o acesso desigual aos equipamentos coletivos e pelo fato de que a classe operária teria sido empurrada (*repoussée*) em direção a uma

periferia menos equipada. Em realidade, essa população estava sendo excluída da cidade. (VASCONCELOS, 2013, p. 24)

Desse modo, se há expulsão, a exclusão desses cidadãos para as “bordas” das cidades significa que estamos diante de uma segregação involuntária e, portanto, *imposta* que aperfeiçoa a falta de equidade entre aqueles que habitam as cidades brasileiras. Destarte, a tributação pode ser utilizada na sua perspectiva extrafiscal, considerando a real condição econômica do contribuinte, objetivando mitigar o processo de segregação socioespacial que é típico do sistema capitalista de uso e ocupação do solo e do espaço das cidades.

Se a tributação municipal do IPTU estiver ancorada na extrafiscalidade e respeitar o princípio estrutural da igualdade (isonomia), bem como, o princípio da capacidade contributiva temos a certeza que haverá mais justiça social, fiscal e ambiental que garantirá, na perspectiva urbano-ambiental, uma *mixité sociale*.

Dando ênfase ao aspecto relativo à extrafiscalidade do IPTU com vistas a fomentar a construção e a reconstrução das cidades a partir de um paradigma sustentável, transcrevemos o trecho seguinte:

Preliminarmente, precisa ser dito que a progressividade extrafiscal almeja finalidades outras, além da arrecadação, a qual está situada em segundo plano. Finalidades que são precipuamente de caráter interventivo, de regulação e de indução de comportamentos em prol do bem maior da sociedade, dentro do qual está inserido o meio ambiente urbano saudável.

Evidencia-se que o Estatuto da Cidade autoriza a utilização de instrumento tributário que visa a promover o respeito à função social da cidade e da propriedade. (VIEIRA, 2011, P. 189).

Dessa maneira, teremos evidenciada a utilização do IPTU como instrumento de *inclusão* social como contraponto ao que se observa na grande maioria das cidades, nas quais o IPTU é

considerado um imposto real e, portanto que desconsidera por completo os caracteres pessoais do contribuinte (na tentativa frustrada de agir com isonomia tributária), quando, em verdade, o conjunto dos contribuintes do mencionado imposto apresenta uma assimetria econômico-financeira real que precisa ser considerada por ocasião do lançamento tributário, mas que na *práxis* da tributação municipal brasileira é totalmente ignorada maximizando a lógica capitalista seletiva de uso e ocupação do solo e do espaço urbano.

Sobre os tipos de segregação, necessário transcrever o trecho seguinte:

A segregação residencial das classes subalternas resulta também de uma política de classe, gerada por aqueles que detêm poder, controlando diferentes meios de produção. É possível distinguir a *segregação imposta*, envolvendo aqueles que residem onde lhes é imposto, sem alternativas de escolha locacional e de tipo de habitação, e a *segregação induzida*, que envolve aqueles que ainda têm algumas escolhas possíveis, situadas, no entanto, dentro de limites estabelecidos pelo preço da terra e dos imóveis. *Ressalte-se, contudo, que o limite entre segregação imposta e induzida é tênue, como que uma se dissolvesse na outra.*

A política de classe que gera a segregação imposta e induzida é efetivada de modo explícito. Após a sua realização no espaço urbano torna-se muito difícil reverter os padrões espaciais das áreas segregadas: a expulsão à força é um dos meios bastante conhecidos, realizando-se uma “limpeza social”. Explícitamente, a política em tela se faz por meio da legislação que estabelece normas urbanísticas e *tributação* diferenciadas no espaço urbano, assim como por meio de obras públicas distintas direcionadas para os diferentes grupos sociais. O controle da terra urbana, especialmente aquela localizada na periferia, viabiliza explícitas políticas de

segregação imposta ou induzida. (CORRÊA, 2013, p. 43-44, grifamos).

No que tange à tributação do IPTU pensamos que não existe uma segregação socioespacial submetida à força (física), mas, sem dúvida, devido ao risco de perder o imóvel por conta do não pagamento do citado imposto (a execução fiscal é o meio de coerção legal utilizado pelas municipalidades), o contribuinte vê-se obrigado a vender seu imóvel (em muitas circunstâncias o imóvel tem um valor sentimental e em torno do qual o contribuinte constituiu seu círculo de amizade e trabalho) e, por isso, materializa-se uma violência “mascarada”, “sutil”, porém institucionalizada e imposta por meio da força da legislação tributária municipal que atua e gera efeitos deletérios contra o cidadão que se vê expulso para um região distante da qual criou seus diferentes vínculos, implicando a diminuição de sua qualidade de vida e a obstaculização do direito à cidade.

Assim, se a municipalidade, através dos poderes executivo e legislativo, tem o dever de considerar os caracteres que diferenciam os contribuintes no momento do lançamento tributário do IPTU de modo a respeitar os princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, entendemos que tal tarefa pode ser realizada de maneira simples por meio das diferentes formas de renúncia fiscal prevista em nosso ordenamento (isenção, redução de alíquota ou da base de cálculo, remissão, entre outras). Destarte, o poder público municipal, ao considerar as distintas capacidades econômico-financeiras de seus contribuintes, não estimulará, pela tributação, o aperfeiçoamento da segregação socioespacial nas cidades brasileiras e, assim, por meio da extrafiscalidade contribuirá para o desenvolvimento sustentável e equitativo das *urbes* em nosso país.

Sendo assim, defendemos que a capacidade contributiva do contribuinte deva ser um diferencial na hora de o fisco efetuar o lançamento do IPTU e para que isto seja possível, uma alternativa plausível seria a utilização da base de dados da Receita Federal do Brasil, visando, a partir da análise patrimonial informada pelos contribuintes do imposto de renda (IR), a cruzar as informações entre os cadastros (federal e municipal) e, portanto, viabilizar a tributação do IPTU que considere de fato a capacidade econômica dos contribuintes municipais.

No entanto, se o IR é um tributo de competência tributária federal, como a municipalidade poderia ter acesso a esses dados? A sugestão ora proposta seria a utilização de convênios entre os municípios e a Receita Federal do Brasil, hoje um instrumento muito comum utilizado entre os fiscos, visto que compartilhar informações econômico-fiscais é uma das estratégias para fortalecer os fiscos, em suas três esferas. O objeto desse tipo de convênio seria o compartilhamento de dados. Dessa forma o município, a cada exercício, antes de efetuar o lançamento tributário do IPTU, acessaria o banco de dados dos contribuintes do imposto de renda e promoveria o cruzamento das informações lá contidas com o seu banco de dados (cadastro imobiliário) de modo a aperfeiçoá-lo com vistas à efetivação e obediência aos princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da justiça social. Tal instrumento jurídico, o convênio, está fundamentado no disposto no artigo 37, XII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), alterado pela Emenda Constitucional nº 42/2003.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É com pesar que constatamos que o paradigma ortodoxo de tributação municipal do IPTU no Brasil valoriza exclusivamente os aspectos do bem imóvel, ou seja, calcula o quantum do tributo devido, a partir de atributos como localização, padrão de construção, área construída, entre outros que redundam na definição do denominado valor venal (base de cálculo do imposto). Assim, também percebemos que os caracteres pessoais do contribuinte são totalmente desprezados, implicando desrespeito aos princípios da isonomia tributária, capacidade contributiva e justiça social.

Contudo achamos que é plenamente viável dar ao IPTU os contornos de um imposto de natureza pessoal que leve em consideração as características pessoais e econômicas do sujeito passivo tributário, pois nem todos os habitantes de determinados bairros localizados nos centros das cidades possuem a mesma renda, são, geralmente, aposentados, pensionistas, desempregados, herdeiros de bens imóveis que, por muitas vezes, não dispõem de recursos financeiros para arcar com a imposição tributária no molde atual (modelo segregador), no qual são compelidos pela legislação tributária a pagar o mesmo

valor ou até mais que o seu vizinho que possui um imóvel com características semelhantes ao seu, mas que, no entanto, dispõe de capacidade econômica para suportar a imposição tributária.

Em razão do acima exposto, buscamos analisar a tributação do IPTU sobre uma perspectiva mais ampla, mais aberta e interdisciplinar, vinculando-a ao direito urbano-ambiental de maneira a considerar os efeitos deletérios causados pelo modelo de exação tributária do citado imposto que, em última instância, fomenta e aperfeiçoa a segregação socioespacial nas cidades brasileira, pois ao “empurrar”, “expulsar”, “excluir” as pessoas para as periferias das *pólis*, finda por contribuir decisivamente para o fortalecimento do paradigma capitalista-especulativo de apropriação do solo e do espaço urbano.

Partimos da avaliação da classificação do IPTU entre os impostos reais e de maneira crítica desenvolvemos raciocínio que ataca a dicotomia entre impostos reais e pessoais, dando ênfase à necessidade de o legislador considerar na sua atividade legiferante os princípios da igualdade tributária, da capacidade contributiva e da justiça social, todos com assento constitucional e que compõem a infraestrutura principiológica de nosso ordenamento jurídico.

Admitimos, portanto, que a tributação extrafiscal do IPTU pode ser um caminho possível que, ao levar em consideração os princípios acima mencionados, poderá ensejar um novo paradigma de tributação nos municípios brasileiros, viabilizando urbes mais justas, equitativas e sustentáveis na perspectiva urbano-ambiental, pois a segregação socioespacial serve como mecanismo do capital especulativo-imobiliário para transformar as cidades em espaços nos quais não exista a denominada *mixité sociale*, tão importante e necessária a uma concepção de cidade sustentável.

Desse modo, as municipalidades podem (no sentido de ser um poder-dever) utilizar na implementação de sua política tributária as diversas modalidades de renúncia fiscal, seja a isenção, a remissão, a redução de base de cálculo e de alíquota ou, ainda, os convênios com a Receita Federal do Brasil no intuito de pôr em prática um arquétipo tributário que seja realmente sustentável, equitativo e promotor da justiça social e ambiental nas cidades brasileiras.

## REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm) Acesso em: 30 out. 2022
- BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm) Acesso em: 30 out. 2022.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 30 out. 2022
- BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm). Acesso em: 30 out. 2022.
- BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CORRÊA, Roberto Lobato. **Segregação residencial: classes sociais e espaço urbano**. In: VASCONCELOS, Pedro de Almeida, CORRÊA, Roberto Lobato, PINTAUDI, Silvana Maria. (Orgs.) **A cidade contemporânea: segregação espacial**. São Paulo: Contexto, 2013.
- DERZI, Misabel Abreu Machado; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- FERNANDES, Cintia Estefania. **Iptu: texto e contexto**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. FURLAN, Valéria. **Imposto predial e territorial urbano**. São Paulo: Malheiros, 2004. MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos: federais, estaduais e municipais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. **Impostos municipais: ISS, ITBI, IPTU: comentários, doutrina, jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- POSADAS-BELGRANO, G. A. **Derecho tributario**. Montevideu, Editorial Medina, 1962.
- RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Defesa ambiental: utilização de instrumentos tributários**. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 675-723.
- ROLNIK, Raquel. et al. **Regularização fundiária sustentável – conceitos e diretrizes**. Brasília: Ministério das Cidades, 2007.
- SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. **Segregação socioespacial e centralidade urbana**. In: VASCONCELOS, Pedro de Almeida, CORRÊA, Roberto Lobato, PINTAUDI, Silvana Maria. (Orgs.) **A cidade contemporânea: segregação espacial**. São Paulo: Contexto, 2013.
- VASCONCELOS, Pedro de Almeida. **Contribuição para o debate sobre processos e formas socioespaciais nas cidades**. In: VASCONCELOS, Pedro de Almeida, CORRÊA, Roberto Lobato, PINTAUDI, Silvana Maria. (Orgs.) **A cidade contemporânea: segregação espacial**. São Paulo: Contexto, 2013.
- VIEIRA, Bruno Soeiro. **Impostos municipais e a proteção do meio ambiente**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2011.



## O ART. 167, IV (NÃO-AFETAÇÃO), EM 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

## ART. 167, IV (NON-AFFECTION), IN 35 YEARS OF THE 1988 CONSTITUTION

Fernando Facury Scaff\*

### Resumo

O texto analisa as alterações normativas no art. 167, IV, e sua interpretação pelo STF ao longo de 35 anos da Constituição Federal, apresentando ao final algumas diretrizes para sua análise, envolvendo federalismo, normas orçamentárias e a concretização de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** orçamento, afetação, vinculação, federalismo, direitos fundamentais.

### Abstract

The text analyzes the normative changes in art. 167, IV, and its interpretation by the STF over 35 years of the Federal Constitution, finally presenting some guidelines for its analysis, involving federalism, budgetary norms and the realization of fundamental rights.

**Keywords:** public budget, budget allocation, public financial binding, federalism, fundamental rights.

### INTRODUÇÃO

Uma das normas financeiras mais importantes da Constituição de 1988 é o art. 167, IV, que prevê o princípio da não-afetação, que consigna a Liberdade do Legislador Orçamentário, ao estabelecer que o legislador eleito (membros do Poder Legislativo e chefe do Poder Executivo) possa dispor de toda a massa de recursos arrecadados para fazer frente ao plano de governo e às políticas públicas durante seu mandato.

Exatamente por isso é que tais recursos *não são afetados a órgãos, fundos ou despesas específicas*, devendo a receita estar liberada

\* Professor Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo, advogado sócio de Silveira, Athias, Soriano de Mello, Bentes, Lobato & Scaff – Advogados

para a execução dos planos de governo dos representantes eleitos. Há um sentido de *proteção financeira intertemporal* nessa norma, que comporta as exceções normativamente previstas.

O objeto deste texto são as alterações normativas no art. 167, IV, e sua interpretação pelo STF ao longo de 35 anos de sua vigência na Constituição de 1988, apresentando ao final algumas diretrizes para sua análise, envolvendo espaço (federalismo), tempo (orçamento) e prioridade (direitos fundamentais).

## 1. MUDANÇAS NORMATIVAS NO ART. 167, IV, ATÉ SEU TEXTO ATUAL

O *caput* do art. 167 encontra-se redigido sob a forma de *vedação* a diversos comportamentos que possam vir a ser adotados pelo Poder Público, listados ao longo de vários incisos, constando a *não-afetação* no inciso IV.

A *não-afetação* foi prevista na Constituição de 1967 (art. 65, §3º)<sup>56</sup>, e não foi alterada pela vasta Emenda Constitucional 1/69. A grande diferença *estrutural* entre os dois textos é que, na CF 67, a não-afetação abrangia a receita de todos os *tributos*, enquanto na Constituição de 1988 é previsto apenas para a receita dos *impostos*, o que gera substancial modificação financeira.<sup>57</sup>

Antes desse mais recente período autoritário<sup>58</sup>, as constituições brasileiras não continham norma semelhante, embora prescrevessem a *unidade orçamentária*, como se vê na democrática Constituição de 1946 (art. 73)<sup>59</sup>; na inaplicada Constituição de 1937 (art. 68)<sup>60</sup>; na breve Constituição de 1934 (art. 50)<sup>61</sup> e na primeira republicana, de 1891 (art. 34, §1º)<sup>62</sup>. A Constituição Imperial de 1824 (art. 172) estabeleceu o princípio da *especialização*<sup>63</sup>.

Poucos artigos constitucionais foram tantas vezes alterados durante a vigência da Constituição de 1988, sempre visando a ampliar as exceções (*ressalvas*) ao princípio da não-afetação, sem modificar diretamente seu comando normativo,

<sup>56</sup> CF 67: § 3º - Ressalvados os impostos únicos e as disposições desta Constituição e de leis complementares, nenhum tributo terá a sua arrecadação vinculada a determinado órgão, fundo ou despesa. A lei poderá, todavia, instituir tributos cuja arrecadação constitua receita do orçamento de capital, vedada sua aplicação no custeio de despesas correntes.

<sup>57</sup> Uma das mais sensíveis modificações dessa modificação *estrutural* sugere alteração da interpretação do art. 4º, II, do CTN (Lei 5.172/66), que surgiu em decorrência da Emenda Constitucional n. 18 à Constituição de 1946, tendo sido instituída como lei ordinária, recebendo posteriormente a denominação de Código Tributário Nacional (o que ocorreu pelo art. 7º do Ato Complementar 36, de 13/03/67). Foi a jurisprudência do STF que lhe reconheceu o *status de norma geral de direito tributário*, suprimindo o requisito surgido com a EC nº 1/69 (art. 18, §1º), que exigia que este tipo de normas gerais passasse a ser veiculada através de lei complementar, o que não existia no texto original da CF/67. Neste sentido o art. 4º, II, do CTN, teve seu sentido restringido pelo art. 167, IV, da Constituição de 1988, restrito apenas aos impostos. Desta maneira, o art. 4º do CTN deve ser lido no sentido de que: a) a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, b) porém, a *destinação legal do produto da sua arrecadação somente é importante para a qualificação dos impostos, e não dos tributos em geral, pois a liberdade de conformação do legislador para a construção do orçamento deixou livre apenas os impostos, e não os demais tributos, que permanecem vinculados à finalidade que gerou sua criação*. Caso não seja destinado o produto da arrecadação dos tributos (excetuados os impostos) à finalidade que os criou, haverá inconstitucionalidade por violação ao art. 167, IV. Para esse aspecto, ver: SCAFF, Fernando Facury. *Para além dos direitos fundamentais do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições*. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. (Org.). *Direito Tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, v. 2, p. 1125-1146.

<sup>58</sup> Sobre a trajetória constitucional brasileira e suas crises, ver ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *O colapso das constituições do Brasil: uma reflexão pela democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 200 p.

<sup>59</sup> CF 1946: Art 73 - O orçamento será uno, incorporando-se à receita, obrigatoriamente, todas as rendas e suprimentos de fundos, e incluindo-se discriminadamente na despesa as dotações necessárias ao custeio de todos os serviços públicos

<sup>60</sup> CF 1937: Art 68 - O orçamento será uno, incorporando-se obrigatoriamente à receita todos os tributos, rendas e suprimentos de fundos, incluídas na despesa todas as dotações necessárias ao custeio dos serviços públicos.

<sup>61</sup> CF 1934: Art 50 - O orçamento será uno, incorporando-se obrigatoriamente à receita todos os tributos, rendas e suprimentos dos fundos e incluindo-se discriminadamente na despesa todas as dotações necessárias ao custeio dos serviços públicos

<sup>62</sup> CF 1891: Art. 34, § 1º As leis de orçamento não podem conter disposições estranhas a previsão da receita e á despesa fixada para os serviços anteriormente creados.

<sup>63</sup> Constituição Imperial de 1824: Art. 172. O Ministro de Estado da Fazenda, havendo recebido dos outros Ministros os orçamentos relativos ás despesas das suas Repartições, apresentará na Camara dos Deputados annualmente, logo que esta estiver reunida, um Balanço geral da receita e despesa do Thesouro Nacional do anno antecedente, e igualmente o orçamento geral de todas as despesas publicas do anno futuro, e da importancia de todas as contribuições, e rendas publicas.

que permanece igual desde a redação original, assim grafado: “É vedada: a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa”.

Na origem as exceções visavam a afastar a não-afetação ressalvando: “a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º.”

Com a Emenda Constitucional 3, de 1993, foi acrescido nas ressalvas o texto: “bem assim o disposto no §4.º deste artigo”. Esta EC também acresceu o §4º ao art. 167, a fim de permitir a vinculação da receita do ICMS e do ISS, bem como a dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios, do Fundo de IPI-Exportação, e das transferências das quotas-parte de ICMS aos Municípios, para a prestação de garantia ou contragarantia de empréstimos à União, e a efetivação de pagamentos.

É igualmente fruto dessa EC 3/93 a modificação do parágrafo único do art. 160, que originalmente permitia à União condicionar a entrega de recursos desses Fundos ao pagamento de seus créditos. Com a alteração passou a ser permitido também aos Estados e às autarquias federais e estaduais, condicionarem a entrega desses recursos aos Municípios. Essa norma passou a ter essa redação em decorrência da enorme crise financeira interfederativa que grassava à época da implantação do Plano Real.<sup>64</sup> Esse parágrafo único do art. 160 teve nova alteração em 2021, através da Emenda Constitucional 109, correlacionado a outros fatores que não dizem respeito ao objeto ora analisado.

No ano 2000, fruto da Emenda Constitucional 29, foram ampliadas as exceções à não-afetação, inserindo a possibilidade

de virem a ser vinculados recursos de impostos para as ações e serviços públicos de saúde, previstos no art. 198, §2º. Isso consolidou uma garantia financeira para a efetivação de dois direitos fundamentais prestacionais, uma vez que, desde a redação originária, já constava fonte de financiamento perene para a manutenção e o desenvolvimento do ensino<sup>65</sup>.

Em 2003, por decorrência da Emenda Constitucional 42, foi novamente ampliado o rol de exceções à não-afetação para incluir a “realização de atividades da administração tributária”, as quais se encontram previstas no 37, XXII, que igualmente foi acrescido ao texto constitucional pela mesma Emenda, estabelecendo as administrações tributárias dos entes federados como “atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, (que) terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio”.

Desse modo, fruto dessas diversas alterações constitucionais, a redação atual do art. 167, IV, é a seguinte:

Art. 167: São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, §2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo.

<sup>64</sup> Ver FONSECA, Rafael Campos Soares da. *Judicialização da Dívida Pública Federativa no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.

<sup>65</sup> SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais – I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1, p. 22-53.

## 1.1 A vinculação para ensino e para ciência e tecnologia do art. 218, §5º, CF/88

Além das ressalvas do próprio texto do art. 167, IV, existem outras veiculadas no art. 218, §5º, que mantêm a redação originária da Constituição de 1988:

§5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

O art. 218, §5º, traz exceções à não-afetação do art. 167, IV, ao permitir que os entes federados intermediários (Estados e Distrito Federal) vinculem parcela de sua receita orçamentária para financiar *duas* diferentes atividades: a de *ensino* e a de *pesquisa* científica e tecnológica, desde que seja feito a entidades públicas de fomento.

A fonte financeira dessa vinculação não são apenas as receitas tributárias, mas as *receitas orçamentárias* que vierem a ser estabelecidas por lei do ente federativo em favor de instituições públicas que fomentem atividades de ensino e de pesquisa nas áreas científica e tecnológica. Não há especificação se tais instituições sejam fundações, autarquias ou outras – a única exigência é que sejam instituições públicas que fomentem estas atividades, isto é, que promovam, desenvolvam ou estimulem o ensino ou a pesquisa científica e tecnológica.

Destaca-se nessa norma o respeito ao princípio federativo constante do texto original da Constituição de 1988, pois permite que os Estados vinculem mais do que a receita de

impostos, estabelecendo como parâmetro sua receita orçamentária, de acordo com sua autonomia.

## 2 O ART. 167, IV, CF/88: VINCULAÇÃO, AFETAÇÃO, REFERIBILIDADE, PRIORIZAÇÃO, RATEIO FEDERATIVO E DESPESAS OBRIGATÓRIAS

A primeira parte do inciso IV do art. 167 consagra o princípio da liberdade do legislador orçamentário, conforme exposto.

Trata-se de uma regra que veicula o valor *liberdade*, pois permite que o legislador orçamentário disponha, durante seu mandato, de recursos financeiros para implementar seu programa de governo, consoante as diretrizes estabelecidas pela Constituição<sup>66</sup>. Ou seja, a regra geral é a não-afetação, também conhecida por não-vinculação.

Para sua perfeita compreensão, é necessário distinguir alguns conceitos.

*Vinculação* corresponde a um *liame normativo* (constitucional ou legal), unindo a *receita* a certa *despesa*, *órgão* ou *fundo*. Trata-se de um conceito *relacional*. No Brasil, pós-Constituição de 1988, é vedada a vinculação da receita de *impostos*, sendo admitida a vinculação das demais espécies de receita.<sup>67</sup>

É fato que nunca se viu a utilização desse mecanismo aplicado de maneira tão generalizada,<sup>68</sup> embora alguns dos conceitos utilizados para *afetar* essas *vinculações* sejam de tal

<sup>66</sup> TORRES, Heleno. *Teoria da Constituição Financeira*. SP: Ed. RT, 2014, pág. 75: “A Constituição Financeira visa garantir a certeza do direito e a estabilidade sistêmica ao longo de toda aplicabilidade das competências do direito financeiro, segundo princípios e valores uniformes, nos limites dos direitos e liberdades fundamentais, com a máxima efetividade das Constituições Econômica, Político-Federativa e Social”

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed, 2010, p. 366: “O salutar princípio significa que não pode haver mutilação de verbas públicas. O Estado deve ter disponibilidade da massa de dinheiro arrecadado, destinando-o a quem quiser, dentro dos parâmetros que ele próprio elege como objetivos primordiais. Não se pode colocar o Estado dentro de uma camisa de força, minguando seus recursos, para que os objetivos traçados não fiquem ou não venham a ser frustrados. Deve haver disponibilidade para agir.”

<sup>68</sup> GIACOMONI, James. *Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 354.

maneira abertos e vagos<sup>69</sup>, que possibilitam uma gama de opções para escolhas públicas difíceis<sup>70</sup>.

Outro conceito correlato, mas não idêntico, é o de afetação, que diz respeito às finalidades. Enquanto a vinculação cria um *liame normativo* entre receita e despesa, a *afetação* diz respeito a uma finalidade a ser realizada com aquela despesa. *Afetar* é estabelecer uma finalidade, *vincular* é criar um elo financeiro que une receitas àquela finalidade.

Na prática, os dois conceitos se entrelaçam, embora tenham conotações distintas. Por exemplo, na Constituição brasileira há *vinculação* (liame) de 18% da receita de impostos federais *afetados* (finalidade) à manutenção e desenvolvimento do ensino, por força do art. 212.

A *vinculação de receita* obedece a um critério *relacional*, que congrega a receita ao estabelecimento de uma finalidade. *Afetação* é o estabelecimento dessa finalidade, que ocorre através da vinculação financeira de uma receita a uma despesa, órgão ou fundo, obedecidas as restrições normativas.

Conceito próximo ao de *afetação* é o de *referibilidade*, aplicável às contribuições, espécie tributária cuja característica principal é estabelecer uma destinação para a sua arrecadação, sem que haja uma vinculação formal (um liame financeiro) entre receita e despesa. Pode-se dizer que a *referibilidade* das contribuições é um tipo de *afetação* sem liame normativo formal e específico. O liame da *referibilidade* decorre do próprio tipo tributário das contribuições.

Assim, a arrecadação do PIS deve ser *referida* aos gastos com o seguro-desemprego; a arrecadação das contribuições

previdenciárias deve ser utilizada para custeio do regime de aposentadoria e pensões, e assim por diante.

Quando o Estado opta por arrecadar através de contribuições, já traz uma necessária *referência* quanto à sua aplicabilidade no tipo de gasto que gerou a imposição através da via tributária eleita.

Pode ocorrer, contudo, que seja previsto um liame *vinculativo formal*, como ocorre no caso da CIDE, art. 177, §2º, II, CF, que estabelece destinação específica para sua arrecadação.

Outro conceito é o de *priorização* de certas atividades, que se identifica quando a norma se destaca uma atividade que deve ser tratada de maneira favoravelmente diferenciada por parte dos Poderes Públicos, o que pode ou não se referir diretamente à matéria financeira. Trata-se de uma espécie de *recomendação* normativa, que corresponde a um destaque que aquela atividade deve receber.

Deve-se distinguir os conceitos de *afetação* e de *vinculação*, de outro, que diz respeito à *distribuição do produto da arrecadação*, que é pertinente ao sistema de repartição da receita, de federalismo fiscal, de rateio de valores entre entes federados.

A *distribuição do produto da arrecadação* obedece a um critério espacial, geográfico. No rateio federativo (distribuição do produto arrecadado) não há uma finalidade diretamente estabelecida, mas a expressão do *federalismo cooperativo* da Constituição de 1988 para financiamento dos entes subnacionais, parte do qual contém *vinculações* à saúde e ao ensino.<sup>71</sup>

Conceito distinto dos anteriores é o de *despesa obrigatória*, ou *gasto obrigatório*, também conhecido como *despesas de execução obrigatória*. "Diferentemente da vinculação da receita, a

<sup>69</sup> COSTA, Franselmo Araújo e TOLINI, Hélio Martins. *Vinculações das receitas orçamentárias: teoria e prática*, In: CONTI, José Mauricio, SCAFF, Fernando Facury (Coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 953. Registram ou autores que há "grande flexibilidade alocativa 'por dentro' dessas vinculações, que permite a escolha de distintos programas ou ações como beneficiárias desses recursos".

<sup>70</sup> SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

<sup>71</sup> Regis Fernandes de Oliveira distingue o sistema de *fundos de participação*, pelos quais se distribui o *produto da arrecadação* de forma interfederativa, do sistema de *fundos de destinação* que cria *vinculação* da receita *afetando-a* a um fundo. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro cit.*, São Paulo: Malheiros, 3ª ed, 2010, p. 312 e ss.

despesa obrigatória resulta da legislação que cria benefícios independentemente da existência de fonte de recursos para atendê-la”.<sup>72</sup>

Nas *despesas obrigatórias* não existe uma vinculação direta à fonte de recursos. São despesas dessa natureza os gastos com pessoal, os encargos da dívida pública e os gastos com aposentadorias e pensões<sup>73</sup>, dentre outras, e que verdadeiramente engessam o orçamento<sup>74</sup>, fazendo com que a discussão sobre sua natureza obrigatória ou vinculada tenha ficado apenas nas franjas das disponibilidades econômicas remanescentes.<sup>75</sup>

Dessa forma, são seis os conceitos envolvidos e correlatos:

1. *Vinculação*, que permite a criação do *liame* normativo entre receita e despesa;
2. *Afetação*, que estabelece a *finalidade* da despesa/destinação dos recursos, sem que exista um liame normativo;
3. *Referibilidade das contribuições*, que decorre da própria espécie tributária adotada, que cria uma espécie de *afetação* entre receita e despesa, próprio da espécie tributária *contribuições*;
4. *Priorização* de certas atividades;
5. *Rateio federativo* de parcela do que é arrecadado pela União; e o

6. *Gasto obrigatório*, que obriga a realização de uma despesa sem que necessariamente existam recursos a ela diretamente *vinculados* por um elo normativo.

Feitas estas considerações, passa-se à análise das *ressalvas* ao princípio da não-afetação na CF/88, que, como será visto, *trata de quatro das espécies acima referidas: rateio federativo, vinculação, priorização e afetação*.

### 3 EXEGESE DAS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 167, IV, CF/88

O mesmo inciso que consagra em sua parte inicial o princípio da liberdade do legislador orçamentário, instituindo a não-afetação de impostos à despesa, fundo, órgão ou função, estabelece diversas *ressalvas* excepcionando seu comando geral. Tais *ressalvas* demonstram que a *Liberdade do Legislador Orçamentário* não é completa. Para facilitar a explanação é adequado dividir a norma em diferentes partes, assim:

- 1) É vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa;
- 2) *Ressalvadas*:
  - a. O *rateio federativo* (repartição do produto da arrecadação) dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159;

<sup>72</sup> GIACOMONI, James, *Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária*, In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro* cit., p. 354.

<sup>73</sup> Esses dois exemplos, inclusive, encontram-se “blindados” no sistema orçamentário brasileiro, pois a Constituição impede que o Congresso Nacional modifique a proposta de lei orçamentária anual enviada pelo Poder Executivo quanto ao que tiver sido estabelecido para gastar nessas rubricas – art. 166, § 3.º, II. Trata-se de algumas das *cláusulas pétreas orçamentárias*, conceito desenvolvido na obra: SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

<sup>74</sup> ROCHA, Francisco Sergio. *Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário*, In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 742: “O orçamento é muito mais do que uma previsão de receita e estimativa de despesa em um contexto de controle político, surgindo como um mecanismo de planejamento, aplicação e controle sobre o recurso público, procedendo a uma interação entre Executivo e Legislativo na efetivação das políticas públicas em observância ao comando da Constituição”

<sup>75</sup> DALLARI, Adilson de Abreu. *Orçamento impositivo*, in: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 327: “O antigo debate sobre o caráter autorizativo ou impositivo do orçamento não tem mais sentido, diante da plethora de normas que não deixam sombra de dúvida quanto ao fato de que o sistema de orçamentos é, na verdade, um subsistema do conjunto articulado de projetos e programas que devem orientar o planejamento governamental, o qual, nos termos do art. 174 da CF, é determinante para o setor público”.

- b. A vinculação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, (como determinado) pelo art. 198, §2º; e para manutenção e desenvolvimento do ensino (como determinado) pelo art. 212; além do que estabelece o art. 218, §5º, o qual permite que Estados e o Distrito Federal vinculem parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica;
- c. A priorização de recursos para realização de atividades da administração tributária, como determinado, pelo art. 37, XXII;
- d. A afetação para a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo.

A primeira exceção, a rigor, refere-se às transferências intergovernamentais, entregues pela União aos Estados e aos Municípios, através dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM). Como referido, não se trata de uma vinculação, mas da transferência de recursos ínsita ao modelo federativo brasileiro, a qual se torna receita própria desses entes federados e comporão a Liberdade do Legislador Orçamentário estadual e municipal.

A segunda exceção é uma vinculação de recursos para o financiamento da saúde e do ensino, conforme determinado pelo art. 198, §2º e pelo art. 212, CF, bem como a que trata da vinculação de recursos orçamentários de Estados e do Distrito Federal para instituições públicas que fomentem o ensino ou a pesquisa científica e tecnológica (art. 218, §5º).

Uma terceira ressalva é a recomendação de prioridade para a “realização de atividades da administração tributária, como

determinado”, pelo art. 37, XXII, CF. Neste caso, não há vinculação por carência de liame financeiro entre receita e despesa específicas, havendo apenas uma recomendação de priorização dessas atividades em face das demais, não havendo uma fonte específica de recursos para financiar estas atividades de administração tributária. Não há liame prévio entre receita e despesa, e sequer afetação de recursos.

A quarta ressalva diz respeito à afetação para a prestação de garantias, isto é, permite que sejam prestadas nas operações de crédito que forem realizadas através de antecipação de receita orçamentária, pois estas se caracterizam como operação financeira de *hot money*, cujo valor que se obtém para pagamento em curto prazo, o que é característico das operações de ARO – Antecipação de Receita Orçamentária, rigidamente reguladas pelo art. 38 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou as que se refiram a operações de crédito interfederativo, reguladas também pelos arts. 167, IV e §4º, e art. 160, CF.

## 4 A INTERPRETAÇÃO DO ART. 167, IV, PELO STF

### 4.1 NÃO-AFETAÇÃO APENAS PARA IMPOSTOS

Confirmando que o art. 167, IV, da atual Constituição apenas se refere à não-afetação de impostos, o STF já decidiu pela constitucionalidade da afetação de taxas, como se vê na ADI 3.643, Ministro Ayres Britto<sup>76</sup>, julgamento realizado em 2006. E nas ADIs 2.556 e 2.568, foi considerada constitucional a contribuição social instituída pela LC 110/01, Ministro Joaquim Barbosa<sup>77</sup>, julgado em 2012. Foi decidido ser absolutamente

<sup>76</sup> ADI 3.643, Ministro Ayres Brito: “É constitucional a destinação do produto da arrecadação da taxa de polícia sobre as atividades notariais e de registro, ora para tonificar a musculatura econômica desse ou daquele órgão do Poder Judiciário, ora para aportar recursos financeiros para a jurisdição em si mesma. O inciso IV do art. 167 da Constituição passa ao largo do instituto da taxa, recaindo, isto sim, sobre qualquer modalidade de imposto”.

<sup>77</sup> ADI 2.556 e ADI 2.568, excerto do voto do relator, Ministro Joaquim Barbosa, em ambas: “As restrições previstas nos arts. 157, II e 167, IV da Constituição são aplicáveis aos impostos, e, no caso em exame, trata-se da espécie tributária contribuição, nitidamente caracterizada pela prévia escolha da destinação específica do produto arrecadado.”

irrelevante para a declaração de sua inconstitucionalidade, se a vinculação ocorre antes ou depois da arrecadação dos impostos, conforme a ADI 1.750, julgada em 2006, relatada pelo Ministro Eros Grau acerca de uma lei distrital sobre IPVA.<sup>78</sup>

Nas ADIs 2.059 e 2.129, julgadas em 2006, e no RE 570.513 AgR, julgado em 2008, todos relatados pelo Ministro Eros Grau<sup>79</sup>, foi permitido destinar *emolumentos* a fundos.

Mesmo sem caracterizar um imposto específico, já foi declarada inconstitucional pela ADI 1.759, relativamente ao Estado de Santa Catarina, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, a vinculação de “*parte da receita do Estado*”, mesmo que através de Emenda Constitucional estadual, destinada a programas de desenvolvimento do setor primário da economia.<sup>80</sup> Também na ADI 2.123, julgada em 2001 e relatada pelo Ministro Marco Aurélio, foi declarada inconstitucional a vinculação dos valores de Imposto de Renda Retido na Fonte dos servidores do Poder Judiciário estadual, destinados ao Fundo Especial do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

A vinculação para a concessão de incentivos tarifários foi considerada inconstitucional pelo menos duas vezes. Na ADI 2848, julgada em 2003, relatada pelo Ministro Ilmar Galvão<sup>81</sup>, foi declarada inconstitucional norma do Estado do Rio Grande

do Norte que buscava reduzir o custo fiscal da energia elétrica para consumidores de baixa renda por meio do ICMS. Pela ADI 4.511, relatada pelo Ministro Edson Fachin<sup>82</sup> e julgada em 2016, foi declarado inconstitucional *incentivo tarifário*, igualmente ancorado no ICMS, para grandes consumidores industriais de água, envolvendo norma do Distrito Federal.

## 4.2 VINCULAÇÃO AO ENSINO, UNIVERSIDADES, CIÊNCIA E TECNOLOGIA

O STF efetuou interpretação *restritiva* no que se refere à não-afetação de recursos ao ensino em um caso envolvendo a UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro e a FAPERJ – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, dissociando a expressa menção efetuada ao ensino no art. 218, §5º.

Isso ocorreu na ADI 780, relatada de forma cautelar pelo Ministro Carlos Mário Velloso<sup>83</sup>, julgada em 1993, na qual se discutia duas diferentes vinculações: para a FAPERJ e para a UERJ. O percentual atribuído à FAPERJ foi presumido constitucional, amparado no art. 218, §5º, porém o referente à UERJ foi declarado inconstitucional, por violar o art. 167, IV. Em 2008, o Ministro Celso de Mello, em substituição ao

<sup>78</sup> ADI 1.750, Ministro Eros Grau: “irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos”. No mesmo sentido: ADI nº 3.576/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 2007.

<sup>79</sup> RE 570.513-AgR, Ministro Eros Grau: “1. Preceito de lei estadual que destina 5% [cinco por cento] dos emolumentos cobrados pelas serventias extrajudiciais e não oficializadas ao Fundo Estadual de Reparcelamento e Modernização do Poder Judiciário - FUNDESP não ofende o disposto no art. 167, IV, da Constituição do Brasil Precedentes.”

<sup>80</sup> ADI 1.759, Ministro Gilmar Mendes: “Ação direta de inconstitucionalidade contra o inciso V do § 3º do art. 120 da Constituição do Estado de Santa Catarina, com a redação dada pela EC 14, promulgada em 10-11-1997. Vinculação, por dotação orçamentária, de parte da receita corrente do Estado a programas de desenvolvimento da agricultura, pecuária e abastecimento. Inconstitucionalidade. Afronta à iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo em tema de diretrizes orçamentárias. Precedentes. Violação ao art. 167, IV, da Constituição. Precedentes.”

<sup>81</sup> ADI 2.848, Ministro Ilmar Galvão: “A lei potiguar impugnada, ao instituir programa de fornecimento gratuito de energia elétrica financiado com parcela da arrecadação do ICMS, produziu vinculação da receita de imposto, vedada pelo mencionado dispositivo constitucional”.

<sup>82</sup> ADI 4.511, Ministro Edson Fachin: “1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a presente situação normativa representa burla direta à vedação de vincular a arrecadação de impostos a finalidades específicas e não previstas em nível constitucional, nos termos do art. 167, IV, da Constituição da República. Precedentes: ADI 2529, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.09.2007; ADI 1750, Rel. Min. Eros Grau, DJ 13.10.2006; ADI 2848 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02.05.2003; e ADI 1848, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25.10.2002.”

<sup>83</sup> ADI 780, Ministro Carlos Mário Velloso: “Indeferimento da cautelar no que concerne ao art. 329, que estabelece que o Estado manterá Fundação de Amparo à Pesquisa, atribuindo-lhe dotação mínima correspondente a 2% da receita tributária, para aplicação no desenvolvimento científico e tecnológico. É que, no ponto, a Constituição Federal faculta aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e a pesquisa Científica e tecnológica. C.F., art. 212, § 5º. Precedentes do STF: ADIns nº 550-2-MT, 336-SE e 422.”

Ministro Carlos Mário, julgou prejudicada a ADI 780 em razão do advento da Emenda Constitucional 4 à Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Em 2008 foi proposta nova ADI pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, atacando os mesmos dispositivos. Por decisão monocrática, em face de estar no exercício da Presidência da Corte, o Ministro Gilmar Mendes deferiu liminar na ADI 4.102 para suspender a vinculação à UERJ, mantendo a da FAPERJ, nos exatos termos em que havia sido deferido cautelarmente na ADI 780. A liminar foi submetida a referendo pela relatora, Ministra Cármen Lúcia, tendo sido confirmada à unanimidade. A decisão de mérito, julgada em 2014, manteve o que havia sido decidido anteriormente quanto à presunção de constitucionalidade da vinculação para a FAPERJ, ancorada no art. 218, §5º, e de ser inconstitucional a vinculação para a UERJ, por violar o art. 167, IV.

Observa-se nesse julgamento uma clara *dependência de trajetória* (*path dependence*) na *jurisprudência* do STF sobre o tema, pois o que havia sido discutido na Medida Cautelar da ADI 780, foi mantido na decisão monocrática, no referendo e na decisão de mérito na ADI 4.120. O ponto central é que não foi feita nenhuma correlação sequer, em nenhum desses julgamentos, ao fato de que a UERJ é uma “*entidade pública de fomento ao ensino...*”, a teor do que expressamente consta no art. 218, §5º, que amparou a vinculação à FAPERJ, na frase seguinte do mesmo artigo: “*...e à pesquisa científica e tecnológica*”. O debate sequer foi cogitado, até mesmo para eventualmente ser afastado – é como se a palavra “*ensino*” não constasse da referida norma.

É curioso observar que, nesse meio tempo, em 2009, havia sido proferida decisão reconhecendo a constitucionalidade da vinculação ao ensino, embora não tenha sido cogitado no debate o art. 218, §5º. Por meio da ADI 2.447, relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa<sup>84</sup>, não foi reconhecida violação ao art. 167, IV, de Emenda à Constituição do Estado de Minas Gerais que estabelecia vinculação de 2% da receita orçamentária

corrente ordinária para a Universidade Estadual de Minas Gerais e para a Universidade Estadual de Montes Claros e outros 7,5% para serem usados prioritariamente para a criação e implantação de cursos superiores nos vales do Jequitinhonha e do Mucuri. Tais percentagens estavam inseridas no percentual de 25% que a Constituição Federal obriga os Estados a vincularem aos gastos com ensino, consoante o art. 212.

Ocorre que, mesmo tendo sido declarada constitucional a vinculação para as Universidades estaduais de Minas Gerais em 2009, passou a ser dominante o caso UERJ, julgado no mérito em 2014 (ADI 4.120, com o precedente da ADI 780, este de 1993), sendo a interpretação das duas vinculações ao ensino analisadas de forma isolada, e não sistemática.

A *dependência de trajetória* (*path dependence*) sobre esse tema pode ser constatada na ADI 6.275, pela qual se discutia Emenda Constitucional do Estado de Mato Grosso que havia vinculado até 2% de sua receita corrente líquida para a UNEMAT – Universidade do Estado de Mato Grosso, bem como ampliado para 35% o montante a ser destinado pelo Estado ao ensino. O despacho liminar foi concedido pelo Ministro Alexandre de Moraes em dezembro de 2019, e julgado o mérito em 2020. Dentre os diversos acórdãos mencionados para demonstrar a inconstitucionalidade, alguns discutiam vinculação para saúde (ADI 6059 e ADI 5897), outros a subvinculação para obras na área de ensino (ADI 820), vinculação de precatórios (ADI 584), vício de iniciativa legislativa sobre a matéria (ADI 2.247, na qual a vinculação para o ensino foi mantida), fundo de combate às desigualdades regionais (ADI 3.576), até se chegar ao precedente da UERJ (ADI 4.102). Todos esses casos convergem para a análise do art. 167, IV, não tendo sido sequer referida a vinculação para o ensino prevista no art. 218, §5º. Na ADI 6.275 o STF declarou inconstitucional as vinculações, vencido o Ministro Edson Fachin, que não identificou impedimento constitucional na ampliação do financiamento do direito ao ensino, e o Ministro Ricardo Lewandowski.

<sup>84</sup> ADI 2.447, Ministro Joaquim Barbosa: “Norma constitucional estadual que destina parte das receitas orçamentárias a entidades de ensino. (...) Inexistência de violação material, em relação aos arts. 167, IV, e 212 da Constituição, na medida em que não há indicação de que o valor destinado (2% sobre a receita orçamentária corrente ordinária) excede o limite da receita resultante de impostos do Estado (25% no mínimo)”.

Fruto desse entendimento, constata-se que nos julgamentos no STF há prevalência da presunção de constitucionalidade quando se analisa a vinculação à ciência e tecnologia, de acordo com o permissivo do art. 218, §5º, CF.

Tudo indica, à míngua de outras referências, que o *leading case* adveio da ADI-MC 336, relatada pelo Ministro Célio Borja, com referência ao Estado de Sergipe. Registra-se em seu voto a *correlação*<sup>85</sup> entre o art. 167, IV e o art. 218, §5º para indeferir a liminar pleiteada que buscava declaração de inconstitucionalidade da vinculação para o financiamento de ciência e tecnologia. Esta *correlação* não foi levada em consideração nos julgamentos subsequentes sobre *ensino*, como exposto.

Outras decisões advieram favoravelmente à vinculação para ciência e tecnologia, como a ocorrida em 1993, através da ADI 780, relatada pelo Ministro Carlos Mário Velloso como Medida Cautelar, já comentada, acerca de Fundo criado pelo Estado do Rio de Janeiro em prol da FAPERJ. O mesmo sentido foi adotado em 2002, pela ADI 550, relatada pelo Ministro Ilmar Galvão, acerca do Estado de Mato Grosso. Em 2010, a ADI 336 foi relatada pelo Ministro Eros Grau, relativamente ao Estado de Sergipe, confirmando o que havia decidido o Ministro Célio Borja na Medida Cautelar<sup>86</sup>. Em

2019 foi apreciada demanda semelhante quanto ao Espírito Santo, pela ADI 422, relatada pelo Ministro Luiz Fux<sup>87</sup>.

Registra-se que pelo ARE 1.326.785, relatado pelo Ministro Edson Fachin em 2023, foi declarada inconstitucional vinculação indireta para tecnologia criada pelo Município de Goiânia com recursos do ISS<sup>88</sup>. Na decisão foi observada violação ao art. 167, IV, restando silente quanto ao art. 218, §5º, que poderia ter sido utilizado até mesmo para o afastar, pois se refere ao âmbito estadual, e o caso em apreço era municipal.

Assunto assemelhado e correlato às vinculações é o das *desvinculações*. Em 2020 foi julgado inconstitucional Decreto fluminense que buscava desvincular recursos do Fundo gerido pela FAPERJ, através do Ag.Reg. no RE 1.244.992, que teve por relator o Ministro Alexandre de Moraes<sup>89</sup>. Foi preservada a fonte de recursos vinculada, sem a possibilidade de aplicação de desvinculação naquela ocasião.

Situação peculiar ocorreu no julgamento da ADI 820, em 2008, relatada pelo Ministro Eros Grau. O art. 202 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul previa patamar de 35% da receita de impostos e transferências (superior ao mínimo de 25% estabelecido pela Constituição Federal)

<sup>85</sup> ADI-MC 336, Ministro Célio Borja: “Não vejo, *data venia*, em que a determinação para que seja criado ‘um fundo estadual de apoio à ciência e pesquisa tecnológica’ (expressão criticada no §1º, art. 235, supra) possa violar o disposto no art. 167, IV da Constituição Federal, que veda ‘a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa’. Quanto à determinação constante do citado art. 235, §2º (destinação, para tal fim, de uma parcela da receita anual ‘nunca inferior a meio por cento da arrecadação tributária do Estado, dela deduzidas as transferências feitas ao Município’), penso que, à vista do disposto no §5º do art. 218 da Constituição Federal não é de suspender-se a eficácia do §2º do art. 235 da Constituição do Estado de Sergipe.”

<sup>86</sup> ADI 336, Ministro Eros Grau: “3. Ação direta julgada improcedente em relação: ii) ao disposto no artigo 235, §§ 1º e 2º, que versa sobre a criação de fundo estadual de apoio à ciência e pesquisa tecnológica, bem como sobre o limite da receita anual a ser destinado a esse fim. (...). O § 5º do artigo 218 da CB/88 permite a destinação de receita orçamentária a entidades públicas de fomento à pesquisa científica e tecnológica.”

<sup>87</sup> ADI 422, Ministro Luiz Fux: “3. O artigo 218, §5º, da Constituição Federal faculta aos Estados membros e ao Distrito Federal a vinculação de parcela de suas receitas orçamentárias a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. Precedentes: ADI 550, rel. min. Ilmar Galvão, Plenário, DJ de 18/10/2002, e ADI 336, rel. min. Eros Grau, Plenário, DJ de 17/9/2010, e ADI 3.576, rel. min. Ellen Gracie, Plenário, DJ de 2/2/2007. 4. O artigo 197, §2º, da Constituição do Estado do Espírito Santo determina a destinação anual de percentual da receita orçamentária estadual ao fomento de projetos de desenvolvimento científico e tecnológico, hipótese que encontra fundamento no artigo 218, §5º, da Constituição Federal.”

<sup>88</sup> ARE 1.326.785, Ministro Edson Fachin: 1. No caso em questão, a previsão de renúncia ou benefício fiscal condicionado a gastos pelo contribuinte a fim específico configura, de forma indireta, vinculação de valores devidos a título de imposto, ainda que essa destinação ocorra antes da arrecadação do tributo. 2. Situação normativa que representa burla direta à vedação de vincular a arrecadação de impostos a finalidades específicas e não previstas em nível constitucional, nos termos do art. 167, IV, da Constituição Federal. 3. Agravos regimentais a que se nega provimento.”

<sup>89</sup> Ag. Reg. no RE 1.244.992, Relator Ministro Alexandre de Moraes: “3. Em contrapartida, o art. 218, § 5º, da Constituição da República permite a destinação de receita orçamentária a entidades públicas de fomento à pesquisa científica e tecnológica. 4. Portanto, o Decreto 45.874/2016, ao desvincular 30% da receita orçamentária destinada à Fundação de Amparo à Pesquisa - FAPERJ, violou o art. 332 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como os arts. 2º (separação de poderes) e art. 165, III (limites da atuação do Poder Executivo no processo legislativo orçamentário), ambos da Constituição Federal.”

na manutenção e desenvolvimento do ensino. Porém seu §2º previa uma *subvinculação* estabelecendo que pelo menos 10% “serão aplicados na manutenção e conservação das escolas públicas estaduais, através de transferências trimestrais de verbas às unidades escolares, ...”. No caso, foi declarada inconstitucional essa *subvinculação* prevista no §2º do art. 202 da Constituição gaúcha, por infringência ao art. 167, IV, CF.<sup>90</sup>

### 4.3. VINCULAÇÃO À SAÚDE

Sobre esse tema o problema central identificado diz respeito à *ampliação* da vinculação da receita para o setor de saúde, além dos parâmetros estabelecidos na Constituição Federal.

Verifica-se tal posição na ADI 1.848, relatada pelo Ministro Ilmar Galvão<sup>91</sup> em 2002, referente à norma do Estado de Rondônia que determinava o percentual de 10% da receita de impostos para o Sistema Estadual de Saúde, vinculando os Municípios. Foi entendido que tal determinação violava o que estabelecia o art. 167, IV.

Em 2019 foram julgadas a ADI 5.897, relatada pelo Ministro Luiz Fux, acerca de norma do Estado de Santa Catarina<sup>92</sup> e a ADI 6.059, relatada pelo Ministro Alexandre de Moraes, envolvendo norma do Estado de Roraima<sup>93</sup>, ambas declarando inconstitucionais a vinculação a ações de saúde em

percentual *superior* ao indicado pelo art. 167, IV, e art. 198, CF, em linha com a Lei Complementar 141, de 2012.

Tais decisões merecem críticas ao interpretar como *teto* o percentual *mínimo* criado pela Constituição Federal e pela Lei Complementar 141/12, pois se referem ao direito fundamental à saúde, que necessariamente deve ser interpretado de forma *ampliativa*, em conjunto com o respeito à *autonomia federativa* de Estados e Municípios. Trata-se de percentagem *mínima*, e não máxima.

Idêntico raciocínio deve ser usado para o direito fundamental ao ensino, que pode vincular até mesmo parcelas da receita *orçamentária*, a teor do art. 218, §5º, conceito distinto de receita de *impostos*.

### 4.4. NÃO-VINCULAÇÃO A FUNDOS

O STF já decidiu que a afetação de impostos a fundos específicos é inconstitucional, excetuados os referentes à ciência e tecnologia, conforme exposto.

Colacionam-se, dentre outros, casos relatados pelo Ministro Eros Grau, ADI 1.750, em 2006, relativamente ao financiamento de esportes no Distrito Federal<sup>94</sup>; ADI 3.576, Ministra Ellen Gracie, julgada em 2006, sobre norma do Estado do Rio

<sup>90</sup> ADI 820, Ministro Eros Grau: “Manutenção e desenvolvimento do ensino público. Aplicação mínima de 35% da receita resultante de impostos. Destinação de 10% desses recursos à manutenção e conservação das escolas públicas Estaduais. (...) A determinação de aplicação de parte dos recursos destinados à educação na ‘manutenção e conservação das escolas públicas estaduais’ vinculou a receita de impostos a uma despesa específica – afronta ao disposto no art. 167, IV, da CF/1988”.

<sup>91</sup> ADI 1.848, Ministro Ilmar Galvão: “A disposição da Constituição do Estado de Rondônia, ao prever que se aplique nunca menos de dez por cento da receita de impostos, compreendida a proveniente de transferências, no sistema de saúde, vincula a receita tributária em hipótese não enquadrada nas ressalvas do inc. IV do art. 167 da Constituição Federal. Cautelar deferida.”

<sup>92</sup> ADI 5.897, Ministro Alexandre de Moraes: “5. O artigo 167, IV, da Constituição Federal veda o estabelecimento de vinculação de receitas proveniente de impostos, quando não previstas ou autorizadas na Constituição Federal, porquanto cerceia o poder de gestão financeira do chefe do Poder Executivo e obsta o custeio das despesas urgentes, imprevistas ou extraordinárias, que se façam necessárias ao longo do exercício financeiro, tanto mais que deve dar-se aplicação aos recursos de receita pública consoante critérios de responsabilidade fiscal consentâneos com os anseios democráticos. Precedentes: ADI 1.759, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe de 20/8/2010; ADI 1.750, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJ de 13/10/2006.”

<sup>93</sup> ADI 6.059, Ministro Alexandre de Moraes: “2. As vinculações previstas no art. 198, §2º, da CF não poderiam ser disciplinadas pelas Constituições Estaduais ou pelas Leis Orgânicas, sob pena de indesejado engessamento do processo legislativo para aprovação de tais normas, em prejuízo da reavaliação dos índices a cada quinquênio, conforme determina expressamente o art. 198, § 3º, da CF.”

<sup>94</sup> ADI 1.750, Ministro Eros Grau (que confirmou a Medida Cautelar concedida anteriormente, cujo relator fora o Ministro Nelson Jobim): “É inconstitucional a lei complementar distrital que cria programa de incentivo às atividades esportivas mediante concessão de benefício fiscal às pessoas jurídicas, contribuintes do IPVA, que patrocinem, façam doações e investimentos em favor de atletas ou pessoas jurídicas. O ato normativo atacado faculta a vinculação de receita de impostos, vedada pelo art. 167, IV, da CF/1988. Irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos.”

Grande do Sul que criou o Fundo Partilhado de Combate às Desigualdades Sociais e Regionais naquele Estado<sup>95</sup>; Ministro Gilmar Mendes, ADI 2.529, julgado em 2007, referente ao financiamento da cultura no Estado do Paraná<sup>96</sup>; Ag. Reg. no RE com Ag. 665.291, Ministro Roberto Barroso, relativo à norma do Município de Tupandi, no Estado do Rio Grande do Sul, que vinculava quota-parte de ICMS para aplicação em saúde, declarada inconstitucional em 2016<sup>97</sup>; ADI 553, Ministra Cármen Lúcia, julgada em 2018, acerca do Fundo para o Desenvolvimento de Pequenas e Médias Empresas do Estado do Rio de Janeiro<sup>98</sup>; ADI 3.550, Ministro Dias Toffoli, julgada em 2019, que previa a concessão de créditos tributários de ICMS como contrapartida ao Fundo de Aplicações Econômicas e Sociais do Estado do Rio de Janeiro<sup>99</sup>.

Discrepa desse rol a ADI 7363-MC, de 2023, relativamente a um Fundo do Estado de Goiás (FUNDEINFRA). O Ministro Dias Toffoli havia concedido a liminar sustentando a vinculação da arrecadação determinada pela lei goiana, tomando por base a infringência ao art. 167, IV. Ao submeter sua decisão ao referendo do Plenário, o Ministro Edson Fa-

chin liderou a divergência sob o argumento da falta de *fumus boni juris*<sup>100</sup>, posição que se tornou majoritária, vencidos os Ministros Dias Toffoli (relator original), Roberto Barroso e André Mendonça. A peculiaridade distintiva no presente caso, que o faz ser divergente dos anteriores, diz respeito ao fato de que este fundo implica majoração da carga tributária, enquanto nos demais houve sua redução. Naqueles houve declaração de inconstitucionalidade, e no FUNDEINFRA foi negada a tutela liminar por ausência de *fumus boni juris*.

O paralelo utilizado pelo Ministro Edson Fachin foi o FUNDERSUL, ADI 2.056, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes<sup>101</sup> em 2007, na qual lei do Estado de Mato Grosso do Sul havia conservado sua presunção de constitucionalidade ao instituir *diferimento condicionado* de ICMS, mediante o pagamento de certa contribuição que não foi considerada como *tributo*, assim, afastada do âmbito de incidência do art. 167, IV.

Constata-se que nem sempre o STF perquire a espécie tributária para estabelecer a inconstitucionalidade do vínculo. Em 2007 foi declarada inconstitucional lei do Estado de Santa

<sup>95</sup> ADI 3.576, Ministra Ellen Gracie: “As normas em estudo, ao possibilitarem o direcionamento, pelos contribuintes, do valor devido a título de ICMS para o chamado Fundo Partilhado de Combate às Desigualdades Sociais e Regionais do Estado do Rio Grande do Sul, compensando-se, em contrapartida, o valor despendido sob a forma de crédito fiscal presumido, criaram, na verdade, um mecanismo de redirecionamento da receita de ICMS para a satisfação de finalidades específicas e predeterminadas, procedimento incompatível, salvo as exceções expressamente elencadas no art. 167, IV, da Carta Magna, com a natureza dessa espécie tributária. Precedentes: ADI 1.750-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, ADI 2.823-MC e ADI 2.848-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão.”

<sup>96</sup> ADI 2.529, Ministro Gilmar Mendes: “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.133/2001 do Estado do Paraná que instituiu o Programa de Incentivo à Cultura, vinculando parte da receita do ICMS ao Fundo Estadual de Cultura. Violação ao art. 167, IV, da CF. Precedentes. Ação direta julgada procedente.”

<sup>97</sup> Ag. Reg. no RE com Ag. 665.291, Ministro Roberto Barroso: “1. Nos termos da jurisprudência da Corte, é inconstitucional a destinação de receitas de impostos a fundos ou despesas, ante o princípio da não afetação aplicado às receitas provenientes de impostos. 2. Pretensão de, por vias indiretas, utilizar-se dos recursos originados do repasse do ICMS para viabilizar a concessão de incentivos a empresas.”

<sup>98</sup> ADI 553, Ministra Cármen Lúcia: “O Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais as normas que estabelecem vinculação de parcelas das receitas tributárias a órgãos, fundos ou despesas, por desrespeitarem a vedação contida no art. 167, inc. IV, da Constituição da República”.

<sup>99</sup> ADI 3.550, Ministro Dias Toffoli: “3. Declara-se a inconstitucionalidade do art. 12 da Lei nº 4.546/2005 do Estado do Rio de Janeiro, que concede créditos presumidos de ICMS aos contribuintes que destinarem recursos para o denominado Fundo de Aplicações Econômicas e Sociais do Estado do Rio de Janeiro (FAES), criado pela mesma lei, em igual proporção às contribuições realizadas, mecanismo que consiste em indevida vinculação de receita de impostos a fundo, ao arripio do art. 167, IV, da Constituição.”

<sup>100</sup> ADI 7363-MC, Ministro Edson Fachin: “1. Alegada violação à vedação constitucional α vinculação de receita de impostos a fundo (artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal), parâmetro de controle de constitucionalidade insuficiente em sede de juízo cautelar. 2. Ausência de *fumus boni iuris*. Em sede de juízo cautelar não há elementos suficientes para definição da natureza jurídica da exação do FUNDEINFRA, quanto ao menos de eventual espécie tributária e seus consectários jurídicos. 3. Existência de *periculum in mora inverso* diante do cenário atual do federalismo fiscal brasileiro na pauta deste Eg. Supremo Tribunal Federal. 4. Manifestação pelo não referendo da medida cautelar”.

<sup>101</sup> ADI 2.056, Ministro Gilmar Mendes: “A contribuição criada pela lei estadual não possui natureza tributária, pois está despida do elemento essencial da compulsoriedade. Assim, não se submete aos limites constitucionais ao poder de tributar”.

Catarina, RE 218.874, Ministro Eros Grau<sup>102</sup>, pela qual eram vinculados *superávits arrecadatórios do ICMS* para reajuste de vencimentos de servidores públicos, despregando a vinculação dos conceitos formais de Direito Tributário. Situação semelhante ocorreu no julgamento da ADI 6.045, Ministro Marco Aurélio<sup>103</sup>, em 2020, referente ao Estado de Roraima, tendo sido declarada inconstitucional norma que buscava vincular ao Poder Judiciário estadual *saldos orçamentários positivos*. O mesmo se verificou na ADI 1.759, relativa ao Estado de Santa Catarina, Ministro Gilmar Mendes, na qual se declarou inconstitucional a vinculação de “parte da receita do Estado”, mesmo que através de Emenda Constitucional estadual, destinada a programas de desenvolvimento do setor primário da economia.

Em todos esses casos o STF considerou inconstitucional a norma estadual por violação ao art. 167, IV, CF, embora a vinculação não fosse diretamente referida à arrecadação dos impostos, mas ao *superávit arrecadatório* ou a *saldos orçamentários positivos*, que pode ocorrer sobre diversas formas, através de receitas tributárias de taxas ou de receitas patrimoniais. Os julgamentos na ADI 6.045, no RE 218.874 e na ADI 1.759 contrastam com a posição majoritária do STF no julgamento da ADI 7363-MC (FUNDEINFRA), pela qual se busca a natureza tributária da exação para determinar o liame vinculativo da receita a um Fundo.

## 4.5. VÍNCULOS OBRIGATÓRIOS DETERMINADOS PELOS ESTADOS AOS MUNICÍPIOS

Caso interessante do ponto de vista federativo fiscal pode ser visto na tentativa de Estados vincularem receitas dos Municípios.

Na ADI 1689, foi declarada inconstitucional norma do Estado de Pernambuco que vinculava recursos dos Municípios para financiar ações em prol das crianças e adolescentes, relatada pelo Ministro Sydney Sanches<sup>104</sup> e julgada em 2003.

Na ADI 2.355-MC, relatada pelo Ministro Celso de Mello e julgada em 2002, o Estado do Paraná determinava que os Municípios aplicassem em áreas indígenas 50% do ICMS a eles transferido por determinação constitucional, o que foi declarado inconstitucional na Medida Cautelar<sup>105</sup> e confirmado em 2022 na decisão de mérito, relatada pelo Ministro Nunes Marques<sup>106</sup>.

Em 2011, pela ADI-MC 4.597, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, foi decidido que norma do Estado do Ceará, que vinculava recursos estaduais para o Fundo Estadual de Atenção Securitária à Saúde era inconstitucional, pois não ressalvava a parcela que deveria ser destinada aos Municípios, o que infringia a autonomia municipal<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> RE 218.874, Ministro Eros Grau: “Reajuste automático de vencimentos vinculado à arrecadação do ICMS e a índice de correção monetária. Inconstitucionalidade. LC 101/1993 do Estado de Santa Catarina. Reajuste automático de vencimentos dos servidores do Estado-membro, vinculado ao incremento da arrecadação do ICMS e a índice de correção monetária. Ofensa ao disposto nos arts. 37, XIII, 96, II, b, e 167, IV, da CB. Recurso extraordinário conhecido e provido para cassar a segurança, declarando -se, incidentalmente, a inconstitucionalidade da LC 101/1993 do Estado de Santa Catarina”.

<sup>103</sup> ADI 6.045, Ministro Marco Aurélio: “Conflita com a Constituição Federal norma a direcionar, a fundo voltado ao pagamento de despesas do Judiciário, em caráter automático e compulsório, saldo orçamentário positivo, considerada a vedação à ‘vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa’ – artigos 2º e 167, inciso IV, da Lei Maior.”

<sup>104</sup> ADI 1.689, Ministro Sydney Sanches: “Por outro lado, interferindo no orçamento dos Municípios, não deixa de lhes afetar a autonomia (art. 18 da CF), inclusive no que concerne à aplicação de suas rendas (art. 30, III) sendo certo, ademais, que os artigos 25 da parte permanente e 11 do ADCT exigem que os Estados se organizem, com observância de seus princípios, inclusive os relativos à autonomia orçamentária dos Municípios”.

<sup>105</sup> ADI-MC 2.355, Ministro Celso de Mello: “Transgressão à cláusula constitucional da não afetação da receita oriunda de impostos (CF, art. 167, IV) e ao postulado da autonomia municipal (CF, art. 30, III). Vedação constitucional que impede, ressalvadas as exceções previstas na própria Constituição, a vinculação a órgão, fundo ou despesa do produto da arrecadação de impostos. Inviabilidade de o Estado- -membro impor ao Município a destinação de recursos e rendas que a este pertencem por direito próprio. Ingerência estadual indevida em tema de exclusivo interesse do Município.”

<sup>106</sup> ADI 2.355, Ministro Nunes Marques: 1. A parcela devida aos Municípios em razão da repartição constitucional de receitas lhes pertence de pleno direito. 2. Viola a autonomia municipal norma estadual que dispõe sobre a destinação dos recursos recebidos pelos Municípios a título de repartição constitucional de ICMS.”

<sup>107</sup> ADI-MC 4.597, Ministro Marco Aurélio: “Surge a plausibilidade do pedido e o risco, uma vez versada, na norma atacada, vinculação imprópria, porque estranha à Constituição Federal, e a assunção, pelo Estado, da administração de valores que devem ser repassados, integralmente, aos municípios.”

Estas decisões são coerentes com o princípio federativo, pois os Estados não podem intervir na autonomia dos Municípios, conforme decidido no RE 572.762<sup>108</sup>, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski e julgado em 2008, em caso do Município de Timbó contra o Estado de Santa Catarina, no qual foi vedada a concessão de incentivos fiscais de ICMS que incluíam a parcela que deveria ser transferida aos Municípios, o que ficou conhecido como *cortesia com o chapéu albeio*. Nesse sentido, foi correta a declaração de inconstitucionalidade da vinculação pelos Estados de verbas dos Municípios, por infringir o princípio federativo.

Essas decisões discrepam com o que foi decidido no Ag. Reg. no RE com Ag. 665.291, Ministro Roberto Barroso, relativo à norma do Município de Tupandi, no Estado do Rio Grande do Sul (já referida), e que foi declarada inconstitucional em 2016. Neste caso, foi o próprio Município que vinculou sua quota-parte de ICMS para aplicação em ações de saúde, não tendo havido uma imposição do Estado. Esta decisão foi contrária ao princípio federativo, que consagra a autonomia municipal.<sup>109</sup>

## 4.6 A POSSIBILIDADE DE DESTINAÇÃO NA LOA

Um aspecto extremamente importante na análise diz respeito à possibilidade de estabelecer destinação anual, através da LOA – Lei Orçamentária Anual.

Isso se identifica em um caso relativo ao Estado de São Paulo, com distintas leis e diversos julgamentos.

No RE 183.906/SP, julgado em 1997, Ministro Marco Aurélio, foi declarada inconstitucional a Lei paulista 6556/89, por violação do art. 167, IV, CF<sup>110</sup>, que havia majorado a alíquota do ICMS de 17% para 18%, e o vinculado ao aumento de capital da Caixa Econômica do Estado e sua utilização para o financiamento de programas de habitação popular. Decisão pela inconstitucionalidade foi proferida nos RE 188.443 e 213.739, julgados em 1998, igualmente relatados pelo Ministro Marco Aurélio, com relação às leis estaduais paulistas 7.003/90, 7.646/91 e 8.207/92, envolvendo o mesmo assunto.

A solução normativa paulista foi, ao invés de *vincular* o aumento da alíquota à determinada finalidade, estabelecer que esse valor deveria ser objeto de norma específica acerca da aplicação dos recursos decorrentes da majoração do tributo. No RE 585.535, Ministra Ellen Gracie, julgado em 2010, a norma estadual manteve sua presunção de constitucionalidade, pois não teria havido infringência ao art. 167, IV, uma vez que não haveria vinculação do tributo a uma prévia e específica despesa, mas sim dentro do plano geral de governo do Estado<sup>111</sup>.

Esse caso realça um aspecto muito peculiar ao Direito Financeiro, no que tange à *temporalidade* do conjunto de leis orçamentárias, sendo uma delas a LOA – Lei Orçamentária

<sup>108</sup> RE 572.762, Ministro Ricardo Lewandowski: “I – A parcela do ICMS a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna, pertence de pleno direito aos Municípios. II – O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual”. Sobre o tema, ver SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, A. C. *Competência tributária, transferências obrigatórias e incentivos fiscais*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. (Org.). *Federalismo Fiscal - Questões Contemporâneas*. 1ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, v. , p. 285-302.

<sup>109</sup> Sobre a inclusão do Município como ente federado na Constituição de 1988, ver SCAFF, Fernando Facury. *O surgimento do Município como ente federado na constituinte de 1988*. In: CHAVES, Aloysio. *O Município e a constituinte: relatório, parecer e anteprojeto da subcomissão dos municípios e regiões*. Belém, PA: IEL/PA, 2022. p. 15-31.

<sup>110</sup> RE 183.906, Ministro Marco Aurélio: “A teor do disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, é vedado vincular receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. A regra apanha situação concreta em que lei local implicou majoração do ICMS, destinando-se o percentual acrescido a um certo propósito - aumento de capital de Caixa Econômica, para financiamento de programa habitacional. Inconstitucionalidade dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei nº 6.556, de 30 de novembro de 1989, do Estado de São Paulo.”

<sup>111</sup> RE 585.535, Ministra Ellen Gracie: “1. A Lei paulista 9.903, de 30.12.1997, apenas impôs a divulgação, pelo Chefe do Executivo, do emprego dos recursos provenientes do aumento da alíquota de 17 para 18%, previsto no mesmo diploma. 2. A proibição de vinculação de receita de impostos prevista no art. 167, IV, da Constituição Federal, impede a fixação de uma prévia destinação desses recursos, o que não se verificou no presente caso. 3. Recurso extraordinário conhecido e improvido.”

Anual, que, como o próprio nome indica, tem vigência ânuua como regra, e visa a estabelecer a aplicação dos recursos auferidos nas despesas que serão realizadas.

É o que ocorre, por exemplo, com o financiamento das Universidades paulistas, USP, UNESP e Unicamp. Ao invés de atrelar as receitas de ICMS de forma perene ao financiamento dessas Unidades educacionais, como permite o art. 218, §5º, CF/88, o Estado, a cada ano, inclui na Lei de Diretrizes Orçamentárias um percentual da arrecadação estadual para custear essas Universidades, que deve servir de base na elaboração da LOA estadual. Assim, tradicionalmente, há vários anos, por consenso político, juridiciza-se na LDO e na LOA paulista o percentual de 9,57% da arrecadação do ICMS vinculando-o ao custeio das Universidades estaduais mencionadas.

## CONCLUSÕES: AS NECESSÁRIAS DIRETRIZES DE ESPAÇO (FEDERALISMO), TEMPO (ORÇAMENTO) E PRIORIDADE (DIREITOS FUNDAMENTAIS) NA ANÁLISE DO ART. 167, IV

Constata-se da análise efetuada que o STF muitas vezes decide de forma *restritiva*, sem considerar que a interpretação deve ocorrer de forma *sistemática*, e *não* de forma *isolada* o art. 167, IV. Muitas vezes, nos julgamentos são analisadas diversas normas, o que não acarreta necessariamente uma análise sistemática, mas de diversos dispositivos isolados, apenas decididos ao mesmo tempo. Interpretação sistemática implica analisar o *conjunto* normativo de forma interconectada, distinguindo e aproximando normas e aplicando o Direito.

Nesse sentido, é adequado relembrar o alerta do Ministro Eros Grau na ADPF 101 sobre o processo de exegese do Direito: *Não se interpreta o direito em tiras, não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo* --- marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas.

Pelo menos três diretrizes deveriam ser levadas em conta pelo STF na análise dos casos envolvendo o art. 167, IV, e que não têm sido consideradas, referentes à: (1) *espaço*, o que nos conduz ao *federalismo*, que implica repartição territorial do poder, gerando distintas atribuições e competências; (2) *tempo*, pois deve ser levada em consideração a diferença entre vinculações criadas por normas *perenes* e aquelas estabelecidas com *pré-determinado prazo de vigência*, como é o caso das normas orçamentárias, e (3) a *prioridade* que necessariamente deve ser concedida na análise dos direitos fundamentais. Como é sabido, estas diretrizes estão presentes em diversas normas da Constituição de 1988.

A primeira diretriz diz respeito ao federalismo. Avaliando a jurisprudência do STF verifica-se que a não-afetação tem sido judicializada apenas com referência a Estados, Distrito Federal e Municípios, o que aponta para o centralismo *financeiro* da Constituição de 1988.

Uma suposição para a ausência da União nessa judicialização, que requer novas investigações, é que esta possui diversos mecanismos financeiros e tributários que os demais entes federados não possuem, como as contribuições e a desvinculação de receitas, o que lhe permite maior flexibilidade na gestão financeira. Tal hipótese pode ser o motivo pelo qual o art. 167, IV, não é infringido no âmbito federal. O fato é que há um *desbalanceamento financeiro* que impõe uma necessária ponderação jurisprudencial sobre nossa federação *faticamente assimétrica*, mas que possui normas financeiras tendentes à simetria.<sup>112</sup>

<sup>112</sup> O sistema normativo financeiro brasileiro é obcecado pela simetria. Um singelo exemplo pode facilitar a compreensão. Norma do Senado estabelece que os Estados podem se endividar em até 2,0 vezes sua receita corrente líquida. É possível acreditar que as necessidades de endividamento dos diferentes Estados brasileiros sejam iguais, visando a necessidade de alavancar o desenvolvimento em seus territórios? O mesmo ocorre com os Municípios, que, pela mesma norma, podem se endividar até 1,2 de sua receita corrente líquida. Não basta a diferenciação da base de cálculo (*a receita corrente líquida*), é necessário fazer, como no direito tributário, em matéria de tributação da renda, também variar as alíquotas, para permitir mitigar o efeito das desigualdades federativas.

Há uma *crença* de que a simetria é vinculada à perfeição, à organização e à ordem, e a assimetria ao que é imperfeito, à desorganização. A simetria foi desenvolvida pelos gregos, como uma forma racional de explicar a beleza, com proporção, equilíbrio e harmonia, sendo usada por eles em diversos campos, como na arte. O problema, ocorre quando se aplica a simetria para âmbitos de produção e de distribuição de poder<sup>113</sup>, o que diz respeito ao federalismo em sociedades marcadamente desiguais, como a brasileira. Isso deve ser correlacionado com o art. 3º, III, CF, que estabelece como um dos objetivos de nossa sociedade a redução das desigualdades *regionais*, além das *sociais*.

O tratamento *normativo* financeiramente simétrico é prejudicial para o desenvolvimento nacional, pois alguns entes federados necessitam de mais recursos do que outros, e a simetria, tal como normatizada, implica tratar os desiguais de forma igual, o que é contra o princípio da isonomia, que determina tratamento desigual buscando igualar situações desiguais, visando reduzi-las.<sup>114</sup>

Conforme o levantamento jurisprudencial realizado, a diretriz federativa não vem sendo considerada. A liberdade do legislador orçamentário, consagrada no art. 167, IV, não se refere apenas ao âmbito federal, mas para cada ente federativo, que deve ter sua autonomia reconhecida para decidir como utilizar seus recursos próprios. A cláusula pétrea do federalismo necessita ser levada em consideração nos julgamentos realizados pelo STF.

Esta diretriz deve ser analisada em conjunto com as demais, no âmbito normativo constitucional, conforme se expõe a seguir.

A segunda diretriz diz respeito ao *tempo*, isto é, deve-se considerar que há uma diferença entre as normas orçamentárias, que possuem, por definição, *prazo de vigência determinado*,

e as normas em geral, cujo prazo de vigência normalmente é *indeterminado*. Isso gera diferenças substanciais.

O planejamento financeiro da ação governamental no Brasil é composto de três diferentes normas, obrigatórias para todas as esferas federativas: o PPA – Plano Plurianual, cuja vigência é de quatro anos; a LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias, que, a despeito de ser anual, tem seus efeitos projetados no tempo, no que se refere à previsão dos impactos das medidas econômicas e financeiras nela contidas; e a LOA, Lei Orçamentária Anual.

Sendo a não-afetação uma forma de proteção intertemporal, de modo a permitir que os legisladores tenham recursos disponíveis para a implementação das políticas durante seu mandato, eventual afetação em leis orçamentárias, que são normas *temporárias* desde sua gênese, não têm o condão de violar o art. 167, IV. A temporalidade dos mandatos coincide com o da mais longa das leis de planejamento orçamentário, o PPA, que vigora por quatro anos - embora haja pequena desconformidade com os mandatos políticos, pois seu último ano de vigência alcança o primeiro ano de mandato do sucessor. Isso é positivo, pois respeita a continuidade dos serviços públicos, e permite ao sucessor preparar novo plano de ação governamental, o qual também vigorará até o final do primeiro ano de mandato de seu sucessor, e assim por diante.

Nesse sentido, eventual *vinculação financeira temporal*, limitada ao período do mandato político, constante do PPA ou da LDO, não infringe o art. 167, IV.

Essa diretriz também deve ser lida em conjunto com as demais.

A terceira diretriz diz respeito à *priorização*, estabelecida na Constituição para a concretização dos *direitos fundamentais*. É inegável que existe um acirrado debate sobre o rol de direitos fundamentais, porém, para fins da presente análise,

<sup>113</sup> LABANCA, Marcelo. *Jurisdição Constitucional e Federação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Relata o autor o cerne do problema, que “surge quando se aplica o valor da simetria para âmbitos de produção de poder. Notadamente no que tange à distribuição territorial do poder”, p. 08.

<sup>114</sup> Sobre o tema, ver: SCAFF, Fernando Facury. *Da Igualdade à Liberdade – Considerações sobre o Princípio da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2022.

constata-se que o art. 167, IV, expressamente ressalva a não-afetação para permitir que sejam vinculados recursos para a saúde e o ensino, este, inclusive, é novamente mencionado no art. 218, §5º, ao lado da pesquisa em ciência e tecnologia.

Esse sentido de priorização nos leva a interpretar de forma ampliativa o art. 167, IV, CF. Observa-se que, para a saúde, não é nele estabelecido diretamente o percentual a ser vinculado, deixando-o para lei complementar, que atualmente é a Lei Complementar 141/12, que correta e *expressamente* determina percentuais *mínimos* para aplicação em ações de saúde. O STF não vem considerando dessa forma, pois o interpreta como um *teto* a ser seguido pelos entes federados.

Do mesmo modo, constata-se o *esquecimento* do art. 218, §5º, na análise das vinculações para o *ensino*, descartando o financiamento para as Universidades, sendo considerado apenas para fins de pesquisa nas áreas de ciência e tecnologia. Interpreta-se como se o *ensino* superior não fosse ensino, e que nas universidades públicas não se realizasse pesquisa científica e tecnológica, ignorando o art. 217, CF, sobre a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

A conjugação dessas três diretrizes, que possuem amparo constitucional, não vem sendo considerada nos julgamentos do STF acerca do art. 167, IV. Seguramente algumas das decisões seriam proferidas em sentido diverso, caso tais diretrizes tivessem sido levadas em consideração por meio da interpretação sistemática.

Alguns exemplos podem esclarecer. As ADI 4.120 e 6.275 declararam inconstitucionais as vinculações para o ensino estabelecidas em normas estaduais para a Universidade

do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e para a Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT), ignorando o art. 218, §5º. As ADI 5.897 e ADI 6.059 julgaram inconstitucionais normas estaduais por terem estabelecido percentuais *superiores* ao *mínimo*, para ações de saúde.

Mecanismos jurídicos processuais, como o da *modulação de efeitos*, poderiam permitir a validação de diversas normas de Estados e Municípios limitando sua vigência ao período das leis orçamentárias, que praticamente coincide com os mandatos eletivos, respeitando, com isso, a *autonomia federativa* e a *temporalidade* do planejamento financeiro das ações governamentais.

Em apertada síntese: é necessário que na análise dos casos envolvendo o art. 167, IV, o STF realize *efetiva* interpretação *sistemática* da Constituição, levando em consideração a questão federativa, a temporalidade das leis orçamentárias e priorizando o financiamento dos direitos fundamentais protegidos. Deve-se evitar a interpretação isolada desse artigo, bem como a enunciação de precedentes que não possuem direta correlação com a matéria em debate, o que ocasiona perniciosa dependência de trajetória.

Cada norma levada à pauta do STF possui características próprias, que devem ser sopesadas em razão das múltiplas diretrizes possíveis, algumas das quais ora indicadas. Isso conduz a possibilidades de validação de normas *temporárias*, a priorização dos direitos fundamentais expressamente destacados no texto, e o respeito ao princípio federativo, peça importante não só na *construção*, mas também na *dinâmica* da Constituição de 1988.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *O colapso das constituições do Brasil: uma reflexão pela democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- COSTA, Franselmo Araújo e TOLINI, Hélio Martins. *Vinculações das receitas orçamentárias: teoria e prática*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011.
- DALLARI, Adilson de Abreu. *orçamento impositivo*, in: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011.
- FONSECA, Rafael Campos Soares da. *Judicialização da Dívida Pública Federativa no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.
- GIACOMONI, James. *Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- LABANCA, Marcelo. *Jurisdição Constitucional e Federação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed, 2010.
- ROCHA, Francisco Sergio. *Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011.
- SCAFF, Fernando Facury. *Da Igualdade à Liberdade – Considerações sobre o Princípio da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.
- \_\_\_\_\_. *O surgimento do Município como ente federado na constituinte de 1988*. In: CHAVES, Aloysio. *O Município e a constituinte: relatório, parecer e anteprojeto da subcomissão dos municípios e regiões*. Belém, PA: IEL/PA, 2022. p. 15-31.
- \_\_\_\_\_. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.
- \_\_\_\_\_. *A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização*. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais – I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1, p. 22-53.
- \_\_\_\_\_. *Para além dos direitos fundamentais do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições*. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. (Org.). *Direito Tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, v. 2, p. 1125-1146.
- SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, A. C. *Competência tributária, transferências obrigatórias e incentivos fiscais*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. (Org.). *Federalismo Fiscal - Questões Contemporâneas*. 1ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, v. , p. 285-302.
- TORRES, Heleno. *Teoria da Constituição Financeira*. SP: Ed. RT, 2014.



## JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: *a salvaguarda dos direitos consumeristas por meio das cláusulas contratuais abertas*

## JURISDICTION CONSTITUTIONAL AND FUNDAMENTAL RIGHTS: *safeguarding consumeristas rights through open contract terms*

Frederico Antonio Lima de Oliveira<sup>115</sup>

### Resumo

Realiza-se uma crítica à jurisdição constitucional política. Apresentam-se os elementos fundantes dessa jurisdição em face de aspectos doutrinários de interesses e sob a ótica da democracia constitucional. Trata-se dos modelos comparados de jurisdição constitucional e das concepções mais aptas a formular uma hermenêutica democrática no constitucionalismo atual. Tece-se ainda uma crítica política da jurisdição constitucional comparada em face da realidade brasileira.

**Palavras-chave:** Constituição. Jurisdição. Hermenêutica. Política.

### Abstract

An approach to policy critique constitutional jurisdiction. We present the foundational elements that jurisdiction in the face of doctrinal aspects of interest and from the perspective of constitutional democracy. These are compared models of constitutional jurisdiction and more able to formulate a democratic constitutionalism hermeneutics in current conceptions. Weaves is still a political critique of comparative constitutional jurisdiction in the face of Brazilian reality.

**Keywords:** Constitution. Jurisdiction. Hermeneutics. Policy.

<sup>115</sup> Pós-doutor em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Pós-Doutorando pela Universidade de Curitiba – UNICURITIBA. Pós-Doutorando pela Universidade Lusófona do Porto (Pt). Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Mestre em Direito Administrativo (UFPA), em Direito Ambiental pela Universidade de São Paulo (USP) e pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos NAEA (UFPA), em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UNB) e em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Pará (UFPA). É membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC) e do Instituto “Pimenta Bueno” de constitucionalistas. Líder do GEPHC – Grupo de estudos e pesquisa em hermenêutica constitucional. ORCID: 0000-0002-9297-2223. E.mail: ffoliveira10@gmail.com. CV: <http://lattes.cnpq.br/0594147282530673>.

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais vêm ganhando, cada vez mais espaço no debate jurídico contemporâneo, pois as democracias constitucionais ao redor do mundo lhes têm conferido um caráter cada vez mais universal. Os limites por eles impostos à realização dos demais direitos constitucionais têm condicionado à interpretação constitucional e à realização do direito posto em sintonia cada vez maior da aplicação com a vontade popular.

No início, os direitos fundamentais se prestavam a moderar a interferência do Estado na vida privada, atualmente são reconhecidos direitos fundamentais de segunda dimensão (isonomia), de terceira dimensão (solidariedade), de quarta dimensão (direitos comunitários), já existindo discussões sobre uma possível quinta dimensão. Essa expansão democrática da *fundamentalidade* nos novos direitos nos leva a entender que o catálogo dos direitos fundamentais é aberto e atípico, possibilitando a existência de direitos fundamentais não inseridos no corpo da Constituição, mas também detentores de *fundamentalidade*.

A concepção majoritária hoje é de que há um rol apenas exemplificativo dos direitos fundamentais na Constituição, mas ao mesmo tempo admite-se que as mutações constitucionais aditivas têm conferido *fundamentalidade formal* (positivada), aos novos valores sociais não catalogados<sup>116</sup>. É isto que tem ocorrido no plano relacional entre os direitos civil e constitucional através da constitucionalização do direito civil ou da privatização do direito constitucional.

Nesse contexto traçado em síntese é que se propõe o estudo das relações entre a eficácia horizontal ou validade dos direitos fundamentais direta e indiretamente sobre as relações privadas, em particular, nas relações de interesse consumerista, com efetivação exercida através das chamadas cláusulas gerais contratuais firmadas entre fornecedores

e consumidores, contudo sem se olvidar ou negar a unidade constitucional desejável.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 NOTAS PRELIMINARES SOBRE A DEFESA DA INTEGRIDADE CONSTITUCIONAL

Em se tratando do tema do controle de constitucionalidade, em sentido geral, não podemos olvidar em tratar, primeiramente, da ideia de defesa da Constituição como meio de atualização de um sistema de valores existentes no seio da sociedade. Não se trata, portanto, de defender uma mera disposição semântica de controle de valores como simples produto nominal, mas sim, como lei suprema, política e científica.

A normatividade constitucional impõe a validade ordenada de todas as demais normas infraconstitucionais, conferindo ao ordenamento a sua *realidade social*. Por esse prisma, dispôs Hermann Heller sobre a Constituição como realidade social, pautando-a como o instrumento de ação concreta que dá forma à cooperação dos indivíduos e grupos que participam do todo, mediante a coordenação de elos. Assim, para Heller, a Constituição de um Estado coincide com sua organização, ao passo que a última significa a Constituição produzida somente através da atividade humana consciente<sup>117</sup>. Diz Heller existir uma *Constituição real*, em semelhança à concepção de Lassale acerca da conferência real de poder não alojada na Constituição escrita, mas sim, nas relações reais de poder de uma País<sup>118</sup>. Lê-se ainda em Heller que: "(...) essas relações reais de poder se acham em constante movimento e mudam a cada momento, não obstante, não dão lugar a um caos, mas formulam a organização e

<sup>116</sup> A classificação da fundamentalidade em formal e material, em princípio conhecida a partir da doutrina de Robert Alexy, deu azo a considerarmos a existência de um catálogo constitucional de direitos fundamentais não positivados, e, por esse prisma, infere-se também aqueles de natureza privada em suas origens. No Brasil, o artigo 5º da CR/88 dá passagem à constitucionalização de direitos ainda não dispostos expressamente pela Constituição em vigor.

<sup>117</sup> HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*, p. 316.

<sup>118</sup> LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Campinas-São Paulo: Editora Minelli, 2003.

constituição da unidade e ordenação do Estado<sup>119</sup>(...)” (tradução própria).

As constituições escritas são um fenômeno moderno na ótica de Canotilho<sup>120</sup>, entretanto as origens do constitucionalismo remontam a eras bem mais remotas. Segundo Lowenstein<sup>121</sup>, a história do constitucionalismo não é senão a busca pelo homem político e suas limitações ao poder absoluto exercido pelos detentores do poder, assim como o esforço de estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade, em lugar da submissão cega aos caprichos da autoridade existente. Distinguiu assim a Constituição material da Constituição formal, correspondente a última ao documento escrito, aquela que se apresenta para a limitação do poder dos governantes<sup>122</sup>. Em Jorge de Miranda lê-se que a existência da Constituição é anterior ao constitucionalismo (este concebido como “a luta por uma Constituição limitativa do poder e de garantia dos direitos individuais”). Diz o ilustre professor português que essa é a Constituição em sentido institucional, pois torna visível o Estado como instituição, como algo de permanente para lá das circunstâncias e dos detentores do poder, na medida em que revela os elementos políticos sobre as intenções subjetivas dos governantes<sup>123</sup>. Numa ótica institucional do constitucionalismo, tem-se em André Hauriou que, ao conceber a sua Constituição, o Estado está auferindo a sua maturidade política<sup>124</sup>.

Em Hans Kelsen, lê-se sobre a Constituição como “o escalão do Direito positivo mais elevado. É a norma ou o conjunto de normas jurídicas através dos quais se regula a produção de normas jurídicas gerais<sup>125</sup>”. Carl Schmitt diz ser a Constituição uma decisão política fundamental tomada pelo titular do poder constituinte, surgindo, em sentido positivo, mediante um ato de poder constituinte. A Constituição é, portanto, uma decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte, adota por si própria e se dá a si própria<sup>126</sup>.

Para Rudolf Smend, a Constituição é a realidade integrada da comunidade política na medida em que prevê os órgãos, as funções formais e as missões reais do Estado. Já em Georges Burdeau, a Constituição é o estado do poder, estabelecendo a autoridade de um poder de Direito, que, na sua substância, nas suas possibilidades e limites, fica subordinado à ideia de Direito oficialmente consagrada na Constituição<sup>127</sup>.

Na atualidade, aponta José Afonso da Silva que:

“as constituições têm por objetivo, estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos limites econômicos, sociais e culturais<sup>128</sup>”.

<sup>119</sup> HELLER, Hermann. Op. Cit., p. 317. Texto original: “Pero esas relaciones reales de poder se hallan en constante movimiento y cambian a cada momento, no obstante lo cual no dan lugar a un caos sino que engendran, como organización y constitución, la unidad y ordenación del Estado”.

<sup>120</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 58.

<sup>121</sup> Diz o festejado prof. Raul Machado Horta, citando Lowenstein: “é de verificação corriqueira a afirmação de que o sentimento constitucional, exprimindo a adesão popular à Constituição, não é generalizado, nem constante. A Constituição nominal e a Constituição semântica, categorias que Lowenstein introduziu em sua classificação das Constituições, evidenciam os colapsos paralisadores do acatamento ao texto fundamental. Sem ingressar na análise dos tipos e de sua projeção nas diferentes áreas do universo constitucional, é necessário, todavia, identificar a fonte cultural da desestima constitucional, com reflexos no declínio e erosão da Constituição”. (in HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Ano 1. out/dez, 1992, p. 212).

<sup>122</sup> LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 150.

<sup>123</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 1988, p. 12-13.

<sup>124</sup> HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Editora Ariel, 1980, p. 04.

<sup>125</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1985, p. 240.

<sup>126</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 49.

<sup>127</sup> Idem, p. 50-51.

<sup>128</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, 42.

Concebe-se que a ideia posta por Hermann Heller em contra amparo na lição do constitucionalista também alemão Konrad Hesse, de que o real e o constitucional devem estar próximos, e, para tanto, a Constituição necessita estabelecer a possibilidade de existência das chamadas *mutações constitucionais* como possibilidades existentes nas Constituições, quanto a sua interação histórica com a sociedade, propiciando mudanças no texto constitucional sem que se altere a sua essência, mas que se concretizem o conteúdo das normas constitucionais<sup>129</sup>. A lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz se amolda com justeza, quando diz: “Por processos formais de mudança na Constituição’ entende-se todo e qualquer procedimento que, previsto pela própria Constituição, vise a alterar, modificar, acrescentar, reduzir, suprir ou rever o texto constitucional, de modo expresso. A Reforma, a Revisão e a Emenda Constitucional são os rótulos mais usualmente utilizados para designar os Processos Formais de Mudança da Constituição<sup>130</sup>”. Entretanto as Constituições rígidas também poderão ser alvo de mudanças não formais. A Anna Cândida da Cunha Ferraz adotou a lição de Biscaretti Di Ruffia, classificando as mutações constitucionais informais em dois grupos, a saber, a interpretação constitucional e seus subgrupos (legislativa, administrativa, jurisdicional, etc...) e os usos e costumes constitucionais<sup>131</sup>.

Dispondo sobre a permanência e mudança das Constituições, leciona Raul Machado Horta que:

“A desvalorização da Constituição escrita, a erosão da consciência constitucional e a caducidade da Constituição são manifestação que abalam a permanência da Constituição.

Cabe examinar, em seguida, outro tipo de comportamento que repercute na permanência da Constituição, que é a *mudança da Constituição*, para identificar a natureza das relações entre permanência e mudança constitucional. A mudança na Constituição não se identifica, necessariamente, com a desestima da Constituição. Ela se propõe, via de regra, a introduzir aperfeiçoamentos e correções no texto constitucional. Opera no rumo da evolução. Não obstante tais inspirações, a mudança na Constituição reflete, com maior ou menor profundidade, uma insatisfação com o texto constitucional, cuja matéria se propõe a alterar ou substituir. A mudança na Constituição se exterioriza em duas formas de atuação: reforma constitucional, empregando esta expressão no sentido amplo, para abranger revisão e emenda, e a mutação constitucional<sup>132</sup>.

O debate sobre a defesa da integridade constitucional e as possibilidades formais e informais de mudança na Constituição, remete-nos, sob a ótica das constituições rígidas, como é o caso brasileiro, a análise mais estreita do *princípio da supremacia da Constituição e os sistemas de controle da constitucionalidade das normas*.

<sup>129</sup> Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 24.

<sup>130</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Ano 2, N. 5, out/dez, 1993, p. 5-6. Ainda sobre a análise das possibilidades de mutação constitucional nas Constituições rígidas, como o caso brasileiro, diz ainda a profa. Ferraz: “Os processos formais de mudança da Constituição, nas suas diferentes modalidades, não esgotam, todavia o fenômeno de contraposição entre constituição normativa e realidade constitucional, ou, mais precisamente, da tensão permanente que se coloca entre a constituição normativa e a sua aplicação. A realidade constitucional demonstra, ao contrário, que as constituições rígidas, a par das reformas constitucionais, sofrem outros tipos de mudança. Com efeito, a previsão constitucional de processos de mudança não tem sido suficiente para abranger e resolver toda a problemática da tensão entre a estabilidade e mudança, entre a estática e a dinâmica constitucionais. Até porque ` não é possível calcular sempre os rumos futuros: tampouco dispor de preceitos escritos para todas as possíveis mudança e transformações que possam aplicar-se às novas relações jurídicas”. (idem, p. 16. Herbert Kier, invocado por Pablo Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, v. IV, Madrid, Tecnos, 1984, p. 165. *Apud*. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Cit., p 16).

<sup>131</sup> Idem., p. 19.

<sup>132</sup> HORTA, Raul Machado. Cit., p. 215.

## 2.2 CONSTITUCIONALISMO MODERNO E JURISDIÇÃO DE FORMATO POLÍTICO

O relevo que deve ser dado para a introdução do constitucionalismo moderno se mostra no fato de que essa nova fase da história das Constituições, representou o grande salto no pensamento jurídico para uma organização sistêmica e racional das sociedades, a partir de um comando superior que garantisse os direitos fundamentais do homem. Foi, sem dúvida, o embrião para a adoção das Cortes Constitucionais pelo mundo moderno.

Percebe-se que o marco de surgimento do constitucionalismo moderno se dá com o início propriamente dito da chamada “modernidade”. A modernidade visou a romper a cultura medieval e estabelecer o homem como explicação do mundo a partir de si mesmo, centrando-se no princípio da subjetividade, alicerçado basicamente na autonomia do homem agir e pensar no mundo.

Um dos marcos de transição da história moderna do direito foi a Revolução Francesa que conferiu ao direito a afirmação do indivíduo e a universalização da razão, e, nesse sentido, consolidou a construção racional dos direitos fundamentais e universais do homem. A filosofia do séc. XVIII esteve imbuída da unidade e da imutabilidade da razão.

A Constituição moderna pode ser definida como: “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político<sup>133</sup>”. Com a ótica moderna, a partir de um pacto social fundador (Constituição), organizou-se uma ordem sistemática e racional da comunidade a fim de garantir os direitos fundamentais do homem, assim como, também se ordenou o poder político, com

o princípio da separação de poderes, idealizado por Montesquieu, ainda no alvedrio das monarquias constitucionais.

Estabelecendo-se que o próprio homem deveria pesar e estabelecer as condições de sua organização social, rompeu-se com a referência do direito natural, dando azo às teorias do poder constituinte legitimado na Constituição. Nesse passo, delineia-se também, em paralelo, o que seria o objeto da Jurisdição Constitucional nas democracias modernas, circunscritos em dois elementos específicos, quais sejam: a) a guarda da separação de poderes; e b) a garantia dos direitos fundamentais.

Em Norberto Bobbio, lê-se que a Constituição moderna é “a própria estrutura de uma comunidade política organizada, a ordem necessária que deriva da designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem<sup>134</sup>”. Para Celso Ribeiro Bastos, a ideia de uma Constituição como conjunto normativo disposto em um documento escrito surgiu no final do séc. XVIII, como resultado do movimento constitucionalista. Disse o professor Bastos: “o constitucionalismo veio a ser, então, o movimento ideológico e político para destruir o absolutismo monárquico e estabelecer normas jurídicas racionais, obrigatórias para governantes e governados<sup>135</sup>”. Em Jürgen Habermas se lê que o direito a esse momento, passou a encontrar seu conteúdo e forma na força legitimadora da razão humana, esta encarnada na forma semântica da lei pública geral e abstrata da qual a Constituição constitui o núcleo legitimador e fundante<sup>136</sup>.

No dizer de Carl Loewenstein, tem-se que: “... a história do constitucionalismo não é mais que a procura do homem político e as limitações ao poder absoluto exercido pelos detentores do poder, deste modo, na tentativa de estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade, em vez da sujeição cega à facilidade da autoridade existente<sup>137</sup>”. (tradução própria).

<sup>133</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 46.

<sup>134</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 9a. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 247.

<sup>135</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 1979., p. 10-12.

<sup>136</sup> Direito e democracia. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. v. II, p. 193-305.

<sup>137</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Editora Ariel, 1986, p. 150. Texto original: “... la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentores del poder, así, como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente”.

A organização sistemática da comunidade política, como se insere no contexto do constitucionalismo moderno, necessita de ser analisada sob o prisma do contexto sociopolítico em que o Poder Judiciário se insere. Numa evolução do papel jurisdicional exercido pelo Judiciário se tem fases históricas distintas que vão desde o Estado Liberal, passando pelo Estado do bem-estar social até chegarmos ao Estado Democrático de Direito.

Até os idos da Primeira Guerra Mundial, o poder político do Estado restava em muito concentrado na figura do Poder Executivo, asseverando o papel do Poder Legislativo e isolando politicamente o Judiciário. Esse foi o período dos juízes “boca da lei”, exigindo-se que as decisões judiciais fossem fundamentadas estritamente na lei. No interregno das duas grandes guerras mundiais, advém a concepção humanista que trouxe consigo os direitos sociais e consolidou uma justiça distributiva, aumentando em muito a visibilidade política do Judiciário e afastando a sua antiga neutralidade.

O Judiciário assume uma posição pró-ativa com o direito, em particular com as discussões de legitimidade, de representação processual e com o preenchimento das lacunas formais acerca dos direitos difusos e coletivos. Chega-se a um terceiro momento, em que o Judiciário se depara com um contínuo processo de redução legislativa e desestabilização social, gerando um nível muito maior de dissenso na sociedade. Enfatiza-se na atualidade a nova capacidade do Poder Judiciário em produzir, no exercício da jurisdição, um maior consenso social nos conflitos de interesses que lhe são formulados. Por esse prisma nos parece relevante denotar a seguinte síntese do atual momento histórico:

“A independência do Poder Judiciário e sua atuação sociopolítica manifestam-se, nessa fase, no confronto com outros Poderes, tanto no combate a corrupção como também em casos de desvio e abuso de poder.

Se a ação incisiva dos tribunais, nessa luta, os coloca na linha de fogo de ataques demolidores do Executivo e Legislativo, há que ressaltar que suas atitudes firmes fazem com que esse poder ganhe a confiança dos cidadãos. No plano das idéias, à razão instrumental sucede a uma razão comunicativa, definida por Habermans, a qual implica a capacidade de estabelecer um consenso entre as partes envolvidas em um conflito de interesses, de tal forma que, resolvido o litígio, tanto aquele que teve o seu direito reconhecido como o outro a quem foi negada a pretensão acatem plenamente a decisão, pois que esta, em seus íntimos, significa uma forma democrática de participação social<sup>138</sup>”.

A capacidade concretizadora do Poder Judiciário, no que toca à implementação dos direitos fundamentais dos indivíduos, é tarefa que não cabe apenas aos Poderes Executivo e Legislativo. Diz-se que o Judiciário vem a projetar a ordenação política do Estado consagrada nos limites constitucionais. O reconhecimento do conteúdo normativo da Constituição e sua supremacia levam a que a Jurisdição Constitucional venha a proteger, além dos direitos fundamentais, a separação de poderes e a legalidade (constitucionalidade) do ordenamento.

A conformação jurídica dos processos de exercício do poder político é, sem sombra de dúvidas, a “pedra fundamental” da chama jurisdição política em nossos dias. O distanciamento entre a Constituição forma e sua concretização, leva-nos a entendimento em alguns casos até extravagantes, como se mostra no exemplo alemão, onde a liberdade de controle dos tribunais é de tal forma ampla a ponto de provocar o estrangulamento. Nos Estados Unidos, nota-se que o exercício da jurisdição política veio a provocar certos entraves pelo

<sup>138</sup> CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do poder judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.42. Ano 11. jan/mar., 2003, p. 171.

ativismo judicial que lá se operou, fazendo com que medidas indesejáveis de autocontrole da Magistratura se operassem nas questões eminentemente políticas e de grande repercussão social<sup>139</sup>.

Parece-nos que, a ideia de uma jurisdição “laica” nos dias de hoje se mostra inviável, e por essa ótica, a chave, talvez, para o bom curso do dilema contemporâneo dos limites da jurisdição política se assente no resgate da consciência jurídica dos operadores do direito, e em especial dos juízes no ato de interpretar os comandos constitucionais. Estando os Magistrados aptos a interpretar com consciência a Constituição, parece-nos que o distanciamento entre a Constituição formal e material será sensivelmente reduzido, reservando ao Judiciário um espaço discricionário de interpretação contextualizado no objeto e extensão das normas constitucionais incidentes sobre os casos concretos.

A condição aberta da Constituição resulta num progressivo processo de concretização de seus fundamentos por meio da interpretação constitucional. Em sendo assim, a interpretação e seus problemas surgem com muita frequência, forçando com que o intérprete tenha sempre em mente essa dinâmica evolutiva da formação constitucional como produto de um sistema aberto de normas. A responsabilidade do intérprete constitucional é buscar sempre o resultado constitucionalmente mais adequado, de forma racional e previsível<sup>140</sup>.

Assinala Eduardo Garcia de Enterría:

“(…) Todo o problema da justiça constitucional está centrado numa questão de princípio:

ser ou não conveniente reconhecer o caráter de norma jurídica da Constituição. Se a resposta for negativa, isto implica uma série de consequências e, de imediato, as seguintes: a Constituição será tida como um compromisso ocasional de grupos políticos, substituível a qualquer momento em que o equilíbrio destes seja alterado, o qual representa uma provocação positiva para a mudança constitucional, através da qual cada grupo tentará melhorar suas posições e, se for possível, eliminar os seus antagonistas<sup>141</sup> (...)”. (Tradução própria).

Citando o Klaus Stern, em André Ramos Tavares se lê que jurisdição sobre matéria política não é o mesmo que jurisdição política, na medida em que se sujeita aos mesmos métodos de jurisdição contenciosa. Portanto, mesmo existindo os contornos políticos, o exercício da jurisdição constitucional não constitui uma prática política<sup>142</sup>.

Acerta em nossa ótica André Ramos Tavares, quando aponta que as decisões de controle constitucional da atividade política se apresentam conformadas à Constituição, fomentando a necessidade de integração entre os elementos jurídico e político.

O formato político da jurisdição constitucional e suas implicações são bem retratados, na lição trazida, novamente, por André Ramos Tavares, citando pronunciamento do ex-presidente da Corte Constitucional Portuguesa, José Manuel M. Cardoso da Costa *verbis*:

<sup>139</sup> Idem, p. 174-175.

<sup>140</sup> Diz Patrícia Ulson Pizzaro sobre o modelo de hermenêutica concretizante, alinhado por JJ. Gomes Canotilho. (Interpretação constitucional. O método hermenêutico-concretizante. *Cardernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Ano 5. no. 17. Out/dez, 1996, p. 82).

<sup>141</sup> *La constitución...*, p. 137. Texto original: “(…) Todo el problema de la justicia constitucional enraiza en una cuestión de principio: si se conviene o no en reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica. Si la respuesta es negativa, ello implica una serie de consecuencias y, por de pronto, las siguientes: una Constitución será concebida como un compromiso ocasional de grupos políticos, sustituable en cualquier momento en que el equilibrio de éstos arroje un resultado diverso, lo cual se traduce en una incitación positiva al cambio constitucional, por la vía del cual cada grupo intentará mejorar sus posiciones y, si le resulta posible, eliminar a sus competidores (...)”.

<sup>142</sup> *Tribunal e ...*, p. 41-42.

“Com efeito, nesta se trata, em larga medida (...) de decidir e função de ‘princípios’ e não de ‘regras’ jurídicas tecnicamente acabadas, com freqüente recurso a conceitos de valor, ou a conceitos indeterminados, cláusulas gerais e mesmo simples directrizes – como são os que efectivamente preenchem boa parte do quadro normativo constitucional. Princípios, conceitos, cláusulas e directrizes essas cuja ‘determinação’ só logra obter-se, assim, através de uma ‘mediação’ concretizadora dos operadores jurídicos, na qual a ‘precompreensão’ destes (numa palavra, o mundo das suas referências culturais) não pode deixar de necessariamente interferir. (...) Eis porque, quando estejam em causa questões de fronteira, e que nomeadamente toquem a diversidade de mundividências das pessoas, não é de estranhar o dissenso nas decisões, nem a controvérsia que em torno delas se instale. O facto ocorre – é sabido e notório – em todas as jurisdições constitucionais (...) dessa ilação, extrai-se a conseqüente necessidade de se assegurar no Tribunal uma composição que seja plural, ou por outras palavras, do ‘ponto de vista’ das ‘referências culturais’ dos seus membros, que seja o reflexo das diferentes ‘sensibilidades constitucionais’ (...) imperantes na comunidade política e jurídica, e que permita, através do debate ou mesmo da dialéctica interna

do tribunal, ultrapassar, quanto possível, o condicionamento emergente da precompreensão de cada juiz para se alcançar por aí a objectividade viável<sup>143</sup>(...)”.

## 2.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Os direitos fundamentais têm-se expandido incessantemente na década em que vivemos. Há hoje, reconhecida, a necessidade de serem considerados novos direitos dotados de *fundamentalidade*. Em princípio, os direitos fundamentais serviram a minorar a interferência da interferência estatal na vida privada, seguindo-se a outras preocupações, como sabido, quais sejam, a implementação dos direitos sociais e decorrentes da isonomia, voltando-se, mais à frente e até o contexto atual, na realização dos direitos conhecidos como solidários e comunitários, e, até mesmo, para alguns, na construção de direitos com um alto grau de abstração, como se dá com a necessidade dos seres vivos de serem felizes<sup>144</sup>.

A ideia que se apresenta mais aceita hoje é a de que o constitucionalismo traz um rol exemplificativo dos direitos fundamentais que, em face das mutações constitucionais aditivas e modificativas, têm permitido a inserção (positivação)<sup>145</sup>, dado a *fundamentalidade formal*<sup>146</sup> desse mesmo rol, dos direitos civis constitucionalmente relacionados, numa ordem contínua de constitucionalização do direito civil<sup>147</sup>.

<sup>143</sup> José Manuel M. Cardoso da Costa. Discurso no Tribunal Constitucional Português. *Apud* TAVARES, André Ramos., cit., p. 69-70.

<sup>144</sup> Nesse sentido, leia-se OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000.

<sup>145</sup> Nesse sentido, a Constituição vigente trata da questão em seu artigo 5º, prevendo a inserção de direitos não dispostos no texto constitucional originário. A melhor doutrina vem tratando a questão com o entendimento de que tais direitos encontram-se insertos em cláusulas abertas, em que tais direitos não seriam típicos do texto constitucional.

<sup>146</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 74 e ss.

<sup>147</sup> As pontes entre o direito civil e o constitucional se constituem no objeto central dos livros indicados a seguir: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998; SARLET, Ingo Wolfgang (org). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003; \_\_\_\_\_. (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *A Constituição concretizada – construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 107 usque 163. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

A passagem dos direitos *não catalogados* para a influência dos direitos fundamentais nas relações civis se alinha a mais um fator de importância para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, dá-se em função de que tais direitos possuem uma dupla dimensão<sup>148</sup>. Por esse prisma, temos uma dimensão subjetiva, consistindo na abstinência do Estado de interferir na realização do direito privado, posicionando-se os direitos fundamentais como direitos de defesa; e, de outra parte, uma dimensão objetiva, conferindo um caráter prestacional e obrigacional aos direitos fundamentais a serem efetivados pelo Estado, não só respeitando tais direitos, diretamente por ele prestados, mas também, impedindo que os indivíduos entre si, ou até fora dos muros do Estado venham a lesar de qualquer forma tais direitos<sup>149</sup>.

Em se considerando a pesquisa dos direitos fundamentais, e, mais proximamente, os aspectos relacionais entre tais direitos e as relações privadas, deve-se tomar como parâmetro, uma perspectiva histórico-evolutiva dos direitos fundamentais, donde se perceberá a validade de tais direitos em face do direito privado. A abordagem dessa perspectiva nos exigirá um aprofundamento teórico mais próprio a um novo estudo específico.

## 2.4 NOTAS SOBRE AS TEORIAS DA EFICÁCIA DIRETA (*IMEDIATA*) E INDIRETA (*MEDIATA*)

A temática palpitante que gira em torno da eficácia e/ou validade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas dos particulares não tem, pelo que percebemos, até esse momento, uma mínima concordância quer doutrinária, quer jurisprudencial. Duas correntes vêm historicamente se pautando a fim de explicar esse fenômeno jurídico.

A corrente monista que aponta a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada, diz-nos quanto à supremacia do texto constitucional que, numa estrutura positivo-vertical, não poderá afastar a aplicação de tais direitos na órbita privada. Em regra, tem-se admitido o uso da interpretação conforme, nos termos da Constituição, na solução dos confrontos entre as normas de direitos fundamentais e o mundo civil<sup>150</sup>.

Como já dito, há uma segunda corrente, referida como dualista, que valoriza a liberdade contratual (autonomia de vontade), não se sujeitando tal liberdade a restrições ligadas à normatividade constitucional, sobretudo, porque a tal liberdade também tem morada na Constituição. Dizem os alinhados com essa corrente teórica que as vinculações das normas fundamentais se dão com o legislador, e, só indiretamente, através do legislador privado<sup>151</sup>, poderiam vir a tocar nas

<sup>148</sup> Ibidem, p. 141 e ss.

<sup>149</sup> O contexto doutrinário acima posto, nos remete a algumas linhas de investigação, que, dado aos propósitos mais específicos deste trabalho, merecem ser destacadas, porém, não se adequam a uma análise mais profunda nesse momento. São elas: a) a decisão firmada no célebre julgamento LÜTH, ocorrido perante o Egrégio Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1958, e sua possibilidade de aplicação na atualidade; b) a falta de precisão do termo "direito fundamental", que contribuiu para o surgimento de direitos irrealis no campo das relações privadas; c) a eficácia direta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada; d) a convivência harmônica, porém, autônoma do direito civil e do direito constitucional.

<sup>150</sup> O Supremo Tribunal Federal do Brasil já firmou entendimento de que o mecanismo de harmonização constitucional em exame só é passível de utilização quando a norma impugnada admitir, dentre várias interpretações ou ilações possíveis, uma que a compatibilize com a Lei Maior, sendo totalmente inadmissível em casos de o sentido da norma ser cristalino e unívoco. (STF – Pleno – Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.344-1/ES – Medida Liminar – Relator Ministro Moreira Alves, publicado no Diário da Justiça, Seção I, 19 de abril de 1996, pág. 12.212). Defendem nesse sentido a supremacia das normas constitucionais e a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, dentre outros, juristas como Vital Moreira e Gomes Canotilho, leia-se MOREIRA, Vital e CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Na mesma direção, leiam-se ABRANTES, José João. A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990; e, PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982.

<sup>151</sup> "Portanto, para os adeptos da teoria da eficácia indireta, cabe antes de tudo ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações jurídico-privadas que se revele compatível com os valores constitucionais. Competiria ao legislador, proteger

relações jurídicas particulares. Em verdade, os cultores dessa corrente, a rigor dos parâmetros civilistas, defendem que as normas de direito civil não estariam imediatamente sujeitas aos direitos fundamentais, pois se o raciocínio fosse contrário a esse, estar-se-ia desprestigiando a liberdade contratual e a autonomia de vontade como valores igualmente insertos no texto constitucional.

Em verdade, ainda que não definamos a melhor corrente a ser observada no caso brasileiro, remonta-nos, sem óbices, a algumas dificuldades visíveis para validação dos direitos fundamentais em face das relações privadas. No que tange ao trato da eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, os argumentos já são mais conhecidos da doutrina brasileira, em particular, os que vêm sendo utilizados pela jurisprudência do STF na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Por outro lado, na aplicação da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais no mundo civil, parecem-nos aumentar, sensivelmente, as dificuldades apresentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeiro plano, dir-se-ia que o Poder Legislativo brasileiro, como se encontra formatado pela Constituição Federal de 1988, não nos parece estar apto a dirimir conflitos ou acomodar valores contrastantes fora dos limites da jurisdição – *drittwirkung*<sup>152</sup> - e, muito menos ainda, com a necessária observância de critérios legitimamente disposto em consonância

com a vontade democrática da maioria social. Tal expectativa nos remeteria ao uso de técnicas hermenêuticas, de argumentação e de ponderação de valores somente aptas a serem realizadas, sem olvidarmos da moldura positivista das regras jurídicas, arriscando-nos a nos enveredarmos por um processo não democrático e inconstitucional de realização do direito, em que a unidade do texto constitucional estaria ameaçada numa crescente (des) legitimação de seu texto.

Por outro lado, vê-se, desde logo, mais uma preocupação importante a ser alinhada. Trata-se da necessidade em se estruturar uma Corte Constitucional apta a aferir os conflitos privados, interpretando-os a partir das normas ordinárias para, eventualmente, em se aplicando a teoria mediata ou indireta de validade dos direitos fundamentais nas relações privadas, não negar eficácia a princípios constitucionais também incidentes em cada caso analisado. Essa formulação já envolve em várias críticas<sup>153</sup>, apesar das preocupações que a circundam, merece, sem qualquer embargo, a atenção do debate jurídico, ao passo que as estruturas do Estado contemporâneo estão cada vez mais afetas às ações privadas, num constante processo de minimização do espaço público estatal<sup>154</sup>.

A grande diversidade de posicionamento ainda existente hoje sobre as bases teóricas referidas existem, em parte, dado à jovialidade de tais argumentos no cone sul do mundo, faz com que os posicionamentos acerca do tema e a aplicação dos direitos fundamentais apresentem uma diferença bem aparente, ao passo que a aplicação tradicional dos direitos

os direitos fundamentais na esfera privada, mas sem descurar-se da tutela da autonomia da vontade. Portanto caberia ao Legislativo proceder a uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, na qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonâncias com a consciência social de cada época. Nesta perspectiva, entre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria à lei fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança ao tráfico jurídico, e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes". (Cfr. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 200).

<sup>152</sup> Técnica alemã de controle de valores sociais contrastantes pelo Poder Legislativo, mediando a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares

<sup>153</sup> Nesse sentido, leia-se: "(...) Finalmente, cumpre destacar que a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais na esfera privada foi objeto de diversas críticas. Por um lado, há quem afirme, à direita, que a impregnação das normas de Direito Privado pelos valores constitucionais pode causar a erosão do princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis e comerciais. Da outra banda, a doutrina é criticada por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos incertos humores do legislador privado. E há ainda quem aponte para o caráter supérfluo desta construção, pois ela acaba se reconduzindo inteiramente a noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a Constituição (...) (SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 204).

<sup>154</sup> Lê-se que a Constitucional de 1988 define que as normas que definem direitos e garantias individuais e coletivas são autoaplicáveis, porém, silenciou quanto a quem poderiam ser opostos os direitos fundamentais, se só contra o Estado ou se também entre os indivíduos, reciprocamente considerados.

fundamentais, sempre os considerou como afetos aos indivíduos e em contraposição ao Poder Público, independente das discussões quanto a sua titularidade. Já no que tange à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, os indivíduos envolvidos podem, por vezes, terem interesses antagônicos, ainda que ambos sejam detentores dos direitos fundamentais envolvidos<sup>155</sup>.

## 2.5. CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: A VALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES COM OS PARTICULARES

Em meio aos novos debates advindos com a crescente relação entre os direitos fundamentais e o direito privado, eis que as figuras jurídicas das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados vêm ganhando novos contornos. A partir da adoção da teoria da eficácia mediata ou indireta, mesmo que consideradas as controvérsias envolvidas, que certamente mereceriam um novo e específico estudo, chegamos a uma possível assertiva quanto à eficácia dos direitos fundamentais naquilo em que não forem típicos, em face da *fundamentalidade* envolvida, aqueles que forem e enquanto forem oponíveis reciprocamente entre os indivíduos originalmente detentores de tais direitos (ex vi art. 5 e incisos da CR/88).

Tais direitos cunhados numa órbita particularmente civil, e não propriamente pública ou oponível ao Estado, dão primazia aos contrastes existentes para a observância dos limites impostos aos institutos da autonomia privada e das liberdades

públicas envolvidas, particularmente, da liberdade contratual, entendendo os teóricos da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, em que, tais institutos jurídicos são amparados pela Constituição vigente, e, portanto, caberia ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares.

Por essa perspectiva, caberia à lei a fixação da parcela legal que brindaria a cada um dos bens jurídicos envolvidos. Nesse aspecto, diz Daniel Sarmiento: "(...) Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança ao tráfico jurídico, e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes (...)"<sup>156</sup>.

Parte-se, nesse raciocínio, da existência de relações jurídico-privadas típicas, ou melhor, com os contraentes no patamar de igualdade negocial, e, em sendo assim, não haveria a necessidade de validação dos direitos fundamentais, já que o princípio da isonomia incidente e de cunho constitucional, já estaria protegido. Essas regras de direito privado, face à salvaguarda da isonomia no tratamento dos negociadores, não redundaria na incidência de direitos fundamentais oponíveis propriamente contra o Estado, mas sim, entre os particulares de per si, e, reciprocamente considerados. Trata-se de direitos não derivados diretamente de obrigações e/ou deveres estatais de fazer (positivos) ou não fazer (negativos), tais como saúde, educação, etc... Tais direitos teriam um núcleo privado em sua origem, e, portanto, considerados, prioritariamente, a partir dos preceitos da liberdade contratual e da autonomia de vontade. Essa lógica nos remete, forçosamente, a considerar dois fatores de importância para esse processo de realização dos direitos fundamentais nas relações privadas envolvidas. Senão vejamos.

<sup>155</sup> Esse contexto antagônico de interesses vem sendo descrito como: eficácia externa dos direitos fundamentais – *Drittwirkung der Grundrechte*. O Professor Ingo Wolfgang Sarlet aponta que não se pode confundir a validade dos direitos fundamentais nas relações privadas com o dever de observância de referidos direitos por parte do Legislador e do Magistrado. Diz o jurista que mesmo se tratando de matérias conexas, existe clara diferença técnica entre a validade externa dos direitos fundamentais e a eficácia vertical dos direitos de fundamentalidade. Com efeito, é remansoso na melhor doutrina que a eficácia vertical dos direitos fundamentais é a que atrela os exercentes do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. (A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001).

<sup>156</sup> *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 200.

O primeiro deles é o importante papel das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados na realização de tais direitos. Em se considerando a concepção teórica mediata ou indireta para a validade dos direitos fundamentais na esfera privada, caberia ao Judiciário o papel de preencher (com o uso da forma de interpretação constitucional mais adequada), as *cláusulas gerais* e os *conceitos jurídicos indeterminados* criados pelo legislador, dando-lhes uma aplicação harmônica em sentido e significado com os direitos fundamentais envolvidos<sup>157</sup>.

Seguindo esse raciocínio, nos espaços destinados à interpretação constitucional pelo Legislativo, o Judiciário além de preencher tais lacunas e/ou espaços, também rejeitaria, por inconstitucionalidade, a aplicação de normas privadas não compatíveis com os direitos fundamentais relacionados. Daí surge um desfecho curioso para os adeptos dessa teoria, qual seja, a possibilidade de que só nas excepcionalidades, ou melhor nas lacunas da legislação privada, e, o que seria fundamental, na inexistência de cláusula geral ou de conceito jurídico indeterminado passíveis de preenchimento pelo Judiciário, em sintonia com os direitos fundamentais relacionados, estaria autorizada a aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais incidentes nas relações privadas, sem qualquer mediação previa do Poder Legislativo.

Sem pretendermos definir uma posição pacífica sobre o tema que, como sabido na doutrina, ainda está em franca evolução e debate, parece-nos importante deixarmos algumas preocupações muito nítidas, e que nos chamaram muito a atenção na elaboração deste estudo.

Em primeiro plano, vemos dentre as dificuldades constitucionais que se apresentam, particularmente na ordem constitucional brasileira, o fato de que as controvérsias que

não auto-compostas extrajudicialmente (L. 9.307/96 – Lei da Arbitragem), e que provoquem lesão ou ameaça a direito deverão ser dirimidas, dado ao campo de abrangência da garantia do devido processo legal (ampla defesa e contraditório), e seu conteúdo de *fundamentalidade* decorrente do conteúdo da própria *cláusula pétrea do estado democrático de direito* (art.1, caput da CR/88), pelo Poder Judiciário, no exercício democrático da jurisdição (ex vi art. 5º, XXXV da CR/88). Tal raciocínio, salvo melhor juízo, dado à conflituosidade existente entre os direitos privados envolvidos, e, afastadas as possibilidades arbitrais para solucionar a controvérsia privada existente, poderia redundar em uma inconstitucionalidade apta a frustrar a efetividade da solução tecnicamente proposta pela teoria de eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas observadas.

Em segundo plano, também observamos um sério risco em que o Poder Judiciário, via de sua Corte Constitucional, a fim de resolver os conflitos privados que lhes forem apresentados, e, interpretando as regras ordinárias privadas aplicáveis, sem observar primeiramente o *caráter universal* dos direitos fundamentais envolvidos, o que, por óbvio também poderia originar inconstitucionalidades incidentais nas decisões a serem tomadas.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais se mostra como o limite da atividade legislativa a ser empregada, em suma, como o limite dos limites.

2. Os direitos fundamentais, em particular, as cláusulas pétreas são intangíveis, na medida em que a *dupla revisão* que

<sup>157</sup> No exercício desse propósito o Estado/Juiz, em regra, aplicaria a interpretação conforme o texto constitucional para realizar os direitos fundamentais não típicos em face das regras de direito privado incidentes. No direito alemão são muitas as decisões das Corte Constitucional com a doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Leiam-se casos de aplicação da mencionada teoria no direito alemão em, CANARIS, Claus-Wilhelm. *A Influência do Direitos Fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Leiam-se também como complementos doutrinários do tema, as interessantes contribuições de DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção dos modelos de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

lhes é imposta, admite a tese de alteração das regras que ampliem a alteração das normas constitucionais.

3. A denominação “direitos fundamentais” guarda procedência com a positivação de tais direitos na órbita do Estado.

4. Os direitos fundamentais têm como característica a proibição do retrocesso em face dos novos direitos que se formam no texto constitucional.

5. Os direitos fundamentais não são meras representações das Instituições estatais, mas, normas prevalentes e privilegiadas, dotadas de força normativa.

6. Na democracia constitucional, há necessidade de se realizarem vínculos rígidos a todos, corporificando a universalidade dos direitos fundamentais em sua eficácia horizontal, direta e imediata.

7. Os direitos fundamentais serviram para minorar a interferência estatal na vida privada, e, no contexto atual, na implementação de direitos até mesmo com alto grau de abstração como a felicidade.

8. A *fundamentalidade formal* tem servido à positivação de direitos privados na Constituição, em face das mutações constitucionais aditivas e modificativas do rol de direitos civis constitucionalmente relacionados.

9. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais se dá a partir de duas correntes doutrinárias cientificamente produzidas. São elas, a corrente monista e a dualista.

10. A corrente monista que aponta a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada, diz-nos quanto à supremacia do texto constitucional,

que, numa estrutura positivo-vertical, não poderá afastar a aplicação de tais direitos na órbita privada.

11. A corrente dualista que valoriza a liberdade contratual (autonomia de vontade), não sujeita tal liberdade a restrições ligadas à normatividade constitucional, sobretudo, porque essa mesma liberdade também tem morada na Constituição, e em particular, na *fundamentalidade formal* insculpida na isonomia de tratamento entre as partes nas relações privadas.

12. A eficácia ou validade horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas se daria mediante a mediação do legislador privado.

13. As relações jurídico-privadas típicas, em que os contratados estarão em igualdade negocial, e, em sendo assim, não haverá necessidade de validação dos direitos fundamentais, pois, o princípio da isonomia de cunho constitucional estaria protegido.

14. Os direitos decorrentes de um núcleo privado em suas origens serão considerados a partir de preceitos da liberdade contratual e da autonomia de vontade.

15. Na teoria da eficácia indireta ou mediata, ao Judiciário caberia o papel de preencher as lacunas do ordenamento jurídico privado por meio de cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, dando-lhes uma interpretação conforme o sentido constitucional.

16. A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas poderia frustrar a garantia constitucional disposta no art. 5º, XXXV da CR/88.

17. A teoria da eficácia indireta ou mediata poderá redundar em possível frustração do caráter universal dos direitos fundamentais envolvidos.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- \_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*. Madri: Gedisa Editorial, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARROS, Sérgio Rezende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed., 1997, São Paulo: Saraiva.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 5ª ed., 2002, Celso Bastos Editor, São Paulo.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Modernas tendências para a alteração constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Disponível em <http://www.ibdc.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2000.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4ª ed., 1962, Editora Globo, Porto Alegre.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998*. 4º vol. Tomo I – São Paulo: Saraiva, 1995.
- BELAUNDE, Domingo García; SEGADO, Francisco Fernández; VALLE, Rubén Hernández. *Os sistemas constitucionais iberoamericanos*. [Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos]. Madrid: Dykinson, 1992.
- BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4a. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- \_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 14a Tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Igualdade e liberdade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa – por um direito constitucional de luta e resistência – por uma nova hermenêutica – por uma repolitização da legitimidade*. 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 516-523.
- \_\_\_\_\_. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica plural – possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BOULOS, Christianne. *Coalisão de direitos fundamentais*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002.
- BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966.
- CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoria general de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 9ª ed. – São Paulo: Atlas, 1987.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 5ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CARNELUTTI, Francesco. *Arte do Direito*. Tradução: Hebe A. M. Caletti Marengo. 2001, Edicamp, São Paulo.
- COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*. 7a. ed. Paris: Dalloz, 1989.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1995.
- \_\_\_\_\_. *O valor da constituição – do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- DÓRIA, A. de Sampaio. *Direito Constitucional, Volume 1º, Primeiro Tomo, 5ª ed., s/d, Max Limonad, São Paulo*.

- DUGUIT, Leon. **Fundamentos de Direito**. Tradução: Eduardo Salgueiro. s/d, Editorial Inquéritos, Lisboa.
- FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1a. ed. 2a. tir. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel et droits de l'homme**. Presses Universitaires d' aix-marseille, 1987.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed., 1998, Martins Fontes, São Paulo.
- \_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.
- HEYMANN-DOAT, Arlette. **Liberdades Públicas e direitos humanos [Libertés publiques et droits de l' homme]**. 4a ed. Paris: LGDJ, 1997.
- JÚNIOR, Jayme Benvenuto Lima. **Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais**. [Los derechos humanos, económicos, sociales y culturales]. Bolívia:PIDHDD, 2001.
- LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Tradução Walter Stöner. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- \_\_\_\_\_. **A essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LEÃO, Anís José. **Limites da Liberdade de Imprensa**. Minas Gerais: Faculdade de Direito – Universidade de Minas Gerais, s/d.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria da Constituição [Teoria de la Constitución]**. Tradução: Alfredo Gallego Anabiterte. Barcelona: Ariel, s/d.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Pessoa, personalidade, dignidade**. 2003. Tese (Livre-Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MELO, Sandro Nahmias. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 11. abril-junho, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2ª Ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, Darcy Arruda. **Dos Abusos da Liberdade de Imprensa**. 1959, Revista dos Tribunais, São Paulo.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**. vol. II. 2ª ed. rev.– Coimbra: Coimbra editora, 1988.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª ed. – São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA, Vital. **O Direito de resposta na comunicação social**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- NETO, João dos Passos Martins. **Direitos fundamentais – conceito, funções e tipos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **O Estado é meio e não fim**. 2ª Ed., 1945, Saraiva, São Paulo.
- NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- PACE, Alessandro. **A causa da rigidez constitucional**. [La causa della rigidità costituzionale]. 2ª ed. ampl. – Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996.
- PAUPÉRIO, A. Machado. **Teoria Geral do Estado**. 2ª Ed., 1955, Forense, Rio de Janeiro.
- PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Direitos humanos, Estado de direito e Constituição [Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución]**. 2a. ed. Madrid: Tecnos, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Los derechos fundamentales**. 7a. ed. Madrid: Tecnos, 1986.
- PINA, Antonio López. (Org.). **A garantia constitucional dos direitos fundamentais [La garantía constitucional de los derechos fundamentales – Alemanha, España, Francia e Italia]**. Madrid: Editorial Civitas, 1991.
- PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- POUND, Roscoe. **Liberdade e garantias constitucionais**. Trad. E. Jacy Monteiro. 2a. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.
- RÉMY, Cabrillac; Frison-Roche, Marie-Anne; Revet, Thierry. **Droits et libertés fondamentaux**. 4a. ed. Paris: Dalloz, 1997.
- REVISTA LATINO-AMERICANA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. Minas Gerais: Del Rey, n. 1 – jan./jun., semestral. ISSN 1678-6742.
- REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA/Supremo Tribunal Federal, Serviço de Divulgação. Vol. 153 (páginas 711 a 1090). Setembro de 1995.
- RIVERO, Jean. **Lês libertés publiques**. 8a. ed. Paris: PUF, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Les libertés publiques**. 5.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

ROSS, Alf. *Hacia una ciência realista del derecho – crítica del dualismo en el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. José Adércio.(Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2a. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais – estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SCHMITT, Carl. *Teoria da Constituição*. [Teoría de la constitución]. Versão espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. *A Constituição Burguesa*. 4ª ed., 2001, Lumen Juris, Rio de Janeiro.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Organização e Introdução de Aurélio Wander Bastos. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª ed. rev. – São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais e direito comunitário - por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais – Constituição – cidadania – violência – a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2a. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN. Centre d'études européennes. *Os direitos do homem e as pessoas morais [Lês droits de l'homme et lês personnes morales]*. Bruxelles:Établissements Emile Bruylant, 1970.

VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.



## O CONTROLE JUDICIAL: DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DO PROCESSO

### JUDICIAL REVIEW: FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE PROCESS THEORY

Jean Carlos Dias<sup>158</sup>

#### Resumo

O presente ensaio analisa o controle judicial relacionado a questões envolvendo a teoria e concretização dos direitos fundamentais tendo como pano de fundo as Teorias do Direito e do Processo contemporâneas. O texto demonstra como esses âmbitos teóricos se relacionam e como são interdependentes no atual contexto constitucional, filosófico e social.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Controle Judicial. Teoria do Processo. Teoria do Direito.

#### Abstract

This essay analyse the judicial review and the questions about fundamental rights having as background the contemporary theory of law and theory of process. The text explain the relations between them in the constitutional, philosophical and social scenery.

**Keys word:** Fundamental Rights. Judicial Review. Theory of process. Theory of law.

<sup>158</sup> Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal do Pará. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Unesa-RJr. Atualmente é Advogado, Sócio de Bastos Dias - advogados e consultores. Professor de Teoria do Direito, Direito Processual Civil e Análise Econômica do Direito nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário do Pará-CESUPA onde também coordena o Programa de Pós-Graduação stricto sensu na área de Direito. Professor convidado da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará, do Centro de Formação do Ministério Público do Estado do Pará, da Escola Superior de Advocacia, da Escola Judiciária do Tribunal de Justiça do Amapá, do Poder Judiciário Escola do Tribunal Regional do Trabalho de 8a. Região. É membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo, da Associação Brasileira de Direito e Economia, do Comitê Brasileiro de Arbitragem-CBAr. É membro de diversos conselhos editoriais de revistas jurídicas. Membro de bancas de Concursos Públicos. Árbitro da CAMES-SP. Vice-Presidente Regional do CONPEDI.

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais apresentam uma importante repercussão teórica nos diversos campos do Direito. Sob diversas tendências eles têm promovido a revisão de métodos de interpretação e aplicação dos institutos jurídicos tradicionais e, tanto quanto isso, promovido uma retomada dos aspectos valorativos das normas jurídicas positivas.<sup>159</sup>

Esse fenômeno deriva não somente da evidente ampliação do sistema de direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, mas principalmente pelo desenvolvimento da Teoria do Direito, em especial, pela superação dos paradigmas positivistas.

Isso implica uma exigência de contextualização das teorias subsistemáticas como a do Processo, a do Direito Contratual, a Criminal, enfim um verdadeiro movimento de busca por compatibilização desses vários círculos com o sistema constitucional.

A esse respeito analisei em outro estudo:

“o movimento de revisão da dogmática jurídica tradicional em função da irradiação da teoria dos direitos fundamentais coloca em destaque a necessidade de reconsideração dos primados estruturantes dos diversos subsistemas”<sup>160</sup>

Essas várias tendências têm gerado uma rica produção intelectual e reposicionado os estudos jurídicos para um novo norte metodológico que deriva exatamente da reconstrução do Direito a partir de uma visão constitucional.

No campo do Direito Processual esse movimento revisionista adotou, com algumas ressalvas, o emblema “neoprocessualismo”.

Embora algumas obras importantes<sup>161</sup> já tenham sido publicadas nesse sentido, persiste, na teoria do processo, uma abordagem centrada na análise de institutos derivados de uma visão positiva do Direito que, em geral, ignora o impacto dos direitos fundamentais nesse campo.

No presente ensaio pretendo demonstrar que, embora não tenha sido amplamente reconhecida e aclamada, há necessidade de uma nova teoria do processo de fundo constitucional e ancorada em uma perspectiva teórica que precisa ser devidamente estudada e que deverá reposicionar o estudo do processo.

De outro lado, argumentarei que esse reposicionamento é indispensável não somente por razões de cunho teórico, mas também para fazer frente ao fenômeno da expansão do judicial review em todo o mundo contemporâneo lançando um novo desafio aos estudos processuais.

## 1 A “FUNDAMENTALIDADE” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De onde deriva a qualidade que alça os direitos fundamentais a uma condição basilar dentro de um sistema jurídico? Esse é o tema que pretendo examinar nesta seção.

Para fins terminológicos, vale a pena desde logo registrar que adotarei no presente texto a expressão “direitos fundamentais” como denotativa dos direitos humanos que receberam reconhecimento em uma Constituição. Uso, assim, conceitualmente, o critério da positivação constitucional, naturalmente, essa opção não implica a adesão à tese de que a normatividade desses direitos deriva do registro no Texto

<sup>159</sup> Publicado originalmente na Revista de Direito Constitucional e Internacional. N. 83. Abr-jun-2013.

<sup>160</sup> Dias, Jean Carlos. *Problemas Contemporâneos de Teoria dos Direitos Fundamentais: esboço para uma investigação abrangente*. In *Direitos Fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade*. Jean Carlos Dias, Paulo Klautau Filho (orgs). São Paulo: Método. 2010. P. 25

<sup>161</sup> Por todos ver Cambi, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

Constitucional, sendo utilizada, aqui, apenas no plano conceitual. Desenvolverei melhor o tema adiante.

Quando se argumenta que os direitos fundamentais assumem um novo norte teórico para as disciplinas jurídicas faz todo sentido perquirir a respeito das razões de uma tal afirmação, em outros termos, por que esses direitos têm uma função estruturante nos sistemas jurídicos contemporâneos?

A resposta a essa pergunta, por peculiar que pareça, não pode ser buscada no Direito Constitucional em si, mas na Teoria do Direito subjacente, isto é, a possível explicação para a “fundamentalidade” de certos direitos está no plano da concepção do que o Direito é.

Uma primeira forma de responder ao questionamento formulado acima é simplesmente postular que os direitos fundamentais devem ser respeitados porque derivam do processo de formulação do texto constitucional, em outras palavras, porque estão contidos em um documento jurídico dotado de normatividade.

Essa proposta de solução é que, com variações, faria o pensamento positivo. Basicamente o suporte dessa afirmação está sustentada na noção de que os direitos devem ser assegurados à medida que o processo de produção institucional de produção de normas tenham sido obedecido.

Essa vertente, assim, está comprometida com uma visão monista do ordenamento jurídico centrado na produção legislativa estatal como reduto de toda a juridicidade.

O cerne da questão pode ser observada na descrição de Gesta Leal:

“ao lado dimensão ética e moral dos direitos humanos, impõem-se, principalmente na era moderna, a necessidade de se incorporar aos ordenamentos jurídicos constituídos, sob

pena de não poderem, à luz da lógica jurídica dominante, ser objeto de proteção e implementação estatal”<sup>162</sup>

O pensamento positivista, portanto, admite os direitos fundamentais como padrões jurídicos normativos desde que se enquadrem nos modelos de validade que adota. Isso implica dizer que não são admitidos como normativos valores que não tenham passado por esse crivo formal.

O esquema formal é bem sintetizado na reflexão de Dimoulius:

“os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos”.<sup>163</sup>

As conseqüências teóricas de limitar a juridicidade ao âmbito da atuação estatal e a insistente separação entre a moral e o direito são amplamente estudadas hodiernamente pelos críticos do positivismo jurídico.<sup>164 165</sup>

Em termos gerais, os mesmos argumentos que demonstram as limitações do positivismo como uma teoria do Direito alcançam o problema dos direitos fundamentais.

A renúncia a padrões morais para avaliar e validar a produção legislativa, ao mesmo tempo em que se apresenta como uma virtude para os autores ainda emprenhados em obter a pureza do Direito, mostra-se inadequada e insustentável para os teóricos que pretendem exatamente reinserir a moralidade no plano jurídico.

O positivismo ascendeu à teoria dominante como contraposição ao jusnaturalismo, esta por sua vez, ofereceria uma resposta distinta ao problema que estamos examinando.

<sup>162</sup> Leal, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. P. 51.

<sup>163</sup> Dimoulius, Dmitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Método. 2009. p. 47

<sup>164</sup> Ver a respeito, por todos, Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2008

<sup>165</sup> Ver a respeito Dias, Jean Carlos. *O Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método. 2007. P. 27.

A explicação ancorada na vertente do direito natural sustentaria que a fundamentalidade deriva da existência de valores superiores e exteriores ao homem e à sociedade que não poderiam ser desconsiderados. Como aponta Dorado Porras<sup>166</sup>, a questão central é que essa teoria sustenta a existência de uma dualidade de bases normativas em um sistema jurídico – o direito natural e o direito positivo – sendo, contudo, que admite como axioma a precedência da primeira em relação à segunda.

A origem desses valores, contudo, é objeto de divergência entre o jusnaturalismo medieval e o moderno. Enquanto o primeiro os derivava do plano divino como uma tentativa de construção de uma ordem humana correlata à divina, o segundo a deriva da razão como meio de possibilitar a convivência social. A respeito do segundo, Javier Hervada, indica que :

“O direito natural não quer dizer outra coisa além de que, em determinadas esferas da ação humana, há condutas racionais e condutas irracionais, há condutas condizentes com a reta razão e condutas contrárias a ela.”<sup>167</sup>

Nesses termos o jusnaturalismo moderno sustenta que a razão é o critério para crítica das condutas humanas e que exatamente por isso os valores derivados de suas aplicação são essencialmente denotativos da condição humana e por isso mesmo têm precedência sobre o ordenamento jurídico positivo que deve apenas especificá-los.

Consoante a perspectiva jusnaturalista ao plano dos direitos fundamentais, poder-se-ia concluir que a “fundamentalidade” desses direitos decorre exatamente do fato de se constituírem dos valores essenciais reconhecidos por uma sociedade como paradigmas para ordenar a conduta humana e por via de consequência para a construção do direito positivo. Isso porque esses direitos se constituíam como parâmetros aceitos de manifestação da reta razão para avaliação das condutas humanas.

A importância do jusnaturalismo como fundamentação ético-jurídica dos direitos deriva do fato de que, a despeito de sua decadência como teoria predominante do Direito em razão do prestígio das teorias positivistas, serviu de fundamento para um conjunto de estudos que acabaram por retomar a necessidade de contextualização do direito positivo frente a um sistema de valores de base moral.

É tributário do jusnaturalismo a atual concepção de dignidade da pessoa humana tomada, por parte considerável da literatura especializada como elemento originador dos direitos fundamentais. Trata-se, porém, de uma concepção mais precisa e com implicações mais amplas considerando a pluralidade ética, jurídica e política das sociedades contemporâneas. A esse respeito, Silveira e Rocasolano apontam:

“O fundamento último dos direitos humanos é a dignidade da pessoa humana. Para o jusnaturalismo medieval, o caráter pessoal era o que determinava que o homem fosse a imagem e semelhança de Deus. O entendimento predominante no jusnaturalismo moderno, por outro lado, é o de que esse caráter está ( como dado objetivo, real ou fato social) na peculiar existência do homem como ser racional, com possibilidade de realizar-se igualitária, livre e solidariamente junto aos demais seres humanos.”<sup>168</sup>

Nesse exato sentido, a matriz de pensamento jusnaturalista entra na contemporaneidade por meio do reconhecido da dignidade da pessoa humana como eixo central para a compreensão dos sistemas jurídicos.

Tanto quanto isso a dignidade assume ao mesmo tempo a feição de marco para as relações sociais como também para a própria ação estatal. Nesse sentido Pérez González aponta:

“Todos y cada uno, sin excepción, estamos obligados a respetar aa dignidad de los

<sup>166</sup> Porras, Javier Dorado. *Jusnaturalismo Y Positivismo Jurídico*. Madri: Dykinson. 2004. P.54

<sup>167</sup> Hervada, Javier. *O que é direito? A moderna resposta do realismo jurídico*. São Paulo: Martins Fontes. 2006. . p.68.

<sup>168</sup> Vladimir Oliveira da Silveira, Maria Mendez Rocasolano. *Direitos Humanos Conceitos, significado e funções*. São Paulo: Saraiva. 2010. P.219.

demás, considerando al prójimo como outro yo. Muy especialmente, el Estado viene ineludiblemente obligado a respetar e proteger la dignidade. Reconocida la persona y su dignidad, El Estado y demás entes públicos deben respetarla e protegerla".<sup>169</sup>

É significativo que os Textos Constitucionais atuais, como por exemplo o brasileiro<sup>170</sup>, tenham-se preocupado em destacar a dignidade como marco critério de coerência da própria ordem constitucional. A esse respeito Sarlet aponta:

"dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional."<sup>171</sup>

Logo a dignidade expressa a fundamentalidade exatamente por se constituir no pano de fundo que justifica a própria formação da Constituição que dela derivam os direitos fundamentais.

Nesse exato sentido, não há mais como sustentar a fundamentalidade sem fazer recurso ao padrão de moralidade eleito pela própria Constituição e antes dela pela sociedade brasileira contemporânea como elemento de agregação dos direitos.

## 2 IMPLICAÇÕES DA FUNDAMENTALIDADE

Reconhecer a dignidade humana como fonte da fundamentalidade dos direitos consagrados na Constituição induz a persecução da identificação do papel que esses mesmos

direitos devem gerar do ponto de vista da ordem jurídica e mesmo em relação à atuação do Estado.

Os direitos fundamentais exercem uma tripla função na dinâmica jurídica de uma sociedade contemporânea que assuma o modelo do Estado democrático de Direito regido pelo Constitucionalismo: a) função fundamentadora do ordenamento jurídico, b) função hermenêutica, c) função de guia para a formulação de políticas públicas.

Num estágio de desenvolvimento teórico em que as dimensões da moralidade, independentemente de sua positividade tem evidente força normativa, sob a forma de princípios, os direitos fundamentais sendo derivados do fundamento essencial dessa moralidade que é a dignidade humana tornam-se alicerces da ordem jurídica.

Isso ocorre porque os direitos fundamentais, no mais das vezes assumem a densidade de princípios com o grau de generalidade que lhes é inerente e por isso demandam a especificação a situações mais concretas que é o cerne da produção do direito positivo.

Desse modo, há uma relação necessária de coerência entre o complexo de direitos fundamentais e o desdobramento positivo que rege as situações jurídicas cotidianas. A positividade é uma estratégia institucional de simplificação e de redução de complexidade que, no entanto, não exonera os agentes de observar a compatibilidade entre os direitos fundamentais e as regras que os especificam.

A segunda função dos direitos fundamentais é servir de guia hermenêutico. Tomando como ponto de partida o de que o direito nas sociedades contemporâneas é uma prática argumentativa, nos termos expostos por Dworkin<sup>172</sup>, as

<sup>169</sup> Pérez, Jesus Gonzalez. *La dignidade de la persona*. Madri: Civitas. 1986. P. 84.

<sup>170</sup> Quanto aos demais Textos Constitucionais ver a respeito Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002. P. 63.

<sup>171</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002. P. 81.

<sup>172</sup> Dworkin, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999. P. 271.

múltiplas e possíveis interpretações de uma norma devem ser testadas pelo critério da integridade.

Os direitos fundamentais formam um sistema de valores que oferecem os parâmetros a que os meios de criação do Direito positivo devem atender para poder alcançar a validade. É importante ter em vista que nas teorias não formais do Direito o conceito de validade é essencialmente substancial e denota uma relação de coerência com a produção jurídica de uma comunidade.<sup>173</sup>

Os critérios de correção derivam, assim, de uma argumentação de compatibilidade retrospectiva que, obedecendo aos padrões de justiça, equidade e proporcionalidade *lato sensu*, seja capazes de mais perfeitamente relacionar uma decisão com a cultura jurídica de uma comunidade.

Logo, diante de múltiplas possibilidades interpretativas a correta é a que melhor guarda coerência com esse referencial e melhor o explicita do ponto de vista da compatibilidade no tempo.

Assim, os direitos fundamentais apresentam-se como banco de validação essencial para a solução de multiplicidade interpretativa diante de casos que incorram nesse grau de complexidade.

Por fim, na terceira função, os direitos fundamentais exercem a função de parâmetro para a ação estatal na formulação de políticas públicas. Trata-se de um verdadeiro portfólio de valores que em última instância definem o programa de um Estado que se assume democrático e regido pelo Constitucionalismo.

Para os objetivos deste estudo é preciso ter em vista que a função fundamentadora e a interpretativa são nucleares para uma adequada concepção do papel dos institutos processuais tais como tradicionalmente estudados.

O primeiro nível de interação é que nosso sistema constitucional explicitamente consagrou um conjunto de direitos fundamentais cujo âmbito de incidência e aplicação é exatamente a prestação jurisdicional e mais propriamente as práticas interpretativas a ela correlatas.

Sendo esse o universo fundamentador não se podem compreender os institutos processuais senão a partir dessa relação de precedência. Isso, contudo, pode ficar incomodamente oculto quando ocorre o fenômeno da recepção constitucional do direito positivo.

No caso brasileiro, o fato do direito processual ser regulado por regras anteriores à nova ordem constitucional fez com que a teoria do processo continuasse vinculada a um círculo temático e teórico claramente incompatível com o cenário normativo vigente.

Somente muito recentemente começou o movimento de re colocação do direito processual face a esse ambiente constitucional mais amplo, e mesmo assim em termos ainda não explicitamente conectados com o sistema de direitos fundamentais processuais.

Em outro aspecto, o da função hermenêutica dos direitos fundamentais, a situação é ainda mais grave. Os métodos interpretativos do direito processual são essencialmente os derivados do positivismo jurídico a despeito da realidade teórica ser claramente diversa.

O papel normativo dos princípios no âmbito da hermenêutica processual é claramente ignorado em função de um apego excessivo e seletivo ao primado do devido processo legal em sentido formal, o que torna a teoria do processo contemporânea claramente anacrônica.

Enquanto os diversos ramos do Direito se orientam naturalmente pelo norte representado pela dignidade humana e os direitos fundamentais que a desdobram, os estudos processuais continuam atrelados a uma dogmática descritiva

<sup>173</sup> Por todos Dworkin, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999. P. 273

dos institutos legais revelando uma grave incompatibilidade sistemática.

É ainda relevante ter em vista que a expansão do Controle Judicial demanda uma re colocação do processo como veículo para a solução de controvérsias coletivas de grande repercussão social, tema que examinarei com mais vagar na seção seguinte.

### 3 O CONTROLE JUDICIAL - I

Como expus nas seções anteriores, o conjunto de direitos fundamentais deveria exercer importante papel no cenário do sistema jurídico regido por nossa Constituição, em especial no plano do direito processual.

Destaquei que um dos impactos relevantes sobre o processo é que as questões relacionadas aos direitos fundamentais têm frequentemente assumido a forma de demandas coletivas judicializadas com grande repercussão social e que, por isso, exigem uma dinâmica processual que extrapole a mera discricção dos institutos legais para se inserir no debate efetivo do papel do Judiciário nas sociedades contemporâneas.

No campo do controle judicial, alguns temas devem ser previamente examinados antes de ser possível demonstrar que a teoria tradicional do processo está em descompasso com a nossa realidade constitucional.

O ponto de partida é o exame das relações entre as funções estatais em nosso cenário contemporâneo, por isso examinarei dois pontos centrais. No primeiro tratarei do modelo de separação de Poderes adotado pelo nosso sistema Constitucional. No segundo ponto argumentarei que a ideia da segregação de Poderes tem um fim que é pertinente ao tema do presente ensaio.

a) Que separação de poderes foi consagrada pela Constituição Federal?

A experiência constitucional brasileira tem sido construída tendo como base a evolução social e política do nosso povo, mas também tem recebido, como todos os demais países do mundo, influência estrangeira.

No que diz respeito ao atual sistema constitucional conquanto o pluralismo de fontes de referências tenha sido enorme, não se pode deixar de dar crédito à experiência constitucional americana e francesa que por motivos óbvios influenciaram todo o ocidente.

Entre as diversas contribuições que ambas ofertaram ao modelo constitucional brasileiro está sem dúvida alguma o princípio da separação de poderes.

Os que questionam o sistema de separação de poderes sustentam seus argumentos nas supostas concepções de Montesquieu. Afirmam que o pensador francês entendia o princípio da separação de poderes como uma verdadeira segregação sem qualquer possibilidade de intervenção interna.

Vale destacar, porém que essa versão é errônea por duas razões: a) não é coerente com o pensamento de Montesquieu; b) não corresponde à concepção brasileira do princípio da separação que é muito mais próxima da versão americana.

Em sua obra, Montesquieu estabelece que a liberdade depende de uma clara e bem delineada separação de poderes, fixando, assim, o âmbito de incidência de cada um deles com a finalidade de que o jogo interno de exercício dessas prerrogativas seja suficiente para conservá-la.

Naturalmente o conceito de liberdade que Montesquieu tinha em mente difere bastante do conteúdo que podemos chamar de atual, como aponta BONAVIDES " Trata-se da liberdade individual, que tem por sede o homem, a sua personalidade inviolável; a liberdade, elevada ao grau de direito natural."<sup>174</sup>

<sup>174</sup> Bonavides, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 158.

É de se esperar assim que a proteção à liberdade que é o norte da concepção de Montesquieu determine uma ênfase mais acentuada na ideia da separação dos poderes. Na visão do pensador francês, a separação se constituía no melhor e mais efetivo modo de garantia do indivíduo, pois permitiria a conformação de um sistema endógeno de freios e contrapesos eficaz o suficiente para impossibilitar o exercício arbitrário do poder de forma a ceifar a liberdade.

A tônica que adota em seu discurso é muito mais tendente a uma delimitação do exercício segregado dos poderes de forma mais rigorosa: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes”<sup>175</sup>. Desde logo percebe-se que em Montesquieu a separação de poderes deveria ser levada a sério para usar uma expressão de Dworkin.

Em “O Federalista”,<sup>176</sup> Madison analisa essa posição que foi invocada pelos críticos do modelo constitucional americano então em debate, procurando estabelecer seus contornos no âmbito americano.

Embora a leitura apressada de Montesquieu possa levar a conclusão de que o sincretismo entre os poderes pode induzir à perda da liberdade, argumenta Madison que esse efeito somente ocorrerá se estivermos tratando da completa absorção de um poder pelo outro. Assim, o pensamento de Madison é no sentido de que a perda de liberdade é ocasionada quando um poder é suprimido em sua atuação autônoma no momento em que o titular de um outro poder passa a exercê-lo completamente.

Logo a usurpação de um poder pelo outro induz a configuração da situação de arbítrio institucional que estabelece um ambiente altamente arriscado do ponto de vista da proteção à liberdade individual.

De outro lado, demonstra que o exercício de parte do poder, isto é, exercício de determinadas atribuições que seriam

próprias de um outro poder não configuraria por si só o comprometimento do sistema de separação.

Deste modo, justifica a possibilidade de que determinadas funções judiciárias e executivas possam ser exercidas pelo poder legislativo e nesse diapasão reconhece que a Constituição pode estruturar um modelo de exercício residual de funções entre os diversos poderes sem que isso signifique o rompimento do sistema de separação.

A experiência americana, assim, procura ter uma postura mais flexível em relação à separação dos poderes do que a visão da teoria de Montesquieu que se pode chamar de rígida.

Tal tendência explica-se pelo fato de que a revolução americana contava com instituições acentuadamente mais plurais e democráticas que as francesas exatamente por estarem em um estágio menos consolidado, possibilitando assim uma abertura no exercício dos poderes consentânea com a Constituição então em gestação.

Uma posição excessivamente rígida poderia gerar o comprometimento da atuação dos poderes e tanto quanto isso inviabilizar o sistema de controle recíproco que se constituía em verdadeira pedra de toque do pensamento constitucional americano.

Exatamente por isso Madison insiste na defesa desse sistema de atuação “imprópria” uma vez que essa forma de atuação possibilitaria um importante e eficaz controle interno dos poderes.

O célebre federalista chega a afirmar que se não houver esse tipo de atuação (imprópria), o verdadeiro equilíbrio dos poderes torna-se irrealizável.

Para sustentar essa percepção aponta para a preponderância dada ao poder legislativo pela Constituição Americana o que levaria a um desequilíbrio dos poderes o que somente

<sup>175</sup> Montesquieu. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 168

<sup>176</sup> Hamilton, Madison & Jay. *O Federalista*. Campinas-SP: Russel. 2003. p. 416

pôde ser corrigido pelo fortalecimento dos demais poderes com a finalidade de dar-lhes meios de resistir às invasões do legislativo.

Então, na versão americana, vemos o princípio da separação dos poderes comportando uma aplicação constitucional mais flexível exatamente para permitir uma atuação mais eficaz dos poderes equilibrados por esse exercício impróprio que atua como outra ferramenta de freios e contrapesos.

Não parece haver dúvida de que há uma divergência entre o pensamento que se atribuiu a Montesquieu e o pensamento federalista no que se refere às supostas invasões de um poder em outro. No entanto, essa divergência parece ser apenas aparente, uma vez que Madison demonstra que o próprio Montesquieu admitiu a atribuição de funções impróprias aos poderes.

De fato, na leitura do “O Espírito das Leis”<sup>177</sup>, verifica-se que o pensador francês admite para garantir a justiça, igualdade e liberdade com que determinadas funções judiciárias sejam exercidas pelo legislativo, notadamente no caso dos julgamentos dos nobres e de atenuação das leis excessivamente rigorosas.

Então, o exercício de certas funções judiciárias pelo legislativo que as exerceria em caráter impróprio ou inespecífico não seria situação desconhecida de Montesquieu que não chegou a considerá-las como quebra da separação.

Em sendo assim, Madison parece lograr resultado positivo ao demonstrar que essa divergência era infundada e resultante de uma análise equivocada do “oráculo” francês.

Não por acaso BONAVIDES indica que: “Não só reconheceu Montesquieu a inevitabilidade de legítimas interferências recíprocas, como se capacitou da imperiosa necessidade de andarem os poderes em concertos, visto que seu

repouso ou imobilidade, qual seria de desejar, é contrariado pelo ‘movimento necessário das coisas’.<sup>178</sup>

Logo, aquela visão rígida quanto à separação de poderes atribuída a Montesquieu em razão de uma leitura transversal de sua obra não pode ser ratificada.

De resto vale o pensamento de CANOTILHO ao pontuar que: “Hoje tende a considerar-se que a teoria da separação de poderes engendrou um mito. Consistiria esse mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados”<sup>179</sup>. Adiante define que “mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes.”<sup>180</sup>

Assim torna-se evidente que mesmo no pensamento originário havia espaço para mútuas interferências como meio indispensável de controle.

Assim a tese de que a separação de poderes estaria comprometida pela interferência de outros poderes somente seria verdadeira se isso importasse na usurpação capaz de violar a liberdade individual.

Como se não bastasse a demonstração límpida de que a teoria de Montesquieu não referendaria a tese que a ele é atribuída, vale dizer que o pensamento francês tem um peso relativo na formação de nossa teoria constitucional.

Não resta dúvida de que a experiência constitucional brasileira, no que diz respeito ao conteúdo do princípio da separação, seguiu mais proximamente a tradição americana que em certo sentido reconstruiu a noção desenvolvida pelo pensador francês.

ACOSTA SANCHÉZ anota a esse respeito que “Transladada a América, la teoría europea de la separación de los poderes produjo resultados imposibles en Europa, en tanto

<sup>177</sup> Montesquieu. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 174

<sup>178</sup> obra citada. p. 161

<sup>179</sup> Canotilho, J J Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina. 3ª ed. p. 110.

<sup>180</sup> Canotilho, J J Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina. 3ª ed. p. 111

fuerse inmediata del primer constitucionalismo y fuente mediata de Ley suprema y de la primera jurisdicción constitucional de la historia.”<sup>181</sup>

Essa percepção tem sido consagrada pela doutrina jurídica brasileira que hodiernamente assume como integrante do postulado da separação de poderes o sincretismo no exercício impróprio das funções estatais.

Nesse sentido ODETE MEDAUAR reconhece que “ a formula originária não se ajusta totalmente à realidade político-institucional dos Estados”<sup>182</sup>

Assim, a doutrina brasileira há muito assentou – em conformidade com o pensamento dos federalistas americanos – que o sincretismo das funções estatais é uma realidade consagrada no nosso sistema sem qualquer prejuízo ao princípio.

b) O que é protegido pelo princípio da separação de poderes?

Os modernos sistemas jurídicos estão estruturados de modo a aliviar a tensão entre o constitucionalismo e a democracia e o fazem por diversos modos e técnicas institucionais.

Um dos meios mais eficazes é a estruturação de um conjunto de cláusulas que não possam ser modificadas ainda que de forma qualificada, constituindo-se, assim, no fenômeno da superconstitucionalidade.

Ao analisar tais disposições, OSCAR VIEIRA analisa que “Estas não apenas criam dificuldades quantitativas ao legislador, mas obstáculos intransponíveis – pois, diferentemente das demais cláusulas constitucionais, não podem ser alteradas ou abolidas”<sup>183</sup>

Essas disposições referem-se a um conjunto de valores que estruturam a própria ideia de democracia e por isso condicionam toda a produção constitucional originária ou derivada.

Em essência essas cláusulas não somente estão endereçadas às gerações futuras como de certo modo refletem exatamente um compromisso positivo com a garantia da democracia.

Com isto infere-se que a democracia não se constitui em um estado inerte, pelo contrário, está em contínua evolução e mutação e as cláusulas intangíveis buscam expandir e ampliar esse estado inicial e ao mesmo tempo preservá-lo.

O condicionamento que essas cláusulas impõem ao legislador ordinário e reformador não importa em uma restrição antidemocrática, mas sim uma virtual maximização da democracia.

As cláusulas superconstitucionais, assim, possibilitam a exclusão de certas modificações futuras tanto para garantir a estrutura estética do Estado como também para preservar direitos.

Nesse sentido expandindo o campo de incidência do princípio, ACKERMAN anota que a separação de poderes está comprometida com alguns ideais que se constituem como verdadeiros objetivos: “The first ideal is democracy. In one way or another, separation serve (or hinder) the project of popular self-government. The second ideal is professional competence. (...) The third ideal is the protection and enhancement of fundamental rights.”<sup>184</sup>

Pois bem, basta ter em vista esses ideais para vislumbrar que objetivos estão previstos nos sistemas constitucionais que consagram o sistema de separação dos poderes.

O primeiro objeto diz respeito à democracia, isto é, ao sistema de autogoverno representado classicamente pela

<sup>181</sup> Acosta Sánchez, José. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Madrid: Tecnos. 1998. p. 60

<sup>182</sup> Medauar, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT. 2003. p. 30

<sup>183</sup> Vieira, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de Justiça*. São Paulo: Malheiros. 1ª ed. p. 24.

<sup>184</sup> Ackerman, Bruce. *The New separation of Power*. *Harvard Law Review*. vol. 113. Nov 1999-Jun 2000. p. 640.

garantia de ampla e equitativa participação no processo político de cada sociedade.

O segundo objeto protegido pelo princípio da separação de poderes, tal como defendido por Ackerman, diz respeito à especialização da atuação estatal. É de se esperar que a separação dos poderes acabe por gerar um conjunto de experts capazes de atuar eficazmente e por isso cumprir com as missões que a Constituição lhes atribui.

Por fim o terceiro objeto protegido está relacionado com os direitos fundamentais<sup>185</sup>.

Como se pode observar, assim, o princípio da separação de poderes atua como uma verdadeira estrutura de organização do poder com a finalidade de atender a vários objetivos especificamente definidos pelos sistemas constitucionais.

Como garantia institucional, a separação configura um modelo de Estado em que as bases constitucionais estão comprometidas com valores e interesses sociais bem definidos.

Essa percepção já foi absorvida por setores da doutrina constitucional brasileira, tendo GISELA BESTER defendido que “ a separação de poderes existe primordialmente para limitar o poder em relação aos direitos dos cidadãos.”<sup>186</sup>

Desse modo a segregação das funções estatais é um compromisso com a tutela dos direitos fundamentais. O fato de que o Poder Judiciário está sendo demandado para concorrer com a atuação dos demais poderes ou funções não significa que o primado da separação esteja sendo enfraquecido ou colocado em risco.

As pretensões das sociedades massificadas contemporâneas têm exigido não a superação da separação entre as funções estatais, mas sim uma nova dinâmica institucional que pressiona não somente o aparelho estatal como coloca em xeque a teoria do processo.

## 4 O CONTROLE JUDICIAL – II

O núcleo da questão envolvendo os direitos fundamentais e o controle judicial têm em sua mais rasa e evidente percepção a tensão decorrente entre as funções estatais. Proteger os direitos fundamentais implica necessariamente uma redefinição do papel do Poder Judiciário e tanto quanto isso na estruturação de meios eficazes de execução no plano jurisdicional capazes de induzir a conduta dos titulares das demais funções.

Pode-se questionar por que a realização dos direitos fundamentais depende do controle judicial. Essa pergunta comporta duas ordens de argumentos distintos e, contudo, relacionados. A primeira linha deriva da posição específica do quadro de atribuições do Poder Judiciário e, em última instância, representa uma releitura de suas características institucionais; a segunda linha de argumentos estrutura-se na própria estratégia constitucional de proteção a tais direitos.

É amplamente reconhecido e deriva mesmo tanto do Texto Constitucional quanto das leis de fundo processual um conjunto de prerrogativas que se aplicam ao Judiciário e que integram, inclusive, o estudo tradicional da Teoria do Processo. Dentre esses elementos essenciais está a inafastabilidade da jurisdição e seu complemento material, o acesso à Justiça.

Nesse ponto é crucial para o desenvolvimento do que venho expondo ter em vista o sistema de acesso ofertado ao jurisdicionado. A evolução do direito de ação é importante para o que venho expondo pelo simples fato de que pode ser considerado como um termômetro adequado para medir o plano da igualdade envolvido na entrega de meios de apresentação de demandas ao Estado.

O ponto central é o direito de ação na Teoria da Jurisdição e, portanto, na Teoria do Estado, sofreu especialmente

<sup>185</sup> Ver a respeito Alexy, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993

<sup>186</sup> Bester, Gisela Maria. *Direito Constitucional*. v.1. São Paulo: Manole. 2005. p. 298.

em razão dos estudos processuais do século XIX uma evidente ampliação tanto de sentido como no plano puramente normativo-constitucional.

Isso deriva da derrubada teórica de restrições de acesso ao Judiciário, decorrentes de qualificações discriminatórias dos jurisdicionados, como as restrições impostas à mulher ou mesmo aos pobres. A expansão do direito de ação é tão relevante que o acesso universal, no caso brasileiro, ganhou roupagem constitucional na consagração do princípio da inafastabilidade gravado no nosso artigo quinto.

Essa ampla possibilidade de acesso inaugurou uma representatividade diversa da engendrada pelo sistema político-eleitoral, cujo voto na nossa realidade sempre se revelou muito mais um referendo público ao eleito que um diálogo institucional efetivo entre representante e representado. A falência da representatividade parlamentar nas sociedades contemporâneas complexas, por outro lado, acabou por colocar o acesso ao Judiciário como espaço de interlocução, porém em um plano eficaz claramente distinto. Isso porque a Jurisdição está obrigada a oferecer uma solução e isso pode resultar em medidas coativas realmente capazes de alterar o plano da realidade e com isso concretizar a proteção dos direitos.

No âmbito do controle judicial, o acesso à Justiça apresenta-se como uma garantia institucional de diálogo com uma solução obrigatória de solução derivada da argumentação exposta pelas partes, mediada por uma autoridade capaz de fazer valer sua decisão, inclusive contra o próprio Estado.

O anverso dessa questão é que o controle judicial, quando relacionado ao tema dos direitos fundamentais implica uma decisão cujo plano de eficácia deriva não do plano deliberativo parlamentar cujos parâmetros são de fundo político-eleitoral, mas sim da autoridade da decisão judiciária ao reconhecer a necessidade de proteção daqueles direitos.

Em outro estudo expus:

“O controle judicial, assim, manifesta-se como uma salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos fundamentais dos cidadãos que integram uma sociedade. Fallon, ao analisar esse tema, aponta que o sentido básico do controle judicial é exatamente retirar algumas decisões do âmbito político.”<sup>187</sup>

Não poderia ser diferente, na esfera judiciária o reconhecimento de direitos fundamentais decorre de sua constatação em função dos elementos da Teoria do Direito, quer em decorrência da necessidade de observância de regras positivas, quer fazendo recurso aos princípios, em outros termos, a norma jurídica aplicada deriva de um trabalho metodológico e teoricamente distinto do que ocorre no âmbito parlamentar.

A inafastabilidade, então, ganha um outro sentido, não somente como garantia de possibilidade de defesa de direitos face a efetivas ou possíveis violações, mas sobretudo como acesso a práticas discursivas capazes de gerar o mútuo esclarecimento e chegar a uma decisão vinculativa. Por isso, o acesso meramente instrumental tal como, geralmente, aceito pela doutrina processual não dá mais conta do que efetivamente o conceito significa.

O que de fato é assegurado é o debate qualificado, isonômico e mediado por técnicas processuais que asseguram um discurso dialógico, isto revela uma base pública de justificação, que, enfim, apresenta-se como parâmetro para o exercício do poder em uma sociedade.

Em um ambiente estruturado nesses moldes, a deliberação social ocorre por meio de agentes processuais realmente empenhados em compreender o problema e buscar soluções eficazes e cuja prestação de contas para com seus mandatários é imediata, trata-se, assim, de ampla realização da ideia de contestabilidade que é núcleo do conceito de razão pública nas mais influentes teorias políticas contemporâneas.<sup>188</sup>

<sup>187</sup> Dias, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Método. 2007. P. 99

<sup>188</sup> Ver a respeito Dias, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Método. 2007. P.84

Logo a teoria do processo precisa examinar como as condições representativas dos fundamentos necessários para as práticas discursivas precisam estar estruturadas para que possam apresentar-se, efetivamente, como instância de justificção pública das decisões.

Destaquei esse ponto em uma obra de cunho processual:

“o processo é uma garantia, que vai além disso, adentrando o campo da legitimação política do Estado quando funcionaliza a Jurisdição. Disso decorre a necessidade de colocar os estudos processuais para além da preocupação meramente positiva. Sobretudo, é indispensável adotar uma perspectiva de salvaguarda do instrumento em face do seu compromisso com os direitos humanos.”<sup>189</sup>

A garantia de público acesso ao Judiciário, assim, é mais que o direito de ação propriamente dito, é, em realidade, a assecuração de práticas deliberativas pautadas por critérios que viabilizam o uso público da razão, sobretudo, quando em pauta a definição e concretização dos direitos fundamentais.

A segunda linha de argumentação a que me referi no segundo parágrafo desta seção é relacionada à estratégia constitucional de proteção aos direitos fundamentais.

Um dos aspectos marcantes dos direitos fundamentais é que há intensa litigiosidade acerca de seu alcance concreto no plano fático. O tema já foi bem estudado por Dworkin ao tratar de conceito e concepção no *Direito*<sup>190</sup>, mas é preciso manter em vista como isso ocorre na formação da Constituição.

No momento da formação constitucional pode ocorrer que determinados direitos fundamentais sejam tão amplamente reconhecidos que sua consagração já explicita sua

forma de concretização com deveres estatais e sociais bem definidos no próprio Texto.

Quando, contudo, um determinado direito não alcança o nível de consenso necessário para uma completa descrição normativa e operacional, a estratégia constitucional redonda em projetar a discussão para o futuro e para a resolução de situações litigiosas específicas, em outros termos, transfere-se do plano constitucional para o jurisdicional.

Esse tipo de interação foi bem analisado em estudos comparativos e investigação de experiências constitucionais recentes<sup>191</sup> demonstrando que a expansão do Controle Judicial não deriva propriamente de um vácuo, mas de uma opção realista no momento de deliberação constitucional.

Dito isto, é natural que o ambiente processual onde o controle judicial revela-se deva ter compromisso com práticas deliberativas capazes de exteriorizar os requisitos constitutivos de um plano de justificção nos termos do uso público da razão.

Logo, há a formatação do processo não apenas como instrumento para a decisão, mas como direito de participar na construção do sentido normativo de direitos fundamentais com respaldo da própria Constituição.

Nesse exato sentido, há uma complementariedade entre os direitos fundamentais incompletos (no sentido que antes expus) e o direito processual como parâmetro para o uso público da razão. Essa afirmação tem implicações conceituais relevantes.

Usualmente os manuais de direito constitucional costumam diferenciar entre os direitos fundamentais, aqueles que consagram posições jurídicas protegidas e aqueles meios de assegurá-las, denominando essas últimas de “garantias” fundamentais. Essa tática tem por evidente finalidade estabelecer dois universos distintos de proteção e claramente não

<sup>189</sup> Dias, Jean Carlos. *Curso Crítico do Processo de Conhecimento*. Curitiba: Juruá. 2007. P. 27.

<sup>190</sup> Dworkin, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999. P.112.

<sup>191</sup> Ver a respeito Ginsburg, Tom. *Judicial review in new democracies*. Cambridge: Cambridge University Press. 2003.

considerar os direitos processuais como “verdadeiros” direitos fundamentais.

Se efetivamente observada a complementariedade derivada da estratégia constitucional de projeção da deliberação para o ambiente judicial, a distinção não somente não faz o menor sentido como deve ser abandonada.

Os direitos processuais são direitos fundamentais de natureza deliberativa que permitem que os cidadãos possam, no âmbito judicial, preencher as lacunas normativas constitucionais, sendo por isso mesmo direitos de participação política qualificada no seu mais alto grau, de certo modo, legatários do Poder Constituinte originário.

Tomado o problema nessa dimensão todos os direitos fundamentais são igualmente dignos de proteção e de concretização em patamares capazes de obter um sentido de dignidade construído coletivamente em diversos ambientes sem qualquer hierarquia institucional.

## CONCLUSÃO

A teoria do processo gravada pelo signo do individualismo acabou sendo estruturada historicamente como uma tentativa de descrição dos institutos legais que regulam o processo ou, quando muito, uma proposta de identificação de que elementos teóricos informaram a construção dos sistemas legais.

A abordagem tradicional não identifica *prima facie* nenhum papel relevante da Teoria do Processo no campo da interpretação, aplicação e concretização dos direitos fundamentais e muito raramente consegue se conectar com o tema do controle judicial.

Tanto quanto isso, há uma inerente tendência de isolar o conhecimento processual das questões materiais tendo por objetivo manter a emancipação científica do direito processual.

Esses três fatores – individualismo, desconexão com os direitos fundamentais e cientificidade – são as tendências que tornam a teoria do processo contemporânea anacrônica.

Os pontos que abordei demonstram particularmente que é indispensável repensar o papel do processo no cenário constitucional e político, e, tanto isso, contextualizar esse domínio do conhecimento às mais influentes perspectivas teóricas a respeito do fenômeno jurídico.

A expansão do controle judicial determina várias frentes distintas de reposicionamento do conhecimento jurídico, sendo de especial relevância o da Teoria do Processo.

A Jurisdição do século XXI, é a dos direitos fundamentais, do fortalecimento do Poder Judiciário na formação das ações estatais e da retomada da moral ao campo da Teoria do Direito, forçando, assim, uma visão mais complexa e rica dos conflitos.

Exatamente por isso é preciso reestruturar o mapa temático do processo para fazer frente a esse novo cenário.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *The New separation of Power*. Harvard Law Review. vol. 113. Nov 1999-Jun 2000
- ACOSTA SANCHÉZ, José. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Madrid: Tecnos. 1998.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993
- BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional*. v.1. São Paulo: Manole. 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros. 2001.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.
- DIAS, Jean Carlos. *O Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método. 2007. \_\_\_\_\_ . *Problemas Contemporâneos de Teoria dos Direitos Fundamentais: esboço para uma investigação abrangente*. In *Direitos Fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade*. Jean Carlos Dias, Paulo Klautau Filho (orgs). São Paulo: Método. 2010. \_\_\_\_\_ . *Curso Crítico do Processo de Conhecimento*. Curitiba: Juruá. 2007.
- DIMOLIUS, Dmitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Método. 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. São Paulo: Martins Fontes. 2008
- \_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999.
- GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies*. Cambridge: Cambridge University Press. 2003.
- HERVADA, Javier. *O que é direito? A moderna resposta do realismo jurídico*. São Paulo: Martins Fontes. 2006. .
- HAMILTON, Madison & Jay. *O Federalista*. Campinas-SP: Russel. 2003.
- LEAL, Rogerio Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT. 2003.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes. 2000.
- PÉREZ, Jesus Gonzalez. *La dignidade de la persona*. Madri: Civitas. 1986.
- PORRAS, Javier Dorado. *Jusnaturalismo Y Positivismo Jurídico*. Madri: Dykinson. 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.
- SILVEIRA, Vladimir. *Direitos Humanos Conceitos, significado e funções*. São Paulo: Saraiva. 2010.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de Justiça*. São Paulo: Malheiros. 1a ed.



# OS TRINTA E CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A INTERPRETAÇÃO DO STF EM RELAÇÃO À COMPETÊNCIA DAS AÇÕES JUDICIAIS CONTRA ATOS DO CNJ E CNMP: A IMPORTÂNCIA DO TEMA FIXADO NA RCL 33.459, ADI 4.412 E PET 4.770

## THE THIRTY-FIVE YEARS OF THE FEDERAL CONSTITUTION AND THE INTERPRETATION OF THE STF IN RELATION TO JUDICIAL ACTIONS AGAINST ACTS OF THE CNJ AND CNMP: THE IMPORTANCE OF THE TOPIC SET FORTH IN RCL 33.459, ADI 4.412 AND PET 4.770

José Henrique Mouta Araújo<sup>192</sup>

### Resumo

O presente ensaio pretende enfrentar aspecto ligado à competência para ajuizamento de ação judicial contra ato do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), levando em conta o recente entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Competência; Interpretação; CNJ; CNMP.

### Abstract

This article intends to address the aspect linked to the competence to file legal action against an act of the National Council of Justice (CNJ) and the National Council of Public Prosecutors (CNMP), taking into account the recent understanding adopted by the Federal Supreme Court.

**Keywords:** Competence; Interpretation; CNJ; CNMP.

<sup>192</sup> Pós-doutor (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), doutor e mestre (Universidade Federal do Pará), Professor do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Procurador do Estado do Pará e advogado.

## INTRODUÇÃO

O presente texto pretende enfrentar aspecto ligado à competência para ajuizamento de ação judicial contra ato do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), levando em conta o recente entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Visando à correta análise da questão, é necessário inicialmente tratar da competência para apreciação de Mandado de Segurança contra atos administrativos ou jurisdicionais dos diversos órgãos que compõem o Sistema de Justiça.

## DESENVOLVIMENTO

A interpretação constitucional prevalecente é muito simples: a competência do STF está presente apenas nos casos de *mandamus* impetrados contra atos “do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal” (art. 102, I, d, da CF/88). Nos casos envolvendo autoridade coatora local (Desembargador, Procurador Geral de Justiça Estadual e mesmo do Distrito Federal e Territórios, etc), a competência é do próprio Tribunal Local.

Outrossim, a Emenda Constitucional n.45/2004 atribuiu competência originária para o STF conhecer e julgar as ações contra atos oriundos do CNJ e CNMP (art. 102, I, r, da CF/88). A pergunta a ser enfrentada é a seguinte: *quais seriam estas ações indicadas no texto constitucional que devem ser propostas diretamente no STF?*

Lógico que, dentre estas ações, está incluído o mandado de segurança impetrado contra ato oriundo dos Conselhos. Na Pet 3674 QO/DF, o STF enfrentou e discutiu a competência para a apreciação de ação popular contra membro do CNJ, concluindo que não estava incluída na previsão constitucional em comento, senão vejamos:

“Competência originária do Supremo Tribunal para as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (CF, art. 102, I, r, com a redação da EC 45/04): inteligência: não inclusão da ação popular, ainda quando nela se vise à declaração de nulidade do ato de qualquer um dos conselhos nela referidos. 1. Tratando-se de ação popular, o Supremo Tribunal Federal – com as únicas ressalvas da incidência da alínea n do art. 102, I, da Constituição ou de a lide substantivar conflito entre a União e Estado-membro –, jamais admitiu a própria competência originária: ao contrário, a incompetência do Tribunal para processar e julgar a ação popular tem sido invariavelmente reafirmada, ainda quando se irrogue a responsabilidade pelo ato questionado a dignitário individual – a exemplo do Presidente da República – ou a membro ou membros de órgão colegiado de qualquer dos poderes do Estado cujos atos, na esfera cível – como sucede no mandado de segurança – ou na esfera penal – como ocorre na ação penal originária ou no habeas corpus – estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição. 2. Essa não é a hipótese dos integrantes do Conselho Nacional de Justiça ou do Conselho Nacional do Ministério Público: o que a Constituição, com a EC 45/04, inseriu na competência originária do Supremo Tribunal foram as ações contra os respectivos colegiado, e não, aquelas em que se questione a responsabilidade pessoal de um ou mais dos conselheiros, como seria de dar-se na ação popular”. (J. em 04.10.2006, DJ de 19.12.2006 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Por outro lado, vale citar passagem do acórdão em AgRg na RCL 32543 AgR / DF – (Rel. Min. Celso de Mello – 2ª T – J. em 06.05.2019 – DJe 16.05.2019), quando a Corte apreciou a competência em caso de irrisignação de ato ou deliberação oriunda do CNMP, concluindo que a mesma está presente

apenas quando se referir às ações constitucionais (Mandado de Segurança, *Mandado de Injunção, Habeas Corpus e Habeas Data*):

“A competência originária do Supremo Tribunal Federal, cuidando-se de impugnação a deliberações emanadas do Conselho Nacional do Ministério Público, tem sido reconhecida apenas na hipótese de impetração, contra referido órgão (CNMP), de mandado de segurança, de “habeas data”, de “habeas corpus” (quando for o caso) ou de mandado de injunção, pois, em tal situação, o CNMP qualificar-se-á como órgão coator impregnado de legitimação passiva “ad causam” para figurar na relação processual instaurada com a impetração originária, perante a Suprema Corte, daqueles “writs” constitucionais. Em referido contexto, o Conselho Nacional do Ministério Público, por ser órgão não personificado, define-se como simples “parte formal”, revestido de mera “personalidade judiciária”, achando-se investido, por efeito de tal condição, da capacidade de ser parte, circunstância essa que plenamente legitima a sua participação em mencionadas causas mandamentais. Doutrina. Precedentes. – Tratando-se, porém, de demanda diversa (uma ação ordinária, p. ex.), não se configura a competência originária da Suprema Corte, considerado o entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, manifestado, inclusive, em julgamentos colegiados, eis que, nas hipóteses não compreendidas no art. 102, I, alíneas “d” e “q”, da Constituição, a legitimação passiva “ad causam” referir-se-á, exclusivamente, à União Federal, pelo fato de as deliberações do Conselho Nacional do Ministério Público serem juridicamente imputáveis à própria União Federal, que é o ente de direito público em cuja estrutura institucional acha-se integrado o CNMP”.

Portanto, nos casos em que a demanda pretendia discutir a responsabilidade pessoal de membro do Conselho ou decisão do próprio Órgão, em *classe* estranha às ações constitucionais

acima citadas, o entendimento prevalecente era no sentido de que não se estava diante de competência originária do STF. Em suma: estas ações de conhecimento deveriam ser propostas no Juízo Federal de 1ª Instância.

Ainda no tema, é importante citar o Acórdão da QO-AO 1.814 (Rel. Min. Marco Aurélio – J. em 24.09.2014 – DJe de 3.12.2014):

“COMPETÊNCIA – AÇÃO – RITO ORDINÁRIO – UNIÃO – MÓVEL – ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cabe à Justiça Federal processar e julgar ação ajuizada contra a União presente ato do Conselho Nacional de Justiça. A alínea ‘r’ do inciso I do artigo 102 da Carta da República, interpretada de forma sistemática, revela a competência do Supremo apenas para os mandados de segurança”.

A jurisprudência então predominante da Corte caminhava no sentido de restringir o disposto no art. 102, r, do texto constitucional: STF apenas para as ações constitucionais, em que o Conselho tinha personalidade judiciária para figurar no feito (AO 1894 AgR - Rel. Min. Roberto Barroso- J. em 07.08.2018 - DJE de 17.08.2018), como nos casos de *Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Mandado de Injunção*. As demais ações de conhecimento que eram propostas contra a União deveriam tramitar na Justiça Federal (art. 109, I, da CF/88). Ainda no tema, indico a leitura da AO 1706/AgR (Rel. Min. Celso de Mello – J. em 19.12.2013 – DJE de 18.02.2014).

Contudo, esse entendimento restritivo decorrente do texto constitucional (art. 102, I, r), já vinha ocasionando alguns debates na própria Corte, antes mesmo da fixação da Tese oriunda do julgamento da ADI 4412; PET 4779 e RCL 33459.

A questão de fundo, e que corroborou com a ampliação interpretativa, passa pela seguinte indagação: *poderia magistrado de 1ª Instância, que é vinculado aos entendimentos do CNJ, apreciar em ação de conhecimento as decisões ou atos oriundos do Conselho?*

Essa preocupação está clara na passagem da Ementa da RCL 15.564-AgR, Rel. Min. Luiz Fux – 1ª Turma – J. em 10.09.2019 - DJe de 5.11.2019, com citação de vários outros precedentes da Corte Suprema no mesmo sentido:

“8. A competência do STF prescrita no artigo 102, I, “r”, da Constituição espelha um mecanismo assecuratório das funções do CNJ e da imperatividade de suas decisões, concebido no afã de que provimentos jurisdicionais dispersos não paralitem a eficácia dos atos do Conselho. Por essa razão, a competência originária desta Suprema Corte prevista no artigo 102, I, “r” da Constituição não deve ser interpretada com foco apenas na natureza processual da demanda, mas, antes, no objeto do ato do CNJ impugnado. Precedentes: Pet 4.656 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 4/12/2017; Rcl 16.575 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 21/8/2015; Rcl 24.563 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 21/2/2017; Rcl 14.733, decisão monocrática, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 6/4/2015 e Rcl 15.551, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 14/2/2014.

9. A dispersão das ações ordinárias contra atos do CNJ nos juízos federais de primeira instância tem o condão de subverter a posição que foi constitucionalmente outorgada ao Conselho, fragilizando sua autoridade institucional e a própria efetividade de sua missão. Decerto, a submissão de atos e deliberações do CNJ à jurisdição de membros e órgãos subordinados a sua atividade fiscalizatória espelha um indesejável conflito no sistema e uma dilapidação de seu status hierárquico no sistema constitucional”.

Da mesma sorte, na PET. 4656 (Rel. Min. Carmen Lúcia – J. em 19.12.2016 - DJe de 4.12.2017), o STF entendeu que:

“1. A restrição do permissivo constitucional da al. r do inc. I do art.102 da Constituição

da República às ações de natureza mandamental resultaria em conferir à Justiça federal de primeira instância, na espécie vertente, a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida. Reconhecimento da competência deste Supremo Tribunal para apreciar a presente ação ordinária: mitigação da interpretação restritiva da al. r do inc. I do art. 102 adotada na Questão de Ordem na Ação Originária n. 1.814 (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 3.12.2014) e no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.680 (Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 1º.12.2014), ambos julgados na sessão plenária de 24.9.2014”.

Como se percebe, a ampliação interpretativa visa a salvaguardar a própria atuação dos Conselhos, com o controle de seus atos pelo Pretório Excelso e não pela 1ª Instância. Contudo, pelo que é razoável afirmar que o STF não é competente para qualquer ação que vise a discutir a atuação dos Conselhos, mas apenas quando estabelecidos os seguintes requisitos: a) atos praticados em decorrência de ordem oriunda do CNJ e CNMP; b) atuação ligada aos objetivos precípuos que justificam a criação dos Conselhos (*exatamente visando a garantir as respectivas atuações institucionais*); c) necessidade de exaurimento de instância no CNJ e observância do que fora lá decidido.

A preocupação, quanto aos dois primeiros itens, está ligada à questão de hierarquia constitucional. Quanto ao último aspecto, resta claro que a competência no STF não pode atingir questão que não foi examinada no Conselho, como, decisão oriunda de Procedimento de Controle Administrativo (PCA) no CNJ quando o autor alega, na demanda judicial, matérias/fundamentos que não foram apreciados pelo Conselho.

Da mesma sorte, como citado no início deste texto, o STF não é competente para apreciação de mandado de segurança ou outra classe de ação visando ao controle praticado pelos Tribunais Estaduais e Regionais Federais.

Esta interpretação ampliativa ganhou, talvez, a última pá de cal com a fixação de Tese, decorrente do julgamento conjunto das ADI 4412 (Rel. Min. Gilmar Mendes, J. em 18.11.2020, DJe de 15.03.2021); RCL 33459- AgR (Rel. Min. Rosa Weber, Red p acórdão Min. Gilmar Mendes, J. em 18.11.2020, DJe de 23.03.2021) e Pet. 4770 (Rel. Min. Roberto Barroso, J. em 18.11.2020, DJe de 15.03.2021). Os acórdãos, inclusive, foram publicados no mês de março/2021.

Esta foi a Tese fixada pelo STF:

“Nos termos do artigo 102, inciso I, r, da Constituição Federal, é competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, todas as ações ajuizadas contra decisões do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público proferidas no exercício de suas competências constitucionais, respectivamente, previstas nos artigos 103-B, §4º, e 130-A, § 2º, da Constituição Federal”

Passagens do voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 4412 deixam clara a preocupação quanto à permanência da dupla competência (*ação de conhecimento na Justiça Federal e Ação Constitucional no STF*):

“A experiência colhida após a consolidação dessa jurisprudência demonstrou que, não raras vezes, decisões cautelares prolatadas por Juízos de primeira instância embarçaram o funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, esvaziando seu círculo de atribuições constitucionais e comprometendo o desempenho da relevante função institucional que o legislador incumbiu ao órgão de fiscalização do Poder Judiciário. Não foram poucos, tampouco esporádicos, os eventos em que decisões judiciais emanadas de órgãos jurisdicionais locais, situados na base do Poder Judiciário, sustaram atos normativos de caráter nacional editados pelo Conselho Nacional de Justiça,

pondo em xeque os objetivos constitucionais de racionalização do sistema judiciário brasileiro e de padronização do funcionamento dos diferentes ramos do Poder Judiciário nacional.

Também há exemplos graves de decisões judiciais de primeira instância que suspenderam penas disciplinares aplicadas pelo CNJ, fragilizando a credibilidade do órgão de controle e, por consequência, instituindo uma prática irracional de fiscalização do órgão nacional de controle pelos agentes locais fiscalizados”.

Ao final, o Exmo. Relator conclui:

“Destaco, sem pretensão de exaurir a discussão da matéria, a necessidade de submeter ao crivo do Supremo Tribunal Federal todas as ações ajuizadas contra decisões do Conselho Nacional de Justiça proferidas no exercício de suas competências constitucionais, especialmente quando a impugnação se voltar contra atos: (i) de caráter normativo ou regulamentar que traçam modelos de políticas nacionais no âmbito do Judiciário; (ii) que desconstituem ato normativo de tribunal local; (iii) que interpretam o regime jurídico da magistratura, inclusive no que toca à aplicação de sanções disciplinares; e (iv) que versam sobre serventias judiciais e extrajudiciais.

Como se pode observar, a preocupação, além de estar ligada à centralização do controle no Órgão de Cúpula do Judiciário, objetiva salvaguardar a própria atuação e aplicação das decisões dos Conselhos. Como restou claro na RCL 15.564-AgR, Rel. Min. Luiz Fux – 1ª Turma – J. em 10.09.2019 - DJe de 5.11.2019), “a competência do STF prescrita no artigo 102, I, “r”, da Constituição espelha um mecanismo assecuratório das funções do CNJ e da imperatividade de suas decisões”.

## CONCLUSÃO

A alteração interpretativa atual, portanto, amplia o que antes era prevalente (ações constitucionais, apenas quando as demais classes de ações objetivam o controle finalístico da atuação dos

Conselhos, no exercício das respectivas competências constitucionais - arts. 103-B, §4º, e 130-A, § 2º, da CF/88).

Estas são as reflexões envolvendo este tema Constitucional de grande relevância na prática forense.



## A (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCEDIMENTO DE IMPEACHMENT E A RESPONSABILIDADE POLÍTICA NO MODELO PRESIDENCIALISTA BRASILEIRO

### THE DEMOCRATIC (IL)LEGITIMACY OF THE IMPEACHMENT PROCEDURE AND POLITICAL RESPONSIBILITY IN THE BRAZILIAN PRESIDENTIAL MODEL

Juliana Rodrigues Freitas<sup>193</sup>

Nelson Rodrigues Gomes<sup>194</sup>

#### Resumo

O presente artigo analisa o conceito e a natureza do *Impeachment*, bem como se tal instituto é democraticamente legítimo ou não no sistema presidencialista brasileiro. Assim, inicia com uma abordagem histórica, seguindo para o estudo de suas alterações ao longo das Constituições do Brasil e como é realizado o seu procedimento no formato atual em cada Casa do Congresso Nacional e no Supremo Tribunal Fe-

deral, e, finalmente, enfrenta os contornos dos casos Collor e Dilma. A pesquisa objetiva aferir a (i)legitimidade democrática do *Impeachment* a partir de princípios inerentes ao modelo republicano e à Constituição Federal de 1988, da interpretação dos valores democráticos, da análise do presidencialismo brasileiro e da responsabilidade política dos cidadãos. A aceção do *Impeachment* pressupõe o preenchimento de requisitos

<sup>193</sup> Doutora em Direito (2010 - UFPA/ Università di Pisa - Itália) e professora da graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará

<sup>194</sup> Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará

mínimos de legitimidade democrática que dificilmente estão presentes quando a medida é aplicada em contextos de regimes presidencialistas. Portanto ressalta-se que o instituto, em âmbito brasileiro, é responsável por causar instabilidades institucionais, que se desdobram em rupturas democráticas e crises políticas, econômicas, sociais e até jurídicas. O método deste trabalho possui como base a pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo e quantitativo.

**Palavras-Chave:** Impeachment. Legitimidade Democrática. Presidencialismo. Brasil. Crises Institucionais.

## Abstract

The study deals with the concept and nature of Impeachment, as well if the institute is democratically legitimate or not in the Brazilian presidential system. Thus, it begins with a historical approach, following the analysis of its changes throughout the Constitutions of Brazil and how its procedure is carried out in the current format in each House of Congress and in the Federal Supreme Court, as well analyzes the contours of Collor and Dilma cases. The research aims to measure the democratic (il)legitimacy of Impeachment based on principles inherent to the Republic and the 1988's Federal Constitution, the interpretation of democratic values, the analysis of Brazilian presidentialism and the political responsibility of citizens. The meaning of Impeachment presupposes the fulfillment of minimum requirements of democratic legitimacy that are hardly present when the measure is applied in contexts of presidential regimes. Therefore, it is emphasized that the institute, at the Brazilian context, is responsible for causing institutional instabilities, which unfold in democratic ruptures and political, economic, social and even legal crises. The method of this work is based on bibliographic research of qualitative and quantitative character.

**Keywords:** Impeachment. Democratic Legitimacy. Presidentialism. Brazil. Institutional crises.

## INTRODUÇÃO

No período entre 1979-2018 ocorreram 18 (dezoito) interrupções de mandatos presidenciais em toda a América Latina, o que reflete uma fragilidade do sistema presidencialista e, conseqüentemente, do regime democrático nesse continente (PEIXOTO NETO, 2019). O estudo acerca do instituto do *Impeachment* é bastante complexo, visto que deve atender a diversas variáveis políticas e jurídico-sociais. Há muitas pesquisas que se debruçam sobre os casos concretos em que a medida foi aplicada, porém, há uma certa escassez de análises puramente técnicas sobre as incoerências institucionais da acepção do *Impeachment* como instrumento de destituição da autoridade investida no cargo da Presidência da República em um regime presidencialista, especialmente o brasileiro.

O foco deste estudo é a aferição da (i)legitimidade democrática do Impeachment a partir do modelo presidencialista e do desenho institucional brasileiro. Ademais, o trabalho objetiva refletir sobre a responsabilidade política, inerente aos deveres espalhados pelo direito de cidadania, como princípio republicano que não deve ser ignorado, sobretudo na aplicação do preceito democrático da soberania popular. Logo, a pesquisa conta com requisitos mínimos sobre a legitimidade do *Impeachment* na perspectiva do presidencialismo brasileiro.

Para isso, o estudo aborda a origem histórica do instituto, desde a sua concepção até o modelo importado pelo Brasil, inclusive descrevendo as sucessivas alterações do *Impeachment* ao longo das Constituições brasileiras. Em seguida, discute o conceito e a natureza de seu julgamento, expondo os desdobramentos do procedimento<sup>195</sup> em cada casa do Congresso Nacional e, posteriormente, descreve como o controle deve ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal

<sup>195</sup> Vale registrar que há o debate entre a terminologia que deve ser utilizada para caracterizar o rito do *Impeachment*, se é definido como processo ou procedimento. No entanto este artigo não pretende adentrar na discussão, de modo que as nomenclaturas foram inseridas como sinônimos do que se entende como rito.

diante da observação de irregularidades procedimentais. Por conseguinte, analisa-se o presidencialismo brasileiro concomitantemente à permissão de um procedimento que destitui o(a) Chefe(a) do Executivo do cargo para o qual fora eleito(a) democraticamente.

Ademais, busca analisar objetivamente os casos concretos dos ex-Presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff, para, enfim, propor um necessário diagnóstico prático acerca da aplicação do *Impeachment* no Brasil, sendo confrontados os fatos diante da leitura dos processos com os requisitos legais definidos para uma suposta destituição adequada do(a) Chefe(a) do Executivo. Somente pontuadas estas questões é que se pode concluir incoerências ou inconsistências de um procedimento responsável por ensejar crises institucionais que ferem os valores democráticos (CAMARGO, 2018), visto que a má utilização do *Impeachment*, no caso brasileiro, pode ser provocada, dentre outros fatores, pelo desenho institucional que favorece retaliações político-partidárias contra a autoridade investida no cargo presidencial.

Neste viés, vislumbram-se algumas problemáticas para serem respondidas ao longo da pesquisa, a saber: há (in)compatibilidade entre a aplicação da Lei nº 1.079/50 e o sistema presidencialista brasileiro? Em que medida a utilização do instituto jurídico do *Impeachment* impacta a ordem constitucional? Há, portanto, legitimidade democrática na admissão do *Impeachment* como instrumento que permite a destituição do cargo de Presidente da República na Constituição Federal de 1988?

Para isso, o presente trabalho se caracteriza como básico quanto à natureza, é uma pesquisa descritiva, quanto aos objetivos, e utiliza como procedimentos a pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo e quantitativo, com a leitura de livros, de artigos e a partir da análise de dados seguida de fichamentos, com o intuito de permitir identificar a ideia principal dos autores estudados. Bem como é válido fazer inferência em relação às ideias principais dos autores pesquisados pelo uso da análise de conteúdo, para, deste modo, extrair as melhores contribuições ao trabalho (ARAÚJO, GOUVEIA, 2019).

Nesta perspectiva, o trabalho conta ainda com análise de dados referentes às eleições de Dilma Rousseff e Fernando Collor de Mello, no que abrange a sua popularidade à época do *Impeachment*, conforme pesquisas realizadas pelos institutos mais confiáveis, em cada contexto. Além disso, também serão interpretados os dados trazidos pela bibliografia que versem sobre os impactos políticos, econômicos e sociais causados pela ocorrência do *Impeachment* nos casos concretos, assim como as problemáticas decorrentes dos respectivos processos.

## 1 A ORIGEM DO INSTITUTO DO IMPEACHMENT E SUAS MODIFICAÇÕES AO LONGO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O instituto do *Impeachment* nasceu na Inglaterra, meados dos séculos XIII a XIV, e sem distinção entre os ocupantes de cargos oficiais ou indivíduos comuns, submetia todos os súditos do reino. É claro que o formato do procedimento era diferenciado do que se aplica atualmente no âmbito brasileiro, visto que havia um tribunal com jurisdição plena formado pelos nobres (*House of Lords*), cuja função era julgar as acusações realizadas pela Câmara Baixa (*House of Commons*), impondo penas não somente de destituição do cargo público, mas com caráter perpétuo, de morte ou de exílio (MORAES; NASCIMENTO, 2018).

Nos Estados Unidos, a partir dos escritos realizados pelos Federalistas, especialmente por Alexander Hamilton, sobre os discursos proferidos por Benjamin Franklin, ao defender a concepção de uma Constituição estadunidense como solução aos problemas vivenciados com a tirania imposta pelo regime monárquico, seria necessário que o povo detivesse “*the power to impeach*” (o poder de “*impeachmar*”), como instrumento constitucional excepcional de reparo aos possíveis desvios ou tentativas de retrocesso aos sistemas tirânicos (SUNSTEIN, 2019).

Neste sentido, a Constituição estadunidense previu, na seção 4<sup>a</sup> do artigo 2<sup>o</sup>, a possibilidade de remoção do cargo da presidência, da vice-presidência e de todas as autoridades civis dos Estados Unidos por meio do instituto do *Impeachment*, com a justificação do ato lesivo na condenação por traição, suborno ou outros altos crimes e contravenções<sup>196</sup>. No entanto, não há previsão legal detalhada sobre quais crimes especificamente ensejariam hipóteses de cabimento, sendo historicamente encontradas na jurisprudência daquele país decisões de destituição em razão do abuso de poder ou da obstrução da justiça.

No contexto brasileiro, o instituto do *Impeachment* somente foi previsto na Constituição Republicana de 1891, a qual importou os preceitos constitucionais estadunidenses, especialmente ao permitir, em seus artigos 29<sup>197</sup> e 53<sup>198</sup>, a destituição dos cargos da Presidência da República e demais funcionários(as) federais, após um julgamento de mérito realizado pelo Senado Federal, que por ser um órgão de composição e atuação política, imprime esse mesmo teor ao julgamento mencionado. Em contrapartida, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 trazia consigo as primeiras nuances da responsabilização dos agentes estatais, no artigo 133<sup>199</sup>, cujo procedimento seguia o rito de natureza penal. Portanto, é necessário entender a aplicação dos dispositivos constitucionais no decorrer do tempo para que haja uma melhor compreensão acerca de quais são as raízes

históricas desse instituto no Brasil, e o processo de evolução da sua expressão no sistema constitucional.

Em 1824, as denúncias poderiam ser feitas no prazo prescricional de três anos por qualquer cidadão; os parlamentares possuíam a faculdade de apresentar denúncia no prazo máximo de oito anos, período de duas legislaturas, conforme estabelecia o artigo 8<sup>o</sup> da Lei de 1827<sup>200</sup>. Enquanto isto, o imperador tinha o poder de indultar e comutar as penas aplicadas pelo Senado (BROSSARD, 1992). Outrossim, a partir da Proclamação da República houve a revogação da Constituição de 1824 e a implantação do modelo presidencialista de governo, no qual a autoridade ocupante do cargo da Presidência da República poderia ser legalmente responsabilizada por seus atos, diferente do cenário anteriormente imperialista.

A Constituição de 1891 manteve as características processuais da possibilidade de destituição do cargo público previstos na Carta de 1824 e na Lei de 1827, e adotou um modelo de responsabilização evidentemente inspirado na Constituição estadunidense. A principal modificação do instituto do *Impeachment* ocorreu no que tange à sua natureza: de criminal para política, acompanhando a concepção de um modelo republicano que pressupunha o caráter político do processo de destituição do cargo de chefe do executivo (BROSSARD, 1992). A Câmara dos Deputados era a casa

<sup>196</sup> *Constitution of the United States. Article II, Section 4: "The President, Vice President and all Civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors."* Nossa tradução: Constituição dos Estados Unidos: Artigo 2, Seção 4: O(a) Presidente, Vice-Presidente e todas as autoridades civis, devem ser destituídos do cargo, por *Impeachment*, quando indiciados e condenados por traição, suborno, ou outros delitos ou crimes graves.

<sup>197</sup> Constituição Republicana do Brasil de 1891. Artigo 29: **Compete à Câmara** a iniciativa do adiamento da sessão legislativa e de todas as leis de impostos, das leis de fixação das forças de terra e mar, da discussão dos projectos offerecidos ao Poder Executivo, e a **declaração da procedencia ou improcedencia da accusação contra o Presidente da República, nos termos do art. 53**, e contra os Ministros de Estado nos crimes connexos com os do Presidente da Republica. (Grifo nosso)

<sup>198</sup> Constituição Republicana do Brasil de 1891. Artigo 53: O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a accusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado. Parágrafo único - Decretada a procedência da accusação, ficará o Presidente suspenso de suas funções.

<sup>199</sup> Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824. Artigo 133: Os Ministros de Estado serão responsaveis: I. Por traição. II. Por peita, suborno, ou concussão. III. Por abuso do Poder. IV. Pela falta de observancia da Lei. V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos. VI. Por qualquer dissipação dos bens publicos.

<sup>200</sup> Lei de 15 de Outubro de 1927. Artigo 8<sup>o</sup>: Todo o cidadão póde denunciar, na fórmula do § 30 do art. 179 da Constituição, os Ministros e Secretarios de Estado, e Conselheiros de Estado pelos delictos especificados nesta lei, este direito porém prescreve, passados tres annos. As commissões da camara devem denunciar os delictos que encontrarem no exame de quaesquer negocios, e os membros de ambas as Camaras o poderão fazer dentro do prazo de duas Legislaturas, depois de commettido o delicto.

competente para receber, com procedência ou não, a acusação contra a autoridade investida no cargo da Presidência, enquanto que o Senado Federal possuía a função privativa de julgamento do mérito conforme o Decreto nº 30/1892.

Por conseguinte, a Constituição de 1934 reproduziu os dispositivos de 1891 no que diz respeito ao rol de crimes de responsabilidade e à natureza do instituto. No entanto a mudança central pautou-se no procedimento, cuja competência para julgamento do(a) Presidente da República fora transferida ao Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, e a um Tribunal Especial nos crimes de responsabilidade, composto por três membros do Supremo Tribunal Federal, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados, os quais eram escolhidos por sorteio após a recepção da acusação (SOMBRA; RAUPP, 2016). Neste formato, o Tribunal Especial poderia aplicar a perda do cargo e a inelegibilidade por, no máximo, cinco anos (BRASIL, 1934).

Somente três anos depois, com a Constituição de 1937<sup>201</sup>, houve a redução do rol de crimes de responsabilidade, enquanto que a Carta posterior de 1946 retrocedeu ao rol mais extenso que fora previsto em 1934. Por outro lado, a Constituição de 1946 deixou de exigir o voto favorável de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados para a procedência da acusação<sup>202</sup>, como em 1937, visto que bastava agora a anuência da maioria absoluta da Casa. Ademais, a presidência do Supremo Tribunal Federal era competente para conduzir o julgamento do mérito no Senado Federal. (BRASIL, 1946)

Ínfimas foram as modificações do instituto do *Impeachment* pela Constituição de 1967, que voltou a exigir *quorum* de dois

terços dos membros da Câmara dos Deputados para a procedência da acusação e de dois terços dos Senadores da República para uma sentença condenatória (SOMBRA; RAUPP, 2016). O artigo 85, §2º, da Carta de 1967<sup>203</sup> alterou o prazo.

Portanto o instituto do *Impeachment* no Brasil sofreu algumas mudanças em relação ao modelo adotado a partir da Constituição estadunidense, no intuito de adequar-se melhor ao desenho institucional e às condições impostas pelas realidades das respectivas épocas. Deste modo, vale ressaltar ainda que a República estadunidense, de origem bipartidária, permanece assim até os dias atuais, visto que este formato foi neutralizado, sobretudo graças à similitude socioeconômica entre os estados, que permitiu, inclusive, a formação de uma base social sólida ao partidarismo (ABRANCHES, 2018). Contudo, na experiência brasileira, a República não suportou o bipartidarismo e, gradativamente, adequou-se ao pluripartidarismo, principalmente em razão da larga desigualdade entre as regiões do país e da dificuldade de efetivar a representação popular.

## 2 O PROCEDIMENTO DE IMPEACHMENT DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Diante do reflexo da formação político-constitucional e das diversas crises institucionais, o *Impeachment* se apresenta como um instrumento de tentativa de correção e, até mesmo, de garantia da ordem democrática, em teoria. Isto é, bem como os federalistas estadunidenses conceberam o instituto

<sup>201</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Artigo 85: São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra: a) a existência da União; b) a Constituição; c) o livre exercício dos Poderes políticos; d) a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros público; e) a execução das decisões judiciárias.

<sup>202</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Artigo 88: O Presidente da República, depois que a Câmara dos Deputados, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarar procedente a acusação, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal nos de responsabilidade. (Grifo nosso)

<sup>203</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Art 85: O Presidente, depois que a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, ou, perante o Senado Federal, nos de responsabilidade. § 1º - Declarada procedente a acusação, o Presidente ficará suspenso de suas funções. § 2º - máximo de duração do processo para sessenta dias, sob pena de seu arquivamento (BRASIL, 1967).

sob a justificativa de conferir o poder ao povo, o Brasil assim também o fez. Hodiernamente, o Brasil regulamenta o procedimento de *Impeachment* pela Lei 1.079/50, que teve a maioria de seus dispositivos recepcionados pela Constituição Federal de 1988 por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 378 MC/DF, em 2015, nos moldes da previsão constitucional do artigo 85.

A obra de Paulo Brossard, responsável por entender a excepcionalidade da medida (CAMARGO, 2018), define com exatidão a natureza jurídica do processo de *Impeachment*, diferenciando-a do teor criminal ao qual se vinculava no período da Constituição de 1824:

O *Impeachment* tem feição política, não se origina senão em causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos – julgamento que não exclui, antes supõe, é óbvio, a adoção de critérios jurídicos (BROSSARD, 1992, p. 75).

Neste sentido, vale ressaltar ainda que a decisão proferida pelo Senado Federal não está vinculada a uma justificação estritamente jurídica, uma vez que o mérito, para ser julgado, somente precisa estar relacionado ao cometimento de um crime de responsabilidade, que possui um sentido interpretativo equívoco, pois divide-se em infrações puramente políticas e crimes funcionais (BROSSARD, 1992). Por outro lado, o juízo de admissibilidade realizado pela Câmara dos Deputados deve analisar se existe um contexto político que permite o prosseguimento desta ação, ou seja, uma análise de conveniência política, que não se relaciona à conveniência ideológica ou partidária (SUNSTEIN, 2017), o que em certa medida poderia afastar garantias relacionadas ao devido processo legal e, conseqüentemente, acarretar violação de

direito fundamental constitucionalmente previsto no artigo 5º, inciso LIV<sup>204</sup>12, da CF/88.

O atual texto constitucional manteve, majoritariamente, as previsões instituídas pela Constituição de 1891, definindo algumas alterações pontuais. A primeira modificação dirige-se à Câmara dos Deputados, cuja função agora é de autorizar ou não a instauração do processo no Senado, ou seja, exercendo um juízo de admissibilidade responsável por proteger as instituições democráticas contra crises econômicas, sociais ou jurídicas (SOMBRA, RAUPP, 2016). Caso o processo seja instaurado no Senado, a chefia do executivo é imediatamente afastada do cargo pelo prazo máximo de cento e oitenta dias - findo o qual retomará as suas funções - sendo a vacância preenchida pelo(a) Vice-Presidente. Se houver a condenação do(a) Presidente, o mandato será cassado e a inelegibilidade por oito anos será proferida, diferentemente do prazo de cinco anos definido pelas Constituições anteriores.

Apesar do afastamento da autoridade investida no cargo da presidência, no caso de instauração do processo, não fica o(a) acusado(a) suspenso(a) de suas funções, vez que o §5º do artigo 23 da Lei nº 1.079/50<sup>205</sup>13 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Portanto, não é possível que haja a suspensão das funções do(a) Presidente da República antes da instauração do processo no Senado Federal, conforme o inciso II do §1º do artigo 86 da CF/88<sup>206</sup>14 (SOMBRA, RAUPP, 2016).

## 2.1 O PROCEDIMENTO DE IMPEACHMENT NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

A denúncia marca o início do processo de *Impeachment*, que pode ser feita por qualquer cidadão, perante a Câmara dos Deputados, sobre fatos que configurem crime de responsabilidade,

<sup>204</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>205</sup> Lei nº 1079/50. Artigo 23: §5º São efeitos imediatos ao decreto da acusação do Presidente da República, ou de Ministro de Estado, a suspensão do exercício das funções do acusado e da metade do subsídio ou do vencimento, até sentença final.

<sup>206</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 86: § 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções: II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal. (Grifo nosso)

nos termos da Lei nº 1.079/50, desde que legalmente fundamentada, de modo que seja demonstrada a evidente violação da legislação ou da Constituição Federal, no que toca à responsabilidade do(a) Chefe do Executivo.

Realizada a denúncia, a presidência da Câmara dos Deputados é a legitimada para examinar previamente a sua admissibilidade, visto que precisa restar configurado ato lesivo à previsão legal dos crimes de responsabilidade, sem haver espaço para discricionariedade e arbitrariedades. Em caso de indeferimento da denúncia, cabe controle jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal, por serem condutas previstas e discriminadas em lei. Por outro lado, em caso de deferimento, a denúncia será encaminhada a uma Comissão Especial constituída para esse fim, nos termos regimentais da casa, para o seu regular processamento (PEIXINHO, 2017).

Outrossim, a Comissão Especial se reunirá no prazo de quarenta e oito horas para definir um(a) Presidente e um(a) Relator(a) para o prosseguimento do processo. Depois disso, deve ser concedida a possibilidade de o acusado apresentar defesa prévia que verse especialmente sobre a fundamentação jurídica que subsidiou a denúncia e sobre as provas que justificam o cometimento do suposto crime de responsabilidade, não havendo ainda a dilação probatória profunda do mérito. Logo, a defesa deve demonstrar, nesta fase, apenas as questões acerca da atipicidade da conduta.

O juízo de admissibilidade realizado pela Comissão Especial precisa ser robusto, de modo que rejeite a denúncia em caso de não cumprimento dos requisitos legais mínimos, haja vista que uma imputação de crime de responsabilidade possui consequências nefastas que podem intervir na garantia da soberania popular por meio da liberdade sufragista (PEIXINHO, 2017). O parecer elaborado pela Comissão Especial, cuja composição deve observar os critérios de proporcionalidade partidária em sua formação, deve ser lido e publicado durante expediente na Câmara dos Deputados e no Diário

Oficial da respectiva Casa Legislativa, o qual será posteriormente submetido à votação nominal.

Nesta fase, compete ao plenário da Câmara dos Deputados a mera aprovação ou não da denúncia recebida com base no relatório produzido pela Comissão Especial, sendo o processo arquivado no caso de indeferimento. É possível a realização de diligências para esclarecimento de elementos presentes na denúncia, não sendo permitida ainda a produção de provas que ensejam na contestação do mérito. Entretanto, se deferida, por meio de *quórum* de dois terços dos membros da Câmara, seguirá o trâmite para a Casa Legislativa, a qual realizará um juízo de admissibilidade após aprovação da abertura do processo em votação de dois terços dos membros do Senado Federal para, posteriormente, decidir sobre o mérito da acusação (PEIXINHO, 2017).

## 2.2 O PROCEDIMENTO DE IMPEACHMENT NO SENADO FEDERAL

O processo de *Impeachment* possui natureza política, haja vista que as sanções imputadas e os crimes cometidos são de natureza política, e os bens tutelados pela ordem constitucional. Logo, esta premissa permite a interpretação lógica de que o tribunal responsável pelo julgamento seja político. Além disso, os efeitos do *Impeachment* não buscam punir o sujeito ocupante do cargo, mas a autoridade nele investida, ou seja, objetiva a proteção de elementos basilares da Constituição Federal (BROSSARD, 1992).

A argumentação do jurista Paulo Brossard é evidentemente comprovada na previsão do artigo 102, inciso I, alínea "b", CF/88<sup>207</sup>, pois há uma clara distinção entre os julgamentos de crimes comuns e dos crimes de responsabilidade. Isto é, nos crimes comuns, como define o artigo constitucional, o(a) ocupante do cargo é julgado pelo Supremo Tribunal Federal,

<sup>207</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

órgão de cúpula do Poder Judiciário, enquanto nos crimes de responsabilidade, o(a) acusado(a) é julgado(a) pelo Senado Federal, casa legislativa, conforme os artigos 24 e seguintes da Lei 1.079/50.

Ao receber a comunicação da Câmara dos Deputados com a autorização para a abertura do processo de *Impeachment*, o Senado Federal deve observar duas fases processuais durante o início da tramitação. Em um primeiro momento, a denúncia deve ser distribuída para uma Comissão Especial, que, do mesmo modo que na Câmara dos Deputados, deve respeitar a proporcionalidade partidária em sua composição. A Comissão fica responsável por instruir o processo de acusação, coletar as provas necessárias, ouvir as partes e testemunhas (PEIXINHO, 2017). Nesta etapa processual, na Comissão deve ser garantida a ampla defesa, ainda que sumariamente, com o fito de respeitar o princípio do devido processo legal. Além disso, será deliberada a aceitação ou a recusa da denúncia por intermédio de votação por maioria simples. Caso não recebida, o processo será arquivado; entretanto, se recebida, será encaminhada para apreciação pelo plenário da Casa Legislativa, o qual também decidirá, por meio de maioria simples, se aceita ou recusa a denúncia.

Em caso de recusa da denúncia, terá o mesmo desfecho de arquivamento. No entanto, se for recebida, o(a) Presidente da República é afastado(a) por até 180 dias do cargo eletivo, de modo que será realizada a dilação probatória necessária para o julgamento de mérito, sob condução do(a) Presidente do Supremo Tribunal Federal, cuja competência consiste em coordenar e comandar os atos necessários para o regular processamento deste crime de responsabilidade.

A partir disso, o segundo momento consiste no julgamento de mérito realizado pelo plenário do Senado Federal. Diante da interpretação conjunta dos dispositivos legais do artigo 52, parágrafo único da Constituição Federal

e do artigo 378 do Regimento Interno do Senado, o julgamento de mérito realizado sob competência do Senado Federal precisa obrigatoriamente observar o *quórum* de dois terços dos Senadores para que haja a efetiva condenação do acusado. Em caso de não cumprimento do prazo máximo legal de 180 dias para o julgamento, a pessoa investida no cargo da presidência da República retorna às atividades mesmo com a tramitação do processo.

Por fim, no caso de cassação do(a) Presidente da República, o(a) vice-presidente assume o cargo. Caso também perca o mandato, o(a) presidente da Câmara dos Deputados assume o posto de maneira interina até que sejam realizadas novas eleições. Se o *Impeachment* ocorrer na primeira metade do mandato, as eleições serão diretas e acontecerão em 90 dias. Em contrapartida, caso o impedimento seja determinado nos últimos 2 anos de mandato, haverá eleição indireta dos membros do Congresso Nacional no prazo de 30 dias, conforme previsão legal do artigo 81, §1º, da CF/88<sup>208</sup>.

### 2.3 O PROCEDIMENTO DE IMPEACHMENT NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A partir da lição do professor Paulo Brossard, é indubitável que a natureza do procedimento de *Impeachment* é eminentemente política (BROSSARD, 1992). Além dele, o professor José Afonso da Silva também corrobora afirmando que o procedimento está submetido a “um tribunal de juízo político” (SILVA, 2000, p. 132 apud PEIXINHO, 2017, p. 1957). Desse modo, ao conferir a competência privativa atípica de julgamento ao Senado Federal, a Constituição de 1988 é inequívoca em seu artigo 52, I, uma vez que define o legitimado que intervirá no mérito do procedimento<sup>209</sup> 17. Da mesma maneira

<sup>208</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 81: § 1º - Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

<sup>209</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 52: Compete privativamente ao **Senado Federal**: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Grifo nosso)

decidiu o Supremo Tribunal Federal no MS 30.672-AgR, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

Impeachment. O direito a ser amparado pela via mandamental diz respeito à observância do regular processamento legal da denúncia. Questões referentes à sua conveniência ou ao seu mérito não competem ao Poder Judiciário, sob pena de substituir-se ao Legislativo na análise eminentemente política que envolvem essas controvérsias (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, *ementa*)

Portanto a Suprema Corte brasileira aplicou devidamente a interpretação constitucional adequada, reconhecendo o que está expresso no artigo 52 da CF/88. Nesta mesma perspectiva, o professor Miguel Seabra Fagundes entende que, no caso do julgamento do *Impeachment*, a Casa Legislativa exerce uma função judicante, na qual é possível ainda vislumbrar aspectos de um verdadeiro julgamento, como: a apuração do fato, a aplicação do direito e a irretratabilidade, traduzidas respectivamente como o delito, a pena ou a absolvição e a coisa julgada (FAGUNDES, 2010). Logo, não cabe ao Supremo Tribunal Federal o controle acerca do mérito do processo.

Por outro lado, é possível que a Corte Suprema realize o controle de constitucionalidade quanto às questões formais do procedimento de *Impeachment*. Como ratificado pela jurisprudência, o Legislativo somente terá sua função de julgar o processo substituído pelo Supremo Tribunal Federal caso não haja “observância do regular processamento legal da denúncia” (MS 30.672-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 15-9-2011, Plenário, DJE de 18-10-2011). Portanto a única interpretação possível conforme a Constituição Federal e a decisão da Suprema Corte é a que limite a atuação do Poder Judiciário ao controle dos aspectos formais do procedimento.

### 3 O IMPEACHMENT E O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO FRENTE ÀS RESPONSABILIDADES DO(A) PRESIDENTE DA REPÚBLICA NO BRASIL

O período da Primeira República nasceu de um golpe e cessou em outro, haja vista que derrubou Washington Luís e instalou na presidência Getúlio Vargas (ABRANCHES, 2018). Em 1934, a partir da redemocratização, após 15 anos de autoritarismo e centralização de poder, originou-se o presidencialismo de coalizão, que não alterou substancialmente os principais fundamentos que caracterizavam o regime oligárquico. Neste momento, surgiu o bipartidarismo fragmentado em grupos oligárquicos estaduais que precisavam da coalizão para serem representados no Plano da União, o que só foi possível diante da descentralização marcada pelo federalismo.

A Primeira República brasileira constituiu-se a partir do conflito entre Deodoro da Fonseca e o Legislativo, que não reconheceu a restrição dos direitos soberanos do presidente, permitindo assim que o movimento liderado por Floriano Peixoto depusesse Deodoro da Fonseca do cargo. Este momento também foi marcado pela profunda reforma constitucional de 1926, no Governo de Artur Bernardes, fomentando o retorno dos que defendiam a centralização do poder político.

Na Segunda República, a criação da Constituição de 1946 permitiu a redistribuição dos poderes, com a concentração dos mais decisivos na competência da União, especialmente no cargo da Presidência da República (ABRANCHES, 2018). A Constituição de 1946 também ampliou os poderes do Congresso Nacional e manteve significativa parte do poder político residual nos Governos Estaduais. Neste período, diferentemente do que fora observado na Primeira República, as coalizões tornaram-se interpartidárias, ou seja, não mais em relação aos membros de somente um partido (ABRANCHES, 2018). Além disso, a Segunda República foi a mais instável, já que havia imensas pressões dos populistas e os impulsos dos conservadores, cujo término ocorreu da mesma forma que a primeira, em um golpe.

A Terceira República foi marcada por alterações substanciais no que diz respeito à legislação de 1946, especialmente no que tange à hipercentralização do federalismo, ao fortalecimento dos poderes fiscais e legislativos do presidente da República e às modificações nas regras e procedimentos eleitorais que propiciaram uma maior fragmentação partidária (ABRANCHES, 2018). Neste cenário, o poder oligárquico já perdia sua força, principalmente com as estratégias econômicas adotadas pela industrialização e pelas mudanças sociais, sendo o período em que o Poder Judiciário adquiriu profunda autonomia.

Diante disso, o presidencialismo de coalizão se apresenta na forma de métodos legítimos de negociações referentes a programas ou valores, cuja origem é apontada em 1945 (ABRANCHES, 2018). Apesar de ser interrompido pelo parlamentarismo de 1961, o presidencialismo de coalizão foi reformulado e reinserido pela Constituição Federal de 1988, que coaduna os conceitos de associação, presidencialismo, federalismo e a governança por meio da coalizão partidária. Logo, é um conceito que precisa ser considerado para as reflexões acerca da (i)legitimidade democrática do instituto do Impeachment.

Como já exposto anteriormente, a história constitucional brasileira demonstra o esforço das Cartas Magnas no decorrer do tempo em retirar o excesso de atribuições acumuladas na figura da presidência da República, no intuito de afastar gradativamente as características monárquicas originárias do Estado. Deste modo, a partir de um contexto de separação de funções entre os poderes, vale ressaltar que o(a) chefe do executivo não possui mais responsabilidade sobre todos os atos da vida estatal, uma vez que agora são exercidos de forma individual (LAVIÉ, 1987 *apud* PEIXINHO, 2017).

No presidencialismo brasileiro, mesmo aqueles que atuam em atividades ligadas à Presidência da República, como no caso dos Ministros de Estado, estão vinculados solidariamente com o(a) presidente, porém respondem individualmente por seus atos, não sendo possível imputar um crime de responsabilidade por ato cometido por terceiro (PEIXINHO, 2017). Neste sentido, a responsabilidade do(a) chefe do executivo é subjetiva, enquanto que da Administração Pública é

objetiva, não sendo possível que um ato de responsabilidade objetiva da Administração gere a aferição de crime de responsabilidade imputado à autoridade ocupante do cargo de Presidente da República.

## 4 A (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO IMPEACHMENT

Para a concepção do procedimento de *Impeachment* se pressupõe o cometimento de um ato grave (*high-crime*), ou seja, um fato substancialmente relevante, inclusive também pressupõe um julgamento, uma vez que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite que haja controle de constitucionalidade sobre o procedimento de Impeachment na tentativa de sanar possíveis vícios que possam comprometer o caráter genuíno, livre e autônomo do julgamento. Portanto, é necessário frisar que existem requisitos mínimos que precisam ser respeitados para que o *Impeachment* seja democraticamente legítimo.

No procedimento do *Impeachment*, é necessário observar o princípio da oposição leal, para que seja efetivamente tido como um julgamento. Isto é, para que seja respeitada a legitimidade democrática do instituto, frisa-se a indispensabilidade de um bloco oposicionista que siga com rigor o procedimento e suas exigências honestamente, sem qualquer violação à Constituição Federal e aos preceitos democráticos (BUSTAMANTE, 2020). Deste modo, o julgamento, mesmo que político, deve ser autêntico e sem pressões partidárias que direcionam a decisão do parlamentar (SUNSTEIN, 2017), uma vez que isto é incoerente com o desenho institucional brasileiro.

Ademais, o valor democrático precisa ser respeitado quando se trata de um procedimento de destituição do cargo presidencial no Brasil, uma vez que é base estruturante da Constituição Federal. A base do sistema democrático não é simplesmente um conjunto de regras e seus procedimentos, mas sim um *ethos*, ou seja, um comprometimento com o conjunto de valores políticos, dentre eles o respeito pela oposição. Deste modo, a violação deste preceito torna o procedimento de *Impeachment* democraticamente ilegítimo.

Para além disso, o presidencialismo de coalizão favorece um sistema de incentivos jurídicos que tencionam a relação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, especialmente presentes nos modelos presidencialistas ao redor do mundo (PEREZ-LIÑAN, 2007 *apud* BRANDÃO, 2016). Nesta perspectiva, este sistema cria a possibilidade de um embate entre vice-presidente e presidente, no sentido de atingir os partidos de centro para conseguir a maioria para governar. Portanto, nesta estrutura de incentivos e interesses políticos, se torna difícil o preenchimento dos requisitos de legitimidade exigidos na aceção do procedimento de *Impeachment*.

A legitimidade democrática pressupõe a relação entre pertencimento e reconhecimento constitucional, ou seja, é necessário que o ato esteja em conformidade com as garantias individuais do acusado (KOZICKI; CHUEIRI, 2019). Sendo assim, a Constituição Federal exige que sejam assegurados o devido processo legal, o princípio da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, os quais se apresentam como essenciais na condução de qualquer procedimento previsto pelas normas internas.

A partir de uma análise política, a concepção do impedimento do(a) Presidente da República depende da existência de um cenário tempestuoso perfeito, cujas condições são cumulativas e envolvem uma crise econômica responsável por certa instabilidade das instituições, um escândalo de corrupção que provoque determinado descrédito, uma mobilização popular e um Legislativo hostil (PEREZ-LIÑAN, 2016). Logo, segundo o ilustre professor Aníbal Pérez-Liñán, cientista político especialista em procedimento de *Impeachment* na América Latina, existe um contexto político específico que propicia a aceção do processo, mesmo que não haja justificativa jurídica grave para ensejar sua instauração.

Outrossim, é de suma importância que a responsabilidade política dos indivíduos que exercem seu direito sufrágista seja posta em foco no debate acerca da (i)legitimidade democrática do *Impeachment*, visto que, conforme o conceito desenvolvido por Hannah Arendt, a responsabilidade política se traduz na responsabilidade coletiva, a qual advém das decisões tomadas pela comunidade (NORMANDO, 2012). Desse modo, a partir da interpretação do princípio republicano

da responsabilidade política, vale ressaltar que o direito ao sufrágio não se restringe meramente ao comparecimento às urnas nas eleições, mas abrange todo o exercício dos direitos e deveres da cidadania.

Sendo assim, o direito constitucional ao voto pressupõe engajamento, responsabilidade e cobrança, por parte dos eleitores, sobre quem foi eleito. Isto é, caso a comunidade não cumpra seu dever de cidadania, é possível que arque com os resultados negativos de uma escolha equivocada ou negligente, em razão do modelo brasileiro de democracia, na qual há transferência de poder dos representados aos representantes por intermédio do voto. Portanto, o *Impeachment* se apresenta como um mecanismo de correção de uma má escolha política, da qual, conseqüentemente, viola-se a responsabilidade política, vez que os(as) representados(as) flexibilizam sua culpa decorrente da não observância aos deveres políticos e de cidadania que a Constituição Federal os imputa.

A despeito disso, há a impressão de que então tudo será culpa e responsabilidade dos cidadãos, os quais não possuem quaisquer meios de conter o indivíduo investido no cargo da presidência por seus atos que possam ferir a Democracia ou extrapolar sua competência. No entanto esta interpretação não reflete a realidade das previsões constitucionais, uma vez que existem outros meios de controle do poder do(a) Chefe do Executivo por vias político-administrativas que não ensejam necessariamente a instalação de uma crise institucional. Logo, a ilegitimidade democrática do *Impeachment* também pode residir na violação de um princípio estruturante da República.

Como já exposto, o *Impeachment* representa um trauma institucional no país, do qual decorrem instabilidades econômicas, sociais, políticas e até jurídicas. Deste modo, Dworkin entende como um instrumento compatível com uma arma nuclear, por seu caráter potencialmente destrutivo e ainda expõe que “isso dá aos políticos os meios para desestruturar os princípios mais fundamentais da nossa estrutura constitucional e nós agora sabemos quão facilmente esse terrível poder pode ser abusivo” (DWORKIN, 1999, p.1 *apud* KOZICKI; CHUEIRI, 2019, p. 157). Portanto, além de incentivar rupturas democráticas por instrumentos aceitos pelas

próprias vias constitucionais, o *Impeachment* ainda pode ensejar a desestruturação dos princípios que fundamentam as bases do Estado Democrático de Direito.

## 5 OS CONTORNOS DO IMPEACHMENT NO CASO COLLOR E NO CASO DILMA

No caso Collor, o procedimento que ensejou a destituição do cargo foi instaurado ainda na metade do primeiro mandato do Presidente eleito Fernando Collor de Mello, em 1992, sob alegações de ter praticado as condutas previstas no artigo 8º, item 7<sup>210</sup> e artigo 9º, item 7<sup>211</sup>, da Lei nº 1.079/50, por supostamente ter-se envolvido em corrupção e fraudes financeiras, conforme demonstrado nos autos do processo de Impeachment encontrado no site oficial do Senado Federal (SENADO FEDERAL, 1992, p. 20). Esta foi a primeira ocorrência da utilização do instituto na Terceira República e, conseqüentemente, na vigência da Constituição Federal de 1988. Logo, havia muita dúvida quanto à aplicação da Lei nº 1079/50, por ser anterior à promulgação da nova Carta, principalmente em relação ao rito do procedimento.

O Presidente Fernando Collor de Mello foi acusado publicamente por seu irmão, Pedro Collor, que disse ter provas de sua participação em um caso de desvio de dinheiro durante a campanha liderada por Paulo César Farias, tesoureiro da campanha de Collor (BLUME, 2017). Isto é, faz-se importante destacar que um escândalo de corrupção envolvendo o nome do Presidente já assombrava o Governo, uma vez que, embora as acusações não sejam acompanhadas de provas cabais, há um abalo na instabilidade governamental.

Além disso, uma crise econômica já se instalava diante da implementação do Plano Collor, que representou uma medida sem sucesso para alavancar a economia, o que causou grande reprovação popular. A desaprovação do Governo

estava em 68%, enquanto que a aprovação em apenas 10%, representando a resposta dos eleitores em face das graves denúncias de corrupção e da crise na economia (ABRANCHES, 2018).

Ademais, ao notar a instabilidade do Governo, principalmente pelo nível de popularidade do Presidente, a coalizão governista no Congresso Nacional rapidamente se dissolveu. Collor nunca teve suas posições alinhadas com as dominantes no Legislativo, de modo que mesmo antes do *Impeachment*, já tentava manter uma boa coalizão de deputados e senadores para tentar melhorar sua governabilidade (ABRANCHES, 2018). Portanto já era possível vislumbrar o cenário tempestuoso perfeito para a concretização do *Impeachment*, conforme expõe o professor Pérez-Liñán (2016).

Deste modo, durante o procedimento do *Impeachment* de Collor, houve diversas dúvidas quanto à aplicação da Lei de Crimes de Responsabilidade, que é anterior à Constituição Federal de 1988. Por isso, o Supremo Tribunal Federal foi acionado para dirimir as dúvidas e definir o rito do *Impeachment*, a partir da recepção de alguns dispositivos da Lei 1079/50, sendo o processo político judicializado. Contudo, o instituto que destitui o(a) Chefe do Executivo é excepcional, possui natureza política e limites jurídicos que precisam ser respeitados, conforme já tratado neste estudo (BROSSARD, 1992). Isto é, se faz necessária a observância da legalidade e das garantias constitucionais previstas.

Dentre as irregularidades observadas no processo, destaca-se a violação do direito de defesa, pois, quando tramitava na Câmara dos Deputados, o Presidente da Casa decidiu submeter a questão à votação do plenário sem considerar a previsão definida pelo rito de oportunizar o exercício do contraditório e da ampla defesa por parte do acusado (ABRANCHES, 2018). Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal ratificou o rito sumário determinado pelo Presidente da Câmara, entendendo que não haveria sindicâncias prévias à votação sobre a instauração do procedimento

<sup>210</sup> Lei nº 1079/50. Artigo 8º: São crimes contra a segurança interna do país: 7 - permitir, de forma expressa ou tácita, a infração de lei federal de ordem pública,

<sup>211</sup> Lei nº 1079/50. Artigo 9º: São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: 7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo.

de Impeachment, por meio do mandado de segurança impedido por Collor.

Em 2014, o Supremo Tribunal Federal absolveu Fernando Collor de Mello das acusações de peculato, corrupção passiva e falsidade ideológica (BORGES, 2014). Isto é, após mais de 22 (vinte e dois) anos, a Suprema Corte brasileira reconheceu, em mais de 14 (quatorze) inquéritos respondidos pelo ex-presidente, a ausência de provas robustas que comprovassem a autoria e a materialidade nos autos dos processos criminais de Collor. Vale ressaltar ainda que estas foram as condutas que ensejaram a instauração e posterior destituição do Presidente em 1992. Portanto é de suma importância a reflexão acerca da aceitação do processo de *Impeachment* sem que haja profunda comprovação dos atos objetivos do(a) Chefe do executivo, inclusive ratificado pelo Supremo à época, uma vez que dele decorrem graves impactos ao Estado Democrático de Direito. Sendo assim, entende-se pela não razoabilidade de um processo que, embora tenha natureza política no julgamento, desrespeita os princípios instituídos pela Constituição Federal.

A seara criminal é especializada em solucionar crimes comuns e identificar os elementos sobre a autoria e materialidade da conduta. Por isso, a Justiça Cível considera os resultados produzidos pela sentença penal, pois entende que ela possui maior precisão para investigar e determinar a culpabilidade dos agentes (MANHEZ FILHO; CRISTOVAM; PANCIONI, 2017). É evidente que o processo de *Impeachment* não está vinculado diretamente ao resultado de uma investigação criminal, uma vez que o julgamento de mérito é realizado pelo Poder Legislativo e possui natureza política. Entretanto é possível que ocorra a destituição do cargo a partir da ausência de comprovação da materialidade e da autoria da conduta criminosa.

O processo de *Impeachment*, ao permitir que o(a) Presidente democraticamente eleito(a) sofra a interrupção do mandato com base em afirmação improvable é uma grave afronta aos limites legais impostos pela Constituição Federal. Isto é, o Direito Processual Penal deve ser utilizado como subsidiária da Lei nº 1079/50, como prelecionado no artigo 38:

**Art. 38.** No processo e julgamento do Presidente da República e dos Ministros de Estado, serão subsidiários desta lei, naquilo em que lhes forem aplicáveis, assim os regulamentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, como o Código de Processo Penal. (BRASIL, 1988, Online, Grifo Nosso)

Neste sentido, questiona-se justamente a maleabilidade com a qual o procedimento de *Impeachment* lida com a destituição de um(a) Presidente da República democraticamente eleito. Isto porque, como ocorreu no Caso Collor, permite que seja restringida uma das bases do Estado Democrático de Direito - a soberania popular - em nome do suposto cometimento de condutas que posteriormente, em 2014, foram entendidas como improvable nos processos criminais respondidos perante o Supremo Tribunal Federal. Portanto não é democraticamente razoável que um instituto permita a possibilidade de um julgamento, embora político, desvinculado dos limites legais estabelecidos pela Constituição Federal.

Por fim, este trabalho já mencionou a estrutura de incentivos que o presidencialismo de coalizão favorece e que tensiona a relação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, propiciando benefícios aos que planejam assumir o Poder em detrimento do(a) Presidente em exercício (PEREZ-LIÑAN, 2007 *apud* BRANDÃO, 2016). Logo, no caso de Collor, é possível identificar que anteriormente à condenação que o destituiu do cargo, seu vice, Itamar Franco, já organizava sua equipe de Ministros de Estado e sua coalizão no Congresso Nacional com a certeza de que assumiria a cadeira de Presidente da República (ABRANCHES, 2018). Portanto esta movimentação política prévia do Vice-Presidente ilustra exatamente o modo em que este sistema de incentivos ocorre.

No caso Dilma, o procedimento que ensejou a destituição do cargo foi instaurado durante o segundo mandato, sob alegações de atos praticados no período inicial de seu Governo. A Câmara dos Deputados autorizou a instauração do processo contra a Presidente, em razão de supostamente ter

praticado crime de responsabilidade vislumbrado na abertura de créditos suplementares por decreto presidencial sem a autorização do Congresso Nacional, nos termos dos arts. 85, VI<sup>212</sup> e 167, V<sup>213</sup> da CF/88, bem como no 11, item 2<sup>214</sup> da Lei n° 1.079/1950, conforme consta no documento de Denúncia encontrado no site oficial do Senado Federal (SENADO FEDERAL, 2016, p. 326).

A conduta da então Presidente foi tipificada como crime de responsabilidade, diante das alegações das popularmente conhecidas “pedaladas fiscais”, as quais serviram de justificativa para a aplicação de medida tão excepcional. Pontuado isto, torna-se importante destacar que a Lei dos Crimes de Responsabilidade deve ser interpretada de maneira estrita e taxativa, uma vez que pode ensejar gravíssima medida ao destituir a autoridade máxima do Poder Executivo legitimamente eleita (PEIXINHO, 2017). Isto é, como exposto anteriormente, o artigo 38 da Lei n° 1079/50 determina a utilização subsidiária do Código de Processo Penal, sendo possível entender pela acepção do Princípio da Legalidade Estrita, o qual impede uma interpretação extensiva, analógica ou qualquer tentativa hermenêutica capaz de expandir o conteúdo do tipo específico.

Por conseguinte, é de suma importância partir para a reflexão acerca da tipificação da conduta da Presidente da República que resultou na destituição do cargo eletivo. Para isto, é necessário salientar que:

[...] as atividades administrativas são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade... Onde há lei escrita, não pode haver arbítrio. Por outro lado, sendo a função administrativa, que constitui o objeto das atividades da Administração Pública, essencialmente realizadora do direito, não

se pode compreender seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a ou além dos limites deste. (FAGUNDES, 2010, p. 116).

No caso Dilma, a partir da análise dos tipos definidos como crimes de responsabilidade tanto no art. 85 da Constituição Federal quanto no rol do art. 4° da Lei n° 1079/50, “o ato administrativo que decidiu pela autorização de despesas sem que houvesse recursos suficientes para o pagamento dos gastos não é tipificado como crime de responsabilidade” (PEIXINHO, 2017, p. 1953). Isto porque a denúncia apresentada em face da Presidente alega a autorização de despesas não autorizadas sem os recursos orçamentários, e que não há tipificação expressa como crime de responsabilidade.

Portanto o foco da discussão não deveria se pautar na ocorrência ou não das “pedaladas fiscais”, uma vez que é praticada historicamente pelos(as) chefes do executivo. O enfoque do problema está na inexistência de tipificação do ato como crime de responsabilidade, o que não afasta a responsabilização da Presidente por ser considerado um ilícito administrativo. Vale pontuar que, conforme nota emitida pela Secretaria do Tesouro Nacional ao G1 Economia em Dezembro de 2015, o Governo já havia quitado as “pedaladas fiscais” dentro do prazo para evitar a condenação no processo de *Impeachment*.

Ademais, como já exposto neste trabalho, a responsabilidade do(a) chefe do executivo é subjetiva, enquanto que da Administração Pública é objetiva, não sendo possível que um ato de responsabilidade objetiva da Administração gere um crime de responsabilidade imputado à autoridade ocupante do cargo de Presidente da República. Isto pode ser observado a partir da interpretação do art. 85 da Constituição Federal, o qual preleciona que “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a

<sup>212</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 85: São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: VI - a lei orçamentária;

<sup>213</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 167: São vedados: V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

<sup>214</sup> Lei n° 1079/50. Artigo 11: São crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos: 2 - Abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais;

Constituição Federal (...)” (BRASIL, 1988, Art. 85). Logo, para que se conclua pela destituição do cargo presidencial, é necessário restar comprovada a atuação direta da autoridade, de modo a ser individualmente responsabilizada.

No caso em questão, ao analisar os autos do processo de *Impeachment* com documentos disponíveis no site do Senado Federal, é perceptível a inexistência de prova robusta que ratifique as alegações apresentadas na denúncia de modo individualizado à pessoa da Presidente. Isto é, há na verdade uma imputação de crime de responsabilidade genérica à Chefe do Executivo, sem que haja comprovação de ato realizado pessoalmente por ela que atente contra a Constituição Federal (PEIXINHO, 2017). Portanto, ante o argumentado, não deveriam ter prosperado no Congresso Nacional os argumentos apresentados pelos denunciantes, especialmente pela fragilidade probatória constante nos autos.

É de suma importância que se analise também os índices de descontentamento do povo em relação ao Governo naquele período. O Datafolha chegou a registrar 8% de aprovação e 71% de desaprovação durante o segundo mandato da ex Presidente Dilma, de modo que os principais fatores que corroboraram para o descontentamento da população consistem na ampliação do déficit fiscal, na perda do controle da inflação, na recessão econômica e no crescimento do desemprego, o que foi utilizado pela oposição como estratégia de enfraquecimento popular (ABRANCHES, 2018). Portanto é perceptível que uma crise institucional estava instalada.

Outrossim, havia um cenário tempestuoso perfeito, que, como exposto neste trabalho, pressupõe uma crise econômica responsável por certa instabilidade, uma mobilização popular, um Legislativo hostil e um escândalo de corrupção que provoque determinado descrédito, que pode ser identificado a partir da desconfiança na Presidente proveniente das diversas condenações de líderes petistas na lava jato (ABRANCHES, 2017). Sendo assim, conforme a constatação argumentativa do professor Pérez-Liñán e diante das situações fáticas e processuais expostas, é possível concluir que o processo de *Impeachment* ocorreu de maneira inadequada, responsável por violar princípios básicos da República e do Estado Democrático de Direito.

Vale ainda a análise da sentença proferida pelo Senado Federal, especialmente quanto à pena imputada, sendo essencial a observação da Constituição Federal de 1988:

**Art. 52.** Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

**Parágrafo único.** Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis. (grifo nosso) (BRASIL, 1988, Art. 52)

O dispositivo é expresso ao afirmar que o Senado Federal possui competência para processar e julgar a Presidente nos crimes de responsabilidade, limitando a condenação à perda do cargo e a inelegibilidade por 8 (oito anos), cumulativamente. No entanto, a Casa Legislativa proferiu sentença apenas entendendo pela perda do cargo e não imputou a inabilitação ao exercício da função pública, conforme a p. 7 do documento acessado a partir do site do Senado Federal (SENADO FEDERAL, 1992, p.7), com base no art. 68 da Lei nº 1079/50, o qual não foi recepcionado pela ADPF nº 378. Esta decisão violou ainda o art. 52 da CF/88, porque fracionou a previsão da pena, de modo que aplicou parcialmente a norma constitucional.

Ao cancelar o procedimento de *Impeachment*, o Ministro Ricardo Lewandowski, representando o Supremo Tribunal Federal, entendeu que todos os atos ocorreram dentro da legalidade, entretanto, além desta evidente violação Constitucional, a decisão também afronta a ADPF nº 378. Deste modo, conclui-se que o processo de *Impeachment* da ex Presidente Dilma Rousseff apresenta inúmeras irregularidades, bem como decorre não necessariamente dos atos que praticou enquanto

Governo Federal, mas é proveniente do cenário tempestuoso que se formou. Logo, questiona-se a legitimidade democrática da destituição de uma autoridade eleita com base em sucessivas violações constitucionais, atingindo o caro princípio da soberania popular.

Ademais, ressalta-se também a atuação nos bastidores políticos de seu Vice, Michel Temer, o qual, no mesmo sentido de Itamar Franco, realizava sua movimentação articulatória. Anteriormente à condenação, Temer já havia elaborado até seu programa governamental, que era oposto às medidas executadas pelo Governo Dilma (ABRANCHES, 2018). Deste modo, é perceptível que o sistema de incentivos concedidos pelo Presidencialismo no processo de *Impeachment* favorece a atuação dos mal intencionados em derrubar o Governo a todo custo, sendo Dilma ou Collor, porém o problema reside justamente na ilegitimidade democrática da admissão destas condutas conspiratórias em face de candidatos eleitos pelo voto popular.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que fora profundamente argumentado, ressalta-se ainda que o instituto do *Impeachment* impacta, em grande proporção, o processo democrático de livre arbítrio de escolha dos representantes e, conseqüentemente, na soberania popular, que representa um dos valores fundantes da Constituição Federal e pressuposto de legitimidade das decisões políticas.

É evidente que o conceito de democracia não se restringe à promoção das eleições, porém o exercício do poder político-estatal se baseia no pressuposto de legitimidade provindo da sua detenção pelo elemento subjetivo constitutivo do Estado soberano, o povo. A garantia fundamental do direito ao voto e à representação política, sobretudo no asseguramento da soberania popular, não podem ficar à mercê de interesses políticos individuais ou desenhos institucionais que favoreçam decisões baseadas em retaliações entre os poderes e demais agentes, como exposto anteriormente nos relatos históricos sobre a atuação dos Vice-Presidentes nos processos de *Impeachment* de seus chefes, visto que o valor da legitimidade democrática precisa ser respeitado.

As eleições não funcionam como uma relação de consumo, na qual se pode retirar ou substituir um(a) representante devidamente eleito(a) a qualquer tempo e sob qualquer justificativa. É necessário levar em conta o princípio da responsabilidade política do eleitor, o qual possui o dever de escolher o indivíduo que o representará, ou seja, deve arcar com as conseqüências de uma escolha ruim, pois a destituição do(a) Chefe do Executivo, como já visto, viola garantias constitucionais e princípios da República.

Sendo assim, é possível concluir pela ilegitimidade democrática tanto no Caso Collor quanto no Caso Dilma, pois ambos foram eivados de irregularidades que atingiram o sistema constitucional. Isto é, em razão do modelo presidencialista brasileiro, não há como existir um *Impeachment* legítimo no contexto nacional, uma vez que, como demonstrado, o sistema de incentivos favorece a aplicação indevida do mecanismo.

Além disso, conclui-se que nos casos brasileiros, o instituto não observou inclusive o critério de igualdade processual, visto que tratou cada Presidente de um modo. Ou seja, embora tivessem sido julgados sob a mesma Constituição Federal, Collor e Dilma foram tratados de formas distintas, tanto pelo Congresso Nacional quanto pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, é perceptível a maleabilidade com a qual o procedimento, definido por Lei e ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, é aplicado de modo desigual conforme cada caso concreto, o que gera inclusive uma insegurança sistêmica e até mesmo favorece a instalação de crises institucionais.

No presidencialismo, é indispensável a existência de mecanismos de controle dos atos do(a) Presidente da República, no sentido de exercer os freios e contrapesos das atribuições de cada Poder, no entanto, especialmente nas experiências da América Latina, não demonstrou ser o democraticamente mais justo e menos causador de crises institucionais. Já existem outras formas de controle sobre a atuação do Chefe do Executivo previstas na Constituição Federal que não violam diretamente o valor democrático e a soberania popular representada nas urnas, portanto, o *Impeachment* se mostra essencialmente incompatível com o presidencialismo brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão: Raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo-SP: Ed. Schwarcz, 2018.
- ARAÚJO, Andrea Cristina Marques de; GOUVEIA, Luis Borges. **Pressupostos sobre a pesquisa científica e teste piloto**. Revista Administradores.com [meio digital], 2019.
- Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/pressupostos-sobre-a-pesquisa-cientifica-e-teste-pilot>. Data de acesso: 11 nov. 2020
- BLUME, Bruno André. **Por que Collor sofreu Impeachment?**. Politize!, 2015. Disponível em: <https://www.politize.com.br/impeachment-collor-porque-sofreu/>. Acesso em: 22 mai 2021.
- BORGES, Laryssa. **STF absolve Collor por desvio de dinheiro que teria acontecido durante a presidência**. Veja Política, 2014. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/stf-absolve-collor-por-desvio-de-dinheiro-que-teria-acontecido-durante-a-presidencia/>. Acesso em: 27 mai 2021.
- BRANDAO, Aline Lima. **Impeachment presidencial e a nova instabilidade política na América Latina**. Rio de Janeiro: Compólitica, 2016. 20 p.
- BRASIL. ADPF 378. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em: 14 mai 2021.
- BRASIL. **Coleção Constituições Brasileiras**. 3ª Ed. Brasília, DF: Senado Federal: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. 7 vol.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. São Paulo: USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 12 mar 2021.
- BRASIL. **LEI nº 1.079/50**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm). Acesso em: 30 nov. 2019
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 30.672-AgR**, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 15-9-2011, Plenário, DJE de 18-10-2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1520013>. Acesso em: 22 dez 2020.
- BROSSARD, Paulo. **O Impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BUSTAMANTE, Thomas. **Pode haver um Impeachment Legítimo?** Universidade Federal do Paraná: Centro de Estudos da Constituição, 2020. 107min [live]. Disponível em: <https://fb.watch/2qzgLQVbR1/>. Acesso em: 23 jun 2020
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **A inconstitucionalidade do impeachment por incoerência e inconsistência sistemáticas**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Margarida-Lacombe-Camargo-Brasi1.pdf>. Acesso em 02 dez. 2019.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MANHEZ FILHO, José; CHRISTOVAM, Luiz Eduardo; PANCIONI, André Luiz. **Responsabilidade civil e a interação entre as jurisdições civil e penal**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://manhez.jusbrasil.com.br/artigos/519708570/responsabilidade-civil-e-a-interacao-entre-as-jurisdicoes-civil-e-penal>. Acesso em: 27 mai 2021.
- KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de. **Impeachment: A arma nuclear constitucional**. Lua Nova, São Paulo, n. 108, p. 157-176, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/0102-157176/108>. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452019000300157&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452019000300157&lng=en&nrm=iso). Acesso em 17 ago. 2020.
- MARTELLO, Alexandre. **Tesouro Nacional diz que quitou todas as pedaladas fiscais neste ano**. G1 Economia, Brasília, 30/12/2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/12/tesouro-diz-que-pagou-r-724-bilhoes-de-pedaladas-devidas-em-2015.html>. Acesso em: 14 mai 2021.
- NORMANDO, Priscilla. **Responsabilidade Política: um conceito a partir da obra de Hannah Arendt**. Universidade de Brasília: Instituto de Ciências Humanas, 2012. 115 p. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/305175556\\_Responsabilidade\\_Politica\\_-\\_Um\\_Conceito\\_a\\_Partir\\_de\\_Hannah\\_Arendt](https://www.researchgate.net/publication/305175556_Responsabilidade_Politica_-_Um_Conceito_a_Partir_de_Hannah_Arendt). Acesso em: 17 dez 2020.
- PEIXINHO, Manoel Messias. **O processo de Impeachment no Brasil e o Estado Democrático de Direito**. Quaestio Iuris, vol. 10. nº 03, Rio de Janeiro, 2017. p. 1943-1963.
- PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. **Da (i)legitimidade do processo de impeachment no presidencialismo brasileiro: uma análise a partir do precedente Collor - teríamos aprendido algo com o passado?** Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, Bahia, v. 5, n. 2, p. 248-268, 2018.
- PÉREZ-LIÑAN, Aníbal. **Aníbal Pérez-Linan: "A crise no Brasil não se encerrará logo"**. Entrevista concedida a Teresa Perosa. Época, 2016.
- FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- SENADO FEDERAL. **Veja os principais documentos do processo de impeachment de Dilma Rousseff**. Brasília: Agência Senado, 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/22/veja-os-principais-documentos-do-processo-de-impeachment-de-dilma-rousseff>. Acesso em: 14 mai 2021.
- SENADO FEDERAL. **Autos do processo de "impeachment" contra o Presidente da República : (diversos n. 12, de 1992)**. Brasília: Institucional, 1992. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/518943>. Acesso em: 10 mai 2021.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos; RAUPP, Suzane Scandelari. **Impeachment e Representatividade democrática: O papel dos suplentes de senador**. Quaestio Iuris, vol. 9. nº 3, Rio de Janeiro, 2016. p. 1670-1699.
- SUNSTEIN, Cass Robert. **Impeachment: A citizen's guide**. 2ª ed. Penguin Books, 2019.



## A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O DIREITO ADQUIRIDO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988<sup>215</sup>

### THE POSSIBILITY OF AMENDING THE PROPERTY REGIME IN THE 2002 CIVIL CODE AND THE ACQUIRED RIGHT PROVIDED FOR IN THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION

Leonardo Amaral Pinheiro da Silva<sup>216</sup>

#### Resumo

Uma das matérias muito debatidas, ainda hoje, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 envolve as questões intertemporais, já que uma das novidades nele trazidas foi a possibilidade de alteração do regime de bens após o casamento, o que a legislação anterior – o Código Civil de 1916 – não o permitia. Neste artigo, analisamos, excepcionalmente, uma hipótese de imutabilidade decorrente do direito adquirido.

**Palavras-chaves:** Alteração de regime de bens; Direito adquirido.

#### Abstract

One of the matters much debated, even today, with the entry into force of the 2002 Civil Code involves intertemporal issues, since one of the new features it brought was the possibility of changing the property regime after marriage, which the previous legislation - the Civil Code of 1916 – did not allow. In this article, we analyze, exceptionally, a hypothesis of immutability resulting from acquired rights.

**Keywords:** Change of property regime; Vested right.

<sup>215</sup> O presente artigo foi inspirado com base em artigo inédito nosso publicado na Revista Jurídica Consulex, de ABRIL/2007;

<sup>216</sup> Advogado, Mestre em Direito Constitucional – com enfoque no Direito de Família. Professor - Titular I - de Direito Civil da Universidade da Amazônia – UNAMA - da Graduação e Pós-Graduação, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, Seção do Pará. Membro Titular da Cadeira nº 17 da Academia Paraense de Letras Jurídicas – APLJ. Autor de diversos livros e artigos jurídicos. E-mail: leonardo@pinheirodasilva.adv.br.

## INTROITO

A abordagem deste artigo envolve os 35 (trinta e cinco) anos de vigência da Constituição Federal de 1988 e os 20 (vinte) anos de vigência do Código Civil de 2002, ocorridos ao longo de 2023.

E optamos pelo título e tema acima justamente por representar a importância dessas legislações para o Direito brasileiro.

Agradecemos desde já à “Revista A Leitura” da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Pará pela lembrança de nosso nome, para submissão do presente artigo.

## 1 A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS NAS CODIFICAÇÕES DE 1916 E 2002.

Um dos temas de Direito de Família mais discutidos, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, versa sobre a aplicabilidade temporal deste diploma legal nos regimes de bens dos casamentos, celebrados sob a égide do Código Civil de 1916.

A importância do tema decorre do fato de que o Código Civil de 2002 prevê a possibilidade de mudança do regime de bens – que pode ser feita através de procedimento de jurisdição voluntária [CPC/2015, art. 719 e seg.] –, na constância do matrimônio, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas, ressalvados os direitos de terceiros [CCB/2002, art. 1.639, § 2º], sabendo-se inadmitida na Codificação de 1916. Além do que, há também no Código em vigor expressa disposição prevendo que os regimes de bens adotados na vigência do Código Civil de 1916 são por ele regulados [CCB/2002, art. 2.039].

Seria, então, o art. 2.039 um real obstáculo para a possibilidade de alteração dos regimes de bens dos matrimônios celebrados antes da vigência do Código Civil de 2002? Ou objetiva o referido preceito, apenas, ditar que, enquanto não alterado o regime por vontade dos cônjuges, as normas que o regulam são as do Código Civil de 1916?

Trata-se, a nosso ver, da segunda hipótese.

O Diploma de 2002, com efeito, exterioriza que, nas hipóteses dos casamentos celebrados antes de sua vigência, enquanto não for modificado o regime de bens por vontade dos cônjuges, prevalece o adotado na Codificação de 1916.

A alteração de regime de bens, permitida na lei em vigor, constitui prerrogativa - direito subjetivo - dos cônjuges, ressaltados os direitos de terceiros.

Entendimento, assim, que têm efeito imediato de que as normas estabelecem a mutabilidade ou a imutabilidade das convenções matrimoniais. Não há razão pertinente para entender-se ao contrário.

Ora, se no casamento é permitido aos noivos escolher o regime de bens - não é de interesse ou ordem pública que assim não seja -, não há razão para proibir-se mudança posterior, se a lei deixa de considerar como de interesse ou ordem pública a imutabilidade.

Sob outro enfoque, ao se proibir a alteração de regime de bens dos matrimônios celebrados antes de 2002, estar-se-ia admitindo que quem se casou antes do advento da Lei do Divórcio [Lei nº 6.515/1977] – que, a par da separação, autorizou o divórcio – não poderia jamais vir a casar-se de novo; apenas se desquitar, jamais se divorciar.

A discussão do tema é relevante e refoge, para muitos, da esfera do Direito Civil - de Família, ou das Famílias [na expressão inovadora de Maria Berenice Dias] - para adentrar na eficácia da lei no tempo e no espaço, objeto da Lei de Introdução ao Código Civil. E com respaldo legal também nesta lei, invoca-se o seu art. 5º, segundo o qual, na aplicação

da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Deve, portanto, prevalecer o fim social a que se dirigem as normas do Código Civil de 2002.

Sobre a questão, sob outro enfoque, doutrina Washington de Barros Monteiro (em atualização de Regina Beatriz Tavares da Silva) o seguinte:

*[...] Na conformidade do art. 2.039 do novo Código Civil, como antes visto, "O regime de bens dos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido", o que, a uma primeira vista, poderia levar à conclusão de que seria inaplicável o princípio da mutabilidade aos casamentos celebrados anteriormente à vigência do novo Código Civil. Deve-se, no entanto, ter presente o disposto no art. 2.035 do novo Código Civil, pelo qual "A validade dos negócios jurídicos e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução". Portanto, se levado em conta que a irretroatividade das normas sobre regime de bens tem em vista evitar a aplicação da lei nova pela vontade de apenas uma das partes, ou seja, proteger o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, de modo a ser aplicado o ordenamento jurídico vigente à sua época contra as investidas de uma das partes, em adequação ao que dispõem os arts, 5º, n. XXXVI, e 6º da lei de Introdução ao Código Civil — Decreto — lei nº 4.567, de 4 de setembro de 1942 — entende-se que, por exigir pedido de ambos os cônjuges, a mutabilidade do regime de bens deve ser possibilitada também casamentos celebrados antes da entrada em vigor do novo Código Civil. [...]*<sup>217</sup>

Vê-se, pois, que é possível, sim, alterar-se os regimes de bens dos casamentos pactuados antes de JANEIRO/2003, desde que respeitados seus requisitos [CCB/2002, art. 1.639, § 2º]. Outro não é o entendimento de juristas sobre o tema, em diversos congressos, como Francisco José Cahali e Paulo Lins e Silva.

Nesse aspecto, vale à pena aduzir que o Código de 2002 traz, em seu bojo, preceito legal que, supostamente, colidiria com o art. 2.039, se se admitisse que proíbe a alteração dos regimes de bens nos casamentos antes de 2003. Trata-se do art. 977, que faculta aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

Informa Nelson Nery Júnior, em comentário ao art. 977, no seu Código Civil Anotado:

*[...] Sociedade entre cônjuges. A norma não proíbe a contratação de sociedade entre marido e mulher, que podem criar sociedade comercial, desde que casados sob o regime de bens que não seja o da comunhão universal (CC 1667) nem o da separação obrigatória (CC 1641). Em outras palavras, marido e mulher podem contratar a formação de sociedade comercial, se casados sob os regimes sob os seguintes regimes de bens: a) comunhão parcial (CC 1658); b) participação final dos aquestos (CC 1672); c) separação convencional (CC 1687). Como o regime subsidiário de bens do casamento — no caso de não haverem os cônjuges estabelecidos previamente o a ser adotado ou, havendo pacto antenuptial, este for nulo ou ineficaz — é o da comunhão parcial (CC 1640), isto significa, na prática, que a norma ora comentada não constitui obstáculo invencível à criação de sociedade convencional entre marido e mulher. Frise-se, ainda, que o regime de bens não é mais imutável como no sistema revogado (CC/1916 256), pois é possível alterá-lo judicialmente, depois de celebrado*

<sup>217</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – direito de família*. (Atualizado por Regina Beatriz da Silva) Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2004, pg. 188;

*o casamento (CC 1939 §.º 2) mediante procedimento de jurisdição voluntária (CPC 1103). [...]*<sup>218</sup>

Ora, verificada a permissibilidade da contratação de sociedade entre cônjuges, como ficaria, sob outro ângulo, a hipótese de pessoas casadas – antes de 2003 – sob o regime da comunhão universal, sócias na mesma firma? Teriam que fechá-la, ou um dos sócios teria que se retirar da sociedade? Ou se admitiria, in casu, a mudança de regime de bens de um casamento celebrado no Código antigo?

Eis o dilema: acaba-se a sociedade ou finda o casamento?

Nesse caso, admite-se – é claro – a alteração de regime de bens.

Vale citar que outro não foi o entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão unânime, que julgou possível a alteração de regime de bens em casamentos contraídos antes da vigência do novo Código Civil brasileiro, no julgamento do REsp 730546, que teve como Relator o Ministro Jorge Scartezini.

## 2 A HIPÓTESE DE IMUTABILIDADE: INCIDÊNCIA DO DIREITO ADQUIRIDO PREVISTO CONSTITUCIONALMENTE.

Há outro enfoque que gera polêmica no tema em questão; é o que diz respeito à necessidade de os cônjuges – casados sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória – terem de alterar [CC/2002, art. 977] o regime de bens anteriormente adotado, ou a sociedade comum,

provavelmente com a retirada de um dos sócios. Ou, mais absurdamente, desfazerem o casamento.

Como já visto, o referido artigo faculta aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

A polêmica nasce, neste caso, em raciocínio inverso ao demonstrado acima, notadamente no que diz respeito à admissibilidade da mudança de regime de bens nos casamentos celebrados antes da vigência do Código Civil de 2002.

Ratifica-se, mais uma vez, o entendimento exposto ao norte, no sentido de que os consortes – casados antes de 2003 – sob o regime da comunhão universal e que são sócios na mesma empresa podem, sim, se o desejarem, requerer a alteração do regime de bens, caso almejem permanecer como sócios no estabelecimento.

Entretanto, aqui, essa não é a principal questão.

A discussão surge no seguinte caso: se os consortes não admitirem a mudança de regime de bens, e, ainda assim, quiserem permanecer como sócios na empresa comum? Seriam eles – consortes – obrigados a mudar de regime? Ou desfazerem o casamento?

Especificamente, nesta hipótese, entendemos que não.

O Direito é plausível, e tem que ser sempre analisado com razoabilidade, não se admitindo, em muitos casos, o literal e estrito sentido da lei.

A hipótese em comento é um exemplo disso.

Não há como se admitir a obrigatoriedade do art. 977 do CCB/2002, por exemplo, quando as partes são casadas há mais de 40 (quarenta) anos – antes, portanto, da Lei do

<sup>218</sup> JUNIOR, Nelson Nery e outro. *Código Civil anotado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pg. 514/515;

Divórcio [Lei nº 6.515/1977] – e possuem como sócios uma empresa com mais de 35 (trinta e cinco) anos de existência, reconhecida e respeitada na comunidade.

Não haverá razoabilidade, se o direito exigir que tal casal, há muito tempo junto e que explora, como sócios, uma determinada atividade comercial, tenha que encerrar as atividades da sociedade, ou alterar o regime há muito escolhido; ou ainda, encerrar o casamento.

Desposamos que possui o casal, nesta hipótese, direito adquirido ao regime escolhido, não se admitindo a mudança, conforme exigiria o art. 977 do Código em vigor. Por possuir uma empresa sob a égide de uma lei [CCB/1916] que lhe permitia contratar sociedade como casados, desfruta o casal de um direito já formado, encerrado, portanto, adquirido.

Remete-se o estudo, assim, à eficácia da lei no tempo e no espaço, tratada na Lei de Introdução às Normas Gerais de Direito brasileiro - LINDB [Lei nº 4.657/1942]. Invocamos, como respaldo, o art. 6º: [...] *A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada* [...].

O direito adquirido, fugindo-se do conceito de lei previsto no § 2º do referido artigo, pode ser compreendido como [...] *o já conseguido, incorporado ao patrimônio da pessoa, que já constitui um bem a ser protegido contra qualquer ataque exterior, que possa ofendê-lo ou turbá-lo, é o direito que não se subordina à lei nova, diferente da em que ele foi constituído, por não ser passível de retroatividade*. [...] <sup>219</sup>.

É o saudoso Zeno Veloso quem preleciona:

*[...] O que é garantido constitucionalmente é o direito adquirido, ou seja, o que já está formado, concluído, e ingressou definitivamente no patrimônio material ou moral de seu titular, mesmo que este não o tenha, ainda, exercido, e é bom não confundir aquisição com exercício*

*de direito. Podemos adquirir sem exercer, o que não quer dizer que não se adquiriu, mas não se pode, legitimamente, exercer direito sem tê-lo adquirido. Com expõe José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 432), se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade do titular: "Incorporou-se a seu patrimônio, para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo o fato de o titular não ter exercido antes". [...] <sup>220</sup>*

Julgamos, excepcionalmente no caso em tela, possuir o casal direito adquirido ao regime escolhido, não carecendo alterar o regime, muito menos terminar a empresa ou findar o casamento.

### 3 A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME LEGAL DA SEPARAÇÃO DE BENS.

É obrigatório o regime legal da separação de bens [CCB/2002, art. 1.641, I, II e III] quando for o casamento com a inobservância das causas suspensivas, de pessoa maior de sessenta anos de idade, e daqueles que necessitem de suprimento judicial para casar.

Ocorre que, desde o advento da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, a eficácia do regime legal da separação obrigatória de bens ficou em cheque, na medida em que a referida Súmula permitiu a meação dos bens adquiridos na constância dos casamentos celebrados no citado regime.

Assim, na prática, a Súmula 377<sup>221</sup> do STF ensejou, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, a possibilidade – meio que de ofício – de alteração de regime de bens, nos

<sup>219</sup> NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. Rio de Janeiro: APM – Editora, 1987, CCXLIX;

<sup>220</sup> VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao código civil: art. 1º ao 6º*. Belém: UNAMA, 2005, pg. 140;

<sup>221</sup> Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento;

casamentos realizados com a imposição do regime legal da separação obrigatória, transformando-os em comunhão parcial de bens.

Portanto, andou bem o legislador do Código Civil, na medida em que trouxe mudança que, na prática, já existia.

Da mesma forma foi o posicionamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 821807, que teve como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, que concluiu pela possibilidade da alteração do regime de bens – da separação obrigatória (legal) – adotado quando da realização do matrimônio [ainda sob a égide do CCB/1916], para o regime da comunhão parcial, conforme requerido pelos consortes, ante a cessação da causa suspensiva que exigia a realização do matrimônio no regime legal imposto.

O fundamento principal reside no sentido de que os fatos anteriores e os passados do regime anterior permanecem sob a égide da lei antiga, ao passo que os fatos posteriores serão regulados pelo CCB/2002, que permite a alteração do regime de bens.

Ora, o objetivo maior de se admitir a mudança de regime diz respeito à disposição pecuniária que o casal deseja dar aos bens.

Prova maior de que essa novidade do Código Civil foi muito bem-vinda residiu na edição da Lei nº 11.441/2007 que, alterando os art. 982, 983, 1.031 e 1.124 do CPC/1973, passou a permitir que as partes se separem ou se divorciem – consensualmente – por escritura pública, desde que inexistam filhos menores ou incapazes, e observados os requisitos legais quanto aos prazos, assim como permite a partilha amigável entre capazes.

O CPC/2015 recepcionou a matéria no art. 610 e seguintes.

Pelo exposto, cabível, também, a alteração do regime legal da separação de bens.

## CONCLUSÃO

Hoje, com 35 (trinta e cinco) anos de vigência da Constituição Federal de 1988 e 20 (vinte) anos de vigência do Código Civil de 2002, vemos, na prática, os efeitos da possibilidade de alteração do regime de bens, prevista no art. 1.639, § 2º, CCB/2002.

Dois eram os motivos principais que justificavam a imutabilidade do regime de bens no casamento, na codificação anterior: a defesa dos interesses dos cônjuges, e dos de terceiros. Ocorre que, com o tempo, a jurisprudência, e depois a Súmula nº 377 do STF, atenuou esse entendimento.

Defendemos a possibilidade de mudança do regime de bens, na medida em que a proteção aos consortes é assegurada em face da necessidade de o pedido ser conjunto, e motivado a juiz competente; devendo a proteção de terceiros ser ressalvada na decisão judicial, com todas as cautelas de estilo, como se extrai da leitura do art. 1.639, § 2º, CCB/2002.

Assim, posicionamo-nos no sentido de admitir-se a permissibilidade da alteração do regime de bens, mesmo o legal – respeitadas as exigências que a lei determina –, desde que referida alteração não ofenda o direito adquirido, entendimento este consubstanciado no fim social – precípuo – que uma lei sempre procura alcançar.

## REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro - direito de família. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Eduardo Moreira. Direito civil aplicado – direito de família. Vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil – direito de família. (Atualizado por Regina Beatriz da Silva) Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, Iêdo Batista. Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos. Rio de Janeiro: APM – Editora, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – direito de família. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil – direito de família. (Atualizado por Francisco Cahali) Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2004.

VELOSO, Zeno. Comentários à lei de introdução ao código civil: art. 1º ao 6º. Belém: UNAMA, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de família. Vol. 6. São Paulo: Atlas, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIUZA, Ricardo (Coord.). Novo Código Civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUNIOR, Nelson Nery e outro. Código civil anotado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.



## QUEM TEM OCUPADO A CENTRALIDADE DA SOLUÇÃO DO CONFLITO DOMÉSTICO NAS EXPERIÊNCIAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA?

### WHO HAS OCCUPIED THE CENTRALITY OF THE SOLUTION OF DOMESTIC CONFLICT IN RESTORATIVE JUSTICE EXPERIENCES?

Luanna Tomaz de Souza<sup>222</sup>

Lorena Santiago Fabeni<sup>223</sup>

#### Resumo

Com a introdução da Justiça Restaurativa na agenda do Poder Judiciário, um campo de disputas claramente se abre. No âmbito da violência doméstica, ela tem sido aplicada e tem também gerado controvérsias. De um lado, a necessidade de se dar uma resposta ao conflito doméstico, de outro, quem vai ocupar a centralidade da solução a ser construída. Neste artigo, a lente restaurativa será sobre quem ocupa a centralidade da solução do conflito doméstico, a partir da análise de três documentos institucionais do Conselho Nacional de Justiça: “Pilotando a Justiça

Restaurativa: O papel do Poder Judiciário” (2018); “Entre práticas retributivas e restaurativas: A Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário” (2018) e “Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa” (2019). Da análise dos documentos institucionais, está patente que as mulheres não ocupam a centralidade nos procedimentos restaurativos.

**Palavras-chave:** Conselho Nacional de Justiça; Violência doméstica e familiar; Poder Judiciário.

<sup>222</sup> Doutora em Direito, Justiça e Cidadania no Séc. XXI pela Universidade de Coimbra. Professora do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8385-8859>. Email: [luannatomaz@ufpa.br](mailto:luannatomaz@ufpa.br)

<sup>223</sup> Doutora em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-8480-6885>. Email: [lfabeni@msn.com](mailto:lfabeni@msn.com)

## Abstract

With the introduction of Restorative Justice in the agenda of the Judiciary, a field of disputes has clearly opened up. In the context of domestic violence, it has been applied and has also generated controversy. On the one hand, the need to respond to the domestic conflict, and on the other, who will be at the center of the solution. In this article, the restorative lens will be on who occupies the centrality of the solution to domestic conflict, based on an analysis of three institutional documents of the National Council of Justice: “Piloting Restorative Justice: The role of the Judiciary” (2018); “Between retributive and restorative practices: The Maria da Penha Law and the advances and challenges of the Judiciary” (2018), and “Mapping of Restorative Justice Programs” (2019). From the analysis of institutional documents, it is clear that women are not central to restorative procedures.

Keywords: National Council of Justice; Domestic and family violence; Judicial power.

## 1 INTRODUÇÃO

A adoção da Justiça Restaurativa no âmbito das violências domésticas cometidas contra as mulheres no Brasil se iniciou pelo Poder Judiciário, que passou a ser a instituição modeladora e capilarizadora de seu uso no Brasil. Isso estabelece um relevante campo de estudos e práticas em que debates passaram a envolver os limites e avanços da adoção da Justiça Restaurativa na violência doméstica cometida contra as mulheres (Fabeni, 2023).

Nesse sentido, o texto pretende verificar quem ocupa a centralidade da resolução do conflito doméstico na ambiência

da Justiça Restaurativa. Este estudo teve o contributo da criminologia, do Direito Penal, dos estudos feministas e da teoria das lentes no campo restaurativo, tendo seu percurso metodológico orientado pelo método indutivo, uma vez que teve origem na experiência de casos particulares para sua universalização, por meio de pesquisas bibliográficas e documentais.

## 2 AS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA E O JUDICIÁRIO

Observando os documentos institucionais, objeto de reflexão crítica, percebe-se que, quando a pesquisa se volta para as mulheres em situação de violência doméstica, pode-se aferir quão grande é a desconsideração dos princípios e valores restaurativos, inclusive podendo-se dizer que o que existe é uma sucessão de atos e episódios de revitimização das mulheres, desde a denúncia na Delegacia da Mulher, espalhando-se por dentro das Varas e dos Juizados de Violência Doméstica.

Mello, Roseblatt e Medeiros (2018) entrevistaram 75 mulheres em situação de vítima de violência doméstica<sup>224</sup> e, a partir das transcrições de algumas falas/respostas referenciadas, verificaram os déficits de princípios e valores, a começar pelo que a equipe interpretou como sendo mais um sintoma de que as mulheres<sup>225</sup> ainda são pouco ouvidas ao longo do processo judicial. De onde se infere, portanto, que as mulheres não ocupam a centralidade da temática da violência doméstica e não são respeitadas dadas as condições em que buscam o Poder Judiciário.

<sup>224</sup> Importante esclarecer que a equipe de pesquisadoras realizou entrevistas com vítimas de todos os juizados (ou varas) das cidades pesquisadas — e não apenas dos juizados (ou varas) incluídas no componente quantitativo da pesquisa. E para delimitar o número de vítimas entrevistadas, foi utilizado o critério de saturação (Mello, Rosenblatt; Medeiros, 2018, p. 162).

<sup>225</sup> O mapeamento das mulheres apontou, dentre outros aspectos, que a maioria das mulheres entrevistadas está na faixa etária entre 26 e 50 anos (72%); com relação à cor das mulheres entrevistadas, a maioria declarou-se de cor parda (34 vítimas), seguida de branca (27 vítimas) e preta (8 vítimas), num universo onde apenas 3 das 75 vítimas não informaram sua cor; em termos de escolaridade, a equipe de pesquisa conseguiu entrevistar um universo bem diversificado de mulheres, o que garantiu uma riqueza de experiências de vida (e de perspectivas em relação ao processo) difícil de alcançar com base nos dados quantitativos, no entanto, 25% possuem o 2º grau completo, 21% possuem o 3º grau completo, 15% com o 1º grau incompleto (6º ao 9º ano), 9% com do 1º ao 5º ano do ensino fundamental completo, 7% com pós-graduação, especialização, mestrado e doutorado completos (Mello; Rosenblatt; Medeiros, 2018, p. 165-166).

De todo modo, a análise das entrevistas foi realizada a partir de quatro necessidades procedimentais: “[...] ‘justiça interacional’, ‘justiça informacional’ e ‘justiça procedimental’, bem como de ‘vitimização secundária’ (Mello; Rosenblatt; Medeiros, 2018, p. 171). O interesse maior está, no entanto, na observação à justiça interacional, ou seja, aquela que diz sobre o tratamento respeitoso e/ou reconhecimento, como parâmetros de verificação prática dos princípios e valores restaurativos, considerando que devem estar presentes desde o momento em que a mulher chega até as instituições.

Foi constatada a falta de voz e de reconhecimento. As experiências de revitimização, segundo a pesquisa, tomam várias formas, mas o relato mais comum fora a falta de escuta das mulheres nos ambientes institucionais:

Num exercício doloroso de injustiça procedimental e interacional a que são submetidas [...] essa dificuldade de se ouvir a vítima é ainda mais nitidamente sentida quando o agressor pertence a uma outra classe social [...] é comum a vítima dizer que não se sentiu “reconhecida” enquanto vítima, a ponto, às vezes, de se sentir “culpabilizada” pelas autoridades. (Mello; Rosenblatt; Medeiros, 2018, p. 179-181)

Quando é feita a pergunta envolvendo expressamente o valor do respeito, a resposta é esclarecedora, ao mesmo tempo que é causa e sintoma de uma sociedade forjada nas relações assimétricas de poder esculpadas pelo patriarcalismo e pelos racismos:

Entrevistadora: Você foi tratada com respeito ao longo do processo?

Entrevistada: [...] eles são gentis e tudo, conversam com você, mas eles não conseguem pegar o... Eles não conseguem pegar o... É como se você... Eles não têm *feeling*, entendeu? Eles não se colocam no lugar da mulher. Então meu ex-marido é um cara que sempre lidou com agiota, com pessoas devendo, como que eu vou entregar, eu vou deixar o

meu filho, que é a coisa que eu tenho de mais preciosa na minha vida, como que eu não vou descer pra entregar ele pro pai? E se tiver um cara que já levou [nome do companheiro] pra num sei aonde e já bateu pra caramba nele e tiver lá dentro? Meu filho não vai. Eu não deixo. Entendeu? Mas acha que não tem que ter medida protetiva, acha que [nome do companheiro] ... Num viu violência... Num dá pra você entender, entendeu? É por isso que acontecem tantas coisas, é por isso que mulher acaba... Não denuncia... Pra quê? Pra perder tempo? Igual eu, saí do meu trabalho... Num tô do lado da minha mãe que vai fazer essa cirurgia que eu te falei... Pra quê? Pra ouvir eles falarem que eu tenho que mudar, que eu tenho que me olhar no espelho, que eu não posso julgar [nome do companheiro], que aquilo outro... O que é que é isso gente? Sabe? Isso é ridículo. E eu não dar... Eu não posso falar né, a gente tem que ficar calada e ouvir, né? (Vítima\_BSB6)

[...] aí, nesse dia, a delegada queria que eu já acionasse a Maria da Penha, e eu não... eu [...] tava um pouco alcoolizada e falei: “não, não vou fazer”. Aí [a delegada] olhou pro meu pai [...] e disse: “viu, pai? Ela não quer. Agora na hora que acontecer uma coisa pior, não reclame” (Vítima\_RS1). (Mello; Rosenblatt; Medeiros, 2018, p. 181)

Assim sendo, verifica-se que mulheres em situação de violência, além de não ocuparem a centralidade do processo desde a publicação da Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2016 (BRASIL, 2016), vêm ao longo de todo seu processo formativo histórico, cultural, social e político sendo sistematicamente desrespeitadas. Nos espaços institucionais nos quais as mulheres precisam transitar foi verificada a demanda por mediadora(es), cuja interpretação foi:

A impossibilidade de se ignorar, em casos de violência doméstica, os conflitos subjacentes àqueles fatos que deram origem ao processo penal. Isto é, para a vítima, o maior problema, muitas vezes, não é o crime sofrido ou a “justa causa” para a ação penal deflagrada, mas uma série de conflitos que existiam antes, e que passaram a existir depois, da agressão reportada à polícia. (Mello; Rosenblatt; Medeiros, 2018, p. 187)

Para além das questões infraestruturais que sustentam esse tipo de conflito, está a necessidade de construir um espaço dialógico, seguro, onde se construa horizontalidade (eliminando, tanto quanto possível as assimetrias) e se busque a responsabilização pelos danos causados, a reparação das consequências danosas suportadas pelas mulheres em situação de violência, com algum engajamento social, o que, em outras palavras, pode ser também entendido como uma demanda por outra qualidade de solução, que pode ser a Justiça Restaurativa.

Diante da realidade atual, abrem-se portas para a Justiça Restaurativa. Além do tratamento diante do sistema de justiça, outro aspecto que demanda tal consideração é o fato de as mulheres desejarem algum tipo de reparação:

Entrevistadora: E quais eram as suas expectativas antes da audiência, você veio buscando o que do Judiciário?

Entrevistada: Justiça. A medida protetiva é uma coisa que, assim, era só o que eu já esperava, porque contra fatos não há argumento. Eu cheguei a passar por uma cirurgia, tenho testemunha e tudo. Então a medida protetiva já era um fato. Eu queria que tivesse havido algo mais que me reparasse os meus danos. Minha vida está de cabeça pra baixo por causa disso,

porém ainda tem uma próxima audiência, né, então essa só foi a audiência de justificativa (Vítima\_BSB7). (Mello; Rosenblatt; Medeiros, 2018, p. 194)

Diz-se que a Justiça Restaurativa pode ser a resposta possível para o conflito doméstico, porque, de fato, a pesquisa verificou que ela não está presente na ambiência dos espaços institucionais, que concentram os serviços para a solução do conflito doméstico.

As entrevistas de 75 mulheres em situação de violência doméstica de diferentes cidades, idades, condição social, níveis de escolaridade e cujos processos estavam em distintas fases revelaram que a maior parte sequer tinha ouvido falar sobre Justiça Restaurativa. A pesquisa não ofereceu elementos para análise da centralidade do papel da vítima no âmbito das experiências em Justiça Restaurativa, porque entende-se que essa percepção não foi seu objeto de investigação e avaliação. Outrossim, traz vigorosa pesquisa qualitativa e quantitativa no que tange aos aspectos da Lei Maria da Penha e sua aplicação nos conflitos domésticos.

### 3 A CENTRALIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA JUDICIAL E O RESPEITO ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA

Quando se busca observar a centralidade da mulher nas experiências e/ou abordagens restaurativas, tem-se de início a baixa adesão das vítimas, nas quais estão incluídas as mulheres em situação de violência doméstica, o que, aliás, trata-se de uma questão estrutural, pois “[...] desde a fundação dos projetos de Justiça Restaurativa e, portanto, como um dado estrutural do seu funcionamento, inclusive no Juizado da Violência ou Paz Doméstica, o que compromete, também estruturalmente, o próprio ‘encontro’” (Andrade, 2018, p. 126). Significa dizer que, desde a inserção da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário, o encontro foi e permanece estruturalmente prejudicado.

Ademais, considera alguns aspectos para a baixa adesão, dentre os quais: (i) condição socioeconômica para custear deslocamentos necessários, ou seja, os locais onde as práticas restaurativas estão sendo ofertadas, geralmente em fóruns, juizados ou varas, estão distantes dos locais de residência das vítimas. (ii) Descompasso entre a temporalidade necessária às vítimas para se voluntariarem aos procedimentos de Justiça Restaurativa versus temporalidade necessária aos procedimentos, não raro movidos pela celeridade. Neste particular, tem-se a percepção de que o tempo restaurativo é outro, distinto do tempo processual, portanto sem a resignificação do tempo; o que se tem é apenas uma manipulação do procedimento restaurativo, contrariando seus princípios e valores. (iii) Insucesso, por esses e outros motivos, e pela própria inadequação dos contatos/convites feitos pelos(as) facilitadores(as) para a participação das vítimas nos programas. Permeia uma ideia de informalidade ao lado da celeridade, na qual não se privilegia a potência do encontro, por exemplo, ao se utilizar de telefonemas para informar do procedimento. (iv) Incerteza ou insegurança quanto ao conteúdo das práticas. (v) Reprodução de uma cultura punitiva que não cuida das vítimas, mas pune os ofensores. Neste particular, a narrativa não se realiza na prática, ou seja, as pesquisas dão conta de que a Justiça Restaurativa tem como destinatário o homem ofensor (Andrade, 2018, p. 127). Não menos importante é a constatação de que os programas estão focados:

No ofensor, seja pelo fato de existirem projetos no âmbito da execução de penas, ou medidas penais, ou socioeducativas, ou em prisão domiciliar, ou monitoramento eletrônico que são voltados exclusivamente para o ofensor. (Andrade, 2018, p. 127)

Dessa feita, confirma-se que a Justiça Restaurativa está sendo manuseada com o objetivo de ser preventiva e pacificadora (Andrade, 2018), mas também punitiva, porque prevenção e pacificação podem ser consequências, mas nunca objetivos da Justiça Restaurativa, e duplamente punitiva, porque o ofensor pode assumir responsabilidades tanto no procedimento restaurativo como no processo tradicional, uma vez que os processos possuem ritmos próprios e sem conexão e impactos (o que pode gerar *bis in idem*).

No Rio Grande do Sul, os círculos de construção de paz são uma prática bastante recorrente, como no restante do País onde há experimentações restaurativas, e no âmbito dos Juizados da Violência Doméstica, a realização envolve as partes, “[...] muito embora possa haver a participação da mulher vítima no programa sem que haja, necessariamente, a participação do marido ou do companheiro agressor, e vice-versa”. No entanto, foi verificado que não há um fluxo definido de atendimento, ainda que os “[...] atores estratégicos saibam de onde vem e para onde vão as situações atendidas” (Andrade, 2018, p. 195).

A despeito da participação das partes, os círculos vítima-ofensor, segundo Andrade (2018), ocorrem muito excepcionalmente, sendo que as práticas usuais<sup>226</sup> são realizadas com as mulheres em situação de violência doméstica, por meio de grupos de apoio às mulheres e com os homens autores de violência, por meio dos grupos reflexivos de gênero. Esse cenário reforça o que a autora chamou de “brasilidade da Justiça Restaurativa”.

A outra pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (2019) preocupou-se em identificar o papel que a vítima ocupa nas experiências restaurativas e confirma a percepção de Andrade (2018) ao encontrar que os programas e projetos em Justiça Restaurativa estão focados no ofensor e não assimilaram o referencial teórico em Zehr (2008), pois:

<sup>226</sup> No rito dos crimes ocorridos no âmbito da violência doméstica, ou que sejam considerados “graves”, o processo criminal deve correr em paralelo, uma vez que se trata de ação penal pública incondicionada. Assim, fica evidente a importância da parceria com o Ministério Público, já que este é o autor da ação penal. Se não houver interesse do Ministério Público no procedimento da Justiça Restaurativa, apesar de o juiz ainda deter a possibilidade de encaminhar os casos, fecha-se uma porta que é a utilização do procedimento ou dos resultados das práticas restaurativas no próprio processo criminal (Andrade, 2018, p. 204).

Em 68% das iniciativas, é promovido o encontro entre vítima, ofensor e comunidade; em 54% se promove o encontro entre ofensor e comunidade. O encontro de grupo de ofensores é uma prática em 48% dos programas, projetos ou ações. Por outro lado, o encontro somente da vítima com a comunidade ocorre em 41% das iniciativas e o grupo de vítimas é proporcionado em 39% dos casos. O encontro somente entre vítima e ofensor é uma das práticas menos usuais, ocorrendo em 36% dos programas, projetos ou ações em Justiça Restaurativa. (Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 16)

Essa é a única amostra encontrada no relatório de pesquisa, que oferece, ainda que precariamente, alguma menção às vítimas, o que nos leva a algumas considerações. Dentre elas, é que a pesquisa não evidencia como se dá a participação das vítimas, de forma geral, tampouco nos casos de violência doméstica cometida contra as mulheres, quando realizadas as práticas restaurativas.

Aos homens autores de violências é disponibilizada mais da metade de todas as iniciativas em Justiça Restaurativa no Poder Judiciário e, em se concentrando na temática da violência doméstica, que representa 52,3% (Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 19), observa-se, portanto, que permanece a lógica centrada no ofensor.

Dessa percepção inferem-se duas hipóteses: ou o Poder Judiciário de fato ainda não assimilou a Justiça Restaurativa (a partir de Zehr, 2008), ou, em a reconhecendo, está com dificuldades e/ou resistências de trocar as lentes para olhar para o fenômeno criminal com as lentes restaurativas. Por consequência, tem a possibilidade de ser manejada inadequadamente.

Pode-se ao final fazer um paralelo com a implementação dos Juizados de violência doméstica e familiar:

As narrativas das vítimas entrevistadas (vide seção 4.2), não raras vezes, denunciaram um processo no qual a mulher se sente silenciada e tratada numa lógica de “justiça em linha de montagem” (Rosenblatt; Valença, 2015), quer dizer, numa lógica de justiça padronizada, com pouco ou nenhum espaço para a individualização no tratamento jurisdicional, na qual a história da vítima não é ouvida e as suas necessidades ou escolhas de vida não importam. (Mello; Rosenblatt; Medeiros, 2018, p. 251)

Observa-se que, mesmo nas experiências restaurativas e nas políticas judiciais para a violência doméstica, as mulheres ainda não detêm protagonismo e respeito no processo. Ainda são silenciadas, seja porque desconhecem por completo o fluxo processual, seja porque são revitimizadas. Ainda, na Justiça Restaurativa ocorre a mesma situação, seja pela confusão conceitual, seja pela manutenção do argumento de autoridade do Poder Judiciário. É fundamental garantir um enfoque mais holístico, integral, de respeito e garantia de participação das mulheres para o enfrentamento das violências contra elas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise dos documentos institucionais, está patente que as mulheres não ocupam a centralidade nos procedimentos restaurativos, cuja consequência é a manutenção da estrutura mecânica concentrada na punição do homem autor de violência, pelo Poder Judiciário na adoção da Justiça Restaurativa.

Ademais, nas experiências pesquisadas, observou-se uma ausência de protocolos, elaboração de fluxos, monitoramento adequado dos casos e métricas de avaliações, o que revela, de um lado, a resistência institucional em romper com padrões estruturais, normativos, processuais e temporais

para se adotar a Justiça Restaurativa, com o que ela propõe e, de outro, por consequência, os procedimentos restaurativos, ainda que realizados de maneira frágil e deficiente, não impactam no curso do processo tradicional.

Assim sendo, a oxigenação do sistema de justiça para construir uma organicidade em torno da proposta restaurativa é absolutamente imprescindível, sob pena de a Justiça Restaurativa se tornar um “puxadinho” do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de (coord.). *Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal. Brasília: DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm). Acesso em: 02 fev. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: CNJ, Poder Judiciário, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

FABENI, Lorena Santiago. *O uso da justiça restaurativa pelo poder judiciário nas violências cometidas contra as mulheres*. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Pará. 2023.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; ROSENBLATT, Fernanda Cruz da Fonseca, Carolina Salazar; MEDEIROS, L'Armée Queiroga de. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais entre práticas Retributivas e Restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário*. Brasília: Universidade Católica de Pernambuco e Conselho Nacional de Justiça, 2018.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.



# REASSENTAMENTO INVOLUNTÁRIO DE OCUPANTES DE ÁREAS PÚBLICAS EM RAZÃO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA FINANCIADOS PELO BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID): O CASO DO MUNICÍPIO DE PARAUAPEBAS/PA

## INVOLUNTARY RESETTLEMENT OF OCCUPANTS IN PUBLIC AREAS DUE TO INFRASTRUCTURE PROJECT FINANCED BY THE INTER AMERICAN DEVELOPMENT BANK: A CASE STUDY OF PARAUAPEBAS - PA, IN BRAZIL

Luly Rodrigues da Cunha Fischer<sup>227</sup>

Ana Luisa Santos Rocha<sup>228</sup>

<sup>227</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA) e Universidade de Paris XIII (2014), em regime de cotutela. Possui graduação (2005) e mestrado em Direito (2008) pela UFPA. É professora adjunta do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA, advogada inscrita na OAB-PA, membro do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico, do Instituto Histórico e Geográfico do Pará, da Comissão de Regularização Fundiária Urbana da UFPA, da Clínica de Direitos Humanos da UFPA e mediadora judicial e extrajudicial certificada pelo TJE/PA (2021). Email: lulyfischer@ufpa.br.

<sup>228</sup> Bolsista de Pós-Doutorado Júnior (CNPq) e Pesquisadora do INCT Proprietas. Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA) em regime de cotutela com a Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne (École Doctorale de Droit de la Sorbonne). Docente dos cursos de Graduação em Direito da Faculdade Integrada de Advocacia da Amazônia (FINAMA Advocacia) e da Faculdade Cosmopolita. Consultora fundiária na Urbe Amazônia. Email: analuisasrocha@gmail.com.

## Resumo

O presente artigo, enquanto relato de caso, tem como objetivo apresentar como o Município de Parauapebas construiu e regulamentou as soluções jurídicas para reassentamento involuntário de famílias ocupantes de áreas públicas municipais impactadas pelas intervenções do “Programa de Saneamento Ambiental, Macrodrenagem e Recuperação de Igarapés e Margens do Rio Parauapebas” (Prosap), financiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). Quanto ao delineamento metodológico, trata-se de pesquisa com vertente empírica, do tipo pesquisa-ação, com coleta de dados em fontes documentais descritos e analisados no âmbito de uma estratégia de revisão narrativa. O artigo se divide em três partes. Primeiramente, trata-se da possibilidade de indenização de benfeitorias de particular sobre área pública municipal a partir das normas internas do BID, incorporadas como obrigação pelo Poder Público Municipal por força de disposição contratual. Na segunda parte, considera-se a questão a partir da jurisprudência dos tribunais superiores e de casos excepcionais na legislação brasileira. Por fim, apresentam-se as soluções regulamentadas no Decreto Municipal nº. 1.416, de 18 de junho de 2021, para fins de compatibilização entre os compromissos contratuais firmados por Parauapebas junto ao BID e as normas nacionais.

**Palavras-chave:** Áreas públicas municipais; Ocupações irregulares; Reassentamento involuntário; Programas de urbanização e saneamento; financiamento internacional BID.

## Abstract

This article, a case study, aims to present how the Municipality of Parauapebas regulated legal solutions for involuntary resettlement of families occupying municipal public lands subject to interventions of the project for environmental sanitation, macrodrainage and restoration of Parauapebas river

and its margins (PROSAP) financed by the Inter American Development Bank (BID). The analysis is empirical, defined as research action, using legal documents as primary sources, and in complement the authors used a narrative bibliographical review. The results are organized in three sections. First, it discusses the legal means to compensate a family’s private investments in local public land according to BID internal regulations, which are mandatory due contractual obligations. In the following it analyzes judicial ruling concerning similar cases and brazilian legal dispositions that give grounds for financial compensation in such cases. Lastly, it discusses the regulated municipal standards present in the Municipal Decree n. 1.416, of July 18th, 2021 that coordinate international contractual obligations and domestic law to implement PROSAP’s interventions.

**Keywords:** Municipal Public lands; Illegal occupants, Involuntary Resettlement, Urbanization Programs, International financment, BID international loans.

## INTRODUÇÃO

O Município de Parauapebas, localizado no sudeste do Pará, detém a segunda maior arrecadação do Estado, ficando atrás apenas da capital Belém (BRASIL, 2017). A importância regional, nacional e internacional do Município está diretamente relacionada à exploração mineral da Serra dos Carajás: a maior mina de minério de ferro a céu aberto do mundo, descoberta em 1967, e hoje responsável pela maior produção de minério de ferro de alta qualidade do globo<sup>229</sup>.

Por outro lado, o processo de ocupação do território municipal inserido em um contexto regional amplo projetado pelo Governo Militar para a Amazônia, resultaram em um fluxo migratório para a Região Norte maior que em quatro séculos de colonização<sup>230</sup>, agravando a degradação ambiental,

<sup>229</sup> Sobre a exploração mineral de Parauapebas, os sites da Prefeitura Municipal e da Vale S.A apontam importantes dados. Disponível em: <<https://parauapebas.pa.gov.br/turismo/historia-da-cidade/>> e <<http://www.vale.com/hotsite/PT/Paginas/conheca-mais-sobre-historia-carajas-maior-mina-minerio-ferro-mundo.aspx>>. Acesso: 20 jun 2022.

a indefinição fundiária, os conflitos pela terra rural e urbana e as violações de direitos humanos.

Os Municípios criados pós-década de 1980 no Estado do Pará, como Parauapebas, cujos territórios municipais foram abrangidos pelas políticas federais de ocupação da Amazônia, enfrentam problemas na gestão e no ordenamento territorial (FISCHER, 2014). Dentre eles, aponta-se a implementação de políticas e serviços públicos que geram intervenções em ocupações irregulares, como na execução de programas de urbanização e saneamento que impõem o reassentamento involuntário de famílias.

Nesses casos, surge uma problemática jurídica, pois no ordenamento jurídico brasileiro o entendimento majoritário é o de que ocupantes de áreas públicas são caracterizados como meros detentores, não se reconhecendo o direito de retenção ou à indenização por acessões e benfeitorias realizadas em terras públicas.

O presente artigo, enquanto relato de caso, apresentará como o Município de Parauapebas construiu e regulamentou as soluções jurídicas para o caso específico de reassentamento involuntário de famílias ocupantes de áreas públicas municipais atingidas pelas intervenções do “Programa de Saneamento Ambiental, Macrodrenagem e Recuperação de Igarapés e Margens do Rio Parauapebas” (Prosap), financiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

Quanto ao delineamento metodológico, trata-se de pesquisa com vertente empírica, pois parte da perspectiva de que o fenômeno jurídico “[...] é variável dependente da sociedade e trabalha com as noções de eficiência, de eficácia e de efetividade das relações direito/sociedade”, estudando de forma concreta “[...] os objetivos propostos pela lei, por regulamentos de todas as ordens e de políticas públicas ou sociais” (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 22). Ademais, é uma pesquisa de campo do tipo pesquisa-ação, pois se desenvolveu “[...] em estreita correlação com uma ação ou com a solução de problemas grupais ou coletivos” (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 102). Nesse sentido, ressalta-se que em 2021 as autoras

participaram diretamente do processo de regulamentação da normativa municipal aqui descrito.

Em relação aos procedimentos metodológicos para coleta de dados, a pesquisa é documental e a maior parte dos dados descritos são primários, posto constarem em fontes como contratos, normas operacionais, legislação federal e legislação municipal. Os procedimentos para interpretação e análise dos dados são qualitativos, com descrição e análise dos documentos coletados no âmbito de uma estratégia de revisão narrativa.

O artigo se divide em três partes, a primeira tratará da possibilidade de indenização de benfeitorias de particular sobre área pública municipal a partir das normas internas do BID, incorporadas como obrigação pelo Poder Público Municipal por força de disposição contratual. Na segunda, considera-se a questão a partir da jurisprudência dos tribunais superiores e de casos excepcionais na legislação brasileira. Por fim, apresentam-se as soluções regulamentadas no Decreto Municipal nº. 1.416, de 18 de junho de 2021, para fins de compatibilização entre os compromissos contratuais firmados por Parauapebas junto ao BID e as normas nacionais.

## 2 A POLÍTICA OPERACIONAL OP-710 DO BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO E A INDENIZAÇÃO DE ACESSÕES E DE BENFEITORIAS REALIZADAS POR TERCEIROS EM ÁREAS PÚBLICAS MUNICIPAIS NO PLANO ESPECÍFICO DE REASSENTAMENTO/PROSAP

A Política Operacional do BID sobre reassentamento involuntário, a OP-710 (1998) abrange qualquer deslocamento físico involuntário de pessoas causado por um projeto do

<sup>280</sup> Em 1950, a Região Norte abrigava 2.930.005 pessoas. Em 1991, após os Governos Militares, esse número atingiu a marca de 10.257.266 pessoas. Dados do Censo 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/>>. Acesso: 16 mai 2022.

Banco, aplicando-se a todas as operações, nos setores público e privado. Ela tem por objetivo minimizar a perturbação do meio em que vivem as pessoas na área de influência do projeto “evitando ou minimizando a necessidade de deslocamento físico, assegurando que, quando as pessoas forem deslocadas, sejam tratadas equitativamente e, sempre que possível, possam compartilhar os benefícios do projeto” (BID, 1998, p. 1).

A política operacional é norteada pelo princípio de que todos os esforços devem ser envidados para evitar ou minimizar o reassentamento involuntário de pessoas, levando-se em conta não só os aspectos econômicos, mas também os socioculturais: o significado cultural ou religioso da terra, a vulnerabilidade da população afetada ou a disponibilidade de substituição em espécie de bens.

No caso de deslocamentos inevitáveis adota-se o princípio de que um plano de reassentamento deve ser elaborado, “a fim de assegurar que as pessoas afetadas recebam compensação e reabilitação adequadas” (BID, 1998, p. 1).

Segundo a normativa, a compensação e a reabilitação para as pessoas afetadas pelos projetos da instituição só são consideradas justas e adequadas com o cumprimento de alguns requisitos. Tais medidas devem, no mais breve período possível, assegurar às populações reassentadas: a) um padrão mínimo de vida e acesso à terra, aos recursos naturais e aos serviços públicos básicos como, água potável, saneamento, infraestrutura comunitária, além de títulos de propriedade da terra, pelo menos nos mesmos níveis anteriores ao reassentamento; b) recuperação de todas as perdas causadas pelas dificuldades de transição; c) perturbação tão limitada quanto possível das suas redes sociais, oportunidades de emprego e produção e acesso aos recursos naturais e instalações públicas; e d) acesso à oportunidade de desenvolvimento econômico e social (BID, 1998).

Na formulação do Plano de Reassentamento, as opções de compensação e reabilitação devem proporcionar às famílias afetadas um valor justo de substituição para os bens perdidos

e medidas que permitam a restauração da subsistência e da renda, a reconstrução das redes sociais e a compensação pelas dificuldades de transição para um novo local de moradia, tais como custos de mudança, interrupção ou perda de emprego, perda de renda, entre outras (BID, 1998).

O objetivo é que as dificuldades transitórias não se prolonguem e nem resultem em danos irreparáveis. A diretriz do Banco é que as opções oferecidas no Plano de Reassentamento devem ser apropriadas para as pessoas afetadas, refletindo a sua capacidade e aspirações realistas. Também devem ser levados adequadamente em conta os bens intangíveis, especialmente bens sociais e culturais não monetários, as características da população reassentada, no que diz respeito a gênero, etnia, idade e quaisquer outros fatores que indiquem necessidades e vulnerabilidades especiais (BID, 1998).

Para estabelecer a compensação o documento indica dois passos: a) determinar o direito das pessoas afetadas nos termos das leis e regulamentos aplicáveis; b) avaliar quais medidas adicionais são necessárias para restaurar o meio de vida da população afetada ao padrão anterior ao reassentamento e criar mecanismos capazes de fornecer os bens ou serviços necessários, inclusive procedimentos efetivos e rápidos de solução de disputas.

Assim, a proposta de compensação deve ser operacionalizada dentro dos limites da legalidade, podendo ser complementada apenas quando necessário com medidas específicas no projeto quando forem identificadas lacunas no contexto institucional e regulamentar que não precisam ser incorporadas ao plano de reassentamento, mas que podem ser consideradas se o mutuário e banco assim concordarem (BID, 1998, p. 4).

Nesse sentido, cumpre destacar o entendimento do banco sobre os riscos e benefícios da compensação financeira, bem como interpretações jurídicas sobre a desapropriação decorrente da teoria do domínio iminente<sup>231</sup>. A compensação pecuniária é vista com ressalvas, pois o reassentamento involuntário

<sup>231</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto (2014, p. 79) explica que “o domínio iminente reflete a prerrogativa geral de ascendência do poder público sobre todas as coisas, mormente imóveis, existentes dentro dos lindes do seu território. Cuida muito mais de uma relação de autoridade do poder político sobre o território do que a propriedade destes bens”.

rio implica problemas legais, sociais, políticos e econômicos que ultrapassam a compensação em pecúnia.

Pela experiência do Banco Mundial e do BID as principais razões são: a) a compensação em dinheiro geralmente é insuficiente para substituir bens perdidos por outros de valor equivalente; e b) os deslocados geralmente carecem das oportunidades ou de conhecimentos para usar os seus pagamentos para substituir bens ou oportunidades perdidas, pois possuem necessidades imediatas, fazendo com que a compensação seja gasta antes de ser investida em habitação ou em uma atividade produtiva, afetando principalmente grupos de baixa renda.

No entanto, o documento ressalva que a compensação em dinheiro pode ser adequada para grupos de renda mais alta. Inclusive, aponta-se o risco de que grupos bem organizados possam usar a sua posição para exigir níveis de pagamento muito mais altos do que seriam justificados por critérios de substituição de custo, causando disputas e atrasos no projeto, além de um processo de especulação.

Quanto às bases jurídicas do processo expropriatório, esclarece o documento que essas leis raramente consideram compensação além dos pagamentos monetários pelos direitos formais de propriedade. Essas disposições raramente consideram os direitos dos ocupantes que não dispõem de título, e muitas das vezes podem até mesmo apresentar um obstáculo ao reconhecimento de bens.

Nesses casos, o plano de reassentamento deve proporcionar uma resposta de restauração que complemente o direito local e mantenha o meio de vida dos afetados, como, por exemplo, o reconhecimento do título de construção para aqueles cuja ocupação resulte em direito adquirido da propriedade ocupada ou, no caso de locatários, que possam ser compensados por meio da identificação de propriedades de aluguel a preços semelhantes.

Por esse motivo, a preparação do plano de reassentamento e a negociação do convênio de empréstimo podem incluir medidas destinadas a considerar lacunas, que correspondam ao conceito de reabilitação e a remédios extrajurídicos para

perdas sofridas pela população reassentada, sem requerer grandes mudanças na legislação (BID, 1998, p. 27-29).

O contrato de empréstimo nº. 4917/OC-BR (Projeto nº. BR-L1508) foi firmado em 29 de outubro de 2020 entre o Município de Parauapebas e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) para o financiamento e execução do Prosap. Em julho de 2019, o Prosap já havia aprovado o Plano Específico de Reassentamento (PER) para as intervenções do projeto.

O PER está condicionado à observância do ordenamento jurídico sobre: a) a desocupação das margens do Igarapé da Ilha do Coco; e b) a reposição/compensação/ressarcimento de imóveis situados na poligonal de desapropriação. A liberação dessas áreas está condicionada à aplicação de dois instrumentos: a) o decreto de utilidade pública para fins de desapropriação (áreas privadas) e b) a reintegração de posse para o caso das áreas de domínio público ocupadas irregularmente.

No primeiro caso, que trata das áreas privadas, a legislação afeita à desapropriação é aplicável em duas instâncias: a) na imissão, em favor do município de Parauapebas, da posse do território onde pretende realizar intervenção do Prosap; e b) no ressarcimento de imóveis instalados naquela poligonal. Destaca-se que a indenização por benfeitorias ocorrerá em caso de bem de domínio particular ou por acessão em caso de melhoramentos de bem público (art. 1248, V e 1255 do Código Civil de 2002).

Para liberar áreas necessárias ao Prosap, foi criado um programa de atendimento/compensação que possui os seguintes objetivos específicos: 1) garantir a reposição das moradias que serão retiradas do perímetro requerido para implantação e operação das obras, assegurando que nenhuma família fique em situação habitacional similar à original; 2) apoiar a reinstalação das atividades econômicas na área.

No documento, foram propostos os seguintes encaminhamentos relacionados à indenização:

a) Indenização em espécie: compensação por ações de intervenção urbanística decorrente do direito fundamental à propriedade, ainda que seja desaconselhável sua aplicação

para a população vulnerável. O grupo potencial de optantes pela indenização deverá ser aquele cujas edificações possuem valores de avaliação significativos (avaliação superior a R\$ 65.000,00), e preferencialmente em casos com regularidade fundiária. No entanto, a solução é extensível aos possuidores cuja benfeitoria seja avaliada acima do valor supracitado.

b) Indenização do proprietário não morador: solução aplicável ao possuidor e/ou proprietário não morador de imóvel identificado e cadastrado na área de atuação do Prosap, sendo aplicável a todos os imóveis e/ou benfeitorias identificadas na área, de uso habitacional e para atividade econômica. Para os possuidores, a indenização corresponde às benfeitorias; para os proprietários, benfeitorias e terreno.

c) Indenização de bem de herança: solução aplicada aos moradores de imóveis cuja propriedade está vinculada a um antecessor (herança), quando não foram processados os trâmites de inventário. Esta solução envolve figuras jurídicas conduzidas pelo Prosap e é contabilizada como compensação financeira/reposição de bem econômico.

d) Indenização comercial: pagamento pelo valor da propriedade do terreno, da benfeitoria e do negócio (desativação e reinstalação).

e) Pagamento da benfeitoria para o proprietário não morador: pagamento da indenização.

f) Estudo de caso: situações que não se enquadrem nos critérios previstos deverão ser objeto de estudo de caso.

### 3 A INDENIZAÇÃO DE ACESSÕES E BENFEITORIAS REALIZADAS POR TERCEIROS EM ÁREA PÚBLICA SEGUNDO O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E AS EXCEÇÕES EM FUNÇÃO DO DIREITO À MORADIA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

O entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça estabelece que “a ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias” (Súmula 619, Corte Especial, julgado em 24/10/2018, DJe 30/10/2018).

As referências legislativas da súmula são: a) art. 191, parágrafo único da Constituição de 1988 (impossibilidade de aquisição de imóvel público por usucapião); e b) arts. 1208 e 1255 do Código Civil de 2002 (não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade; e, aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização).

O STJ indica<sup>232</sup> dez decisões paradigmáticas como precedentes da súmula e para uma melhor compreensão do escopo do entendimento do tribunal superior. A aplicação da súmula pode ser delimitada a partir das referidas decisões:

a) A relação que se estabelece entre o particular e o bem público não configura posse, ao revés, mera detenção, não gerando o direito ao recebimento de indenização por benfeitorias. Consequentemente, não havendo direito à indenização, não há o direito de retenção do bem, conforme previsto no art. 1219 do Código Civil de 2002. Segundo entendimento do julgado “não se pode admitir que um particular retenha um

<sup>232</sup> As referências e os precedentes da súmula n.º. 619 foram publicados pela Revista de Súmulas do Tribunal (STJ, 2021).

bem público, sob pena de se reconhecer [...] a posse individual de bem de natureza coletiva” (Agravo regimental no Agravo de Instrumento n. 1160659/RJ. No mesmo sentido: Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 762.197/DF e Recurso especial n. 460.180/ES);

b) Mesmo nos casos em que haja a previsão de direito à regularização fundiária urbana, como no caso da Medida Provisória 2220/2002, a ausência de direito subjetivo à regularização em razão do regime de uso do bem público ocupado (bem de uso comum do povo) configura ocupação indevida de bem público, não há falar em posse, mas em mera detenção, de natureza precária, o que afasta o direito de retenção por benfeitorias e o almejado pleito indenizatório à luz da alegada boa-fé (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 824.129/PE);

c) A alegação de desconhecimento do vício da ocupação irregular de terras públicas também não é tese aceita para gerar direito à indenização pelas benfeitorias e o reconhecimento do direito de retenção (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1319975/DF). Essa interpretação restritiva do direito à indenização e à retenção possui caráter pedagógico, pois não se pode considerar boa-fé a posse de terras públicas, sob pena de submeter o poder público à pressão de ocupações ilegais (Recurso Especial n. 699374/DF);

d) A tese de que tolerância ou inação do Poder Público face à ocupação irregular geraria direito à indenização nos termos do art. 1208 do Código Civil de 2002, pelo fato de a detenção, que representa o poder fático sobre a coisa, não possui reverberação jurídica. O imóvel público é indisponível, de modo que eventual omissão dos governos implica responsabilidade de seus agentes, nunca vantagem de indivíduos às custas da coletividade (Recurso Especial n. 841905/DF);

e) A única ressalva feita pelo STJ a respeito desse caso é que para que fosse configurado o direito à indenização seria necessário haver vantagem para o proprietário (Poder Público) da intervenção feita pelo detentor (Recurso Especial n. 850970-DF e n. 1310458/DF);

f) Os bens públicos federais contam com regime jurídico especial próprio (Decreto-lei n. 9760/1946); logo, descabe, como é curial, aplicar regime geral do Código Civil, exceto naquilo em que o microsistema seja omissivo (Recurso Especial n. 1055403/RJ)

Entre 2019 e 2020 foram identificados pelo próprio STJ mais 8 casos que seguiram o mesmo entendimento das decisões acima mencionadas, dentre as quais podem ser identificadas algumas complementações à síntese exposta:

a) Rechaçada a natureza jurídica da posse, inútil requerer ou produzir prova de ser a ocupação de longa data, visto que o tempo em nada influencia ou altera o regime de coisas (Recurso Especial n. 1755340/RJ);

b) Normas jurídicas que vedem o despejo sobre áreas públicas ocupadas ou a perda de benfeitorias “[...] norma excepcional ao microsistema ordinário de tutela dos bens públicos federais, deve ser interpretado restritivamente” (Recurso Especial n. 1755340/RJ);

c) A ninguém é lícito ocupar espaço público, exceto se estritamente conforme a legislação e após procedimento administrativo regular, sendo irrelevante o pagamento de tributos e outros encargos, pois prestação pecuniária não substitui licitação e licenciamento (Recurso Especial n. 1846075/DF);

d) Mesmo não sendo reconhecida a posse sobre bem público, nos casos em que haja conflito entre particulares a respeito de bem público, pode-se falar em posse (Recurso Especial n. 1584835/DF);

e) A arrematação em hasta pública de contrato de direito real sobre bem público rescindido nomeado à penhora não garante à terceiro afetado o direito de retenção ou indenização (Recurso Especial n. 1403493/DF);

## 4 O DECRETO MUNICIPAL N. 1.416/2021 E A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS COMPROMISSOS CONTRATUAIS FIRMADOS POR PARAUPEBAS JUNTO AO BID E AS NORMAS NACIONAIS

As soluções indicadas no PER/Prosap foram elencadas pelo Decreto Municipal n. 1.517, de 19 de dezembro de 2019, que dispõe sobre as áreas de execução do programa, disciplina os procedimentos de elegibilidades das soluções para liberação das compensações sociais, dentre outras providências. A redação original do Decreto n. 1.517, de 19 de dezembro de 2019, não era clara e apenas elencava de forma genérica as soluções do PER, o que na prática administrativa gerou divergências jurídicas em âmbito municipal.

Para o saneamento das divergências, três perspectivas precisavam ser consideradas e harmonizadas: a) as salvaguardas constitucionais e do ordenamento jurídico brasileiro em casos de intervenção do poder público no direito de propriedade; b) as limitações constitucionais e do ordenamento jurídico brasileiro quanto às ocupações irregulares em áreas públicas; c) as salvaguardas contratuais (contrato de empréstimo n. 4917/OC-BR), de cunho social, aos ocupantes de imóveis públicos residentes em moradias precárias e com vulnerabilidade social.

Considerando essa interpretação, o Decreto Municipal n. 1.517/2019 foi alterado pelo Decreto n. 1.416, de 18 de junho de 2021, de forma a disciplinar os critérios, as soluções e as hipóteses de indenização em decorrência de intervenção ao direito de propriedade mediante desapropriação, enquanto garantias constitucionalmente previstas; além de apresentar medidas de compatibilização das limitações do ordenamento jurídico brasileiro sobre a indenização de ocupações indevidas de áreas públicas, com as salvaguardas contratuais específicas aos casos de interesse social, de direito à moradia e de vulnerabilidade socioeconômica.

O art. 4º-H acrescentado ao Decreto n. 1.517/2019 pelo Decreto n.º 1.416/2021, assim dispõe:

Art. 4º-H Nos termos do ordenamento jurídico brasileiro e do entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), aqueles que ocupam os imóveis de propriedade pública são considerados meros detentores, sendo precária a natureza da ocupação e insuscetível de direito de retenção ou de indenização por acessões e benfeitorias, salvo nos casos:

I – de direito subjetivo à moradia, nos termos do art. 1º da Medida Provisória n.º 2.220/2011, com redação dada pela Lei n.º 13.465/2017;

II – de regularização fundiária urbana (Reurb) instaurada pelo Município, conforme a Lei n.º 13.465/2017;

III – em que o Poder Público auferir vantagem econômica com a intervenção feita pelo detentor, conforme entendimento exarado pelo STJ no julgamento dos Recursos Especiais 850970-DF e 1310458-DF;

IV – de disposições contratuais, em que sejam previstas salvaguardas de interesse social aos ocupantes de imóveis públicos residentes em moradias precárias e com vulnerabilidade social, como é o caso do contrato de empréstimo do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) n.º 4917/OC-BR para financiamento das obras do PROSAP.

Consoante o referido art. 4º-H, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece, sob determinadas condições, casos excepcionais ao entendimento da Súmula n. 619/STJ, garantindo-se a indenização de benfeitorias e acessões em áreas públicas.

O primeiro caso refere-se à concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM). O art. 1º da Medida Provisória n. 2.220/2001 (com redação dada pela Lei n. 13.465/2017) estabelece que aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250m<sup>2</sup> de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

A CUEM pode ser definida como um “ato administrativo unilateral, vinculado, gratuito, perpétuo e independente de licitação [...]” em que o poder público confere “[...] direito real de uso resolúvel a ocupantes individuais ou coletivos de imóveis públicos urbanos” (MARRARA, 2019). A MP n. 2.220/2001 consagrou<sup>233</sup> o instituto da concessão de uso especial de imóvel público situada em área urbana para fins de moradia como direito subjetivo.

A segunda situação diz respeito à regularização fundiária urbana. Em uma escala ampla, a regularização fundiária urbana é tida como um processo de caráter multifacetado “[...] conduzido por diferentes instâncias, que visa a delimitar áreas sob ocupação irregular, organizar e viabilizar a titulação dos ocupantes e prover o espaço atingido com as infraestruturas, utilidades e serviços necessários à garantia do direito à cidade” (MARRARA; CASTRO, 2019, p. 4).

A Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, instituiu no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à

Regularização Fundiária Urbana (Reurb), abrangendo medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

O núcleo urbano informal consolidado é definido pela lei como aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município (art. 11, III).

A abertura e a instauração do processo administrativo de Reurb compete ao Município<sup>234</sup> em que se situa a área objeto do pedido de regularização (art. 32). Quando se trata de núcleos urbanos informais situados em áreas públicas, desde o requerimento de instauração da Reurb ou a manifestação de interesse nesse sentido por parte de qualquer dos legitimados, garante-se ao ocupante, frente ao Poder Público, o direito de permanência em suas respectivas unidades imobiliárias, preservando-se as situações de fato já existentes, até eventual arquivamento definitivo do procedimento (art. 31, §8º).

Logo, a legislação estabelece como efeito processual imediato, garantias contra remoções forçadas e demais ações possessórias por parte do Poder Público aos ocupantes de áreas públicas a serem regularizadas. A abertura e a instauração do procedimento de regularização fundiária de núcleos urbanos informais consolidados representa um reconhecimento da ocupação. Pode-se afirmar então que não há uma mera expectativa de direito à regularização, mas um verdadeiro direito de ser regularizado<sup>235</sup>, admitindo-se, de forma indireta, o direito à indenização pelas benfeitorias e acessões realizadas no imóvel público.

<sup>233</sup> Thiago Marrara (2019, p. 329) retraça o histórico legislativo da CUEM nos seguintes termos: “nascida com a Constituição da República de 1988, a CUEM foi inicialmente detalhada nos dispositivos vetados do Estatuto da Cidade. Em seguida, ressuscitou com a edição da Medida Provisória n. 2.220/2001, mas ali foi limitada por critérios de natureza temporal em relação à posse do imóvel. Mais tarde, seu regime foi bastante reforçado com as várias modificações promovidas pela Lei n. 11.481, principalmente no Código Civil e na legislação dos bens públicos federais. Finalmente, em 2017, a Lei n. 13.465 progrediu mais alguns passos ao flexibilizar o requisito do imóvel “urbano” e também o da “indivisibilidade” da ocupação coletiva”. Apesar dos avanços, o autor sustenta o regime jurídico do instrumento ainda necessita de maiores aprimoramentos e soluções legislativas em questões específicas (MARRARA, 2019).

<sup>234</sup> Por meio da Lei n. 14.620/2023, foi incluído o §4º, ao art. 30, dispondo que: “Para as terras de sua propriedade, os órgãos da administração direta e as entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ficam autorizados a instaurar, processar e aprovar a Reurb-S ou a Reurb-E e a utilizar os demais instrumentos previstos nesta Lei”.

<sup>235</sup> A solução foi aplicada na prática nos casos de intervenção do Prosap em áreas abrangidas pela poligonal do procedimento administrativo de Regularização Fundiária Urbana (Reurb) classificada como de interesse social no núcleo urbano informal “Igarapé Ilha do Coco”, instaurado pelo Decreto Municipal n. 1.483, de 02 de agosto de 2021.

O terceiro caso tem fundamento jurisprudencial, referindo-se à única ressalva feita pelo STJ, em que para a configuração do direito à indenização seria necessário haver vantagem para o proprietário (Poder Público) da intervenção feita pelo detentor (Recurso Especial n. 850970/DF e n. 1310458/DF).

Por fim, na última situação, aplicam-se as salvaguardas contratuais quanto ao direito à moradia e à vulnerabilidade socioeconômica dos atingidos, previstas no contrato de empréstimo do BID para financiamento das obras do Prosap, a Política Operacional do BID sobre reassentamento involuntário (OP-710/1998) e o PER/Prosap de 2019. Especificamente para a aplicação das salvaguardas contratuais de interesse social e redução de impactos econômicos do inciso IV, as soluções somente serão aplicadas se os ocupantes não foram concessionários, foreiros ou proprietários exclusivos de outro imóvel urbano ou rural (art. 4º-I).

Com o fundamento de se privilegiar o direito à moradia, a exceção jurisprudencial e as salvaguardas contratuais, entende-se que nas áreas de intervenção do Prosap em que ocupantes e suas famílias precisarem ser remanejados, mas se enquadrando em uma das hipóteses do art. 4º-H, não se poderá considerar como precária a natureza da posse. Tendo em vista os valores de avaliação das benfeitorias em áreas de intervenção do Prosap e os valores de referência do PER, foram adotadas as seguintes soluções compensatórias:

Art. 4º-J. No caso em que a avaliação das benfeitorias e/ou das acessões da família residente em imóvel de domínio público municipal enquadrar-se nos valores intermediários de referência do Plano Específico de Reassentamento, as soluções aplicáveis são:

I – a aquisição de moradia no mercado imobiliário local, mediante permuta com o Poder Público Municipal, a depender de autorização legislativa;

II – a aquisição de unidade habitacional a ser construída pelo PROSAP, preferencialmente para as famílias residentes, caracterizadas como baixa renda;

III – reparação em espécie no caso de não anuência da família no caso do inciso I e no não enquadramento no inciso II, mediante requerimento a ser apresentado pelo benfeitor.

Art. 4º-K. No caso em que a avaliação das benfeitorias e/ou das acessões da família residente em imóvel de domínio público municipal enquadrar-se nos valores mínimos de referência do Plano Específico de Reassentamento, a solução aplicável é a aquisição de unidade habitacional a ser construída pelo PROSAP.

Parágrafo único. Aplica-se a reparação em espécie no caso de não anuência da família, mediante requerimento a ser apresentado pelo benfeitor.

As soluções apresentadas para os casos que afastam a incidência da súmula n. 619 do STJ foram formuladas considerando-se que a compensação para o reassentamento involuntário pode assumir diversas formas, não restritas à compensação monetária, como habitação, terra e outros bens.

Ao se considerar os valores do PER e o valor efetivamente avaliado para as benfeitorias e acessões, alinha-se às ressalvas da OP-170, pois o reassentamento involuntário implica problemas legais, sociais, políticos e econômicos que ultrapassam a compensação em pecúnia. Ademais, a norma ressalta que a compensação em dinheiro pode ser adequada para grupos de renda mais alta, com os devidos cuidados para evitar a especulação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulamentação dada pelo Decreto Municipal n. 1.416/2021 para a compatibilização entre os compromissos contratuais firmados por Parauapebas junto ao BID e as normas nacionais, mas do que significar o regulamento formal entre ordenamento jurídico brasileiro, normas operacionais de agentes internacionais financiadores e contratos firmados por entes federativos municipais, reconhece e fortalece um aspecto material fundamental: o interesse social, de direito à moradia e os casos de vulnerabilidade socioeconômica.

Do ponto de vista macro, a regulamentação dos critérios, soluções e hipóteses aqui descritos, além de se enquadrarem nos parâmetros de legalidade e respeito ao ordenamento jurídico interno, também se qualificam como medidas atreladas à promoção da responsabilidade social corporativa internacional, considerando o financiamento e participação do BID no projeto.

Do ponto de vista local, entende-se que essas modificações garantiram maior segurança jurídica e a uniformidade dos procedimentos do Prosap, a partir dos critérios técnico-jurídicos estabelecidos, além de publicizar e oferecer aos impactados, os parâmetros utilizados pelo Município de Parauapebas. Cita-se ainda, o impacto indireto das alterações no avanço dos procedimentos de liberação de áreas e das obras do PROSAP, fundamental para o Município.

Vale ressaltar que, após o caso e a regulamentação ora relatado, considerar os aspectos materiais vinculados ao direito à moradia e aos interesses sociais passou a constar expressamente no Decreto-Lei n. 3.365/1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.

Em agosto de 2023, a Lei n. 14.620 acrescentou ao Decreto-Lei em questão o art. 4º-A, §1º e §2º. Com a inclusão, quando o imóvel a ser desapropriado caracterizar-se como núcleo urbano informal ocupado predominantemente por população de baixa renda, nos termos da Lei n. 13.465/2017, o ente expropriante deverá prever, no planejamento da ação de desapropriação, medidas compensatórias. Tais medidas incluirão: a realocação de famílias em outra unidade habitacional, a indenização de benfeitorias ou a compensação financeira suficiente para assegurar o restabelecimento em outro local, exigindo-se, para este fim, o prévio cadastramento dos ocupantes.

Apesar de referir-se à desapropriação por utilidade pública em áreas particulares, entende-se como extremamente positiva a referência expressa no ordenamento jurídico nacional de medidas compensatórias. Para além da indenização em espécie, rompe-se a lógica clássica de cunho meramente monetário, valorizando-se a análise de cunho habitacional, social e a condição de vulnerabilidade dos ocupantes, tal como preconizado nos debates e na regulamentação construída para o caso do Prosap em Parauapebas.

## REFERÊNCIAS

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. **Reassentamento involuntário: política operacional e documentos de antecedentes.** Política operacional OP-710. Washington, D. C. 1998.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO PARAUAPEBAS. Prefeitura Municipal. **Plano Específico de Reassentamento da população e das atividades econômicas.** Programa de Saneamento Ambiental, Macrodrenagem e Recuperação de Igarapés e Margens do Rio Parauapebas (Prosap). Parauapebas, PA. 2019.

BECKER, Bertha K. **Amazônia: geopolítica na virada do III Milênio.** Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Parauapebas, 2017. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/>>. Acesso: 20 jun 2022.

FISCHER, L. R. DA C. Ordenamento territorial e planejamento municipal: estudo de caso das limitações supralocais à aplicação do art. 30, VIII da Constituição de 1988 pelo Município de Parauapebas. Tese de Doutorado em Direito. PPGD, Universidade Federal do Pará, Belém. 2014.

GUSTIN, M. B. DE S.; DIAS, M. T. F. (Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARQUES NETO, F. P. DE A. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

MARRARA, T. Concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM): o que mudou em seu regime jurídico desde a Constituição de 1988 até a Lei n. 13.465 de 2017. *Revista de Direito da Cidade*, v. 11, p. 310–330, 2019.

MARRARA, T.; CASTRO, A. S. O processo administrativo de regularização fundiária urbana na lei 13.465/2017. *Caderno de Direito e Políticas Públicas*, v. 1, n. 1, 2019.

PARAUAPEBAS. **Decreto Municipal nº. 1.517, de 19 de dezembro de 2019.** Dispõe sobre as áreas de execução do Programa de Saneamento Ambiental, Macrodrenagem e Recuperação de Igarapés e Margens do Rio Parauapebas – Prosap, disciplina os procedimentos e critérios de elegibilidades das soluções para liberação das compensações sociais, e dá outras providências. Parauapebas, PA, 2019.

PARAUAPEBAS. **Decreto Municipal nº. 1.416, de 18 de junho de 2021.** Altera o Decreto nº. 1.517, de 19 de dezembro de 2019 que dispõe sobre as áreas de execução do Programa de Saneamento Ambiental, Macrodrenagem e Recuperação de Igarapés e Margens do Rio Parauapebas – Prosap, disciplina os procedimentos e critérios de elegibilidades das soluções para liberação das compensações sociais, e dá outras providências. Parauapebas, PA, 2021.

STJ. Súmula 619. *Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*, n. 48, p. 43–65, 2021.



## A VIÚVA E A POSSIBILIDADE DA REVISÃO DO VALOR DA APOSENTADORIA DO FALECIDO

### THE WIDOW AND THE POSSIBILITY OF REVIEWING THE AMOUNT OF THE DECEASED'S RETIREMENT

Océlio de Jesús C. Morais<sup>236</sup>

#### Resumo

O modo de resolver questões referentes à revisão, pela viúva, do valor do pagamento da aposentadoria do falecido adquiriu uma natureza prevalentemente jurisprudencial. Isso passou a acontecer a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede da ADIN 6096 e no âmbito do RE 626.489. O artigo apresenta esses novos critérios jurisprudenciais vinculantes, mas também discorrendo sobre as questões de preferência legal relativas aos dependentes e sucessores legitimados ao pedido de revisão do benefício previdenciário.

**Palavras-chave:** Aposentadoria; Revisão de benefício; Supremo Tribunal Federal; Sucessões.

#### Abstract

The way to resolve issues relating to the review, by the widow, of the value of the deceased's retirement payment has acquired a predominantly jurisprudential nature. This started to happen following the decisions of the Federal Supreme Court in ADIN 6096 and within the scope of RE 626.489. The article presents these new binding jurisprudential criteria, but also discusses issues of legal preference relating to dependents and successors legitimized in the request for review of the social security benefit.

**Keywords:** Retirement; Benefit review; Federal Court of Justice; Successions.

<sup>236</sup> Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo IGC da Faculdade de Direito de Coimbra; Doutorado pela PUC/SP; Mestrado pela UFPA. É idealizador e fundador da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social, da qual foi o seu primeiro presidente e, agora, atual presidente de honra do Silogeu; é Acadêmico Perpétuo da Academia Paraense de Letras, da Academia Paraense de Letras Jurídicas, da Academia Paraense de Jornalismo; é professor pesquisador do programa stricto sensu (direitos fundamentais) da Universidade da Amazônia, e Juiz Federal do Trabalho, titular da 11ª Vara do Trabalho de Belém/TRT 8ª Região.

## INTRODUÇÃO

Duas decisões judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal – a ADIN 6096 e o RE 626.489 – estabelecem novos critérios relativos ao prazo decadencial de 10 anos para o pedido de revisão de benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social.

A relevância da matéria resultou na adoção do Tema 1.057, pelo Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo quatro (04) critérios para a habilitação dos dependentes ou sucessores (herdeiros).

Com as decisões vinculantes do Supremo, eliminou-se a controvérsia e o alcance acerca do prazo decenal à revisão de benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

### 1 CRITÉRIOS À APOSENTADORIA E À PENSÃO

Os critérios fáticos e jurídicos ao pedido de revisão pela viúva do valor da aposentadoria do segurado falecido estão relacionados à comprovação da qualidade de segurado e ao cumprimento dos prazos carenciais, quando a lei o exigir. Mas também à habilitação dos dependentes beneficiários ou sucessores (herdeiros).

Em qualquer das hipóteses de aposentadoria prevista no RGPS, exsurge a questão da revisão pela viúva do valor da aposentadoria do falecido.

O direito à pensão pode ser requerido de forma administrativa ou judicial, sendo que, na via judicial, poderá haver o pedido de reconhecimento da condição de dependente, para fins de habilitação provisória ao benefício de pensão por morte.

A pensão por morte – sempre devida ao conjunto dos dependentes do segurado ou segurada que falecer, aposentado ou não – leva em consideração a regular habilitação dos dependentes, observadas as classes de beneficiários.

O benefício da pensão – que em regra é vitalício apenas à viúva ou à companheira habilitada como união estável ou

aos pais – guarda, por outro lado, uma exceção: se a qualquer tempo for comprovada fraude, o cônjuge, o companheiro ou a companheira perde o direito à pensão por morte.

O pedido de revisão adota como pressuposto a existência de uma aposentadoria anteriormente concedida e que vinha sendo auferida.

Com essas preliminares, a tarefa a seguir será o exame das possibilidades jurídicas e jurisprudenciais da revisão pela viúva do valor da aposentadoria do segurado falecido e a questão da (in)existência do prazo decadencial de 10 anos.

## 2 LEGITIMIDADE DO CÔNJUGE PARA REVISAR O VALOR DA APOSENTADORIA DEIXADA PELO DE CUJUS

Neste tópico, vamos tratar do problema da legitimidade ativa pela habilitação como dependente e sobre a aparente controvérsia quanto à ordem de preferência ou concomitância do legitimado para pedir a revisão do valor da aposentadoria do falecido.

Diria que o problema da legitimidade ativa da viúva – e vice-versa – para ajuizar ação revisional do valor da aposentadoria do segurado falecido, objetivando também a majoração do valor da pensão por morte, já é matéria totalmente incontroversa, desde que comprovada a habilitação.

Faço essa afirmação por um critério estritamente legal. O artigo 37 da Lei nº 8.213, de 1991, com redação pela Lei Complementar nº 150, de 2015, admite a possibilidade de requerimento de revisão do valor do benefício:

A renda mensal inicial, recalculada de acordo com o disposto no art. 35, deve ser reajustada como a dos benefícios correspondentes com igual data de início e substituirá, a partir da data do requerimento de revisão

do valor do benefício, a renda mensal que prevalecia até então.

A data do requerimento da revisão do valor do benefício atrai outra questão: seria ou não decadencial? – questão de que tratarei mais adiante, pois ainda é necessário dizer que a legitimidade ativa é reconhecida também ao caso de habilitação provisória, tal como previsto no § 3º do artigo 74, com redação pela Lei nº 13.846, de 2019.

Esse dispositivo legal prevê a “habilitação provisória ao benefício de pensão por morte, exclusivamente para fins de rateio dos valores com outros dependentes”, se “ajuizada a ação judicial para reconhecimento da condição de dependente.”

Observe-se o disposto no § 3º do artigo 74, :

Ajuizada a ação judicial para reconhecimento da condição de dependente, este poderá requerer a sua habilitação provisória ao benefício de pensão por morte, exclusivamente para fins de rateio dos valores com outros dependentes, vedado o pagamento da respectiva cota até o trânsito em julgado da respectiva ação, ressalvada a existência de decisão judicial em contrário.

A habilitação judicial é – assim pode ser dito – supletiva, nas hipóteses concretas da falta de habilitação administrativa na época própria.

Portanto é a habilitação como dependente – pode ser na forma administrativa diretamente perante a autarquia previdenciária ou pela via judicial – que estabelece a relação jurídica com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O requerimento de revisão do benefício pode ser feito por meio eletrônico, para cuja finalidade o INSS é obrigado a implementar, conforme previsto no § 1º do artigo 124-A da Lei 8.213, de 1991, “procedimentos automatizados, de atendimento e prestação de serviços por meio de atendimento telefônico ou de canais remotos.”.

Superado o problema da legitimidade ativa pela habilitação como dependente, vejamos a questão da aparente controvérsia que ocorreria quanto à ordem de preferência ou concomitância do legitimado para pedir a revisão do valor da aposentadoria do falecido.

O dependente é preferencial em relação ao sucessor para pedir a revisão do benefício de aposentadoria do segurado falecido? Ou a legitimidade ativa é concorrente e simultânea para essa finalidade?

Tais questões exurgem do que dispõem os §§ 1º e 2º do artigo 76 da Lei 8.213, de 1991.

Ao cônjuge ausente o direito à pensão por morte, a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica. O § 1º do artigo 16, na prática, também o inclui como dependente legítimo a pedir a revisão do valor da aposentadoria do segurado falecido.

Já o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato concorrerá em igualdade de condições com os dependentes da primeira classe, conforme disposto no § 2º do artigo 16:

O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta Lei.

Mas, essas aparentes controvérsias são superadas, na minha percepção doutrinária, pelo *caput* do artigo 76 e pelo artigo 112, ambos da Lei 8.213, de 1991.

O *caput*, quando refere que “a concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente”, também assegura que a

“habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.”.

Por outras palavras: existindo a comprovação da qualidade da viúva, originalmente já habilitada como dependente, sempre será possível a habilitação posterior de outro possível dependente, caso em que haverá o rateio do benefício.

Observe-se que o *caput* se refere à “habilitação de outro possível dependente”, o que significa que podemos fazer duas afirmações: a primeira, que é possível a legitimidade ativa concorrente, por exemplo, entre a viúva casada e a companheira, a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado.

A regra de equiparação ou equivalência de direitos está no § 3º do artigo 16 da Lei 8.213, de 1991, que se reporta ao § 3º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A outra afirmação: o *caput* do artigo 76 da referida lei, o qual deve ser entendido de modo conjunto com o artigo 16 da mesma lei, adota ordem de preferência por classes de dependentes legitimados, desde que comprovem a habilitação.

Nos incisos I, II e III do artigo 16 da Lei 8.213, de 1991, estão definidos os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, mas estabelecendo uma ordem de preferência de legitimidade entre dependentes das respectivas classes.

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou

inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

A viúva tem a preferência dentre os dependentes da primeira classe para propor revisão do valor da aposentadoria do segurado falecido para, então, obter de forma reflexa a revisão do valor da pensão por morte, bem como ela também tem precedência sobre os beneficiários dependentes das duas outras classes.

Isso é o que dispõe o § 1º do artigo 16:

A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

O § 2º do artigo 16 equipara a filho o enteado e o menor tutelado. Mas isso somente é possível mediante declaração do segurado e desde que seja comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

Nessa condição, incluído dentre os beneficiários de primeira classe, também possui legitimidade para pedir revisão do valor da aposentadoria do falecido.

Muito embora o § 2º do artigo 16 se refira ao “menor tutelado”, no julgamento conjunto da ADI nº 4.878 e da ADI nº 5.083<sup>237</sup>, o Supremo Tribunal Federal (STF) também inclui o “menor sob guarda” na categoria de dependentes – decisão com repercussão geral<sup>238</sup>; portanto, um dos legitimados de primeira classe.

<sup>237</sup> As duas ADIs impugnam o artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na redação pela Lei nº 9.528/1997, que retirou o “menor sob guarda” do rol de dependentes para fins de concessão de benefício previdenciário. (ADI 4878 ED / DF)

<sup>238</sup> “6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei nº 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o “menor sob guarda”, na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição da República, desde que comprovada a dependência econômica, nos termos em que exige a legislação previdenciária (art. 16, §2º, Lei 8.213/1991 e Decreto 3048/1999)”. ADI 4878 ED / DF

O sucessor não concorre com o dependente ao pedido de revisão do valor da aposentadoria do segurado falecido, pois somente será admitido como legitimado na falta de qualquer dos dependentes especificados no artigo 16.

Vem do artigo 112 da Lei 8.213, de 1991, a possibilidade do sucessor, inexistindo o dependente, pedir a revisão do valor do benefício de aposentadoria do segurado falecido:

O valor não recebido em vida pelo segurado só será pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos seus sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento.

Quando se trata de sucessores, na forma da lei civil, ingressa-se na ordem da vocação hereditária, isto é, a concorrência de descendentes e ascendentes.

O argumento conclusivo, neste item, é o seguinte: a viúva casada e a viúva companheira – comprovada a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar – têm legitimidade preferencial concorrente para requerer a revisão do benefício de aposentadoria do segurado falecido.

Os demais beneficiários dependentes e especificados nos incisos II e III do artigo 16 da Lei 8.213, de 1991, possuem legitimidade sucessiva, à falta de dependente de qualquer das classes.

A questão relevante que segue, então, é sobre o prazo para o requerimento da revisão do valor da aposentadoria do falecido.

### 3 PRAZO PARA O PEDIDO DE REVISÃO DA APOSENTADORIA DO FALECIDO

Tratamos no tópico anterior sobre as questões relativas à legitimação da viúva para requerer a revisão do valor da aposentadoria do segurado falecido, sobre o requisito habilitação e sobre a ordem de preferência entre dependentes e sucessores para a mesma finalidade.

Agora, a questão que se enfrenta é a seguinte: o prazo ao requerimento está sujeito às regras da decadência?

A matéria tem uma regulação legislativa própria, mas há uma decisão judicial do STF, com repercussão geral, no âmbito da ADIN 6096, ajuizada em face do artigo 103 e incisos I e II da Lei nº 13.846, de 2019.

Uma primeira questão delimitadora do problema: a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 103 da Lei 8.213, de 1991.

Assim dispõe o referido dispositivo, incluído pela Lei 13.846, de 2019:

O prazo de decadência do direito ou da ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão, indeferimento, cancelamento ou cessação de benefício e do ato de deferimento, indeferimento ou não concessão de revisão de benefício é de 10 (dez) anos, contado:  
II - do dia em que o segurado tomar conhecimento da decisão de indeferimento, cancelamento ou cessação do seu pedido de benefício ou da decisão de deferimento ou indeferimento de revisão de benefício, no âmbito administrativo<sup>239</sup>

<sup>239</sup> BRASIL. Legislação. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 05 Out 2023.

O critério normativo demarcou dois prazos: um, o decadencial; outro, o início da fluência deste prazo.

Estabeleceu-se o prazo decadencial (10 anos) do direito ou da ação do segurado ou beneficiário para, por exemplo, requerer a revisão do valor da aposentadoria do segurado falecido.

Por essa regra, o dia de início (ou fluência do prazo decadencial) é o dia em que o segurado tomar conhecimento da decisão de deferimento ou indeferimento de revisão de benefício, no âmbito administrativo.

A fixação desse prazo decadencial pela via legislativa significa, por outro lado, que em se tratando de benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é inaplicável a decadência convencional de que trata o artigo 211 do Código Civil, eis que a matéria relativa aos benefícios é relativa a interesse público, embora o pedido de revisão seja de natureza particular em relação ao requerente legitimado e habilitado.

Outro aspecto relevante é que, diferentemente da prescrição, ao prazo de decadência “não se aplicam as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”, salvo disposição legal em contrário.

Então, a regra principal e preponderante, na decadência, é a inaplicabilidade das causas que impedem ou suspendem a prescrição.

À luz da primeira parte do artigo 210 do Código Civil também, em regra, o juiz deve, de ofício, conhecer da decadência.

Mas, restaria uma dúvida, a partir da última parte do mesmo dispositivo, quando afirma que “Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei”.

Essa ressalva significaria que a própria Lei nº 8.213, de 1991, que dispõe sobre as prestações e benefícios do RGPS, deveria prever especificamente sobre o poder-dever do magistrado conhecer, de ofício, da decadência? Ou bastaria

recorrer ao regramento da decadência na legislação processual aplicável?

A Lei nº 8.213, de 1991, não trata desta questão. Então, isso significa que a regra subsidiária será a do Código de Processo Civil, a qual admite que o juiz conhecerá, de ofício, sobre a decadência, extinguindo o processo com resolução do mérito, conforme disposto no inciso II do artigo 487 do CPC.

Sujeitando-se as ações judiciais em face do INSS às regras do CPC, a subsidiariedade também decorrente do disposto no artigo 130 desse Código – artigo que trata da execução contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Observemos, por conseguinte, a decisão do Supremo, em face do artigo 103, I e II (antigo Art. 24) da Lei nº 13.846, de 2019, na ADIN 6096, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI), em face da Medida Provisória 871, de 21 de janeiro de 2019 – Medida Provisória que instituiu programa de combate a fraudes em benefícios previdenciários.

Ao identificar a “inequívoca ausência dos requisitos normativos, o Supremo declarou a inconstitucionalidade do artigo 24 da Lei 13.846/2019 – que deu nova redação ao artigo 103 da Lei 8.213, de 1991, quanto ao prazo decadencial para a revisão do ato de indeferimento ou cancelamento ou cessação de benefício previdenciário” –, assim decidiu o STF:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal (...) , em julgar parcialmente procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade do art. 24 da Lei 13.846/2019 no que deu nova redação ao art. 103 da Lei 8.213/1991, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Roberto Barroso e Luiz Fux (Presidente).<sup>240</sup> (Grifei).

<sup>240</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.096 Distrito Federal. RELATOR: MIN. EDSON FACHIN.

O STF justificou que o

“controle judicial do mérito dos pressupostos constitucionais de urgência e de relevância para a edição de medida provisória reveste-se de natureza excepcional, legitimado somente caso demonstrada a inequívoca ausência de observância destes requisitos normativos”.<sup>241</sup>

Para o Supremo, não incide a decadência porque o “núcleo essencial do direito à previdência social é indisponível”.

*Abro um parêntesis:* no meu livro “Teoria da Prescrição das Contribuições Sociais da Decisão Judicial Trabalhista”, no tema específico da prescrição, adoto – dentre outros fundamentos principiológicos – exatamente a imprescritibilidade do fundo de direito previdenciário como regra-princípio à garantia da inclusão e proteção previdenciária, que é o denominado “núcleo essencial e indisponível do direito à previdência social, de que trata a ADIN 6096. *Fecho o parêntesis.*

Veja-se o fundamento da DIN 6096,:

O núcleo essencial do direito fundamental à previdência social é imprescritível, irrenunciável e indisponível, motivo pelo qual não deve ser afetada pelos efeitos do tempo e da inércia de seu titular a pretensão relativa ao direito ao recebimento de benefício previdenciário”, justificou o STF, em sessão plenária virtual de 2 a 9 de outubro de 2020.<sup>242</sup>

Bem a rigor, a decisão em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.096 alinhou – e de modo compatível com a natureza desse direito fundamental – a norma aos princípios da Previdência, notadamente a norma-princípio relativa à

proteção social, que é a pedra angular da questão social brasileira – tema acerca do qual, aliás, tratamos na obra “Valores e Princípios da Previdência Social”.<sup>243</sup>

Em conclusão, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o artigo 103 da Lei 8.213, de 1991 – acrescentado pela Lei 13.846, de 2019 –, afirmando, desse modo, que o prazo decadencial de 10 anos para o pedido de concessão de benefício previdenciário deixou de existir.

Na prática, retorna-se à redação anterior do artigo 103 da Lei 8.213, de 1991, limitando o prazo decadencial apenas para os pedidos de revisão do ato ou decisão de concessão do benefício, como é o caso do pedido de revisão do valor da aposentadoria do falecido pela viúva.

Ficou restaurada a redação anterior do artigo 103: “O prazo de decadência de direito ou da ação do segurado beneficiário para a revisão do ato de concessão (..) é de 10 anos”.

Na decisão da ADIN 6096, ressaltou – quanto ao prazo decadencial de 10 anos – que

Este Supremo Tribunal Federal, no RE 626.489, de relatoria do i. Min. Roberto Barroso, admitiu a instituição de prazo decadencial para a revisão do ato concessório porque atingida tão somente a pretensão de rediscutir a graduação pecuniária do benefício, isto é, a forma de cálculo ou o valor final da prestação, já que, concedida a pretensão que visa ao recebimento do benefício, encontra-se preservado o próprio fundo do direito.<sup>244</sup>

<sup>241</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.096 Distrito Federal. RELATOR: MIN. EDSON FACHIN.

<sup>242</sup> A sessão foi presidida pelo Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar parcialmente precedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade do art. 24 da Lei 13.846/2019 no que deu nova redação ao art. 103 da Lei 8.213/1991, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Roberto Barroso e Luiz Fux (Presidente).

<sup>243</sup> MORAIS, Océlio de Jesus C.; MARTINEZ, Wladimir Novaes. São Paulo, Ltr, 2021.

<sup>244</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.096 Distrito Federal. RELATOR :MIN. EDSON FACHIN.

No RE 626.489, relativo ao prazo de revisão do ato de concessão de benefício, o Supremo admitiu o prazo decadencial de 10 anos, inclusive, conforme consta na ementa do acórdão “sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição. 4. Inexiste direito adquirido a regime jurídico não sujeito à decadência.”.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE 626.489 ). DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. 1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexiste prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário. 2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário. 3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição. 4. Inexiste direito adquirido a regime jurídico não sujeito à decadência. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.<sup>245</sup>

Porém, na decisão em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.09, o Supremo excluiu o prazo decadencial – sem afetar a decisão no RE 626.489 – para os demais casos, considerou ser “a imprescritível, irrenunciável e indisponível” o núcleo essencial do direito fundamental à previdência social, destacando ainda que

No caso dos autos, ao contrário, admitir a incidência do instituto para o caso de indeferimento, cancelamento ou cessação importa ofensa à Constituição da República e ao que assentou esta Corte em momento anterior, porquanto, não preservado o fundo de direito na hipótese em que negado o benefício, caso inviabilizada pelo decurso do tempo a rediscussão da negativa, é comprometido o exercício do direito material à sua obtenção.<sup>246</sup>

Concluindo: (a) nos termos da ADIN 6096, não existe prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário; (b) nos termos do RE 626.489, com repercussão geral, admite-se a instituição de prazo decadencial apenas para a revisão do ato concessório do benefício.

Ao interesse do nosso estudo, o pedido de revisão do valor da aposentadoria do segurado falecido pela viúva está sujeito ao prazo decadencial de 10 anos, a partir das hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 103.

Aliás, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no tema 1.057, quanto aos recursos repetitivos, fixou quatro teses acerca da legitimidade de pensionistas e sucessores para propor ação revisional de aposentadoria e da pensão por morte do segurado falecido:

1 - O disposto no artigo 12 da Lei 8.213/1991 é aplicável aos âmbitos judicial e administrativo;

<sup>245</sup> Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6760827>. Acesso em: 05 Out 2023.

<sup>246</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.096 Distrito Federal. RELATOR :MIN. EDSON FACHIN.

2 – Os pensionistas detêm legitimidade ativa para pleitear, por direito próprio, a revisão do benefício derivado (pensão por morte) – caso não alcançada pela decadência –, fazendo jus a diferenças pecuniárias pretéritas não prescritas, decorrentes da pensão recalculada;

3 - Caso não decaído o direito de revisar a renda mensal inicial do benefício originário do segurado instituidor, os pensionistas poderão postular a revisão da aposentadoria, a fim de auferirem eventuais parcelas não prescritas resultantes da readequação do benefício original, bem como os reflexos na graduação econômica da pensão por morte; e

4 - À falta de dependentes legais habilitados à pensão por morte, os sucessores (herdeiros) do segurado instituidor, definidos na lei civil, são partes legítimas para pleitear, por ação e em nome próprios, a revisão do benefício original – salvo se decaído o direito ao instituidor – e, por conseguinte, haver eventuais diferenças pecuniárias não prescritas, oriundas do recálculo da aposentadoria do de cujus<sup>247</sup>.

Numa simplificação: os legitimados ao pedido de revisão são os beneficiários dependentes e, na falta destes, os sucessores (herdeiros) do segurado instituidor, definidos na lei civil, são partes legítimas para pleitear, por ação e em nome próprios, a revisão do benefício original, observado o prazo decadencial de 10 anos.

## CONCLUSÕES

Quanto à Revisão pela Viúva do Valor da Aposentadoria do Falecido:

– A viúva casada e a companheira – comprovada a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar – têm legitimidade preferencial concorrente para requerer a revisão do benefício de aposentadoria do segurado falecido. Os demais beneficiários dependentes e especificados nos incisos II e III do artigo 16 da Lei 8.213 de 1991 possuem legitimidade sucessiva, à falta de dependente de qualquer das classes.

Quanto à decisão na ADIN 6096.

– Inexiste a decadência (administrativa ou judicial) para requerer a concessão de benefícios previdenciários, considerando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 103 da Lei 8.213, de 1991, com redação pela Lei nº 13.846, de 2019.

Quanto à decisão no RE 626.489.

– Nos termos do RE 626.489, com repercussão geral, admite-se a instituição de prazo decadencial apenas para a revisão do ato concessório do benefício.

Critérios do tema 1.057 do STJ

– Os legitimados ao pedido de revisão são os beneficiários dependentes e, na falta destes, os sucessores (herdeiros) do segurado instituidor, definidos na lei civil, são partes legítimas para pleitear, por ação e em nomes próprios, a revisão do benefício original, observado o prazo decadencial de 10 anos.

<sup>247</sup> BRASIL. Jurisprudência, Precedentes qualificados. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1057&cod\\_tema\\_final=1057](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1057&cod_tema_final=1057). Acesso em: 05 Out 2023.

## REFERÊNCIAS

MORAIS, Océlio de Jesus C.; MARTINEZ, Wladimir Novaes. Valores e Princípios da Constituição. São Paulo: Ltr, 2021,

MORAIS, Océlio de Jesus C. Previdência e Dignidade Humana. A caminho do Estado mínimo? São Paulo: Ltr, 2022.

\_\_\_\_\_. Teoria da Prescrição das Contribuições Sociais da decisão judicial Trabalhista. 2ª edição. São Paulo: Ltr, 2015.

BRASIL. Legislação. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 Out 2023.

BRASIL. Legislação. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei Complementar nº 150, de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm). Acesso em: 05 Out 2023.

RASIL. Legislação. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.846, de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 05 Out 2023.

BRASIL. Legislação. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei 8.213, de 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 05 Out 2023.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário – RE 1363.188 – RJ – 0390478—85.2014.8.19.0001. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1363145125/recurso-extraordinario-re-1363188-rj-0390478-8520148190001>. Acesso em: 05 Out 2023.

BRASIL. Jurisprudência. ADI nº 4.878 e da ADI nº 5.083. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4516>. Acesso em: 05 Out 2023.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário – RE 626.489. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6760827>. Acesso em: 05 Out 2023.

BRASIL. Jurisprudência, Precedentes qualificados. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1057&cod\\_tema\\_final=1057](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1057&cod_tema_final=1057). Acesso em: 05 Out 2023.



## “DIÁLOGO” DAS FONTES E RESPONSABILIDADE CIVIL: UM APORTE PARA A FORMULAÇÃO DO CONCEITO DE DANO DE CONDUTA

### “DIALOGUE” OF SOURCES AND CIVIL LIABILITY: A CONTRIBUTION TO THE FORMULATION OF THE CONCEPT OF CONDUCT DAMAGE

Pastora do Socorro Teixeira Leal<sup>248</sup>

#### Resumo

Este artigo propõe-se a refletir sobre as possibilidades de utilização argumentativa do “diálogo” das fontes na (re) configuração do conceito de dano, visando a ampliar a tutela em face de práticas abusivas sob a nomenclatura de dano de conduta. Considera as seguintes premissas: a) a responsabilidade civil é um dos ramos do Direito em cuja regulação há um número expressivo de normas “abertas”, tais como as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, dentre outros; b) as normas “abertas” são técnicas legislativas de enunciação genérica e abstrata, por meio das quais são enunciadas apenas notas de sua moldura conceitual, que deve ser preenchida no momento da aplicação ao fato concreto; c)

as normas “abertas” decorrem da impossibilidade de o legislador poder enumerar (*numerus clausus*) as hipóteses concretas de ocorrência do fenômeno “dano” e das circunstâncias concretas para a imputação da responsabilidade; d) as normas “abertas” autorizam o intérprete a identificar, no mundo dos fatos, quais casos apresentam notas conceituais semelhantes ou equivalentes àquelas inseridas na moldura legal; e) o “diálogo” das fontes é alternativa de relevante valor hermenêutico para o intérprete na busca do conteúdo e sentido das normas “abertas”, por fornecer um instrumental argumentativo que ultrapassa os critérios tradicionais de solução de antinomias, bem como afasta a ideia de que as leis devem

<sup>248</sup> Desembargadora Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região (Brasil), aposentada. Professora de pós-graduação (Teoria do Direito) e graduação (Direito Civil) na Universidade Federal do Pará (UFPA) e na Universidade da Amazônia (UNAMA). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e pesquisadora pós-doutora em Relações privadas e direitos fundamentais pela Universidade Carlos III de Madri.

ser aplicadas de forma isolada. Rompe com o paradigma de exclusão de normas e busca sua aplicação concomitante por meio do diálogo entre os diversos mecanismos de produção jurídica, sejam eles legislativos, judiciários e até mesmo doutrinários; f) o “diálogo” das fontes pressupõe a unidade axiológica e teleológica do sistema jurídico, que se manifesta na irradiação, por todo o ordenamento jurídico, de preceitos constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, o que viabiliza a aplicação coordenada e sistemática de normas que, embora contidas em subsistemas ou em ramos do direito, regulam e tutelam, por exemplo, categorias de sujeitos em situações de vulnerabilidade, que pode decorrer de múltiplos fatores, tais como sociais, econômicos e ambientais; g) a vulnerabilidade passa a exigir que os critérios interpretativos sejam revisados a fim de se ajustarem às “novas” demandas, dentre as quais se encontram aquelas resultantes de danos nas relações de trabalho e de consumo.

**Palavras-chave:** Diálogo das fontes. Normas abertas. Vulnerabilidade. Práticas abusivas. Dano de conduta.

## Abstract

This research intends to reflect about possibilities of sources dialogue in the task of constructing the concept of damage, in order to maximize the protection against abusive practices, called damage through action. The article has some presupposes: a) liability is a branch of Law, which has open standards, such as general clauses and indeterminate law conceptions, among others; b) the open standards are legislative technique with abstract and general sentences, through which just parameters of concepts are created, which require supplement by the jurist in the moment of applicating the rule in case; c) the open standards arise in the impossibility of legislator to set up all of possibilities of damages in society, and, consequently, the possibilities of responsibility; d) the open standards allows jurist to identify facts which have the same characteristics of concepts presents in the open rules; e) the dialogue between sources in law is an important alternative for the jurist in the attempt to find the proper content of concepts presents in open rules, since it provides a support which overcome the traditional criterial of solving

conflicts among rules, as well as rejects the idea that argue laws should be applicated in an isolate way. It overcomes with the idea of rules rejection through the recognition the weight of sources dialogue and the proper communication between a lot of mechanisms related to the law production, such as legislative, jurisprudence and even doctrine; f) the sources dialogue presupposes the value of unity and teological of the legal system that is manifested in the scattering of constitutional provisions, as an example, the dignity of human being, social solidarity, which provides the coherent application of standards that, despite being from different branches of law, regulate and safeguard together the human beings in vulnerable situations, which can result from multiple factors, such as social, culture and economic; g) the vulnerability, in this context, requires that interpretation criterial must be reviewed in order to adjust to new challenges involving damages on private relations, like consumers and employees.

**Keywords:** Sources dialogue. Open standards. Vulnerability. Abusive practices. Damage through action.

## INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um dos ramos do Direito que utiliza, em grande proporção, normas “abertas”, tais como as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, dentre outros. Isto decorre, especialmente, da impossibilidade de o legislador poder enumerar as hipóteses factuais de ocorrência do fenômeno “dano” e das circunstâncias concretas para a imputação da responsabilidade. Assim, a lei utiliza técnicas de enunciação genérica e abstrata, demarcando apenas notas de sua moldura conceitual, que deve ser preenchida no momento da aplicação ao fato concreto. Diante disto, autoriza o intérprete a identificar no mundo dos fatos quais casos apresentam notas conceituais semelhantes ou equivalentes àquelas inseridas na moldura legal.

Nesse contexto, o “diálogo” das fontes torna-se alternativa de relevante valor hermenêutico para o intérprete na busca do conteúdo e do sentido das normas “abertas”.

O método interpretativo, denominado de “diálogo” das fontes, por considerar que o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária, fornece ao intérprete instrumental argumentativo que ultrapassa os critérios tradicionais de solução de antinomias, bem como afasta a ideia de que as leis devem ser aplicadas de forma isolada. Rompe com o paradigma de exclusão de normas e busca sua aplicação concomitante por meio do diálogo entre os diversos mecanismos de produção jurídica, sejam eles legislativos, judiciários e até mesmo doutrinários.

O “diálogo” de fontes considera a irradiação, por todo o sistema jurídico, de preceitos constitucionais de elevada carga axiológica, em especial a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, o que viabiliza a aplicação coordenada e sistemática de normas que, embora contidas em subsistemas ou em ramos do direito, regulam e tutelam, por exemplo, categorias de sujeitos em situações de vulnerabilidade, que pode decorrer de múltiplos fatores, tais como sociais, econômicos e ambientais.

A acentuada vulnerabilidade passa a exigir que os critérios interpretativos sejam revisados, a fim de se ajustarem às “novas” demandas, dentre as quais se encontram aquelas resultantes de danos nas relações de trabalho e de consumo.

Este artigo propõe-se a refletir sobre as possibilidades de utilização argumentativa do “diálogo” das fontes na (re)configuração do conceito de dano, sob a nomenclatura de dano de conduta., visando a ampliar a tutela em face de práticas abusivas.

## 1 A COMPLEXIDADE DA REALIDADE E A FRAGMENTAÇÃO DA REGULAÇÃO JURÍDICA

A complexidade dos problemas contemporâneos, resultantes da combinação de fatores empíricos: políticos, sociais, econômicos, ambientais, é tratada de forma fragmentada

numa multiplicidade de microsistemas, alguns mais avançados, outros bastante precários.

Apesar de os subsistemas legais terem lógica própria e fins específicos, em certos casos, apresentam convergência temática na regulação de relações de desigualdade decorrentes da vulnerabilidade de um dos sujeitos envolvidos. Nessa situação, nada mais justo do que reconhecer que para a mesma “razão” (vulnerabilidade), a mesma “solução” (diálogo das fontes).

As normas “abertas” estão passíveis de múltiplas interpretações conforme a natureza dos interesses jurídicos em jogo.

Não basta apenas considerar a coexistência de normas gravitando em microsistemas jurídicos. É relevante que se reconheça a importância da cooperação entre elas para tratar dos problemas da vida real.

As nefastas consequências de fenômenos hodiernos como a globalização, o desenfreado avanço tecnológico, a mercantilização do ser humano, a massificação da sociedade e do consumo, o uso inadequado de ferramentas eletrônicas, dentre outros, exigem o reconhecimento de uma pauta axiológica e teleológica que sirva para ajustar ou corrigir os gravames aos bens jurídicos e às pessoas envolvidas naqueles fenômenos.

Assim, o uso de mecanismos para solucionar antinomias não deve ficar restrito apenas à exclusão de uma norma que esteja em contradição com o sistema jurídico. Pelo contrário, admite a aplicação de diversas regras legais, ao mesmo tempo, a fim de reforçar a unidade axiológica e teleológica do ordenamento jurídico.

Quando diversas normas, embora presentes em subsistemas diferentes, regulam fenômenos semelhantes, mas de forma diferenciada, quer qualitativa, quer quantitativamente, a ideia de antinomia tradicional não se aplica, pois foi pensada apenas sob o viés da “forma”, sendo insuficiente para resolver problemas pertinentes ao “conteúdo”. Explico. Quando uma norma X regula de forma mais favorável a situação de determinados sujeitos vulneráveis e uma norma Y silencia sobre

isso, tem-se uma antinomia de valoração ou mesmo uma lacuna na norma que silencia. Nesse caso, o “diálogo” das fontes se apresenta como um critério valioso para utilizar a norma X para preencher o sentido da norma Y. Assim o fazendo, estará, ao mesmo tempo, restabelecendo a coerência valorativa e preenchendo a lacuna da norma Y que, por ter silenciado, não acompanhará a evolução da tutela, quer do bem jurídico, quer dos sujeitos em situação de vulnerabilidade.

No exemplo acima, o julgador não estará “criando” o direito, mas sim “compatibilizando” a norma precária à norma mais avançada. Portanto não haverá que se falar em ofensa à certeza ou à segurança jurídica, mas sim em atendimento à justiça.

Na concepção de Norberto Bobbio, um sistema para ser válido não precisa ser coerente, mas a coerência é necessária para que ele seja justo.

Os problemas advindos da pluralidade, da complexidade e do dinamismo dos fenômenos da realidade não costumam esperar a revisão ou a atualização do que já está normatizado. É preciso que as normas de um legislação, que estagnou no tempo, sejam atualizadas pelo diálogo e a compatibilização com a legislação mais avançada. Cabe ao intérprete harmonizar a aplicação utilizando o método do “diálogo” das fontes como meio valioso de lidar com a complexidade.

Adaptado ao contexto da complexidade, encontra-se o conceito de vulnerabilidade como sendo o estado de um sistema exposto a riscos, condicionado por fatores biofísicos e socioculturais, em diferentes escalas temporais e espaciais combinado com a sua capacidade de resposta.

A vulnerabilidade compreende: a) elementos do sistema (bens, pessoas, lugares, etc); b) exposição ao risco (potencialidade de sofrer danos); c) fatores condicionantes do risco (biofísicos e socioculturais); d) variáveis temporais (os efeitos danosos transcendem ao momento de sua ocorrência); e) variáveis espaciais (o dano ocorrido em um local pode impactar outros lugares); f) capacidade de resposta (positiva ou negativa do ordenamento jurídico na regulação da problemática). Todos esses elementos contribuem, em conjunto

ou separadamente, para a situação de vulnerabilidade, o que impõe ao intérprete adotar um paradigma que considere a complexidade do problema.

Trasladando-se para o discurso jurídico os elementos do conceito de vulnerabilidade, podem-se identificar diversos subsistemas normativos que se identificam por regularem situações ou relações cuja tônica é a vulnerabilidade e cuja peculiaridade reside na desproporcionalidade da distribuição de poderes (jurídicos, econômicos e sociais) entre os sujeitos da situação ou da relação jurídica, o que diminui a sua capacidade de resposta, que é compensada pela tutela presente em subsistemas normativos como aqueles decorrentes das legislações laborais, de consumo e ambientais, bem como, da normatividade presente em setores do direito civil pertinentes ao direito de família e aos direitos da personalidade.

## 2 O MÉTODO DO “DIÁLOGO” DAS FONTES COMO APORTE PARA O PROBLEMA DA VULNERABILIDADE

O “diálogo” das fontes propõe-se à aplicação simultânea e coerente de diversas legislações, quer nacionais, quer internacionais, combinadas com os argumentos presentes em decisões judiciais e na doutrina.

A ideia do “diálogo” das fontes não se restringe apenas à legislação. Alcança também decisões judiciais, propondo a uniformização de entendimentos, a fim viabilizar a igualdade na aplicação da justiça. Neste sentido, propugna que os tribunais não destoem ao examinar determinadas matérias, argumentativamente e não apenas formalmente, para que seja mantida a coerência sistêmica também no plano da produção normativa judicial. O “diálogo” argumentativo entre órgãos judiciários potencializa a busca da solução mais justa, efetiva e compatível com os vetores axiológicos e teleológicos do ordenamento jurídico.

Originariamente, o “diálogo” das fontes tem seu desenvolvimento atribuído ao professor alemão Erik Jayme, no seu Curso Geral de Haya, voltado para as questões de direito in-

ternacional privado. Contudo a ideia do “diálogo” das fontes, mesmo sem essa nomenclatura, já fazia parte do repertório e do ideário da interpretação jurídica, como se pode verificar no uso, por exemplo, da analogia *juris* ou interpretação extensiva, bem como do juízo de equidade, que autorizam o intérprete a olhar os vetores axiológicos e teleológicos do sistema jurídico e a adequá-los à concretude dos fatos.

Em caso de antinomia de normas a princípio inconciliáveis, que impedem a realização da justiça, os critérios tradicionais (cronológico, hierárquico e da especialidade) não têm sido suficientes e eficientes para restabelecer a coerência que, como acentua Norberto Bobbio, não é condição de validade do ordenamento jurídico, mas exigência de uma ordem jurídica justa.

Diante dessa constatação, o “diálogo” das fontes representa um novo método que passa a coexistir com aqueles tradicionais, segundo o qual as leis não se excluem, por supostamente pertencerem a ramos jurídicos distintos, mas se complementam, principalmente quando possuem campos de aplicação convergentes, quer em face do bem ou do interesse jurídico tutelado, quer em face da relação jurídica travada, a exemplo daquelas em que se verifica a situação de vulnerabilidade de uma das partes e que, por essa razão, potencializa a possibilidade de ocorrência de danos.

Dentre as justificativas para a adoção do “diálogo” das fontes, encontra-se o seu caráter de funcionalidade para harmonizar e coordenar normas legais, bem como decisões judiciais, para dar conta da complexidade social, econômica e jurídica na atualidade, especificamente em sede de responsabilidade civil.

Cláudia Lima Marques (2004, p. 29), ao discorrer sobre as razões filosóficas e sociais da teoria de Erik Jayme, acentua:

Aceite-se ou não a pós-modernidade, a verdade é que, na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a microcodificação (como a do CDC) trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está à procura de uma harmonia ou

coordenação entre estas diversas normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema). É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (“*cohérence dérivée ou restaurée*”), que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo. Erik Jayme alerta-nos que, nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do “*droit à la différence*” (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘mono-solução’. A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Hoje, a superação de paradigmas foi substituída pela convivência ou coexistência dos paradigmas, como indica nosso título. Efetivamente, raramente encontramos hoje a revogação expressa, substituída pela incerteza da revogação tácita indireta, através da ideia de ‘incorporação’, como bem expressa o art. 2.043 do novo Código Civil. Há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo.

Os critérios clássicos de solução de antinomias (o cronológico, o hierárquico e o da especialidade) não são suficientes para gerar soluções adequadas aos preceitos constitucionais. Diante dessa constatação, o “diálogo” das fontes além de ser um método de solução de contradições que visa a restabelecer a coerência e a unidade do sistema, também pode ser utilizado como mecanismo de colmatação de lacunas,

presentes em ramos específicos do direito mas reguladas em outros ramos. A título de exemplo, vale lembrar que, em se tratando de danos laborais, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não é suficiente para dirimir a questão, requerendo que se busque nas normas de direito ambiental o suprimento das deficiências da legislação trabalhista. Isto porque os danos ocorrem no meio ambiente de trabalho e as normas ambientais, que estão mais atualizadas, podem agregar razões de reforço de tutela à saúde do trabalhador do que as vetustas e não atualizadas normas trabalhistas. Ademais, o bem jurídico “saúde” apresenta tutela *prima facie*, uma vez que é direito fundamental.

Considero que a “comunicação” entre as fontes não se restringe ao aspecto horizontal (normas do mesmo grau hierárquico), mas que também se justifica pela existência de norma superior que irradia seus vetores axiológicos e teleológicos no sentido de reforçar a relevância a ser dada a determinados bens, interesses e pessoas, a exemplo dos direitos e garantias fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale destacar que a possibilidade do “diálogo” das fontes encontra-se positivada em diversos diplomas normativos brasileiros, dentre eles: a Constituição Federal (art.5º, §2º), o Código do Consumidor-CDC (art. 7º), a Consolidação das Leis do Trabalho- CLT( art.8º e parágrafo único) e o próprio Código Civil (art.187). Textos normativos dos quais extraímos os dispositivos estão abaixo transcritos para ilustrar nossa assertiva acima.

A Constituição brasileira, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, não limitou os casos de tutela. Pelo contrário, deixou aberta a possibilidade de sua ampliação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros** decorrentes

do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.  
(destaquei)

Por seu turno, a legislação consumerista optou por ampliar o leque de possibilidades normativas visando a reforçar a tutela do consumidor:

Art. 7º Os direitos previstos neste código **não excluem outros** decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.  
(destaquei)

A lei trabalhista (CLT) levando em conta o contexto de vulnerabilidade presente na relação laboral, também optou, desde 1943, por dar maior abrangência normativa às possibilidades de proteção ao trabalhador:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

O Código Civil reafirma a ideia de sistema jurídico, estabelecendo que a interpretação não deve ser restrita, literal

ou isolada, mas ajustada, em especial, à funcionalidade econômica ou social:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Neste ponto, observa-se que o Código Civil brasileiro equiparou ao ilícito, para efeitos de responsabilização civil por danos, a categoria jurídica do abuso de direito, considerando como tal o exercício de direito que exceda aos limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Note-se que os limites aos quais se reporta o texto normativo em destaque devem ser buscados nos demais diplomas legais, na realidade social e econômica e nas decisões judiciais que ofereçam parâmetros concretos para a caracterização de tais limites.

As chamadas “práticas abusivas”, danosas por si mesmas, presentes em relações de consumo, relações de trabalho e também em relações de direito ambiental, conexas ou não, caracterizam manifesto “abuso de direito”, passível de reprimenda pelo sistema jurídico. Nesse caso, o intérprete deve se socorrer do “diálogo” das fontes para analisar as questões que lhe são submetidas.

O Supremo Tribunal Federal, em 07/06/2006, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591, adotou expressamente a teoria do diálogo das fontes, ao reconhecer a possibilidade de aplicação do CDC (Código de Defesa do Consumidor) a todas as atividades bancárias, argumentando que as instituições financeiras estabelecem relação de consumo com seus clientes e que, portanto devem se sujeitar aos dispositivos do CDC.

Antonio Herman Vasconcelos Benjamin, Leonardo Roscoe Bessa e Cláudia Lima Marques (2009, p. 94-95) reportam-se a três possibilidades de “diálogo” das fontes entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor, a saber: 1) *diálogo sistemático de coerência*: na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra, especialmente se uma

lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microsistema específico, não completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade; 2) *diálogo sistemático de complementariedade e de subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais*: na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto, a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou de forma subsidiária; 3) *diálogo de coordenação e adaptação das influências recíprocas sistemáticas*: pode ocorrer pela possível redefinição do campo de aplicação de uma lei, como por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do Código Civil, uma vez que esta lei vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si – no caso de dois fornecedores, trata-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante –, ou, como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (direito dos juízes), alçadas de uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens*.

Em síntese: 1) o *diálogo sistemático de coerência*, quando uma lei serve de base conceitual para outra, hipótese esta de aplicação simultânea de ambas as leis; 2) *diálogo de complementariedade*, quando uma norma pode completar a outra de forma direta e coordenada; 3) *diálogo de subsidiariedade*, quando uma norma pode completar a outra de forma indireta; e, 4) *diálogo de coordenação de reciprocidade sistemáticas*, quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrerem influências da outra.

As modalidades acima referidas enfrentam a questão do “diálogo” das fontes pelo seu aspecto formal, pertinente ao “como” proceder.

Importa investigar o plano pertinente ao aspecto material justificador do “diálogo” das fontes, pertinente aos “porquês”, às razões relativas ao conteúdo das normas relacionadas entre si. Nesse ponto, importa perquirir as “razões” que justificam a adoção da “comunicação” das fontes pelo intérprete.

O “diálogo” das fontes é necessário quando as normas utilizadas tenham conteúdo regulatório semelhante ou equiparável, segundo critérios de identidade, de semelhança ou de equiparação, tais como: bem ou interesse jurídico tutelado, relação ou situação jurídica regulada, sujeitos de direito envolvidos, grau ou intensidade na distribuição da autonomia e dos poderes das partes, dentre outros.

Quanto maior a relevância da tutela do bem ou do interesse jurídico, maior deverá ser o recurso ao “diálogo” das fontes, pois um bem de categoria de proteção constitucional, como a saúde, por exemplo, há de ser analisado, em qualquer ramo do direito, mantendo-se essa característica. O mesmo deve ocorrer com os direitos da personalidade, que correspondem no plano civil aos direitos fundamentais no plano constitucional. Essa relação, muitas das vezes, não se apresenta de forma evidente. É preciso fazer com que as normas dialoguem em sua razão de ser (fundamento e finalidade). O Direito do Trabalho, por exemplo, regula numa multiplicidade de normas, que tratam de limites de jornada (duração diária, intervalos, férias, repousos semanais, etc.) um mesmo bem jurídico, a saúde, que é bem fundamental merecedor de tutela *prima facie*. Ocorre que uma grande maioria de juízes, por não observar essa identidade regulatória, tolera a violação desse bem jurídico por via transversa, ao reconhecer a flexibilização quase que ilimitada da duração da jornada em convenções coletivas de trabalho. Também no caso da violação dos direitos da personalidade, que produz danos à pessoa humana, os bens jurídicos envolvidos também têm status fundamental e são merecedores de tutela reforçada. Nesse caso, quando um trabalhador adquire uma doença, em virtude de seu trabalho, a gravidade do fato é maior, porque além de violar bens jurídicos fundamentais (saúde, integridade física, etc.), também atinge pessoa vulnerável, em virtude de estar submetida a um meio ambiente de trabalho organizado por empresa que detém destacado poder privado econômico e social, muitas das vezes equiparável ou até maior do que aquele de que é detentor o poder público. Isto remete à leitura da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que a potencialidade ofensiva do poder privado é, no mundo hodierno, igual ou superior à do poder público.

No que tange à relação ou à situação jurídica, é oportuno que se considerem as variáveis presentes no sistema jurídico que reforçam a proteção em face do contexto fático no qual o vínculo se estabelece. Se o contexto é de desequilíbrio social ou econômico, o “diálogo” das fontes é necessário para garantir os comandos axiológicos e teleológicos da tutela jurídica que se impõe em face da vulnerabilidade. O mesmo ocorre quando se visualiza e se especifica os sujeitos de direito envolvidos e o grau ou intensidade na distribuição da autonomia e dos poderes das partes. É comum perceber-se a vulnerabilidade de certas pessoas no interior da relação ou da situação jurídica, geralmente decorrente da desproporção na distribuição da autonomia e dos poderes jurídicos, econômicos e sociais entre elas, como já referido acima.

Quer sob a ótica da relevância ou da fragilidade do bem jurídico, quer sob a ótica da vulnerabilidade das pessoas no contexto das vinculações jurídicas ou da proporção na distribuição de poderes privados (autonomia) entre elas, o “diálogo” das fontes aparece para manter a unidade e a coerência do sistema jurídico quanto à regulação constitucional e legal de mencionados âmbitos da realidade fática, o que se estende também às decisões judiciais paradigmáticas e ao posicionamento doutrinário.

O elo que autoriza o “diálogo” das fontes não se restringe aos casos previstos expressamente no ordenamento jurídico. Assim sendo, a utilização do mecanismo da “comunicação” das fontes não fica adstrito aos casos expressamente previstos na Constituição e nas leis, como já citado anteriormente, mas se estende a todos os casos nos quais os critérios materiais de conexão entre normas diversas, antes reportados, recomendarem a adoção do “diálogo” das fontes.

Manejar o “diálogo” das fontes restabelece a ideia de sistema jurídico considerando dois pressupostos: repertório e estrutura.

O repertório (elementos) compreende: normas a dialogar, definições, conteúdos semelhantes ou conexos, etc. A estrutura (relações entre os elementos) tem a ver com um complexo de regras que determinam as relações entre os elementos segundo critérios, tais como: origem empírica (semelhança

ou equiparação factual); lógico (não contradição ou coerência) e valorativo e finalístico (importância axiológica e teleológica).

O método do “diálogo” de fontes viabiliza a justiça que, no pensamento ocidental tem estreita relação com a ideia de igualdade, que implica reconhecer que ser justo é tratar da mesma maneira seres e relações com as mesmas características, o que possibilita agrupar os detentores das mesmas características em uma única classe ou categoria. Justiça, portanto, consiste em conferir igual tratamento aos sujeitos pertencentes à mesma classe ou categoria.

No item anterior ficou registrado que ser justo é tratar de forma isonômica seres e relações pertencentes à mesma classe ou categoria. Nessa linha de raciocínio, alguns diplomas normativos identificam-se por tutelar pessoas em situação de vulnerabilidade. Assim ocorre, por exemplo, na legislação consumerista e trabalhista e ainda na legislação civil, especialmente no campo dos direitos de personalidade e do direito de família.

A vulnerabilidade sempre existiu na sociedade, como fenômeno, mas não como conceito, sendo muitas vezes denominada de hipossuficiência, termo que não tem o mesmo alcance daquele, uma vez que não dá conta da complexidade do problema. O conceito de vulnerabilidade foi objeto de análise em item anterior, razão pela qual não será novamente tratado.

Com efeito, há pessoas que, apesar de inseridas em contextos econômicos e sociais mais abastados, são vulneráveis, como consumidores, embora não sejam hipossuficientes. A caracterização da vulnerabilidade pode ser feita de forma objetiva, ao passo que a hipossuficiência nem sempre pode sê-lo.

Assim, por um critério de justiça, é recomendável o recurso ao “diálogo” de fontes a fim de que a tutela de sujeitos em situação de vulnerabilidade seja alcançada e efetivada.

A ordem jurídica é um sistema aberto que sofre a influência de valores sociais, econômicos e morais, o que pressupõe a ampliação da matriz regulatória com a complementação das normas e não a sua exclusão.

Nessa linha de entendimento, há julgados do Superior Tribunal de Justiça que têm aplicado a teoria do diálogo das fontes, propondo uma interação, por exemplo, entre o CDC, a Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), para que seja alcançada a solução mais favorável e protetiva ao consumidor idoso.

Exemplo é o julgamento do Recurso Especial nº 989380/RN, no qual foi declarada a abusividade e a consequente nulidade da cláusula do contrato de seguro de saúde que previa o reajuste da mensalidade do plano de saúde, com base exclusivamente na mudança de faixa etária de 60 (sessenta) e 70 (setenta) anos para, respectivamente, o percentual de 100% (cem por cento) e 200% (duzentos por cento).

A fundamentação do acórdão baseou-se no artigo 15, §3º do Estatuto do Idoso, que veda, nos planos de saúde, a discriminação do idoso pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, o que caracteriza cláusula abusiva, uma vez que não houve a correspondente demonstração da ocorrência de desequilíbrio ao contrato que justificasse o reajuste, como dispõe o artigo 51, inciso IV do CDC.

Evidenciada a vulnerabilidade de uma das partes da relação jurídica, será aplicável a norma mais benéfica a esta, independentemente de haver regra específica a reger a matéria.

Neste mesmo sentido, no Direito do Trabalho no Brasil, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador flexibiliza, inclusive, o critério da hierarquia das normas.

Embora tenha havido avanços jurisprudenciais, percebe-se que eles ainda são tímidos. A visão segmentada da realidade inviabiliza que o intérprete considere as interações econômicas, sociais e ambientais presentes em suas formulações. Essa forma de visualizar o ordenamento jurídico é responsável, pelo menos em parte, pelos problemas advindos das contradições entre decisões judiciais sobre matérias semelhantes.

Como exemplo de contradição entre entendimentos jurisprudenciais, confrontam-se as razões de decidir do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reconheceu

o dano moral pela presença de corpo estranho em bebida fabricada, calcado no dever de segurança alimentar, com os fundamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça que, julgando o recurso especial, considerou tratar-se de “mero aborrecimento”, não passível de responsabilização por danos ante o fato de não ter havido a ingestão da bebida contendo corpo estranho (animal em decomposição). Como se pode verificar, o cerne do debate residiu na consideração de que, por não ter havido a ingestão da bebida, o dano não ocorreria, embora a segurança alimentar do consumidor estivesse ameaçada pela exposição ao risco de contaminação e de adoecimento, em face da presença de corpo estranho (animal em decomposição) na bebida comercializada, o que caracteriza prática abusiva consubstanciada no exercício do direito de comercializar alimentos desvirtuado de sua função social.

As objeções à adoção do “diálogo” das fontes residem no temor ao poder criativo do juiz, uma vez que a aplicação dessa teoria possibilitaria ao julgador combinar leis para decidir a lide submetida a sua análise de forma casuística, o que poderia gerar insegurança jurídica nas relações sociais, por falta de previsibilidade dessas decisões. Tais argumentos não se sustentam pois nada há no ordenamento jurídico que vede o “diálogo” das fontes. Pelo contrário, o sistema jurídico pressupõe unidade e adequação valorativa, bem como coerência entre suas diversas normas.

Do legislador não se pode exigir a coerência. Para o magistrado essa exigência é fundamental.

Embora a adoção do método do “diálogo” das fontes amplie as margens de atuação decisória do juiz, essa margem não é aleatória ou abstrata, porquanto a decisão que manejar o “diálogo” das fontes deve estar em consonância com os parâmetros constitucionais e encontrar-se submetida à exigência de que o raciocínio judicial seja externado na fundamentação, a teor do que dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal brasileira. Ademais, há que se reconhecer que a subjetividade dos atos decisórios é inerente à condição humana, não havendo como eliminá-la. Importante é que se explicitem, de forma clara, as razões ou fundamentos que levaram o julgador a tomar a decisão em um ou em outro sentido. É a observância da explicitação dos fundamentos que viabiliza a

submissão da decisão ao crivo do contraditório e do devido processo legal, dialéticos por excelência, o que torna a decisão una e múltipla ao mesmo tempo.

Nessa ordem de ideias, o método do “diálogo” das fontes torna-se mais um instrumento para a boa e justa aplicação do Direito, especialmente em circunstâncias de acentuada complexidade. Não o único e muito menos infalível, até porque errar é humano, mas, certamente, de destacada utilidade, por permitir e viabilizar um olhar mais apropriado para a realidade dos casos concretos como mecanismo de realização do justo, fim precípua da atividade judicial.

Forçoso é reconhecer que, dentre as diversas vantagens do “diálogo” das fontes, encontra-se a de o julgador prescindir de afastar a incidência de uma norma do sistema, optando por aplicar aquela que for mais benéfica à parte presumidamente mais vulnerável.

Como se pode verificar, o “diálogo” das fontes traz para o discurso jurídico a visão de interdisciplinaridade, mecanismo apto para lidar com a complexidade.

A origem do conceito de interdisciplinaridade é controversa, já estaria presente nas ideias dos pensadores interdisciplinares e enciclopédicos, tais como Platão, Aristóteles, Kant, Hegel, dentre outros, ou que teria surgido na metade final do século XX, com a reforma na educação, com a pesquisa aplicada e com os movimentos das fronteiras disciplinares. Neste último sentido, a interdisciplinaridade teria surgido, nos anos 1960, como forma de produção de conhecimento diferenciada da dominante produção científica fundada na estrita racionalidade e no reducionismo, que caracterizam o conhecimento disciplinar.

Qualquer que seja a origem do termo interdisciplinaridade, sua importância resta evidenciada pelo reconhecimento de que a complexidade e a mutabilidade constante de fenômenos investigados em diversos setores do conhecimento requerem um novo olhar, que ultrapasse as fronteiras da simplificação, do reducionismo e da fragmentação dos métodos de análise.

Com efeito, a utilização de técnicas reducionistas revela-se cada vez mais ineficaz diante de problemas complexos. Nesse sentido, pesquisas com enfoque interdisciplinar são consideradas desafios, tanto na proposição conceitual e metodológica, quanto na formação de equipes e compreensão integrada do meio ambiente.

No Direito, como já acentuado, a complexidade também se faz presente e requer a reformulação do olhar do pesquisador e do intérprete que considere as possibilidades da interdisciplinaridade. O “diálogo” das fontes pode ser considerado um mecanismo para viabilizar a implementação desse olhar transdisciplinar no mundo jurídico. A relação normativa que se utiliza de cláusulas gerais também pode ser vista sob a perspectiva interdisciplinar e até mesmo transdisciplinar, por remeter e conferir ao intérprete instrumento normativo aberto, flexível e dinâmico, capaz de adaptar o texto da lei às mudanças do mundo real. Nesse sentido, o intérprete não cria normas, faz a adaptação de seu sentido às mudanças axiológicas e teleológicas que se processam ao longo do tempo, realizando a convergência entre normas a fim de facilitar a interação e a atualização entre o ordenamento jurídico e a realidade social. Assim, o “diálogo” das fontes não pode ser considerado como um recurso a ser utilizado somente em circunstâncias extremas, mas que deve fazer parte de uma pauta regular de interpretação.

A regulação em matéria de responsabilidade civil é pródiga na adoção de mecanismos normativos “abertos” carecedores de preenchimento quando aplicados aos casos concretos, como são exemplos os termos “dano”, “risco”, “perigo”, dentre outros.

### 3 A PROBLEMÁTICA CONCEITUAL DO DANO EM FACE DA VULNERABILIDADE

O conceito e as hipóteses de ocorrência de danos não estão delimitados pelo legislador, que optou por remeter ao intérprete o preenchimento de seu conteúdo e a identificação de sua ocorrência nos casos concretos.

O dano, como cláusula geral, justifica-se por sua própria natureza. Não há como elencar *numerus clausus* suas hipóteses de ocorrência.

Para Volochinsky (2002, p. 177), o dano é:

Todo menoscabo que experimente um indivíduo em sua pessoa e seus bens, a perda de um benefício de índole material e moral, de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Não implica, necessariamente, a perda de um direito, senão que basta que a vítima haja sido privada de uma **vantagem legítima**. (destaquei)

Para Matilde Zavala (1996, p.29): “o dano é a perda ou menoscabo de um **bem ou interesse juridicamente protegido**.”

Ainda segundo Zavala (1996, p. 29):

Dano moral é uma modificação desvaliosa do espírito no desenvolvimento de sua capacidade de entender, querer ou sentir, que se traduz em um **modo de estar da pessoa diferente daquele que se encontra antes do fato**, como consequência deste e animicamente prejudicial. (destaquei)

Uma apertada síntese das definições acima, especialmente dos trechos destacados, revela que o dano se caracteriza pela eliminação, privação, restrição, limitação ou diminuição de bens e/ou de interesses jurídicos.

O termo dano, na acepção etimológica e semântica, provém do latim *damnum*, que significa detrimento, prejuízo, menoscabo, dor ou moléstia que afetam uma pessoa e/ou seu patrimônio, causados por outrem.

Dano, na acepção empírica, relaciona-se ao evento danoso ou aos seus resultados, que podem ou não coincidirem cronologicamente, cuja aferição é feita por meio de instrumentos quantitativos ou qualitativos. Tem relação com a ideia de prejuízos aferíveis com base em critérios calcados no padrão cartesiano de racionalidade, segundo o qual somente existe

aquilo que pode ser, de imediato, perceptível sensorialmente e cabalmente demonstrado como fenômeno concreto.

A concepção empírica, quando utilizada de forma restritiva, impede que se reconheça como danosa a “prática abusiva”, por exemplo, quando o empregador expõe o trabalhador a um meio ambiente de trabalho degradante (higidez e salubridade). Neste caso, a doutrina e a jurisprudência brasileiras tendem a considerar que somente ocorre dano se o trabalhador adoecer ou adquirir alguma patologia em decorrência da exposição (dano pelo resultado efetivo), descartando a “exposição ao risco” como fenômeno danoso em si, *in re ipsa*.

O debate sobre a configuração do “dano de conduta” como espécie do gênero dano reside justamente em reconhecer que a exposição ao risco representa ameaça à integridade da pessoa, de seus bens e de seus direitos, que deve ser inibida ou prevenida pela via da responsabilização por “práticas abusivas” ou danos de conduta.

A acepção jurídica de dano nem sempre corresponde, com exatidão, ao seu sentido empírico, como é o caso dos danos morais e existenciais, cuja carga de imaterialidade é acentuada, o que dificulta sua demonstração e reconhecimento. Portanto, a acepção jurídica do dano é mais ampla que o seu sentido empírico.

Juridicamente, a ideia de dano há de ser mais ampla para dar conta da complexa problemática da violação a direitos e a interesses jurídicos.

Há diversos recortes que podem ser feitos na perspectiva jurídica do dano, a saber: a) sob a ótica da tutela da pessoa afetada, por analogia com o axioma *res perit domino*, pode se considerar que o dano pode ser “justo”, quando a vítima tem de arcar, por si mesma, com as consequências deletérias do gravame; ou pode ser “injusto”, quando não é justo que a vítima assumas as consequências nefastas do gravame. Por exemplo, quando alguém padece de enfermidade congênita que resulta na necessidade da assunção de dispendioso tratamento, está caracterizado o “dano justo”, ao passo que estará delineado o “dano injusto na hipótese de uma pessoa

que teve um membro amputado em virtude de agressão de outrem; b) sob a perspectiva do objeto afetado (bem e/ou interesse jurídico) pode se apresentar como danos patrimoniais e extrapatrimoniais; c) sob a ótica da forma de manifestação do dano, que se subdivide em materialidade do dano (dano efetivo) e dano decorrente da própria ação ou omissão do agente agressor (dano pela perda de uma chance e dano de conduta).

A perspectiva, foco de análise neste artigo, é a de que se caracterizam como “dano de conduta” as “práticas abusivas”, que se equiparam ao abuso de direito por se desviarem da finalidade econômica e social do exercício do direito, o que, por si só, causa prejuízos a outrem e, em alguns casos, gera vantagem indevida.

O Código de Defesa do Consumidor no Brasil elenca, dos artigos 39 a 41, uma série de hipóteses de práticas abusivas e prevê como reprimenda a nulidade da respectiva cláusula. Ocorre que referida reprimenda não tem ressonância prática, uma vez que não consegue coibir práticas abusivas, o que faz com que essas continuem a ser utilizadas, tornando vantajoso provocar lesões à pessoa ou ao patrimônio jurídico de outrem. Consideradas essas premissas, pensou-se em formular e delinear conceitualmente o ‘dano de conduta’, figura jurídica que se sustenta na vedação do abuso do direito, cuja prática autoriza a responsabilização por danos.

Na esfera laboral, o mesmo pode ocorrer. Pode acontecer, e costuma acontecer, de o empregador, ao organizar seu empreendimento econômico e os fatores de produção, violar direitos da pessoa do trabalhador, violação que decorre de práticas abusivas como as de não registrar seus empregados para que possam ter acesso a direitos previstos na legislação trabalhista e previdenciária, bem como de submetê-los a um ambiente laboral degradante em termos de higidez e de segurança.

Ocorre que tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência não reconhecem o dano de conduta como categoria jurídica apta a autorizar a imputação de responsabilidade ao empregador. O mesmo ocorre na esfera do direito do consumidor, no qual operadoras de sistemas de televisão,

de internet e de telefonia agem de forma danosa, mas incólumes à responsabilidade civil, ao argumento de que as práticas abusivas não podem ser consideradas, em si mesmas, danosas.

A controvérsia sobre a extensão do conceito de dano reside numa visão distorcida do sistema jurídico, que coloca a questão da ‘atualidade e da certeza’ na manifestação do prejuízo como barreira ao reconhecimento civil do dano de conduta, muito embora o Direito Penal já venha contemplando há muito tempo esta figura jurídica, em face da necessidade de melhor tutelar pessoas, bens, interesses, situações e relações jurídicas.

Utilizando-se o método do “diálogo” das fontes, busca-se demonstrar que no Direito Penal brasileiro encontram-se fundamentos que autorizam a adoção da figura do dano de conduta pelo Direito Civil, do Trabalho e do Consumidor, dentre outros.

O Código Civil estabelece:

*Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (destaquei)*

*Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (destaquei)*

Estabelecendo-se o diálogo entre as normas acima reportadas, conclui-se que a violação do direito (evento) coincide com o resultado danoso e ocorre pela via das práticas abusivas, sustentando-se na definição do abuso do direito (desvio de finalidade: função social e econômica).

A organização empresarial pressupõe o “exercício regular de direito”. Quando práticas abusivas são realizadas, transborda-se seu fim econômico ou social, a boa-fé ou os bons costumes e violam-se direitos e interesses jurídicos.

Ainda, a previsão contida no art. 927 e seu parágrafo único, do Código Civil brasileiro:

*Art.927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

*Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (destaquei)*

Buscando-se a *ratio* contida nos dispositivos legais acima transcritos, é possível concluir que a noção de “risco” envolve a exposição de pessoas e de bens a tais circunstâncias arriscadas, o que autoriza o reconhecimento do “dano de conduta”, porquanto “práticas abusivas” expõem pessoas e bens a gravames, isto sem contar que aqueles que praticam tais atos abusivos podem se locupletar da própria violação, incidindo também em concorrência desleal em relação àqueles setores que cumprem o regramento legal.

A seguir, algumas reflexões sobre o delito material e o delito de conduta no Direito Penal, um aporte analógico com base na tutela do bem jurídico pela via do “diálogo” das fontes.

O Direito Penal reconhece dentre a tipologia dos delitos: o delito material e o delito de conduta. Referidas categorias podem aportar elementos para efeito de configuração de danos materiais e danos de conduta pela via da análise da coincidência da tutela do bem jurídico nos diversos ramos do Direito (Civil, Trabalhista, Consumidor).

Veja-se o seguinte tipo legal no Código Penal:

*Art. 147. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave. (destaquei)*

A configuração do crime de ameaça contenta-se com a mera conduta de quem ameaça, não importando se o conteúdo ou resultado da ameaça aconteceu, tampouco se a pessoa se sentiu constrangida ou ameaçada (efeitos materiais na pessoa ofendida). Referida figura equipara-se àquela da exposição ao risco contida na norma civil.

No *crime de mera conduta*, o resultado naturalístico não precisa ocorrer para a consumação do delito. Ideia que, trasladada para a responsabilidade civil, autoriza a configuração do dano de conduta, que também prescindindo da manifestação empírica convencional, configura-se pela mera prática abusiva, que se equipara ou mesmo supera o potencial ofensivo da ameaça.

O Supremo Tribunal Federal entende que o porte ilegal de arma de fogo é um crime de mera conduta (grande potencial ofensivo de provocar um mal maior):

O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, consoma-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, e a probabilidade de vir a ocorrer algum dano é presumida pelo tipo penal. Além disso, o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante o fato de estar a arma de fogo municada ou não. (HC 104.206/RS, 1.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 26/08/2010).

Pode-se, assim, denominar de dano de conduta ou presumido a prática que viola bens e interesses jurídicos que tutelam sujeitos vulneráveis, tais como o trabalhador e o consumidor. Em alguns casos há, por assim dizer, uma promiscuidade entre a configuração do nexos causal e do dano, uma vez que ambos estão vinculados à conduta neste caso.

O Código Penal brasileiro elenca crimes contra a organização do trabalho. Na maioria desses tipos penais, verifica-se a tutela do bem jurídico "liberdade de trabalho" e da "organização e do exercício da atividade econômica", sob a rubrica delitual de "frustração de direito assegurado por lei trabalhista": " Art.203. Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho."

A doutrina refere tratar-se de "norma penal em branco", cuja complementação encontra-se na legislação trabalhista.

Ora, se frustrar, mediante fraude, direito assegurado pela legislação trabalhista é crime, não há razões para que práticas fraudulentas da legislação trabalhista não possam ser reconhecidas como dano de conduta para efeitos de responsabilização civil. Negar essa possibilidade é negar a unidade axiológica e teleológica do ordenamento jurídico.

A doutrina enumera condutas que se enquadrariam no mencionado tipo penal acima reportado, a saber: a conduta de frustrar, ou seja, iludir, lograr, ludibriar, privar e outras ações similares por meio de fraude, que pode ser executada mediante ardil, engodo, ou qualquer forma de artifício que leva o enganado à aparência falsa da realidade ou mediante violência física, todos estes atos visando a impedir a fruição de direito assegurado pela CLT e demais leis trabalhistas complementares. Consoma-se com o impedimento do exercício do direito trabalhista. Admite-se tentativa.

Segundo Nelson Hungria ( 1959, p.49):

A fraude tanto pode ser empregada pelo patrão contra o operário e vice-versa, quanto por ambos, conluídos, para iludir o texto legal, devendo notar-se que o titular do direito assegurado por lei trabalhista não pode renunciá-lo quando correspondente a um dever imperativamente determinado pela mesma lei que é de ordem pública.

Nessa linha de raciocínio, a falta de registro na carteira de trabalho (CTPS) se equipara à figura prevista no Código Penal. Contudo, paradoxalmente, a grande maioria dos julgados trabalhistas considera tratar-se de mera infração de cunho administrativo não ensejador de reparação civil porque não materializado o dano.

Ainda no Código Penal brasileiro, o seguinte dispositivo:

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a **exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do**

transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais. (destaquei).

O trecho normativo acima destacado reforça a conclusão de que práticas que expõem pessoas e bens jurídicos a risco configuram dano de conduta.

A criminalização de uma conduta revela a gravidade de seu potencial ofensivo. Como então admitir que no sistema jurídico o Direito Penal reconheça o delito de conduta e no Direito Civil, Trabalhista e do Consumidor, por exemplo, prevaleça o entendimento fragmentado de que apenas os danos “concretos” sejam reconhecidos? Entenda-se por “concretos” aqueles cuja efetividade possa ser medida por padrões cartesianos tradicionais de mensuração da realidade.

A ideia de sistema jurídico pressupõe que uma conduta gravosa a ponto de ser criminalizada, assim o seja também no plano civil. O “diálogo” das fontes viabiliza a conclusão de que, se um determinado bem ou relação jurídica merece a tutela penal, com mais razão deve merecer a tutela em sede de danos.

Nessa linha de raciocínio, a figura do *mise en danger* ou exposição ao risco, construída na doutrina francesa, é emblemática em revelar que “meras condutas” de exposição de bens e de pessoas a risco de dano injusto (aquele que não deve ser suportado pela vítima) é *in re ipsa*, pela própria prática em si, caracterizadora do “dano de conduta”, categoria apta a engendrar uma cultura jurídica de contenção, inibição ou de prevenção em face de práticas abusivas, mais ampla que a mera previsão legal de nulidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentou-se no presente artigo uma série de argumentos para justificar e propor a adoção do método do “diálogo” das fontes como viabilizador da configuração e do reconhecimento das “práticas abusivas” como “dano de conduta”, por equiparação ao delito de conduta reconhecido pelo Direito Penal e à figura civil do abuso do direito, tendo como foco a necessidade de ampliação do alcance da proteção jurídica em face de questões complexas como a da vulnerabilidade.

Tenta-se avançar para além da estrita racionalidade técnica, que defende a ideia de que os profissionais solucionem problemas instrumentais mediante a seleção dos meios técnicos, como é o caso daquela que remete aos critérios clássicos de solução de antinomias, mas olvida da possibilidade de as fontes normativas dialogarem entre si.

Um dos problemas da racionalidade técnica é que, com o esgotamento do repertório teórico e dos instrumentos construídos como referenciais, o profissional não sabe como lidar com situações complexas.

A racionalidade reflexiva é uma proposta alternativa para a busca de critérios que possam melhor adequar-se às demandas hodiernas. A capacidade de questionamento e de autoquestionamento é pressuposto para a reflexão. Esta não existe isolada, mas é resultado de um amplo processo de procura que se dá no constante questionamento entre o que se pensa (enquanto teoria que orienta uma determinada prática) e o que se faz. A alienação encontra-se justamente na separação e dissociação entre teoria e prática.

A perspectiva reflexiva não é uma prática que se realiza abstraindo-se do contexto social no qual ocorre. Esse é um contexto que representa diferentes interesses e valores. Os intérpretes não estão à margem da discussão pública sobre as finalidades de sua atuação. Pelo contrário, encontram-se precisamente no meio das contradições presentes na sociedade.

Como estratégias a serem utilizadas pelo intérprete, temos: a) atitude reflexiva de pensar e autoavaliar sua atividade; b) ressignificação de seus conceitos e questionamento de suas premissas.

Por meio da ressignificação, podemos aprender a pensar de outro modo sobre as coisas, ver novos pontos de vista ou levar outros fatores em consideração.

Ressignificação é o método utilizado em neurolinguística para fazer com que pessoas possam atribuir novo significado a acontecimentos, por meio da mudança de sua visão de mundo (paradigma).

A alternativa consistente na atitude reflexiva implica: a) refletir criticamente e colocar-se no contexto de uma ação, na história da situação, participar em uma atividade social e tomar postura ante os problemas; b) explorar a natureza social e histórica, tanto de nossa relação como atores nas práticas institucionalizadas, quanto na relação entre nosso pensamento e nossa ação.

A reflexão crítica requer a elaboração de processos sistemáticos que possam permitir a reformulação teórica e a prática social ajustada à necessidade de atendimento a interesses que escapem às formalidades do procedimento tradicional.

A adaptação do direito às novas práticas e demandas exige nível elevado de discernimento do judiciário para a adoção de procedimentos de raciocínio orientados pela teleologia e axiologia, como é o caso do “diálogo” das fontes.

Os procedimentos silogísticos passam a ser substituídos pela procura teleológica de verdades materiais, com a utilização de critérios que permitam escapar das consequências de uma dedução puramente formal.

A busca pela efetivação dos direitos sociais: saúde, educação, trabalho, moradia, etc., cristaliza a consagração de metas, de fins utilitários, de ética social, incorporados ao ordenamento jurídico nacional e institucionalizados no topo de hierarquia normativa. Passa-se a notar, assim, a presença do cidadão nas relações entre particulares, em face do reconhecimento do sujeito de direito como ser humano.

A cláusula geral é o meio pelo qual o Estado atua na economia, por intermédio do juiz, permitindo-lhe conformar e reconfigurar conceitos jurídicos, atendendo a valores que

não são somente econômicos, mas éticos, garantidores da justiça material.

As profundas transformações nas áreas econômica, política e sociocultural, tanto no plano científico quanto no tecnológico e no operacional, ocorridas em ritmo cada vez mais acelerado nos últimos tempos, requerem uma mudança de visão e de atitude dos intérpretes jurídicos, em especial do judiciário, para que suas deliberações possam corresponder aos atuais anseios e necessidades da sociedade.

A ampliação de poderes e a maior plasticidade do processo e do procedimento exigem mais preparo dos magistrados pela reflexão crítica e/ou revisão de seus conhecimentos jurídicos, bem como a conexão desses com os de outras áreas do conhecimento humano, no sentido de “ajustar” suas decisões à realidade social, política e econômica na qual estão inseridos.

Do juiz hodierno são exigidas competências e habilidades ajustadas à complexidade social e econômica.

Teorias da argumentação ocupam-se de critérios que possam assegurar a objetividade e a racionalidade da decisão. Embora teoricamente possam ser produzidas propostas metodológicas divergentes, todas elas partem do pressuposto fundamental de que o caminho que conduz à decisão está determinado e condicionado por uma série de fatores que se poderia chamar de extrajurídicos.

Nas concepções modernas sobre argumentação, observa-se uma atenção especial às questões materiais ou de conteúdo, que implica colocar em plano secundário a lógica formal como instrumento adequado para explicar o processo decisório e a sua fundamentação.

O conjunto das afirmações acima revela a estreita conexão entre norma e decisão, bem como a importância da análise e da utilização do método do “diálogo” das fontes na decisão.

O estudo feito no presente artigo conduz à conclusão de que o método do “diálogo das fontes não se confunde com os critérios tradicionais de solução de conflitos (temporal, hierárquico e especial), na medida em que o intérprete poderá superá-los com o objetivo de adaptar a decisão aos comandos axiológicos e teleológicos do sistema jurídico presentes na diversidade de microssistemas legais.

Constatou-se que, para se alcançar a melhor solução jurídica para o caso concreto, é necessário investigar o núcleo de proteção que reveste e caracteriza o bem jurídico, a pessoa, a situação ou a relação jurídica e a intensidade na distribuição de poderes entre as partes em conflito, tomando-se sempre por base os mandamentos constitucionais.

É possível afirmar que há uma tendência, principalmente nos tribunais superiores, de se conjugarem normas, ao invés de excluí-las, relativizando sua incidência e garantindo a sua coexistência dentro do sistema, em busca da mais adequada tutela jurídica em face da vulnerabilidade.

Embora a rotulação de “diálogo” das fontes seja um tema relativamente novo, na prática cotidiana dos decisores jurídicos já vinha sendo aplicado, mesmo que sem a indicação de rótulos específicos. Muito ainda há a ser implementado para que a adoção do método do “diálogo” das fontes possa servir como mecanismo viabilizador da concretização do direito em situações de vulnerabilidade.

## REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; BESSA, Leonardo Roscoe e MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno e MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Coreiro Leite dos Santos. 10.<sup>a</sup> ed. Brasília: UNB, 1999.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto-lei n<sup>o</sup> 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1940.
- BRASIL. Decreto-lei n<sup>o</sup> 5.452, de 1<sup>o</sup> de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1943.
- BRASIL. Lei n<sup>o</sup> 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.
- BRASIL. Lei n<sup>o</sup> 9656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.
- BRASIL. Lei n<sup>o</sup> 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.
- BRASIL. Lei n<sup>o</sup> 10.741, de 01 de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Brasília, DF: Senado Federal, 2003.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgInst 276.671/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Julgado em 04/04/2000, Publicado em 08/05/2000. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/num\\_registro=199901125502&dt\\_publicacao=08-05-2000&cod\\_tipo\\_documento=&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/num_registro=199901125502&dt_publicacao=08-05-2000&cod_tipo_documento=&formato=PDF)>. Acesso em 15 abr. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 989.380/RN, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 06/11/2008, Publicado em 20/11/2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=836062 &num\\_registro=200702161715&data=20081120&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=836062 &num_registro=200702161715&data=20081120&formato=PDF)>. Acesso em 15 abr. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.424.304/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 11/03/2014, Publicado em 19/05/2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=1293477&num\\_registro=201301311055&data=20140519&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=1293477&num_registro=201301311055&data=20140519&formato=PDF)>. Acesso em 15 abr. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Súmula 297. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em 15 abr. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.591/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, Julgado em 06/06/2006, Publicado em 29/09/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1990517>>. Acesso em 15 abr. 2016.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- \_\_\_\_\_. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Granada: Comares, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.
- HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao código penal*. Vol. 1, Tomo 1. Rio de Janeiro: GZ, 2014.
- JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, II. Haye, Nijhoff, 1995.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Traduzido por Jaime Santos Briz. Colombia: Revista de Derecho Privado, 1958.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE), n. 7, 2004.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PHILIPPI JR, Arlindo; FERNANDES, Valdir (org.). *Práticas da interdisciplinariedade no ensino e pesquisa*. Barueri, SP: Manole, 2015.
- SCHAMPS, Geneviève. *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe générale de responsabilité: analyse de droit compare*. LGDJ: Paris, 1998.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- VON IHERING, Rudolf. *El fin en el derecho*. Granada: Comares, 2000.
- VOLOCHINSKY, Bracey Wilson, *226 perguntas em derecho civil. contratos y responsabilidad extracontractual*. Santiago: La ley, 2002.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños: daños a las personas. integridade física*. Argentina, Hammurabi, 1996.



## A CRISE DO DIREITO E O SEUS REFLEXOS NO ESTADO OU A CRISE DO ESTADO E SEUS DESDOBRAMENTOS NO DIREITO

### THE LAW CRISIS AND ITS CONSEQUENCES IN THE STATE OR THE STATE CRISIS AND ITS REFLEXES IN THE LAW

Ricardo Augusto Dias da Silva<sup>249</sup>

#### Resumo

O artigo se propõe a estabelecer o debate contemporâneo sobre a atual face do Estado e sua relação com o Direito, diante da cíclica crise que ambos enfrentam no processo de evolução da sociedade. Parte-se da evolução histórica até as perspectivas que a doutrina nacional e internacional vislumbram nesse cenário de globalização, destinando-se análise crítica, mas apontando possíveis caminhos a serem trilhados para ultrapassar os desafios. Formatar o entendimento conceitual e o processo de metamorfose estatal como norte, diante do emaranhado e conturbado sistema de normas é imprescindível para nortear a evolução da sociedade, que necessita do Estado e do Direito para sua caminhada.

**Palavras-chave:** Crise do Estado; Globalização; Crise do Direito.

#### Abstract

The article aims to establish the contemporary debate on the current face of the State and its relationship with Law, given the cyclical crisis that both face in the process of society's evolution. It starts from historical evolution to the perspectives that national and international doctrine envision in this scenario of globalization, aiming for critical analysis, but pointing out possible paths to be taken to overcome the challenges. Formatting the conceptual understanding and the process of state metamorphosis as a guide, in the face of the tangled and troubled system of norms, is essential to guide the evolution of society, which needs the State and the Law for its progress.

**Keywords:** State Crisis; Globalization; Crisis of Law.

<sup>249</sup> Pós-doutor pela Universidade Nova de Lisboa. Doutor pela UNESA-RJ. Mestre em Direito pela UNAMA. Professor de Direito Constitucional da UNAMA. Advogado.

## A CRISE DO ESTADO

O processo de diminuição e verdadeiro enfraquecimento pelo qual passa o Estado em sua face atual tem sido objeto de estudo em áreas outras do conhecimento, destacadamente a ciência política e a ciência jurídica.

Se por um lado, há quem sustente que esse cenário conjuntural é egresso da concepção defendida pela corrente neoliberal<sup>250</sup>, bem como pela imposição do fenômeno da globalização às relações nas sociedades que integram a comunidade internacional; por outro, percebe-se a falta de consenso em análises substancialmente críticas desse processo, diante da plêiade de concepções dispostas a desvendar o fosso existente entre o conceito ideal de Estado, suas fragilidades e incapacidades atuais em desempenhar o papel para o qual foi pensado, melhor dizendo, para o qual, historicamente, deveria ter sido destinado.

Com efeito, seja no Estado-mínimo preconizado pelo neoliberalismo, seja na concepção multicultural,<sup>251</sup> apresentada como alternativa para a transformação do Estado em eficaz realizador dos direitos humanos fundamentais, é possível sustentar um grau de relativo consenso na percepção de uma crise de identidade do Estado, sentida nas diversas experimentações dessa instituição nos cinco continentes do planeta, destacadamente, diante da globalização, do processo célere do avanço tecnológico, no campo da comunicação e do desenvolvimento e formatação dos conglomerados econômicos, expresso nas grandes empresas transnacionais,

desafiando e, muitas vezes, mitigando o conceito de soberania estatal nos moldes preconizados pelo direito internacional. Considere-se ainda, a faceta do Estado Regulador, com a qual se apresenta na atualidade, notadamente no ocidente, atuando através de agências reguladoras.

Sobre esse enfoque, Jacques Chevallier firma o entendimento de que:

Para mensurar as mutações em curso, os esquemas do pensamento tradicional não são suficientes: é necessário se esforçar para construir novas ferramentas, forjar outros instrumentos de análise, e a concepção tradicional de Estado deve ser reavaliada.

A constatação da historicidade de um modelo estatal que foi construído na Europa ocidental antes de conhecer uma espetacular difusão, ao curso de variantes, inflexões e distorções reveladoras do peso dos contextos locais. Ora, esse modelo estatal tende a sofrer, lá mesmo onde nasceu, no Ocidente, transformações que não são apenas superficiais ou cosméticas, mas que conduzem a novos pontos de equilíbrio.<sup>252</sup>

Logo, quer-se de início estabelecer o entendimento de que a crise do Direito, adiante debatida, não é uma crise localizada e conformada em si mesma, nos limites das sendas jurídicas. Antes mesmo de tornar-se crise do Direito, tem-se como premissa, que aspectos de natureza essencialmente

<sup>250</sup> Conjunto de ideias políticas e econômicas capitalistas que defende a não participação do Estado na economia. Sustenta essa corrente doutrinária que deve haver total liberdade de comércio (livre mercado), o que garantiria o crescimento econômico e o desenvolvimento social de um país. Sua origem remonta aos anos 70, Escola Monetarista do economista Milton Friedman, apresentando saídas para a crise que atingiu a economia mundial em 1973, provocada pelo aumento excessivo no preço do petróleo.

<sup>251</sup> Boaventura de Sousa Santos sustenta que “os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais. O multiculturalismo é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo”. In SANTOS, Boaventura de Sousa. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Centro de Estudos Sociais Universidade de Coimbra. 1997, p.19. Nessa mesma direção Jürgen Habermas pontua que “recente discussão sobre o multiculturalismo fez com que o modelo clássico de cidadania “incolor” sofresse uma revisão, e Will kymlicka desenvolveu uma noção de cidadania multicultural com a qual concordo plenamente. A cidadania é uma posição definida pelos direitos civis. Mas temos de considerar também que os cidadãos são pessoas que desenvolveram sua identidade pessoal no contexto de certas tradições, em ambientes culturais específicos, e que precisam desses contextos para conservar sua identidade. Em determinadas situações, devemos, portanto, ampliar o âmbito dos direitos civis para que inclua também os direitos culturais. Esses são os direitos que garantem igualmente a todos e a cada um dos cidadãos o acesso a uma tradição e à participação nas comunidades culturais de sua escolha, para que possam estabelecer sua identidade”. In HABERMAS, Jürgen. *A Ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013 p.34-35.

<sup>252</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução Marçal Justen Filho: ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 11-15.

social, política e econômica, convergiram para a emergência da crise por que passa atualmente o Estado, não se podendo, portanto, atribuir a crise do Direito como advinda tão somente dos aspectos jurídicos conformadores na sociedade<sup>253</sup>.

Trilhando esse entendimento, Chevallier afirma que “as transformações que os Estados conhecem atualmente não podem ser consideradas um fenômeno isolado: elas remetem a uma crise genérica das instituições e dos valores da modernidade nas sociedades ocidentais, e essa crise parece dever conduzir a uma construção de um novo modelo de organização social.”<sup>254</sup>

Nesse sentido, é prudente e oportuno estabelecer essa relação da crise do Direito com a crise do Estado, seja nos aspectos de estruturação inicial desta, tendo como marco histórico o momento pós-feudalismo, oportunidade de formação do Estado-nação na chamada Era Moderna, seja no momento contemporâneo, que experimenta recorrentes crises em diversas nações sobre a concepção e o papel do Estado, variando de acordo com os níveis de estruturação de poder nos sistemas e regimes de governo por elas adotados, entranhadas, certamente, por aspectos jurídicos emersos dessa expressão conflituosa.

Sobre esse particular, apropriadamente Jacques Chevallier prossegue, enquadrando o cenário de metamorfose estatal, alavancado pelas mutações sociais e econômicas, sustentando:

No entanto, as sociedades contemporâneas parecem ter entrado numa nova fase. De um lado, assistimos à perturbação do conjunto dos equilíbrios sociais: revoluções tecnológicas (expansão das tecnologias de informação e de comunicação, desenvolvimento de biotecnologias), mutações do sistema produtivo

(papel crescente desempenhado pela informação, declínio da indústria em proveito dos serviços, deslocalização das unidades de produção, adaptação das formas de trabalho), transformações da estratificação social (refluxo do campesinato, explosão do mundo do operariado, multiplicação de empregos ditos intermediários), inflexão dos comportamentos e de relações sociais que, nas sociedades dominadas pela urgência e caracterizadas por uma dinâmica permanente de mudança, tendem a ser vividas sob o modo de instantaneidade, sob o signo de efêmero. Por outro lado, e correlativamente, assistimos a um movimento contraditório de concomitante radicalização e enfraquecimento do sistema de valores que foi a vanguarda e a base da modernidade.<sup>255</sup>

Tendo em mira o que se afirma, denotando a atual crise que se abate sobre o Estado pós-moderno<sup>256</sup>, encontramos no cenário internacional, movimentos político-sociais, tais como, a denominada *Primavera Árabe*, verdadeira onda de contestação, representada na forma de manifestações e protestos que ocorreram no Oriente Médio e no Norte da África desde dezembro de 2010, na Tunísia, Egito, Síria, Argélia, Bahrein, Djibuti, Iraque, Jordânia, Omã, Iémen, Kuwait, Líbano, Mauritânia, Marrocos, Arábia Saudita, Sudão e Saara Ocidental, em alguns desses países, inclusive, com eclosão de guerra civil.

É razoável, pois, sustentar que esses movimentos não expressaram apenas manifestações reivindicatórias relacionadas aos aspectos econômicos de cada nação onde ocorreram, mas representaram vozes a questionar o papel histórico que o Estado, enquanto instituição, compreendida como sistema,

<sup>253</sup> Também deve registrar-se, por oportuno, que não é objeto do presente artigo, adentrar no debate sobre as correntes doutrinárias que se reportam à relação entre Direito e Estado (monista, dualista, paralelista, tridimensionalista, dentre outras), mas demonstrar a vinculação entre ambos na crise que se anuncia.

<sup>254</sup> Idem p.16.

<sup>255</sup> op. cit. p. 16-17

<sup>256</sup> De acordo com Jacques Chevallier o conceito de Estado pós-moderno tem por função essencial fornecer um quadro de análise das transformações que sofre a forma estatal: ele visa a colocar em evidência, para além da extrema diversidade das configurações estatais, certas tendências marcantes de evolução que operam com maior ou menor intensidade em todos os Estados. Idem p.21.

forma e regime de governo, não desempenhou a contento, respondendo aos anseios do povo desses países numa perspectiva histórico-evolucionista.

Exemplos outros, tais como a formação de blocos econômicos na comunidade internacional, notadamente a União Europeia, onde os Estados-membro tiveram que ceder parte da soberania para a consecução dos objetivos comunitários (cidadania, moeda única, Banco Central, Corte de Justiça, dentre outros), ou ainda a aliança do BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), grupo de países do mercado emergente com objetivos comuns para o seu desenvolvimento econômico, evidenciam à saciedade do Estado que se encontra em latente metamorfose, enfrentando problemas recentes de grande monta, tais como as mudanças climáticas, os fluxos migratórios de refugiados na Europa e até mesmo no Brasil, com migrantes venezuelanos em grande número que ingressaram em território brasileiro, majoritariamente pelo Estado de Roraima.

Certo é que, diante da atual crise do Estado, os críticos mais aguerridos ao intervencionismo estatal nas diversas áreas, notadamente na economia, não puderam furtar-se de assentir à necessidade de se socorrer da imperiosa e necessária intervenção do Estado para solucioná-la. Nesse sentido, a demonstrar o que se sustenta, temos em 2008 a crise do mercado financeiro na maior economia do mundo, a dos Estados Unidos,<sup>257</sup> onde, de maneira inusitada, o governo americano teve de assumir o controle acionário de várias instituições do sistema financeiro, bem como adquirir ações de diversas empresas multinacionais, tornando-se, em nome da resolução da crise, importante acionista dessas empresas<sup>258</sup>.

Estampando o panorama da crise no qual está inserido o Estado, sustenta Boaventura Santos, que *“não estamos ante uma desglobalização, mas estamos certamente ante uma nova globalização pós-neoliberal internamente muito mais diversificada. Emergem novos regionalismos, já presentes na África e na Ásia, mas, sobretudo, importantes na América Latina, como o agora consolidado com a criação da União das Nações Sul-Americanas e do Banco do Sul”*<sup>259</sup>.

Destarte, longe de se estar próximo de uma solução, da elaboração de uma fórmula que tenha o condão de estancar a evidente crise de identidade do Estado, com respostas às principais questões que enfrenta, sustenta-se que se deve partir da perspectiva do estabelecimento de contornos, de recortes sobre o conceito, as funções e o papel do Estado na atualidade, diante dos imensos problemas sociais que, por ele existir, é de sua responsabilidade resolvê-los considerando-se, por necessário, lançar mão das experiências exitosas conformadas no interior das nações, notadamente, aquelas ocorridas nos regimes democráticos.

Friedrich Müller, nessa direção, sobre os aspectos democráticos estatais, defende que *“a democracia moderna avançada não é simplesmente um determinado dispositivo de técnica jurídica sobre como colocar em vigor textos e normas, não é, portanto, apenas uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também para o Estado de Direito.”*<sup>260</sup>

Não basta, portanto, como evidencia Lênio Streck: *“a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes”*<sup>261</sup>.

<sup>257</sup> Boaventura Santos em artigo *“O impensável aconteceu”*, publicado em 26.09.2008, na Folha de São Paulo, faz importantes observações sobre a crise financeira dos Estados Unidos e as contradições com que o sistema americano teve que conviver ao se socorrer do Estado para mediar a crise.

<sup>258</sup> Em 24 de abril de 2009, a General Motors recebeu US\$15.4 bilhões em empréstimos do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, dentro do programa TARP (Troubled Assets Relief Program). O TARP é o principal componente do pacote de medidas do governo americano para combater à crise financeira de 2008-2009, destinado a promover a compra de ativos e ações de instituições financeiras, visando fortalecer o setor.

<sup>259</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *“O impensável aconteceu”*, artigo publicado em 26.09.2008, na Folha de São Paulo.

<sup>260</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* Tradução Peter Naumann. ed. Max Limonad. São Paulo, 2013, p. 107.

<sup>261</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª e. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2014, p. 70.

Nesse diapasão, importa, reitere-se, engendrar o entendimento de que não há crise do Direito em si mesma, mas uma crise mais ampla que representa a crise do próprio Estado, com ênfase, no presente artigo, à crise do Direito. Afastar essa relação intrínseca, representa reforçar o positivismo clássico que relegou o Direito ao restrito campo da relação sujeito-objeto<sup>262</sup>.

De outra banda, o estabelecimento do panorama da crise do Estado na moldura da pós-modernidade, destacado nos aspectos introdutórios aqui abordados, encontra guarida na percuciente análise de Jacques Chevallier, quando afirma que *“as transformações que os Estados conhecem atualmente não podem ser consideradas um fenômeno isolado: elas remetem a uma crise mais genérica das instituições e dos valores da modernidade nas sociedades ocidentais; e essa crise parece dever conduzir a uma construção de um novo modelo de organização social”*<sup>263</sup>.

Apropriadamente, o pensador francês, corroborando com o aqui defendido, sustenta que essa crise do Estado se encontra assentada na perturbação do conjunto dos equilíbrios sociais, das revoluções tecnológicas, mutações do sistema produtivo, bem como nas transformações operadas na estratificação social. Ainda assim, prossegue Chevallier, o Estado quando é *“confrontado com novos dados que modificam o contexto de sua ação e, notadamente, à pressão cada vez mais insistente exercida pela globalização: ele ainda persiste na atualidade como o princípio fundamental de integração das sociedades e local de formação das identidades coletivas”*<sup>264</sup>.

Na mesma direção, de maneira crítica sobre o papel do Estado, Boaventura Santos sustenta que *“o Estado que regressa como solução é o mesmo que foi moral e institucionalmente destruído pelo neoliberalismo, o qual tudo fez para que sua profecia se cumprisse: transformar*

*o Estado num antro de corrupção. Isso significa que, se o Estado não for profundamente reformado e democratizado, em breve será, agora, sim, um problema sem solução”*.<sup>265</sup>

Em momento bem anterior, na década de 90, Boaventura Santos já denunciava que *“o Estado, não obstante apresentar-se como minimalista, é, potencialmente, maximalista, pois a sociedade civil, enquanto o outro do Estado, auto reproduz-se através de leis e regulações que dimanam do Estado e para as quais não parecem existir limites, desde que as regras democráticas da produção de leis sejam respeitadas”*<sup>266</sup>.

Importante contribuição para os fins colimados desse artigo, conformando um espectro conceitual do Estado, para a compreensão de suas funções, do papel e da crise a que se refere, reporta-se ao pensamento de Michel Foucault: Estado não é o órgão central e único de poder. Os poderes não estão localizados em nenhum ponto específico da estrutura social. O poder é algo que se exerce. Não existe de um lado os que têm o poder e, de outro, aqueles que se encontram dele alijados. O poder não existe, o que existe são práticas ou relações de poder.<sup>267</sup>

Nesse passo, estabelecido o entendimento e a conjuntura da crise por que passa o Estado, no qual o Estado brasileiro também encontra-se inserido, considerando particularmente, nesse caso, as frequentes crises institucionais entre Poderes da República, representadas com a edição constante de medidas provisórias, pela judicialização de políticas públicas e com o travamento, pela oposição, das pautas do Congresso Nacional de matérias do interesse do Governo, amesquinhando nosso sistema de *checks and balances*, e o denominado dia da infâmia<sup>268</sup>, ocorrido no dia 08 de janeiro de 2023, só para ficar nesses exemplos, é hora de adentrarmos na chamada crise do Direito, sua vinculação e desdobramentos com o que se apresentou como crise do Estado.

<sup>262</sup> idem, p. 17.

<sup>263</sup> CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. Tradução Marçal Justen Filho. ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 16.

<sup>264</sup> idem

<sup>265</sup> op. cit.

<sup>266</sup> SANTOS. Boaventura de Sousa. Revista Crítica de Ciências Sociais. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Centro de Estudos Sociais Universidade de Coimbra. 1997, p.12.

<sup>267</sup> FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 16ª ed. Rio de Janeiro: Graal. 2001, p.14.

<sup>268</sup> Os atos golpistas, ocorridos no dia 08 de janeiro de 2023, ficaram conhecidos como o dia da infâmia, denominação conferida por ministros do STF, momento em que foram destruídas as sedes dos Três Poderes da República, tendo sido presas mais de um milhão de pessoas, que pregavam intervenção militar, extinção do STF e do Congresso Nacional.

## A CRISE DO DIREITO

Segundo Lênio Streck, essa crise do Direito se apresenta com as seguintes feições:

Há mais de uma década resolvi fazer uma viragem na interpretação do direito. De uma trajetória inicial ligada às teorias analíticas, iniciei a incursão nas trilhas da hermenêutica filosófica, pavimentada pela filosofia hermenêutica. Isto porque me convenci, ainda nos anos 90, que perscrutar a linguagem no plano de um *semantic sense* não era suficiente para albergar a complexidade do Direito em *terrae brasiliis*.

O ponto central – inicial – foi a discussão da crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica (que o instrumentaliza), preparado / engendrado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, não conseguiam atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa. O paradigma (modelo / modo de produção de Direito) liberal-individualista-normativista estava esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social reclama(va)m novas posturas dos operadores jurídicos.<sup>269</sup>

Com extrema proximidade do que se estabeleceu como crise do Direito, vinculada aos aspectos causais, reporta-se à excessiva valorização da norma, historicamente criticada, conforme se depreende do entendimento de Friedrich Müller: *“Um dos paradoxos mais salientes da história do direito é a influência negativa que um corpo bem sucedido de normas exerce sobre a teoria jurídica. Diante dele, os juristas tendem a se tornar simples glosadores, e o pensamento jurídico reduz-se a pobres comentários, quando não a mera paráfrase do texto normativo.”*<sup>270</sup>

Desde logo, abeberando-se na abordagem da crise do Direito (NCD) empreendida por Lênio Streck, estabelece-se como recorte da crise do Direito a ser enfrentado neste artigo, aspectos da dogmática jurídica e seus paradigmas, atraindo ao debate, também, o que remete às funções do Direito, sua produção e realização no campo da Democracia, até chegar-se ao Estado de Direito, em seus aspectos histórico-evolutivos e sua conformação atual.

Nesse diapasão, é oportuno destacar a importância de debater-se sobre a crise do Direito e do Estado, diante do espraiamento dos ventos de ideais democráticos espalhados mundo afora, de acordo com o exemplificado alhures, na experimentação de movimentos reivindicatórios que ultrapassaram as fronteiras nacionais, alojando-se no ideário de transformação nato do Direito.

Sobre esse particular, lapidar é o entendimento articulado por Lênio Streck, ao sustentar: *“Em tempos de globalização, é inexorável que a questão da função do Estado e do Direito seja (re)discutida, assim como as condições de possibilidade da realização da democracia e dos direitos fundamentais em países saídos de regimes autoritários, carentes, talvez, de uma segunda transição”*<sup>271</sup>.

Nessa linha, reconhecer a incapacidade e incompetência do Estado, utilizando o Direito como instrumental para a solução dos problemas historicamente apresentados, nada mais é do que assentir ao entendimento de que o Direito, através de sua dogmática, essencialmente liberal e normativa, não respondeu às expectativas sociais destinadas ao seu núcleo produtivo para resolução.

Justamente nessa trilha Lênio Streck, explana:

O enorme fosso ainda existente entre o Direito e a sociedade, que é o instituído e instituinte dessa crise de paradigmas, retrata a incapacidade histórica da dogmática jurídica

<sup>269</sup> op. cit. p. 17

<sup>270</sup> MÜLLER, Friedrich. Quem é o Povo? Tradução Peter Naumann. ed. Max Limonad. São Paulo, 2013, p.8.

<sup>271</sup> STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª e. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2014, p 23.

(discurso oficial do Direito) em lidar com a realidade social.

Esse hiato e a crise de paradigma do modelo liberal-individualista-normativista retratam a incapacidade histórica da dogmática jurídica em lidar com os problemas decorrentes de uma sociedade díspar como a nossa.

As práticas hermenêutico-interpretativas vigentes/hegemônicas no campo da operacionalidade – incluindo aí doutrina e jurisprudência – ainda estão presas à dicotomia sujeito-objeto, carentes e/ou refratárias à viragem linguística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, em que a relação passa a ser sujeito-sujeito.<sup>272</sup>

Destarte, a partir da crítica que se faz sobre a incompletude da dogmática jurídica, incapaz de superar o modelo liberal-individualista-normativista, ultrapassando os avanços que a modernidade inicialmente conferiu ao estabelecer a formação inicial do Estado e do próprio Direito, o que se deve perseguir é o rompimento com o paradigma que privilegia no Direito a relação sujeito-objeto, para alcançar o patamar de uma dogmática que represente e evidencie o Direito na dimensão sujeito-sujeito.

Noutra face, destaca-se que a crise do Direito, muito se deve à incapacidade histórica em responder como instrumento eficaz, aos problemas vivenciados pela comunidade, com relevância às enormes mazelas sociais, considerando-se a forma como tem sido produzido.

Nesse prisma, Lênio Streck estabelece substancial crítica à dogmática jurídica, defendendo:

O Direito não consegue atender a tais demandas não porque tal complexidade não estaria prevista no sistema jurídico, mas, sim, porque há uma crise de modelo (que

não deixa de ser uma espécie de modo de produção do Direito) que se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos transindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processo penal e processual civil).<sup>273</sup>

Não se deve, por certo, desconsiderar que esse panorama do Direito aqui apresentado, tem como moldura um Estado que também passou e passa por profundas mudanças em seu processo histórico-evolutivo, instigando a doutrina no processo de conceituação e interpretação dos sinais deixados desde a sua criação no medievo até a atual configuração que o comporta.

Sobre esse particular da moldura estatal relacionada ao Direito, importante contribuição encontra-se nos estudos de Jacques Chevallier, quando sustenta:

O Estado de direito nos remete a certa visão do poder, lentamente forjada ao longo da história do Ocidente e inerente à concepção liberal da organização política.

O Estado de Direito testemunha, hoje, uma confiança absoluta colocada no direito: ele repousa sobre a crença que o poder pode estar amarrado por regras, que a força possa ser posta a serviço do direito, que a dominação pode ser exercida conforme às regras preestabelecidas; pressupondo a capacidade da norma de fazer advir dela o enunciado, o postulado da eliminação do arbítrio, a prescrição da violência. Ora, esta concepção idealizada do direito oculta o fato que ele mesmo está em jogo permanente de lutas e

<sup>272</sup> Idem, p.19.

<sup>273</sup> op.cit. p.46.

que as relações de força não seriam erradicadas somente pela virtude da dogmática jurídica.

O Estado de Direito conheceu, ao longo dos últimos decênios, uma espantosa promoção. Conceito forjado pelos juristas e para uso dos juristas, ele restou até agora confinado no campo fechado do direito, tornando-se objeto de um discurso erudito, acessível somente aos familiarizados com os mistérios do pensamento jurídico.

As múltiplas referências ao Estado de Direito que então encontramos nas Constituições e, sobretudo, nos textos internacionais, contribuem fortemente para o enraizamento de um conceito vazio de conteúdo jurídico; o Estado de Direito não é apenas uma figura retórica, construída para fins de legitimação, mas implica ainda em certo modelo de organização política.<sup>274</sup>

Percebe-se, nessa linha bem articulada, interpretação histórica de uma crise presente, o emergir na comunidade internacional do Estado Democrático de Direito, estabelecendo a intrínseca relação da instituição, Estado, com o instrumental, Direito, na perspectiva da evolução da democracia.

De acordo com José Luis Bolzan de Moraes, *“no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica”*,<sup>275</sup> não se inferindo, contudo, legitimidade e expressiva apropriação social no modo de produção dos textos legais, do discurso jurídico, sua circulação e seu consumo que, como bem lembra Streck, *“não podem ser guardados sob um hermético segredo, como se sua holding fosse uma abadia do medievo. Isso porque o que rege o processo de interpretação dos textos legais são as*

*suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e oculta(da)s, aparecem como se fossem provenientes de um “lugar virtual”, ou de um lugar fundamental”*.<sup>276</sup>

Para Lênio Streck, relacionada à crise do Direito, essa conceituação do Estado Democrático de Direito deve estar imbuída de análise do papel do Judiciário e dos direitos fundamentais, em articulação bastante apropriada:

O conceito de Estado Democrático de Direito aqui trabalhado pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, mormente em países como o Brasil.

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente, ligada à realização dos direitos fundamentais. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.<sup>277</sup>

Desse emaranhado teórico, percorrendo o caminho final dessa articulação empreendida, considerando as limitações que revestem o presente artigo no recorte proposto, para exemplificar e conferir concretude ao enfoque da crise do Direito, apresentam-se de maneira absolutamente concisa as correntes do *procedimentalismo* e do *substancialismo*, para ilustrar

<sup>274</sup> CHEVALLIER, Jacques. O Estado de Direito. Tradução Antonio Araldo Ferraz Dal Pazzo, Augusto Neves Dal Pazzo. Belo Horizonte. ed. Fórum, 2013, p.7-10.

<sup>275</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1996, p.47.

<sup>276</sup> op.cit.p.19.

<sup>277</sup> STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª e. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2014, p.53-54.

as dissensões doutrinárias sobre o agir do Direito, sobre o seu papel na concepção dos operadores do Direito, abrindo mão do debate sobre o entendimento de outras correntes do pensamento jurídico.

Segundo Jürgen Habermas<sup>278</sup>, expoente da tese procedimentalista, é necessário criticar ostensivamente o que entende por invasão da política e da sociedade pelo Direito. Para Habermas, dentro do Estado Democrático de Direito a função central no sistema cabe à legislação.

De outra banda, segundo Lênio Streck, o pensamento substancialista sustenta que a conduta do Estado, as condições do agir político-estatal encontram-se estabelecidas no texto constitucional, trabalhando-se na perspectiva de que a Constituição revela o contrato social pactuado pela sociedade<sup>279</sup>.

Sobre esse enfoque, Canotilho enfatiza aspectos que extrapolam o texto constitucional normatizado, ao sustentar que *“a Constituição garante a tendencial unidade não como ‘norma de centro’ ou ‘norma dirigente fundamental do Estado’, mas como estatuto de justiça do político, ou seja, como quadro moral e racional do discurso político conformador da ordem normativo-constitucional através de um conjunto de princípios e regras incorporadores de valores básicos do ordenamento jurídico”*.<sup>280</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi exposto, insiste-se no entendimento de que a crise do Direito não resulta de um processo endógeno de autoconsumo. Pelo contrário, é reflexo de uma crise maior por que passa o Estado, destacando que a crise estatal advém de uma mudança e reflexão de valores morais, de paradigmas que aos poucos são questionados e suplantados.

Particularmente, a crise do Direito, talvez de maneira mais imediata, está a exigir mudanças mais céleres do que a que se espera da moldura do Estado. No caso do Brasil, os operadores do Direito encontram-se, permanentemente, diante de um grande dilema que ainda não foi resolvido, mesmo depois de mais de trinta e cinco anos da Constituição de 1988, que estabeleceu uma nova ordem jurídica.

No país, existem legiões, milhões de pessoas sem a garantia de direitos humanos fundamentais básicos, mas em outra ponta, a Lei Maior prevê a garantia desses direitos, inclusive com previsão expressa de aplicação imediata (§1º, do art.5º), compelindo-nos a estabelecer, conforme verberado no início deste artigo, a busca de um recorte para a delimitação do papel do Estado e do Direito a ser desempenhado nesse cenário.

Sobre esses aspectos, Bobbio há muito preconiza que devemos descer do plano ideal, quando se fala dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, para se caminhar ao plano real, garantindo uma proteção efetiva desses direitos<sup>281</sup>, o que, verdadeiramente, deve incomodar a todos os operadores do direito, sem exceção, no desafio de conferir eficácia e efetividade a esses direitos na perspectiva de experimentação mais plena do Estado Democrático de Direito e não simplesmente na mera constatação dos limitados feitos na tecitura da democracia formal conduzida pelo Estado.

Chevallie, profetiza que o Estado pós-moderno, por ser uma forma política ambígua, incerta, constituirá uma transição em direção a uma concepção diversa de organização política, rompendo dessa vez com a racionalidade estatal<sup>282</sup>, com o que se concorda, mas também impõe a busca de caminhos para atravessar essa crise estabelecida e em movimento.

<sup>278</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. – entre a facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997, Vol. I, p.297.

<sup>279</sup> op. cit. p.57.

<sup>280</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p.1026-1027.

<sup>281</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, P.80.

<sup>282</sup> CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. Tradução Marçal Justen Filho. ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, p.277.

Sobre esse particular, deslocando o debate ao plano constitucional, Müller contribui, apontando a existência de caminhos para reduzir a distância entre a promessa de legitimidade e a realidade, por intermédio de formas de legislação popular democrática sem mediações, da elegibilidade dos funcionários públicos e dos juízes, por intermédio da participação decisiva do povo em partidos e associações, concretamente normalizada, viáveis nos países em conformidade ao Estado Democrático de Direito<sup>283</sup>, destacando-se, nessa direção que devem ser fortalecidos os ideais democráticos na atuação dos Poderes constituídos, não sendo razoável remeter somente ao Judiciário a solução da crise do Direito, o que nos conduz para a necessidade de mudança de paradigma no modo de produção do Direito.

Na direção dos equívocos dos juristas na aplicação do Direito, Streck confere uma particularidade ao Judiciário, no que denomina de solipsismo judicial<sup>284</sup>, a partir do privilégio cognitivo do juiz, momento em que se submete o ato decisório à vontade do julgador.

Destarte, abeberando-se mais uma vez no pensamento de Friedrich Müller, destaca-se que “no Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano. Os poderes executantes, isto é Executivo e Judiciário, não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito, estão também comprometidos com a democracia”,<sup>285</sup> e é esse o compromisso que se espera dos juristas diante da crise do Direito e do Estado, conferindo conteúdo cada vez mais prático-resolutivo à instrumentalização privilegiada e transformadora que o Direito sempre deve representar.

Com efeito, percorrido o caminho proposto através da fundamentação do presente artigo, lastreada em substancial pensamento de representantes destacados da doutrina nacional e internacional, pretendeu-se, sobretudo, a partir das articulações oferecidas, estabelecer a relação necessária do Estado Democrático de Direito com a perspectiva de transformação a ser desempenhada pelo Direito. É dessa relação intrínseca, que se espera, o Direito mais do que necessário, seja imprescindível, inclusive na formatação que o Estado irá adquirir no milênio em que caminha a humanidade.

<sup>283</sup> MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? Tradução Peter Naumann. ed. Max Limonad. São Paulo, 2013, p.47.

<sup>284</sup> STRECK, Lênio Luiz. Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. 26ª edição, 2020. pag.595-619.

<sup>285</sup> Idem p.56.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho, Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009.

\_\_\_\_\_. *O Estado de Direito*. Tradução Antonio Araldo Ferraz Dal Pazzo, Augusto Neves Dal Pazzo. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. ed. 16ª. Rio de Janeiro: Graal. 2001.

HABERMAS, Jürgen. *A Ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia. – entre a facticidade e validade*, Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1996.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* Tradução Peter Naumann. ed. Max Limonad. São Paulo, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Revista Crítica de Ciências Sociais. Por uma concepção multicultural de direitos humanos..* Centro de Estudos Sociais Universidade de Coimbra. 1997.

STRECK, Lênio Luiz. *Heremênutica Jurídica e(m) Crise, uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª e. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2014.

\_\_\_\_\_. *Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul*. 26ª edição, 2020. pag.595-619.





Escola Judicial do Poder Judiciário do Estado do Pará  
Doutor Juiz Elder Lisboa Ferreira da Costa

Revista A Leitura | EJPA 2023  
Belém-PA