Revista.indd 1 13/09/2011 11:44:37

REVISTA JURÍDICA
da Seção Judiciária de Pernambuco

Revista.indd 3 13/09/2011 11:44:37

Revista.indd 4 13/09/2011 11:44:37

ISSN 1984 - 512X

REVISTA JURÍDICA
da Seção Judiciária de Pernambuco

Número 4
2011

Revista.indd 5 13/09/2011 11:44:37

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juíza Federal Diretora do Foro
JOANA CAROLINA LINS PEREIRA

Juiz Federal Vice-Diretor do Foro
CÉSAR ARTHUR CAVALCANTI DE CARVALHO

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

Juízes Federais Integrantes do Conselho Editorial
DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA - Diretora do Conselho Editorial
FRANCISCO ANTONIO DE BARROS E SILVA NETO
CAROLINA SOUZA MALTA
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Secretário da Revista
FILIPE ISHIGAMI

Revisão de Texto:
SOFIA SIMPLÍCIO SILVA
JOSÉ HONÓRIO DA SILVA FILHO

Capa
MARCELO SCHMITZ

Editoração Eletrônica:
RODRIGO BELARMINO COUTINHO

Endereço: Justiça Federal de Primeira Instância
Seção Judiciária de Pernambuco
Av. Recife, 6250 – Jiquiá
CEP: 50.865-900, Recife-PE
www.jfpe.gov.br

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 4 (2011) Recife, 2011

Anual

ISSN 1984 - 512X

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Justiça Federal – Pernambuco.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca desta Seção Judiciária

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente
Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**

Vice-Presidente
Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**

Corregedor
Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**

Diretora da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região
Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Desembargador Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**
Desembargador Federal **José Maria de Oliveira Lucena**
Desembargador Federal **Francisco Geraldo Apoliano Dias**
Desembargadora Federal **Margarida de Oliveira Cantarelli**
Desembargador Federal **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**
Desembargador Federal **Luiz Alberto Gurgel de Faria**
Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**
Desembargador Federal **Paulo de Tasso Benevides Gadelha**
Desembargador Federal **Francisco Wildo Lacerda Dantas**
Desembargador Federal **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**
Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**
Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**
Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**
Desembargador Federal **Francisco Barros Dias**
Desembargador Federal **Edilson Pereira Nobre Júnior**

Revista.indd 7 13/09/2011 11:44:37

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

Roberto Wanderley Nogueira
Francisco Alves dos Santos Júnior
Edvaldo Batista da Silva Júnior
Ubiratan de Couto Mauricio
Élio Wanderley de Siqueira Filho
Hélio Sílvio Ourem Campos
Nilcéa Maria Barbosa Maggi
Frederico José Pinto de Azevedo
Joana Carolina Lins Pereira
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
César Arthur Cavalcanti de Carvalho
José Maximiliano Machado Cavalcanti
Tarcísio Barros Borges
Ara Cárita Muniz da Silva
Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo
Francisco Glauber Pessoa Alves
Arthur Napoleão Teixeira Filho
Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti
Tiago Antunes de Aguiar
Georgius Luís Argentini Príncipe Credídio
José Baptista de Almeida Filho Neto
Carolina Souza Malta
Jorge André de Carvalho Mendonça
Flávio Roberto Ferreira de Lima
Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Roberta Walmsley Soares Carneiro Porto de Barros
Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Polyana Falcão Brito
Marília Ivo Neves
Allan Endry Veras Ferreira

Revista.indd 8 13/09/2011 11:44:37

Juízes Federais Substitutos:

Kylce Anne Pereira Collier de Mendonça
Thalynni Maria Freitas De Lavor
José Moreira da Silva Neto
Paulo Roberto Parca de Pinho
Joaquim Lustosa Filho
Claudio Kitner
Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo
Flávia Tavares Dantas
Ethel Francisco Ribeiro
Marcelo Honorato
Temístocles Araújo Oliveira
Bruno Zanatta
Aloysio Cavalcanti Lima

Revista.indd 9 13/09/2011 11:44:37

Sumário

Apresentação
Diretora do Conselho Editorial 13
Artigos

Declaratividade, normatividade e compreensão determinativa dos precedentes do supremo tribunal federal
Caio Márcio Gutterres Taranto 15

O (neo)constitucionalismo e as faces da efetividade em um regime democrático permeável pelo ativismo judicial
Carlos Jair de Oliveira Jardim 58

O mínimo existencial na perspectiva do método fenomenológico - uma abordagem acerca da atuação dos juízes
Charles S. Barbosa 82

A inoportuna dicotomia entre 'easy cases' e 'hard cases' no direito
Diego Pablo Candeias de Albuquerque 99

Crise de funcionalidade do supremo tribunal federal rasileiro
Fábio Periandro de Almeida Hirsch 110

A questão da natureza jurídica dos royalties na atividade de exploração e produção de petróleo e gás natural: expressão de responsabilidade civil e a condução da matéria pela justiça federal
Guilherme Graciliano Araújo Lima 134

Da sociedade de risco à sociedade de garantia: a convalidação dos atos administrativos provisórios e sua (in)compatibilidade com a tutela ambiental
Leônio José Alves da Silva 160

State immunity current state of law in view of the un convention on jurisdictional immunities of states and their property
Livia Raele Costa Reis.....194

A evolução do direito penal do inimigo para o direito judicial do inimigo analisada a partir de uma perspectiva minimalista-garantista
Manoel Francisco do Nascimento Júnior.....219

Rádio comunitária clandestina: o direito à informação e a segurança das telecomunicações aeronáuticas
Marcelo Honorato.....247

Organizações sociais, serviços públicos e contratos de gestão (adin nº 1923)
Marcos André Couto Santos.....289

Da classificação dos direitos coletivos ao reconhecimento da "prescrição" dos direitos individuais homogêneos: equívocos teóricos e o precedente dos expurgos inflacionários
Mateus Costa Pereira e Lucas Buril de Macêdo Barros.....322

Direito empresarial: muito além do direito comercial
Nadialice Francischini de Souza.....363

A formação da coisa julgada e extensão de sua eficácia à esfera individual no mandado de segurança coletivo
Reginaldo Barros de Almeida Junior.....379

O uso de embargos declaratórios para fins de equestionamento
Rodolfo Botelho Cursino.....423

Jurisdição administrativa: necessidade de adoção de um processo judicial público para legitimar o estado democrático de direito
Vânila Cardoso André de Moraes.....461

Apresentação

É com indisfarçável entusiasmo que apresentamos ao público o quarto número da Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Vê-se, já a essa altura, passados quatro anos da idealização do veículo, que a semente rendeu bons frutos.

A cada novo volume, aumenta o número de trabalhos submetidos ao Conselho Editorial, incrementados também em qualidade, chegando a ser bastante difícil a seleção.

Recebemos, pela primeira vez, artigos em línguas estrangeiras, um deles havendo sido selecionado para enriquecer o presente volume. Figuram ainda nesta edição temas polêmicos e pouco explorados doutrinariamente, com a natureza jurídica dos "royalties" na atividade de exploração de petróleo e gás natural; a segurança das telecomunicações aeronáuticas em face das rádios comunitárias clandestinas; o direito judicial do inimigo sob uma perspectiva minimalista-garantista, e outros que decerto encherão os olhos do leitor, pelo esmero com que desenvolvidos.

Ao final da leitura desses trabalhos, elaborados por profissionais de diversas áreas de atuação do Direito e variegadas regiões geográficas (a demonstrar que a Revista, embora nascida aqui na Seção pernambucana, dela se desgarrou e alcançou espaços os mais diversos), o leitor comprovará que o objetivo maior dessa iniciativa, o de aproximar a comunidade acadêmica da Justiça Federal, vem efetivamente sendo bem cumprido.

O Conselho Editorial só tem a agradecer à Direção do Foro, aos servidores colaboradores, aos autores dos trabalhos e à comunidade jurídica em geral pela consolidação deste veículo que se firma como importante meio de divulgação da efervescente produção científica do Direito.

Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti
Diretora do Conselho Editorial

Revista.indd 13 13/09/2011 11:44:37

Revista.indd 14 13/09/2011 11:44:37

Declaratividade, normatividade e compreensão determinativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal

Caio Márcio Gutterres Taranto

Juiz Federal – 1a Vara de Colatina-ES
Professor da Universidade Cândido Mendes – campus Niterói
Porfessor da Unifeso - Teresópolis
Doutorando em Direito pela UGF
Mestre em Direito Público

RESUMO: O presente estudo aborda a adoção da compreensão determinativa dos precedentes judiciais pela práxis do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Precedente judicial. Jurisdição constitucional. Made-law theory. Teoria determinativa. Legalismo.

1 Introdução

O intérprete constitucional, em perspectiva subjetiva, tem conhecimento absoluto de parte da realidade constitucional, que é relativa ou relativizada no tempo, no espaço, nas arenas públicas e políticas, nas compreensões acadêmicas e nas relações jurídicas. Em dadas circunstâncias, essa perspectiva subjetiva absoluta colide com a compreensão de outros intérpretes da Constituição.

Colisões de diversos intérpretes podem envolver pretensões nas mais diversas relações jurídicas, inclusive as tradicionalmente pertencentes ao

Revista.indd 15 13/09/2011 11:44:37

direito privado, como a relação empregado-empregador, atingir o conteúdo de direitos fundamentais ou prerrogativas de agentes ou instituições políticas como o Congresso Nacional. A Carta de 1988, seguindo a tendência do constitucionalismo do século XX, atribui a diversos órgãos do Estado o poder de defendê-la dos atos dos Poderes Constituídos, que é diverso do poder de resguardá-la de dadas interpretações pré-concebidas como "equivocadas".

Seria possível a compreensão da realidade constitucional de forma absoluta ou vista sempre relativizada desprezando-se as práxis e a interpretação das instituições políticas criadas pela própria Constituição? O Poder Constituinte, no extraordinário momento de manifestação, teve que decidir a quem competiria a última palavra na interpretação de suas disposições. O artigo 102, portanto, consagrou que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.

Quais seriam as consequências do exercício da jurisdição pelo Pretório, como guardião máximo e último, na realidade constitucional? Suas decisões apenas declarariam, por força da revelação, as normas constitucionais ou normatizariam as relações jurídicas? Seria juridicamente válida a regulação despojada de teor declaratório?

O presente estudo pretende introduzir e problematizar a compreensão dos precedentes pela perspectiva do Supremo Tribunal Federal a partir do questionamento e da observação de que, ao mesmo tempo que declaram normas constantes no bloco de constitucionalidade, normatizam relações jurídicas e disciplinam as prerrogativas das demais instituições políticas.

2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO. O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA EM HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

Os postulados hermenêuticos propostos por Häberle[1] gravitam em torno da premissa de que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la, bem como que inexiste norma constitucional senão norma interpretada. A interpretação da Constituição, por conseguinte, não é exclusivamente estatal. O juiz constitucional já não

[1] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pg. 12/14.

Revista.indd 16 13/09/2011 11:44:37

interpreta de forma isolada, pois muitos são os participantes do processo hermenêutico. Subsiste no pensamento do autor[2] a responsabilidade da jurisdição constitucional, necessária para a última palavra sobre a interpretação, com a ressalva do voto minoritário.

Häberle contribui para esse questionamento a partir da premissa de que uma "análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso", ressaltando que a teoria da interpretação constitucional esteve ligada a um modelo de uma 'sociedade fechada', ou seja, limitada à interpretação constitucional dos juízes. Propõe, então, que no processo de interpretação estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Apesar da simplicidade do texto, o artigo 102 da Constituição da República, ao dispor que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, consagra complexa norma. *A priori,* a redação pode conduzir à conclusão de que comungamos de regime fechado de hermeneutas da Magna Carta e que o Pretório Excelso é o órgão constitucionalmente autorizado para interpretá-la.

O artigo 103-A, inserido no Texto Constitucional pela Emenda nº 45/2004, pode fomentar esse equívoco exegético, pois expõe a obrigatoriedade de seguimento de súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública a respeito de interpretação de normas determinadas, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Entretanto, até por força de outros dispositivos constitucionais, a exemplo da reserva de plenário (artigo 97), do veto presidencial a projeto de lei (parágrafo 1º do artigo 66), não só e somente só ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição. Constituímos experiência de abertura de intérpretes constitucionais pela pluralidade e difusão dos que vivenciam as normas constitucionais.

A compreensão proposta pelo próprio Pretório Excelso da norma do artigo 102 gravita em torno do monopólio da "última palavra" em hermenêutica constitucional. Nesse sentido, cita-se a exposição no

[2] *Idem,* pg. 14.

Revista.indd 17 13/09/2011 11:44:37

Mandado de Segurança nº 26.603/DF, julgado em 04 de outubro de 2007, que tratou da fidelidade partidária, *in litteris:*

> A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.

Ainda nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, na Medida Cautelar na Reclamação nº 2.986/SE defendeu que

> Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput"), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: '(...) A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais.'

A assunção do monopólio da última palavra em hermenêutica magna por parte do Pretório Excelso faz com que inadmita interpretação (autêntica) da Constituição por lei ordinária com o argumento de usurpação do referido monopólio e lesão ao artigo 102. Nesse sentido, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento de 15 de setembro de 2005, o Supremo consolidou que o §1º do artigo 84 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 10.628/2002, constitui hipótese de correção legislativa ao cancelamento da

Revista.indd 18 13/09/2011 11:44:37

Súmula nº 394 por decisão da Corte na Questão de Ordem no Inquérito nº 687, relator Ministro Sydney Sanches. Assentou que tanto o Verbete nº 394 quanto a decisão que a cancelou derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição e que

> "Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.
> 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames".

Essa premissa constante na argumentação dos Ministros do Supremo sofre relativizações a partir de várias perspectivas. A primeira delas decorre do fato de que a "a última palavra do Supremo" em hermenêutica constitucional nem sempre é ditada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, pois suas construções interpretativas são aplicadas por diversos órgãos com funções políticas e jurisdicionais para que prolatem decisões que, não necessariamente, serão confirmadas pelo próprio Supremo.

Em especial para órgãos jurisdicionais, a legislação processual é rica em instrumentos de aplicação dos precedentes que podem impedir que um processo chegue ao Pretório impossibilitando-o do monopólio da última palavra em hermenêutica constitucional, a exemplo do juízo impeditivo de recurso em sede de primeira instância, nos termos do artigo 518, § 1º

Revista.indd 19 13/09/2011 11:44:37

do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 11.276, de 07 de fevereiro de 2006.

A "última palavra" em hermenêutica decorre da jurisdição constitucional a partir da monoprocessualidade, como nas ações da fiscalização abstrata e mesmo do julgamento do recurso extraordinário, ou da pluriprocessualidade, a exemplo da edição de uma súmula com efeito vinculante. Seria, então, a "última" ou a "única" palavra em matéria constitucional apenas o exercício da *juris dicere* ou verdadeira construção normativa diversa da própria Constituição, pois produz a autoridade vinculante ou o desvalor no não acompanhamento da orientação do Supremo Tribunal Federal pelos demais tribunais.

Passamos, a partir de então, indagar a razão do desvalor atribuído pelo Pretório pelo não seguimento de seus próprios precedentes oriundos da "última palavra."

3. Precedentes judiciais e jurisdição constitucional: a força normativa da Constituição como fundamento dos precedentes.

Na leitura do próprio Supremo, o artigo 102 o consagra como guardião máximo da Constituição. Logo, acolhe premissa essencial do paradigma neoconstitucional de centralização da Carta de 1988 no ordenamento jurídico como referência de validade e de compreensão de todo e qualquer ato normativo e concreto do Poder Público.

Conforme exposto, os precedentes do Supremo Tribunal Federal decorrem da jurisdição constitucional, pois são pronunciamentos do monopólio da última palavra em exegese magna. Essa premissa pode nos levar ao equívoco da existência de precedentes judiciais externos à jurisdição constitucional. Ora, se a Constituição é o ponto de partida para a compreensão de todos os atos normativos do Poder Público, o que inclui diplomas tradicionamente voltados ao direito privado, como o Código Civil, toda questão de direito que venha a assumir a qualidade de *ratio decidendi* é uma questão constitucional, mesmo que oriunda de outro tribunal, como o Superior Tribunal de Justiça ou o Tribunal Superior do Trabalho.

Revista.indd 20 13/09/2011 11:44:37

Não há mais a classificação de "jurisdição constitucional" e "jurisdição ordinária". Toda a jurisdição é constitucional. *Data maxima venia,* no direito brasileiro, qualificado pela existência de uma Carta rígida e de um Tribunal responsável por sua guarda, não há precedentes que não sejam oriundos da jurisção constitucional, sob pena de desconsideração do paradigma neoconstitucional.

A guarda da Constituição pelo Pretório materializa-se pelo julgamento de ações abstratas, de ações originárias, pelo julgamento de recurso extraordinário e pela edição de súmulas com efeito vinculante, essas com a qualidade de precedentes pluriprocessuais. Algumas dessas ações possuem a autoridade vinculante. Nessa hipótese, o não seguimento da orientação fixada pelo Pretório enseja a propositura de reclamação sem o prejuízo de outras medidas, *ex vi* as disposições constantes nos artigos 102, I, "o" e 103-A.

Há um desvalor em nosso sistema em não acompanhar os precedentes do Supremo Tribunal Federal por ofensa à força normativa da Constituição. Vislumbra-se intensa reação da Corte pelo não acolhimento de seus precedentes. Nesse sentido, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 203.498, relator Ministro Gilmar Mendes, foi assentado que a interpretação do texto constitucional pelo Supremo deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. No voto dos Embargos de Declaração no Recuros Extraordinário nº 328.812, o relator, também o Ministro Gilmar Mendes, firmou que

> Considero, de qualquer modo, necessário avançar nessa linha de argumento, e enfatizar uma perspectiva específica, relacionada à posição de supremacia das normas constitucionais. Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. (...) Há um limite,

Revista.indd 21 13/09/2011 11:44:37

> portanto, associado à segurança jurídica. Mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. (...)

Ora, a guarda consagrada pelo artigo 102, na leitura do próprio Supremo, consubstancia a defesa da força normativa da Constituição. O não seguimento de precedente magno significa o desvalor à referida força normativa. Fundamentam-se os precedentes, pois, em nosso sistema, na força normativa da Constituição[3].

O pensamento doutrinário também consagra a fundamentação dos precedentes na força normativa em sistemas que possuem Constituição rígida e jurisdição constitucional a exemplo do defendido por Alfonso Ruiz Miguel e Francisco J. Laporta para a experiência espanhola[4]. Nesse sentido, voltado para a experiência americana, Michael J. Gerhardt propõe um significado constitucional dos precedentes. O autor os conceitua como qualquer constitucional opinião, decisão ou evento anterior da Suprema Corte ou de agente não-judicial com autoridade normativa e nega a existência do direito constitucional sem precedentes[5].

---

[3] Nesse sentido, cita-se o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 382.298, ao expor que "ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não se pode, com a manutenção de decisões divergentes, diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes sobre o mesmo tema, em instâncias inferiores, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição."

[4] "*The formal bindingness of Constitutional Court precedents arises from the idea of the 'normativity of the constitution' together with the proviso of the first article of the Organic Statute of the Constitutional Court, which states that the Constitutional Court is the 'supreme interpreter of constitution'. By 'normativity' or 'normative force' of the constitution it is usually understood that the constitution is not merely 'programmatic', as the historical constitutions in Spain used to be, but directly applicable by judges and authorities without intermediation of the legislature.*" [MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). **Interpreting precedents**: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashegate Publishing Limited, 1997, pg. 279]

[5] GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, pgs. 03 e 08.

Revista.indd 22 13/09/2011 11:44:37

Passamos, então, a indagar a qualidade declaratória ou normativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal problematizada pelo monopólio (e dever) da última ou única palavra em matéria constitucional.

4. Compreensão declaratória dos precedentes. O Supremo apenas interpreta a Constituição?

A premissa que sustenta a qualidade meramente declaratória dos precedentes necessita de referenciais para ser compreendida. Os estudiosos do tema em matéria constitucional, especialmente os que propõem a existência de uma teoria, problematizam a qualidade de norma/fonte do direito ou meramente declaratória das decisões dos Tribunais Constitucionais. Diversas são as premissas a serem enfrentadas.

A primeira dessas premissas gravita em torno da filiação do sistema à *common law* ou à *civil law.* Parte do pensamento doutrinário no Brasil propôs o afastamento da qualidade normativa dos precedentes com o mero argumento do primado do direito legislado na *civil law.* Essa premissa, *data venia,* é relativizada a partir de observações mais densas. *A priori,* a prevalência do direito legislado como critério para a diferenciação dos sistemas é tratado por autores como se existisse desde o Direito Romano. Entretanto, essa construção remonta ao século XIX com a difusão do positivismo jurídico como paradigma de superação do direito natural.

O sistema brasileiro pertence sim à *civil law*, mas outros elementos devem ser ponderados para a indagação da natureza dos precedentes, mesmo porque são diversos os sentidos de *common law* e *case law*[6]. Parte-se, então, para análise de uma segunda premissa, cujo objeto de investigação é a regência, em nosso sistema, da Carta de 1988 na qualidade de constituição rígida dotada de um cerne petrificado. Em outras palavras, na metodologia do Direito Constitucional, nosso Estado foi criado em 1988 e há um bloco de constitucionalidade como requisito de validade para todos os atos normativos e políticas públicas. Esse bloco é composto pelo Texto Magno, as Emendas externas e tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

[6] Com propriedade, Richard Posner defende que *"we must not confuse 'common law' with 'case law'. Ours is a case law system that includes but is not exahusted in common law. Not only constitutional law (obviously), but also to a considerable extent statutory law, is shaped by judicial decisions, with occasional intervention from the 'real' legislators.* [POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, pg. 83]

Revista.indd 23 13/09/2011 11:44:38

A Constituição passa a assumir duplo aspecto. O primeiro representa o *status* de fonte suprema do direito, mesmo porque condiciona a validade dos demais componentes do bloco de constitucionalidade. Logo, não só integra o sistema jurídico, mas constitui a fonte máxima. Já o segundo aspecto consubstancia a qualidade de fonte de produção normativa, pois dirige-se ao legislador que deve implementá-la. Várias são as consequências dessa segunda premissa ligada à constitucionalização do direito, como o fim da dicotomia entre jurisdição constitucional e não-constitucional, a interpretação conforme de todos os demais atos normativos dentre outras.

A Constituição de 1988 possui diversos dispositivos a respeito de competências legislativas e do processo legislativo, consagrando-a como uma carta rígida por força do artigo 60 prever exigências mais complexas para as emendas, como o quórum de 3/5 e votação em dois turnos em cada uma das Casas Legislativas. A exaustão dessas normas na Constituição de 1988 confirmam nossa filiação ao sistema da *civil law* e de eventual primazia do direito legislado como fonte do direito. Poderíamos, então, concluir que os precedentes do Supremo Tribunal Federal, inclusive os que produzem autoridade vinculante, apenas interpretam a Constituição ou o direito legislado conforme à Constituição, sendo, portanto, despojados de caráter criativo-normativo. Essa é, pois, a construção acolhida predominantemente pelo próprio Supremo Tribunal Federal, especialmente quando fundamenta a autoridade de suas decisões. Vejamos análise de alguns precedentes pluriprocessuais e de casos concretos.

No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 253.149, relator Ministro Celso de Mello, o Pretório Excelso assentou que a interpretação do ordenamento positivo não se confunde com o processo de produção normativa e que

> "o ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade. A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal

Revista.indd 24 13/09/2011 11:44:38

> de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais - por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais - não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República".

O Supremo Tribunal Federal consagra a dicotomia entre interpretar e legislar atipicamente pela edição de precedentes mesmo perante a técnica de interpretação conforme a Constituição. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF, que trata da liberdade de imprensa, relator Ministro Carlos Britto, julgamento de 30 de abril de 2009, a Corte firmou que

> "A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso".

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, relator Ayres de Britto, julgamento de 29 de maio de 2008, o Supremo assentou o afastamento da interpretação conforme para a propositura de precedente aditivo apto a

Revista.indd 25 13/09/2011 11:44:38

conferir à Lei de Biossegurança caráter regratório ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias[7].

Apesar do *a priori* acolhimento de concepção declaratória dos precedentes judiciais, o Supremo não mais trata do caráter não-normativo de suas decisões utilizando-se dos critérios usados em momento anterior à nova Carta, oportunidade de edição de paradigmáticos precedentes, a exemplo do Verbete nº 339[8], cujo texto expressa a impossibilidade do Poder Judiciário legislar.

Os precedentes editados a partir dos anos 90 demonstram a superação do pensamento (neo)positivista por parte do Pretório, sobretudo abandonando a premissa de que os precedentes não são fontes do direito por força das disposições constantes no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. A argumentação do Supremo nega a qualidade de fonte do direito por serem responsáveis pela declaração ou interpretação de disposições constitucionais, conforme exposto nos supra-precedentes acima.

Tomemos como exemplo a Súmula Vinculante nº 02 na qualidade de precedente pluriprocessual editado na sessão plenária de 30 de maio de 2007, que conta como referência as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.847, 3.147, 2.996, 2.690, 3.183 e 3.277. Seu texto expõe que "é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias". Podemos afirmar que esse precedente consubstancia o resultado interpretativo da norma constante no artigo 22, inciso XX, da Constituição, cujo texto expõe que "compete privatimente à União legislar sobre sistemas de consórcios

[7] Na ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 consta: "afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente." Da mesma forma, uma das justificativas do Supremo Tribunal Federal para a revogação, em parte, do provimento de urgência na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que trata do direito ao abortamento de fetos anencefálicos, foi a, por meio dela, de outra modalidade de excludente de ilicitude no ordenamento jurídico.

[8] Súmula nº 339: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia. A Súmula foi editada na sessão plenária de 12 de dezembro de 1963.

Revista.indd 26 13/09/2011 11:44:38

e sorteios". Dessa forma, não teria a qualidade de fonte do direito, pois apenas declara o teor constante na Carta Magna.

5. A compreensão normativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal

Os argumentos expostos no item anterior poderiam nos conduzir à conclusão final de que os precedentes do Supremo Tribunal Federal, na visão (autêntica) do próprio Pretório, não são fontes do direito, pois são oriundos de julgamentos que interpretam em última palavra a Constituição ou a lei conforme a Constituição. Terminaríamos o presente estudo com o silogismo da adoção de vertente neoconstitucional de *declatarory theory* dos precedentes judiciais.

Entretanto, em análise mais densa do tema, mostra-se necessário discussão de outras questões constantes nas práxis do Pretório Excelso aptas a relativizar algumas premissas constantes na argumentação dos votos. Questiona-se, então, se a teoria declaratória mostra-se apta a justificar a aplicação e imposição dos precedentes magnos.

A partir de então, problematizaremos mediante análise da decantação da *ratio decidendi* e a transcendência dos motivos determinantes, do efeito vinculante e do desvalor pelo não-seguimento da Jurisprudência Constitucional oriunda da última palavra em hermenêutica, das normas abertas, da mutação constitucional e do não-originalismo do Supremo Tribunal Federal e, por fim, dos precedentes manipulativos.

5.1 A *ratio decidendi* na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o monopólio da última palavra em hermenêutica constitucional.

Os precedentes do Supremo surgem do monopólio da última palavra em hermenêutica constitucional. Logo, o caráter meramente declaratório deve ser inicialmente questionado a partir do sentido e aplicação da *ratio decidendi* empregada pelo próprio Pretório.

No sistema da *common law,* um precedente é dotado de, basicamente, dois elementos, ou seja, a *ratio decidendi* (ou *holding*) e a *obiter dictum*[9].

[9] Há diversas propostas no *common law* para se identificar a *ratio decidendi,* como a proposta por

Revista.indd 27 13/09/2011 11:44:38

A doutrina do *stare decisis* determina que, apenas, a *ratio decidendi* possui força obrigatória. Cross e Harris[10] a definem, apesar da ausência de uniformidade no Direito Inglês, como uma norma expressa ou implícita tratada como necessária para a obtenção da conclusão de um julgamento. O julgador, quando da prolação do precedente paradigma, não a decanta de eventual *obiter dictum*[11]. Essa árdua tarefa cabe ao intérprete.

Atualmente, esses elementos não são correlacionados, apenas, ao sistema da *common law.* Na *civil law,* o juízo de validade dos atos normativos pela jurisdição constitucional identifica a *ratio decidendi* e as *obiter dicta* na argumentação das decisões dos Tribunais Constitucionais. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes[12] sustenta que a práxis do *Bundesverfassungsgericht* revela, ainda, a ampla utilização de *obiter dicta,* com recomendações dirigidas ao legislador. A utilização de *obiter dicta* dá-se não só nas decisões confirmatórias da constitucionalidade da lei (sentença de rejeição da inconstitucionalidade), mas também na interpretação conforme a Constituição, na declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung)*, e até mesmo nas decisões de índole cassatória (declaração de nulidade).

Em certos julgamentos, o Pretório Excelso expressamente discute o sentido e a específica *ratio decidendi* de um julgamento paradigma. Nos Embargos de Declaração nº 194.662[13], julgamento em 10 de dezembro de

---

Arthr Goodhart. A respeito da diversidade de sentido de *ratio decidendi* nos sistemas jurídicos, objeto que transcende as propostas desse estudo, sugerimos a leitura da obra de Raio Siltala a partir da pg. 65. [SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Oxford: Hart Publishing, 2000, pg. 65 e seguintes]

[10] Original em inglês: "*the ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion*." Tradução do autor. [CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law, 4th ed. Oxford University*: 1991, pg. 8]

[11] Cross e Harris lecionam que "*this statement is too consice because it does not indicate that the only part of a previous case which is binding is the ratio decidendi (reason for deciding).* [CROSS, Rupert; HARRIS, J.W.. **Precedent in English Law***, 4th ed. Oxford University*: 1991, pg. 38]

[12] MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador – *appellellentscheidung* – na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. Disponível no sítio http://br.geocities.com/profpito/oapelogilmar.html, acesso em 10 de abril de 2008.

[13] Recurso extraordinário. Embargos de Declaração. 2. Efeito infringente ou modificativo do julgado. 3. Premissa equivocada capaz de alterar o julgado (EDRE nº 197.169/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J. de 9.9 .1997). 4. Distinção entre "obiter dictum e ratio decidendi" 5. Prevalência da lei federal superveniente, que altera o padrão monetário e fixa nova política salarial, em face de cláusula de acordo coletivo fixada sobre a matéria. 6. Embargos de declaração interpostos

Revista.indd 28 13/09/2011 11:44:38

2002, o relator para o acórdão, Ministro Gilmar Mendes, expôs o caráter fundamental da distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum,* tendo em vista a imprescindibilidade dos argumentos para formação da decisão obtida. Citando Winfried Schlüter, ressaltou que, embora existam controvérsias sobre a distinção entre os principais elementos do precedente, "é certo que um critério menos impreciso indica que integra a *ratio decidendi* premissa que não possa ser eliminada sem afetar o próprio conteúdo da decisão".

Interessante aplicação de *ratio decidendi* no exercício da última palavra em hermenêutica constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.071. O relator, Ministro Menezes Direito, indeferiu a petição inicial (artigo 4º da Lei 9.868/99) em 07 de outubro de 2008 após a instrução com o fundamento de que, nos Recursos Extraordinários de nº 377.457 e 381.964, foi reconhecida a constitucionalidade do artigo 56 da Lei nº 9.430/96.

Trata-se de paradigmático exemplo de sentença *desestimatoria*[14] que denota o desvalor no não respeito às decisões do Supremo em que a *ratio* de precedentes não obrigatórios orientaram o indeferimento monocrático de petição inicial de ação direta. Esse fato denota que o monopólio da última palavra em hermenêutica aproxima os efeitos vinculante e meramente persuasivo.

No exame final da Reclamação nº 1.987, relator Ministro Maurício Corrêa, o Pretório Excelso expressamente admitiu a possibilidade de se reconhecer, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da transcendência dos motivos que embasaram a decisão proferida em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria *ratio decidendi*, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, *in abstracto*, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, acatando, de forma implícita, a eficácia vinculante dos motivos determinantes.

O método de decantação da *ratio decidendi* para fins de produção de efeito transcendente foi também utilizado pelo Pretório Excelso no

por SINPER acolhidos. 7. Embargos de declaração interpostos por SINDIQUÍMICA rejeitados. RE-ED 194662.

[14] Para César Landa, sentenças *estimatórias* são as que declaram inadmissível, improcedente ou infundada uma concreta controvérsia constitucional. [LANDA, César. **Las sentencias atípicas en la Jurisdicción Constitucional Latino Americana**. Disponível em www.juridicas.unam.mx. Acesso em 31 de dezembro de 2010, pg. 618]

Revista.indd 29 13/09/2011 11:44:38

julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345, figurando, como paradigma, o Recurso Extraordinário nº 197.917. O Ministro Celso de Mello, no voto da referida Ação Direta, expôs que

> Essa visão do fenômeno da transcendência – que esta Corte admitiu na decisão proferida na Rcl 1.987/DF, Rel. Ministro Maurício Corrêa – reflete a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do julgado declaratório de inconstitucionalidade emanado do Supremo Tribunal Federal.

No provimento de urgência na Reclamação nº 5.442, relator Ministro Celso de Mello, a transcendência dos motivos determinantes foi, ao menos por ora, afastada sob o argumento de que o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*, que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor de novo ato legislativo sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do Pretório Excelso.

A construção do Supremo constante na Reclamação nº 5.442 encontra-se prejudicada pela possibilidade de edição de verbete obrigatório que aponte vício formal de um ato emanado do Poder Legislativo, como é o caso da Súmula Vinculante nº 2[15]. O auditório a que se dirige essa norma judicada representa não os demais órgãos do Poder Judiciário nem os pertencentes à Administração Pública, conforme determinado pelo artigo 103-A, mas sim o próprio Poder Legislativo nas esferas estadual, distrital e municipal.

[15] Súmula Vinculante nº 02: "É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias."

Revista.indd 30 13/09/2011 11:44:38

Neil MacCormick[16] defende que a unicidade de *ratio decidendi* em um precedente representa um nocivo dogma na *common law*. Nos precedentes do Supremo Tribunal Federal, é comum um precedente possuir várias questões nucleares.[17] A decantação da *ratio decidendi* mostra-se relevante, sobretudo, para fins de identificação da matéria e da idêntica controvérsia em hipótese de repercussão geral (parágrafo 5º do artigo 543-A e 543-B, ambos do Código de Processo Civil).

O simples fato do Supremo Tribunal Federal utilizar seus próprios julgamentos como paradigmas a partir da identificação de um núcleo essencial por si só não tornam normativos seus precedentes. Entretanto, qual seria a razão para que o Pretório não se reportasse sempre diretamente às disposições constituicionais? Qual seria, ainda, a razão para que o Supremo exija que os demais órgãos do Poder Judiciário sigam os precedentes e não se reportem diretamente às disposições constitucionais? Logo, esses precedentes também necessitam ser interpretados pelo Supremo Tribunal Federal ao ponto de serem discriminados das normas constitucionais a que se referem.

5.2. Precedentes manipulativos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Os precedentes manipulativos consubstanciam um gênero que tem como espécies os precedentes aditivos e os substitutivos. Normalmente, mas não exclusivamente, representam resultado da interpretação conforme a constituição como método hermenêutico-decisório. Possuem dois momentos lógicos (*doppia pronuncia*). No primeiro, limita-se a declarar uma inconstitucionalidade (por ação ou omissão). No segundo momento, corrige-se a apontada invalidade.

---

[16] Neil MacCormick sustenta que "minha resposta é que um dogma desses é mera ficção e, na realidade, um ficção nociva. Ele pode suscitar uma falsa conversão, quando os que antes acreditavam no dogma, ao descobrir que alguns casos não possuem sequer uma única *ratio* que se possa expressar, incorrem na conclusão apressada de que nenhum caso possa ter uma. O equívoco é evidente." [MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pg. 106]

[17] A metodologia de identificação da *ratio decidendi* mediante as questões de direito que compõe o *thema decidendum* é amplamente utilizada pelo Tribunal Constitucional Português (Acórdãos 459/06, 105/2000, 611/07 dentre outros).

Revista.indd 31 13/09/2011 11:44:38

Francisco Rubio Llorente[18], em estudo dos anos oitenta e com a autoridade de magistrado do Tribunal Constitucional Espanhol, aduz que a utilização das sentenças manipulativas pode ser aplaudida pelos que nelas identificam a única via razoavelmente rápida para acomodar os valores constitucionais, apesar de violenta ao máximo com o sistema de divisão de Poderes, que constitui um dos pilares da arquitetura constitucional. Argumenta que constituem instrumentos menos respeitosos com o legislador que a técnica da inconstitucionalidade sem redução do texto e o apelo ao legislador.

5.2.1. – Precedentes aditivos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Precedentes aditivos são os que inserem comandos então inexistentes no ordenamento jurídico. A demonstração prática da incompletude do direito legislado suscita, em diversas experiências constitucionais, decisões com caráter inovador. Paolo Casavola, com a autoridade de Presidente da *Corte Costituzionale* italiana, defende que o precedente aditivo introduz no ordenamento jurídico uma norma "constitucionalmente necessitada"[19]. A jurisdição constitucional, então, determina medida que constitucionalmente deveria ser estabelecida e supre a omissão legislativa total ou parcial, enunciando o critério normativo exigido.

Apesar de resistências contemporâneas, a concepção de um precedente que exerce a função aditiva deve ser dissociada da finalidade da jurisprudência de suprir lacunas. É verdade que Mauro Cappelletti[20] já estabelecera que

---

[18] LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. **Revista española de derecho constitucional**, Año nº 8, Nº 22, 1988 , pags. 9-52, pg. 37.

[19] *"Con esse si introduce nell'ordinamento una nuova norma costituzionalmente necessitata (risultato peraltro a cui pervengono ache decisioni formalmente caducatorie, quando dichiarano la incostituzionalità di disposizioni che espressamente escludono qualcuno da qualcosa).* [CASAVOLA, Paolo. *La giustizia costituzionale nel 1992.* Conferenza Stampa. Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Disponível no site www.cortecostituzionale.it. Acesso 28 de outubro de 2007, pg. 12]

[20] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, pg. 13.

Revista.indd 32 13/09/2011 11:44:38

a questão, apesar de antiga e por infinitas vezes debatida, ainda, é tratada perante o contexto de "função supletiva" dos juízes. Essa construção fora necessária para a demonstração de que a lei, na qualidade de fonte formal por excelência do Direito, não satisfaz à plenitude de normas aptas a reger a sociedade, conforme defendido por vertentes do positivismo.

Apesar do Pretório negar a possibilidade de sentença aditiva, a exemplo da argumentação constante na Ação Direta nº 3.510, a força normativa da Constituição aplicada pela Corte fomenta a produção de precedentes com essa peculiaridade, assim como nas demais experiências da *civil law* que contam com Tribunais Constitucionais. A função aditiva pode ser tipicamente exercida por institutos com esse mister, inerente ao controle de inconstitucionalidade por omissão, bem como de forma atípica por outros precedentes, sobretudo decorrente de interpretação conforme [21].

Verbi gratia, a Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 27.931, relator Ministro Celso de Mello, pretende consolidar a orientação de que o efeito obstativo da pauta do Congresso Nacional pela não conversão de medidas provisórias atinja, apenas, as matérias que possam ser objeto dessas espécies normativas.

Essa norma judicial decorre de interpretação conforme à Constituição da Emenda nº 32/2001, que alterou o regime das medidas provisórias, limitando-se o prazo de eficácia em sessenta dias, permitindo-se uma única prorrogação. O texto original da Emenda nº 32/2001 não prevê quais matérias serão objeto do efeito obstativo da pauta do Congresso. Dessa forma, estamos perante precedente aditivo, pois o Supremo aplica o binômio decisório em que, primeiro, reconhece a inconstitucionalidade a partir do que deveria estar expresso na Emenda Constitucional nº 32/2001

[21] Edílson Pereira Nobre Júnior leciona que "da interpretação conforme advêm consequências das mais variadas, dentre as quais, observa, com acuidade que lhe é peculiar, Garcia de Enterría, está algo além da mera exegese declarativa, importando naquela de colorido integrativo, destinada a colmatar insuficiência dos textos legais validados. Desse feito integrativo é que surge, exatamente, a sentença aditiva. Estas são consideradas as decisões que, num questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhe a impugnação, sem invalidá-la. [...] O foco da fiscalização da inconstitucionalidade recai não naquilo que a norma prescreve, mas, contrariamente, no fato desta não prever aquilo que deveria tratar para satisfazer ao reclamado pela Lei Máxima." [NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Direito Federal** – Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, nº 85, ano 23, 3º trimestre de 2006, pg. 85/126]

Revista.indd 33 13/09/2011 11:44:38

para, *a posteriori,* suprir a incompletude aditando que, apenas, dadas matérias serão objeto do efeito obstativo.

Exemplo cujo resultado criativo é objeto de atual indagação por parte do Pretório Excelso consubstancia a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, relator Ministro César Peluso, impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, sob o argumento de que, interpretando o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as auguras decorrentes do enquadramento no Código Penal (artigos 124, 126, *caput,* e 128, incisos I e II) pela prática de "aborto" em caso de feto anencefálico.

Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade, bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica, a impetrante aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevida de, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante.

Conforme exposto na Medida Liminar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, relator Ministro Marco Aurélio[22], a demanda objetiva pretende a busca de interpretação conforme à Constituição dos dispositivos do Código Penal, gerando declaração de nulidade sem redução de texto. O Supremo Tribunal Federal, então, identificou a introdução, por meio da referida liminar, de outra modalidade de excludente de ilicitude no ordenamento jurídico. Todavia, os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Ellen Gracie pronunciaram-se pelo não conhecimento da ação por considerar que o pedido de interpretação conforme dos referidos dispositivos do Código Penal implicaria ofensa ao princípio da reserva legal, criando hipótese de excludente da punibilidade (Informativo 385).

O precedente aditivo pode decorrer da modulação temporal de efeitos, sem que represente uma revogação prospectiva. Essa metodologia decisória

[22] Decisão prolatada em 1º de julho de 2004 e publicada em 02 de agosto de 2004 (Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 354)

Revista.indd 34 13/09/2011 11:44:38

foi proposta pelo Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, publicação de 21 de setembro de 2007, em que fora assentado que "o *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo (os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998), seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva."

5.2.1.1 – Precedentes aditivos típicos na Jurisprudência do Supremo: mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Os institutos típicos da função aditiva, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, encontram-se em efetiva transformação. Representam instrumentos que atribuem ao Supremo Tribunal Federal a aptidão de corrigir omissões legislativas. Com extraordinária síntese, Roberto Luís Luchi Demo assevera que, quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção, também aplicável à ação direta por omissão, há três orientações no Supremo Tribunal Federal que, historicamente se sucederam. A primeira entende, simplesmente, que a mora legislativa, uma vez reconhecida em julgamento, deve ser comunicada ao impetrado. A segunda orientação estipula que, na medida em que a mora legislativa seja reconhecida, o pedido deve ser decidido, para que seja provido o exercício do direito constitucionalmente previsto, seja de maneira geral, seja para o caso em concreto.

No julgamento dos Mandados de Injunção nº 670 e 712, em de 7 de junho de 2006, o Supremo Tribunal Federal fixara a terceira orientação, no sentido de que seja reconhecida a mora legislativa, devendo o Congresso Nacional ser comunicado para que elabore a lei em um determinado prazo que, se descumprido, o Supremo poderá ser provocado por força de reclamação e dispor a respeito da matéria objeto da mora legislativa.

No voto-vista do Mandado de Injunção nº 670, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que deveria, enquanto não suprida a lacuna legislativa, ser aplicada a Lei 7.787/89, observado o princípio da continuidade do serviço público, ressaltando que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado

Revista.indd 35 13/09/2011 11:44:38

ao juízo impor a observância a regime de greve mais severo em razão de se tratar de serviços ou atividades essenciais, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei 7.783/89.

Sustentou o Ministro que a inércia do Poder Legislativo em regular o direito de greve dos servidores públicos acabou por gerar uma preocupante realidade em que se observam inúmeras greves ilegais com sérias consequências para o Estado de Direito. Por fim, concluiu que, considerando o lapso temporal dessa inércia, não resta alternativa para o Poder Legislativo quanto a decidir pela regulação ou não do tema e que cabe, por sua vez, ao Poder Judiciário intervir de forma mais decisiva, de modo a afastar a inoperância de suas decisões em mandado de injunção e atuar também nos casos de omissão do Poder Legislativo, haja vista as balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores.

No Mandado de Injunção nº 712, o relator, Ministro Eros Grau, defendeu que, enquanto a omissão não for sanada, cabe a aplicação da Lei nº 7.783/89, observado o princípio da continuidade do serviço público. Reconheceu, ainda o relator, que a mora, no caso, é evidente e incompatível com o previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição da República, e que constitui dever-poder do Supremo Tribunal Federal a formação supletiva da norma regulamentadora faltante, a fim de remover o obstáculo decorrente da omissão, tornando viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. Nesse precedente, o Pretório assentou que "talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora 'solução constitucionalmente obrigatória'."

5.2.2 – Precedentes substitutivos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O precedente substitutivo, na lição de Paolo Casavola[23], é o que insere uma norma constitucionalmente adequada em uma norma legislada,

[23] "*Ancora diverse dalle sentenze additive sono le decisioni sostitutive: quelle con cui la Corte trasferisce la norma costituzionalmente adeguata in una disposizione incostituzionale, previa dichiarazione di*

Revista.indd 36 13/09/2011 11:44:38

após a declaração de inconstitucionalidade. A função substitutiva afronta a dogmática supremacia da lei, razão pela qual sua legitimidade gravita em torno da interpretação conforme à Constituição e da provocação do jurisdicionado. Não se deve, assim, confundi-la com a manifestação do Poder Judiciário na qualidade de legislador negativo ou com a não recepção de um dado diploma legal.

Não se trata de mero controle de inconstitucionalidade por omissão, mas de alteração expressa de norma legislada inválida por precedente que satisfaz aos anseios constitucionais através de um ato hermenêutico[24]. Há, pois, duplo momento (*doppia pronuncia*) . No primeiro, declara-se a inconstitucionalidade de um ato normativo, agindo o Poder Judiciário na qualidade de legislador atípico negativo. Posteriormente, no exercício da jurisdição constitucional, a Corte edita norma judicada que satisfaz ao comando constitucional, expondo como o Poder Legislativo deveria ter agido.

Interessante exemplo de precedente substitutivo editado pelo Supremo Tribunal Federal constitui a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332, relator Ministro Moreira Alves. O artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43/2000 introduziu o artigo 15-A no Decreto-lei nº 3.365/41, que dispôs que, no caso de imissão prévia na posse em desapropriação, havendo

---

illegittimità di quest'ultima (dichiara l'illegittimità nella parte in cui prevede qualcosa anziché prevedere etc.). I limiti di esperibilità di questo rimedio sono ancora più rigorosi di quelli propri delle additive." [CASAVOLA, Paolo. *La giustizia costituzionale nel 1992.* Conferenza Stampa. Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Disponível no site www.cortecostituzionale.it. Acesso 28 de outubro de 2007, pg. 12] Guastini leciona que "denomina-se sentença substitutivas aquelas em que a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma dada disposição na parte em que expressa uma certa norma ao invés de outra: uma norma distinta, que ela deveria expressar para ser caracterizada como conforme a Constituição. [GUASTINI, Riccardo. A 'constitucionalização' do ordenamento jurídico na experiência italiana. *in* **A Constitucionalização do Direito**, Fundamentos teóricos e aplicações específicas, obra coletiva; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SAMENTO, Daniel, coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, pg. 286]

[24] A sentenza nº 429, relator Paolo Casavola, exemplo de sentença substitutiva, a *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana* assentou que "*è dunque indispensabile intendere correttamente la nozione di "appartenenza alle Forze armate" accolta nella Carta costituzionale. La ricostruzione della intenzione del Costituente, in regime di costituzione rigida, è essenziale per misurare la compatibilità tra disposizione di legge e precetto costituzionale. L'ermeneutica costituzionale non può in alcun caso prescindere dall'ispirazione che presiedette al processo formativo della norma costituzionale assumendo in essa particolare rilievo la essenza storico-politica.*"

Revista.indd 37 13/09/2011 11:44:38

divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, incidirão juros de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença a contar da imissão.

Apreciando o provimento de urgência, o Tribunal, em decisão de 05 de setembro de 2001, suspendeu a expressão "de até seis por cento ao ano", considerando relevante a Arguição de inconstitucionalidade fundada no Verbete nº 618 da Súmula da Jurisprudência, que dispõe que "na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano".

Nesse precedente, identificam-se, com clareza, o duplo momento. Primeiro, o Supremo atua na qualidade de legislador atípico negativo perante a expressão "de até seis por cento ao ano". Posteriormente, atua na qualidade de legislador positivo, fixando a alíquota dos juros em 12% em caso de desapropriação, sob pena de se infringir a garantia da justa e prévia indenização.

5.3 Autoridade vinculante e desvalor pelo não seguimento dos precedentes decorrentes da última palavra em hermenêutica constitucional. O Supremo Tribunal Federal impõe o *legalist behavior*?

O questionamento do caráter normativo dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (*judge made-law theory*) exige reflexão quanto à obrigatoriedade de seguimento das decisões, o desvalor pelo desprezo, eventuais sanções e instrumentos processuais aptos a resguardar a autoridade das decisões magnas.

Da autoridade dos precedentes (força de incidência) decorrem os efeitos vinculantes, impeditivos de recurso e meramente persuasivos. Trata-se de classificação eminentemente jurídico-positiva, despojada de sentido em um prisma sociológico, fato reconhecido pelo próprio Pretório que, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 203.498, relator Ministro Gilmar Mendes, expôs que "a interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. (...) A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. (...)."

Cabe ressaltar que essa tipologia não considera a natureza em si do precedente, mas sim os respectivos efeitos, que podem variar conforme

Revista.indd 38 13/09/2011 11:44:38

o instrumento de aplicação. Essa premissa, igualmente, foi salientada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 921.469, decisão de 15 de maio de 2007, relator Ministro Teori Albino Zavascki, ao dispor que não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal que reconhecem a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).

Uma decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, *verbi gratia*, pode produzir efeito vinculante, impeditivo de recurso e, inclusive, persuasivo. A indicação de que o efeito do precedente depende do contexto da aplicação, hoje, é afirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Quando da aprovação do Enunciado da Súmula Vinculante nº 11[25], por força do *Habeas Corpus* nº 91.952[26], relator Ministro Marco Aurélio, o Pretório estabeleceu que as súmulas vinculantes "passam a ser dotadas das caractetísticas das súmulas impeditivas de recursos".

Um dado precedente produz efeito vinculante quando, obrigatoriamente, deve ser aplicado como paradigma pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública, independente da força argumentativa do debate intraprocessual. É previsto em números fechados no Direito brasileiro em questões envolvendo matéria constitucional, sendo inerente à ação direta de inconstitucionalidade, à ação declaratória de constitucionalidade, à Arguição de descumprimento de preceito fundamental, à súmula com efeito vinculante[27], ao recurso extraordinário aplicado nos termos dos

[25] Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado."

[26] Julgamento de 13 de agosto de 2008.

[27] A produção de efeito vinculante em relação à ação direita de inconstitucionalidade, à ação declaratória de constitucionlidade e à Arguição de descumprimento de preceito fundamental e à súmula vinculante é tema remansoso no Direito brasileiro. [SILVA, Celso de Albuquerque. **Do**

Revista.indd 39 13/09/2011 11:44:38

artigos 14 e 15 da Lei nº 10.259/2001 combinados com o artigo 321 do Regimento Interno do Supremo e nos termos do parágrafo 3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil, inserido pela Lei 11.418/06.

O efeito vinculante é uma qualidade da sentença, leciona Teori Albino Zavascki[28], que vai além das suas eficácias comuns (*erga omnes,* coisa julgada, efeito preclusivo). Conclui que esse efeito confere ao julgado uma força obrigatória qualificada, "com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor o seu cumprimento."

Mesmo antes da Carta de 88, a postura do Supremo Tribunal Federal quanto à vinculação aproxima-se da experiência alemã, apesar do teor do parágrafo 2º do artigo 102 do Texto Magno, que dirige o efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, sem ter força de lei (*Gesetzeskraft*).

A concepção de efeito vinculante construída pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, pelas Emendas Constitucionais nº 03/93 e 45/2004 e pelas Leis nº 9.868/99, 9.882/99, 10.259/01, 11.418/06 e 11.417/06 diferencia-se do *stare decisis*[29]. Essa doutrina reiteradamente é delimitada como, apenas, uma política e uma prática e não um estrito instrumento de produção de normas absolutas (*inexorable command*)[30]. Com propriedade, George Costelo[31] expõe que ela significa a regra geral dos Tribunais, ao identificar uma norma em um caso, em aplicá-la em casos futuros com matéria de fato substancialmente similar.

Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pg. 165/166]

[28] ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pg. 37.

[29] *In Helvering v. Hallocj, 309 U.S. 109, 119 (1940),* o *Justice* Frankfurter defendeu que o *stare decisis* é "um princípio de policiamento e não uma fórmula mecânica de seguimento da última decisão." [Tradução do autor. Original em inglês: *"Stare decisis is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision".*

[30] A Suprema Corte Americana, no caso Agostini v. Felton (U.S. 203,235-36 1997) expôs que coletar casos e seguir os precedentes não é um comando inexorável, mas uma política de julgamento. Tradução livre do autor. Original em inglês: *"collecting cases and stating that adherence to precedent is "not na inexorable command" but a "policy judgment".*

[31] COSTELLO, George. **The Supreme Court's overruling of constitucional precedent***: an Overriew. CRS Report for Congress, Novembrer 29, 2005.* Disponível em http://www.nber.org/papers/w12913. Acesso em 08 de março de 2009, pg. 01.

Revista.indd 40 13/09/2011 11:44:38

Já o efeito vinculante no Direito brasileiro possui caráter rígido com a possibilidade de utilização da reclamação e de outros instrumentos, como os recursos para a garantia da autoridade. Ao menos na atual consolidação do Supremo Tribunal Federal, apesar das necessárias críticas, o teor vinculante limita-se à parte dispositiva de decisões previstas em números fechados e em matéria exclusivamente constitucional (para fins de fixação da competência do Supremo), que deverá ser aplicada por dedução/subsunção.

Ressalta-se, mais uma vez, as colocações do Supremo Tribunal no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 203.498, relator Ministro Gilmar Mendes, ao assentar que a interpretação do texto constitucional pelo Supremo deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. No voto dos Embargos de Declaração no Recuros Extraordinário nº 328.812, o relator, também o Ministro Gilmar Mendes, expôs que a interpretação do texto constitucional pelo Pretório deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão.

Logo há um desvalor em não seguir os precedentes do Supremo Tribunal Federal e nosso sistema consagra um complexo de remédios para corrigir posturas que desconsideram a última palavra em hermenêutica constitucional, especialmente a reclamação (para os vinculantes) e o recurso extraordinário. Desse desvalor, conclui-se que o exercício da última palavra em hermenêutica constitucional faz com que todas as decisões que tenham por objeto matéria de direito sejam dotadas de eficácia *erga omnes*.

Richard Posner[32], ao enumerar as nove teorias positivas de comportamento judicial, empregou grande ênfase à teoria legalista (*legalist theory*). O legalismo é compreendido como uma teoria positiva de comportamento dos juízes que prega que as decisões são determinadas pelo Direito, concebido como um corpo preexistente de regras previstas na Constituição, nas leis e nas decisões judiciais[33]. É salutar a observação de Posner, ao tratar do *legalism behavior*, no sentido

[32] POSNER, Richard A**. How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, pg 19.

[33] *Legalism, considered as a positive theory of judicial behavior (it is more commonly a normative theory), hyposthesizes that judicial decisions are determined by "the law", conceived of as body of preexisting rules found stated in canonical legal materials, such as constitutional and statutory texts adn previous decisions of the same or a higher court, or derivable from those materials by logical operations.* [POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, pg 41]

Revista.indd 41 13/09/2011 11:44:38

de que, quando um juiz segue precedente[34] de um tribunal com competência hierárquica, o magistrado não está fazendo um julgamento político, mas sim respeitando a uma força superior.

Nessa perspectiva, poderando-se a práxis do Supremo Tribunal Federal em exigir o seguimento de sua orientação jurisprudencial, com o argumento de que seus precedentes representam a última palavra em hermenêutica magna e que postura diversa representa violação à força normativa da Constituição, conclui-se que o Pretório impõe o *legalism* não-originalista através da jurisdição constitucional[35]. Trata-se de imposição preponderante, mas não exclusiva.

Essa imposição somada à decantação e aplicação constante da *ratio decidendi,* a produção de sentenças manipulativas, a consolidação da realidade constitucional viva apta a permitir mutações constitucionais informais, a existência de remédios para consolidar o desvalor pelo não seguimento das decisões do Supremo (que os dota de eficácia *erga omnes*), desmistifica a premissa de que os precedentes apenas possuem teor interpretativo e declaratório das disposições constitucionais, constituindo, sim, fontes normativas diversas da Constituição.

Entretanto, como compreendê-los como fontes do direito se são repertórios obrigatórios de princípios e regras constitucionais decorrentes da jurisdição constitucional? Em outras palavras, concepção pautada na *judge-made law theory* como construída por juristas e juízes da *common law* não se mostra apta a explicar e justificar os precedentes do Supremo Tribunal Federal como normas, razão pela qual passaremos a tratar de terceira proposta para compreendê-los.

6. Compreensão determinativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal

[34] Gerhardt também enfatiza a influência dos precedentes no comportamento dos juízes. Expõe que "*those who favor, or combine, these models have long been conducting extensive empirical tests of precedent's influence on judicial behavior.*" [GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, pg. 68]

[35] Cumpre ressaltar que, em sentido oposto à experiência americana, o *legalism* aplicado pelo Supremo normalmente é não originalista. A respeito da relação entre legalismo e originalismo vide: HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. **Anuário de Filosofia del Derecho**, XVIII, 2001, pg. 267/299.

Revista.indd 42 13/09/2011 11:44:39

6.1 Postulados preliminares da teoria determinativa

Pertence ao campo da filosofia jurídica a investigação de consubstanciarem, ou não, os precedentes judiciais fontes do Direito. Os diversos autores que trataram do tema polarizam duas teorias (*rectius,* dois gêneros de teorias), quais sejam, a declaratória (*declaratory theory*) e a normatia (*jugde make-law theory*). Para a defesa de adoção de uma ou de outra, várias questões são relativizadas pelos estudiosos dos precedentes, como a filiação, ou não, à *common law*.[36]

Zenon Bankowski, Neil MacCormick e Geofrey Marshall[37], em aprofundado estudo, após exporem as duas principais teorias, propõem uma terceira visão que denominan de teoria determinativa (*determinative theory*). Tendo-se como referência a *common law,* a *judge-make law theory* decorre da militância do positivismo jurídico em oposição à *declaratory theory* voltada para o direito natural. Asseveram os mencionados autores que, para o positivismo, os precedentes representam um fonte subordinada do direito, ou seja, subordinada à legislação. O espaço para a produção judicial do Direito é a abertura[38] dada pelo direito legislado. Durante os séculos XIX e XX, a visão positivista predominante empenhou-se em

---

[36] Refere-se, aqui, apenas aos autores que admitem a possibilidade de teorias a respeito do precedente. Por todos, cita-se o estudo de Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski e Alfonso Ruiz Miguel, ao firmarem que "*there is a fundamental distinction to be drawn at the outset of any comparative discussion of the rationale for respecting precedents. This concerns the power of the courts to create law: daes a given legal system formally acknowleedge the existence of jugde –made law or not? If so, two further questions that arise are how extensively does the judge-made law create precedents, and what sort or degree of normative force have these precedents for judges and courts other than the original decision maker?* [BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). **Interpreting precedents**: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashegate Publishing Limited, 1997, pg. 481].

[37] BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffry. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). **Interpreting precedents**: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashegate Publishing Limited, 1997, pg. 330/335]

[38] O texto expõe que "*The space for judicial law making is only in the gaps of legislation properly so-called; judges do make law, but only 'interstitially.*" Opta-se em não traduzir o termo "*gaps*" como lacuna com o fim de evitar associações com a "teoria das lacunas", não tratada pelos autores. [BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). **Interpreting precedents**: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashegate Publishing Limited, 1997, pg. 331]

Revista.indd 43 13/09/2011 11:44:39

metodologias para a exata identificação das normas criadas por precedentes a partir da elucidação do sentido de *ratio decidendi*. Propõem, para questões contemporâneas, que as normas judicias, assim como as legisladas, devem ser compreendidas como determinações de princípios[39] e não simples deduções nem discricionariedades. Precedentes, expõem os autores, são fontes, pois cada decisão determina o direito.

Zenon Bankowski, Neil MacCormick e Geoffrey Marshall[40] propõem uma visão mais *holistic* dos sistemas jurídicos em decorrência da determinação valorativa dos princípios a partir do processo decisório que geram precedentes judiciais. Assim, expõem que:

> Doctrines like the 'determinative theory' which suggest a more holistc approach to legal systems or, more likely, to particular branches of law, favour the development of a strong sense of underlying principles proper to particular fields and branches of law, and the taking of a coherent view of legal doctrines as congeries of principles, values ('policies') and their determination through decision making which is truly sensitive to the full particularity of contexts of decision. See, for example, Dworkin (1986); MacCormick (1984); Bankowski (1991); Jackson (1988).

Diversos doutrinadores expõem construções determinativas de precedentes judiciais, sobretudo com a intenção de justificar o poder normativo dos Tribunais Consititucionais[41] a partir de técnicas interpretativas, declaratória

[39] O proposto pelos mencionados autores foi objeto de apreciação por diversos doutrinadores, com ênfase para Dworkin e Friedmann. A respeito do tema: PUERTO, Manuel J. Rodríguez. Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve. **Anuário de Filosofia del Derecho**, nº XVI, 1999, pg 121/141.

[40] Obra citada, pg. 331.

[41] Por todos, Zenon Bankowski, Neil MacCormick e Alfonso Ruiz Miguel, em artigo denominado *rationales for precedent,* defendem que *"In standard accounts of such legal systems, doctrines concerning 'the sources of law' therefore accord to judicial precedent a place, albeit one subordinate to the constitution (where relevant) and enacted statute law, among the criteria of validity or 'formal sources' of law"*. Mais à frente, a partir da observação de experiências jurídicas que contam com Constituição rígida e Tribunal Constitucional como a alemã, a italiana, a espanhola, a polonesa, a americana, além da francesa, expõem que "*as in the case of national constitutional adjudication and adjudication in relation to general clauses in codes and statutes, frequently involved giving concrete*

Revista.indd 44 13/09/2011 11:44:39

de inconstitucionalidade e de edição de precedentes manipulativos. Pautado para o Direito Continental europeu, Rubio Llorente[42] assevera que, através dessas técnicas, a jurisdição constitucional cria direito inovando o ordenamento jurídico de forma diversa da realizada pelo legislador. Essa normatização não procede de considerações de oportunidade. Não é criação livre, mas vinculada à declaração de um direito preexistente, cujo conteúdo concreto como regra de solução do caso necessita da atuação do Tribunal Constitucional.

Mauro Cappelletti[43] leciona, nesse sentido, que não está dito que a legislação cesse de ser tal simplesmente porque deve se conformar, a sua vez, com vínculos bastante precisos, constitucionais ou de justiça constitucional, não menos claros e detalhados, por sua vez, dos que de modo mais frequentes se impõem aos juízes, não apenas para delimitar negativamente, mas também, em larga medida, para determinar positivamente o conteúdo da própria lei. Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a 'natureza' dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito.

Michael Gerhardt[44], na mesma perspectiva, expõe que o pensamento doutrinário com *strong view* dos precedentes os consideram como a principal, se não a única, fonte de sentido da Constituição. A Suprema Corte Americana, para essa vertente doutrinária, decide casos ou controvérsias e "casos ou controvérsias são precedentes". São, assim, expressões do direito constitucional.

---

meaning to quite vague concepts and texts. Here, where the judicial contribution operates by way of working out the underlying principles and giving them concrete effect in series of landmark decisions, it seems almost artificial or even fictional to draw a line between interpretative and law-making precedents". [BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). **Interpreting precedents**: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashegate Publishing Limited, 1997, pgs. 481 e 485]

42 LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año nº 8, Nº 22, 1988 , pg. 38.

43 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, pg. 26/27. Sob certo aspecto, Kelsen já sustentara essa premissa. [KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**, tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pg. 258]

44 *Support for a strong view of precedent derives from all the traditional sources of constitutional meaning. For instance, Article III explicitly empowers the Supreme Court to decide cases or controversies, and decided cases or controversies are precedents.*" [GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, pg. 64] O autor propõe uma moderada visão dos precedentes como uma alternativa entre as perspetivas *weak* e *strong* [pg. 79].

Revista.indd 45 13/09/2011 11:44:39

Compreender de forma determinativa os precedentes consubstancia em, primeiro, reconhecer o caráter normativo e de fonte do direito mas, ao mesmo tempo, condicionada a uma outra ao qual possui o múnus de interpretar, declarar e regulamentar. Consagra, assim, uma concepção normativa de precedentes, mas que os subordinam à normas Constitucionais. Segundo, há uma ruptura com a concepção de que o Poder Judiciário é "a boca que pronuncia a lei".

6.2 – Compreensão determinativa e as metodologias interpretativa, declaratória, decisória e normativa do Supremo Tribunal Federal.

Para que possamos continuar com a análise da compreensão determinativa dos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal pelo próprio Supremo Tribunal Federal, propomos a análise da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.946, relator Ministro Sydney Sanches, julgamento de 04 de abril de 2003. O artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/98 dispõe que o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social que trata do artigo 201 da Constituição Federal é fixado em R$ 1.200,00 devendo, a partir da data da publicação da referida Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real.

No julgamento dessa ação direta, o Pretório asseverou que a Constituição de 1988 trata da proteção à gestante como benefício previdenciário e não trabalhista. Declarou que o artigo 6º determina que a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos no artigo 7º, inciso XVIII, cujo texto garante o direito à licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. A Previdência Social, na qualidade de política pública, está constitucionalmente prevista a partir do artigo 201, cujo inciso II garante proteção à maternidade, especialmente à gestante.

O Pretório firmou que, caso se entenda que a Previdência Social responda apenas por R$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês durante a licença da gestante e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora, abrindo-se margem à

Revista.indd 46 13/09/2011 11:44:39

"discriminação que a Constituição bucou combater, quando proibiu diferença de admissão por motivo de sexo" (artigo 7º, inciso XXX). Em sua argumentação, o Supremo firma que essa proibição "é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal." Julgou, então, o Pretório Excelso procedente em parte a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946 para se dar ao artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme a Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição.

Ora, o Supremo reconheceu que a proteção à maternidade da empregada não consubstancia direito trabalhista, mas sim previdenciário. Benefício previdenciário e salário são conceitos diversos no Texto da Constituição e na legislação[45]. A própria garantia do salário mínimo (artigo 7º, inciso IV) representa referência para a diferenciação desses dois institutos, mesmo porque o artigo 201, § 2º, permite o valor de benefício previdenciário inferior a um salário mínimo, desde que não substitua o salário-de-contribuição nem o rendimento do trabalho do segurado.

Não consagram o Texto da Constituição nem o do artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/98 que o salário-maternidade não poderá ser inferior ao salário percebido pela segurada empregada, salvo na hipótese da mesma receber salário-mínimo por força da disposição constante no §2º do artigo 201. O princípio da isonomia entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I), as normas constantes no artigo 7o, incisos XVIII e XXX, e a norma do artigo 201, II, foram as referências de campo de abertura para que o Supremo Tribunal Federal normatizasse a simetria entre o valor do salário-maternidade e o salário. Trata-se, pois, de norma judicial emanada de interpretação conforme que gerou precedente aditivo e vinculante.

Dessa forma, a Ação Direta nº 1.946, ao mesmo tempo que declara complexo normativo constitucional (artigos 5º, I, 7º, XVIII e XXX, e 201, II) normatiza relação jurídica entre o Instituto Nacional do Seguro Social

[45] O teor da Súmula Vinculante nº 4 auxilia na referida diferenciação na própria Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial."

Revista.indd 47 13/09/2011 11:44:39

e segurada empregada, que é diversa da relação jurídica existente entre empregador e empregada.

Para fins de segundo exemplo, sugerimos análise da Súmula Vinculante nº 11, cujo texto expõe que só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Identifica-se que o texto do Verbete nº 11 possui três preceitos. O primeiro expõe que "só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros". O segundo preceito consubstancia verdadeira sanção pelo descumprimento do primeiro preceito, ao assentar que "justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere". Por fim, o terceiro preceito estende eventual responsabilidade civil ao Estado. O texto do Verbete Obrigatório nº 11, considerando-se as três premissas, aproxima-se de técnica utilizada para o direito legislado.

Possui como referência, na qualidade de precedente pluriprocessual, o Recurso em Habeas Corpus nº 56.465 e os Habeas Corpus de nº 71.195, 89.429 e 91.952. A premissa de que texto legislado não se confunde com norma também se aplica aos precedentes judiciais. O julgamento do referido Recurso em Habeas Corpus nº 56.465 data de 05 de setembro de 1978. Apesar de anterior à Carta de 1988, atuou na concepção do Supremo Tribunal Federal como elemento de repetição e de conteúdo constitucional. As *obiter dicta* dos precedentes de referência[46] auxiliaram na confecção do texto do Verbete, demonstrando que, ao contrário da experiência da *common law,* nosso sistema também as dota de caráter normativo.

[46] No Habeas Corpus nº 91.952, o Ministro Eros Grau defendeu, em seu voto, que "eu diria, no *obiter dictum,* que talvez incumbisse à Corte deixar isso bem claro. Vamos sugerir que o direito seja aplicado. Se o direito for aplicado, seguramente viveremos todos em melhor harmonia. Bastaria isso para que conquistássemos a harmonia: dar plena eficácia a todos os preceitos legais que convivem com a Constituição."

Revista.indd 48 13/09/2011 11:44:39

Merece ênfase o Habeas Corpus de nº 91.952, na qualidade de *leadin case* (apesar da ausência de ineditismo), relator Ministro Marco Aurélio, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

> "ALGEMAS – UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga.
> JULGAMENTO – ACUSADO ALGEMADO – TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório."

No voto, o relator expôs parte do princípio da não-culpabilidade e que o réu merecia tratamento devido aos humanos que vivem em um Estado Democrático de Direito. Assevera que segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a "dignidade da pessoa humana. Da leitura do rol das garantias constitucionais – artigo 5º -, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso. A ele é assegurado o respeito à integridade física e moral – inciso XLIX."

O Ministro Carlos Britto, em seu voto, expõe que

> "a força normativa da Constituição é suficiente, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana; fundamento da república lembrado pelo eminente relator. Mas, se desfilarmos pela passarela da Constituição, nesse âmbito mesmo dos direitos individuais e, portanto, fundamentais, encontraremos outros dispositivos que cimentam o juízo da excepcionalidade do uso das algemas."

As normas constitucionais cuja abertura são objeto de declaração por parte da argumentação utilizada pelo Pretório são o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a vedação ao tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III), a inviolabilidade à imagem (artigo 5º, inciso X), o respeito à integridade física e moral dos presos (artigo 5º, inciso XLIX) e a presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII).

Revista.indd 49 13/09/2011 11:44:39

O trabalho interpretativo dessas normas constitucionais construíram, sobretudo a partir das *obiter dicta* dos precedentes de referência, o teor do Verbete Obrigatório nº 11 que, ao mesmo tempo que declara normas como a dignidade da pessoa humana, a vedação ao tratamento desumano e o respeito à integridade física e moral dos presos, normatiza e regulamenta a utilização das algemas não só em sessão plenária do Tribunal do Júri e prevê, ainda, a eventual nulidade e a responsabilidade civil e criminal de agentes e autoridades, além da responsabilidade civil do Estado.

Para fins de um terceiro exemplo, reportamos mais uma vez à Ação Direito de Inconstitucionalidade nº 2.332, ralator Ministro Moreira Alves, na qualidade de sentença substitutiva, em que o Supremo Tribunal entendera inválido o artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43/2000, que introduziu o artigo 15-A no Decreto-lei nº 3.365/41, especialmente ao fixar juros de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença entre o preço ofertado e o valor do bem fixado na sentença na hipótese de imissão prévia na posse em desapropriação.

Apreciando o provimento de urgência, o Tribunal, em decisão de 05 de setembro de 2001, suspendeu a expressão "de até seis por cento ao ano", considerando relevante a Arguição de inconstitucionalidade fundada no Verbete nº 618 da Súmula da Jurisprudência, que dispõe que "na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano". As normas constitucionais objeto de interpretação consubstanciam as garantias do direito de propriedade (artigo 5º *caput* e inciso XXII) e da justa e prévia indenização em dinheiro para a possibilidade de desapropriação (artigo 5º, inciso XXIV).

Nesse paradigmático exemplo, a interpretação e aplicação dessas normas constitucionais permitem a edição desse precedente de teor substitutivo, cuja normatividade regula a extensão da alíquota de juros moratórios, fixando que, apenas, é constitucionalmente adequada a de 12% ao ano.

Assim, o exercício da jurisdição constitucional pela práxis do Supremo Tribunal Federal rompe com a clássica concepção formal de legalidade, associada à atividade parlamentar de edição de normas legisladas[47]. Busca-

[47] Com certa indignação, Mauro Cappelletti, citando Lord Radcliffe, expõe que "em suma, o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária *´law-making´*. Ainda nas

Revista.indd 50 13/09/2011 11:44:39

se, dessa forma, a construção de uma nova compreensão do referido princípio, no sentido de que, ao mesmo tempo em que mantém a qualidade de garantia, admita outros mecanismos para que o Poder Público, pautado em comandos determinados pelo Texto Constitucional, edite normas jurídicas, dotadas, também, de coercitibilidade e abstração.

Trata-se, pois, de uma visão material de legalidade ou normatividade, cuja missão é de organização das fontes do Direito. A adoção de compreensão determinativa dos precedentes pelo Pretório qualifica a Carta Magna como fonte do Direito e fonte de produção normativa. Voltando-se para a experiência espanhola, Juan-Sebastián Piniella Sorli leciona que

> *Hemos visto em los dos apartados anteriores, como al Constitución determina su propria primacía respecto al ordenamiento jurídico que integra y, además, como 'norma normarum' establece la regulación de las restantes fuentes y sus relaciones entre sí. El principio de legalidad postula una estructuración organizativa de las fuentes, para que pueda determinarse la relación entre las mismas, y esto se consigue mediante el principio de jerarquía normativa consagrado em el artículo 9.3 de la Constitución Española.*

Um olhar na práxis do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional denota que seus precedentes, ao mesmo tempo que declaram normas constitucionais ou interpretam normas oriundas do direito legislado a partir de princípios, normatizam relações jurídicas. As normas judiciais que emanam da Jurisprudência magna diferenciam-se das normas legisladas basicamente pela fonte, pelo procedimento de formação[48] e pela estrutura semântica.

---

palavras de Lord Radcliffe ´jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?´" [CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, pg. 24/25]

[48] Alessandro Pizzorusso utiliza o procedimento de formação como critério para diferenciar um precedente de um ato legislado na experiência italiana. Leciona que "*a questo scopo, occorre cominciare com l'osservare Che, seppure il provvedimento 'sentenza' possa venir utilizzato come forma di qualunque tipo di decisione, indubbiamente la sua struttura – e soprattutto il suo procedimento di formazione, ossia il 'processo' – presentano caratteristiche profondamente diverse d quelle proprie dell' 'atto normativo' e, rispettivamente, del procedimento di formazione di esso – tanto nella*

Revista.indd 51 13/09/2011 11:44:39

É a práxis do Pretório no exercício da jurisdição constitucional que interpreta de forma aberta a Constituição e, a partir da abertura, edita precedentes com teor normativo. Portanto, o acolhimento de compreensão determinativa das normas jurídicas decorrentes dos precedentes judiciais do Pretório Excelso altera o plano normativo de abstração. Dessa forma, em ordem decrescente, temos os princípios, as regras (tanto legisladas quanto judicadas), as normas judicadas a respeito da validade, do alcance e do sentido de uma norma legislada[49] [50] (inclusive um princípio) e, por fim, o caso concreto. O resultado final da alteração do campo de abstração e de abertura é, conforme exposto pela análise de casos concretos, eminentemente normativa e criativa.

O artigo 103-A da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, consagra a existência desses planos, apesar de

variante applicata agli atti legislativi delle assemblee parlamentari, cioè alla 'legge' in senso stretto." [PIZZORUSSO, Alessandro. Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Unam. Disponível no site http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/29.pdf. Acesso em 03 de março de 2009]

[49] Lênio Streck, procede ao estudo de súmulas de teor tautológico, sustentando que "grande número de Súmulas – talvez a maioria – vale muito mais pelo fato de serem Súmulas do que pelo seu conteúdo. Esse fenômeno ocorre também no campo da jurisprudência não sumulada e na própria doutrina. Ou seja, para a 'segurança jurídica', algumas 'obviedades' devem ser ditas para evitar a 'demasia' das redefinições interpretativas. [...] Daí que, em alguns casos, a matéria pode, em chegando aos tribunais superiores, uma vez provocando o incidente de uniformização de jurisprudência, originar a edição de uma Súmula. Assim, por exemplo, vale citar algumas Súmulas que se enquadram na espécie: Súmula 281, do STF, que diz ser inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada. Essa Súmula nada mais diz do que já dissera a Constituição; Súmula 365, do STF, que veda pessoa jurídica a propor ação popular, o que nada mais é do que repetir a Constituição, que assegura somente aos cidadãos a legitimidade para a referida ação; [...]." [STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro** - eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante, 2ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.]

[50] Com maestria, Eugenio Bulygin, professor da Universidade de Buenos Aires, leciona que "*la separación tajante entre la función del poder legislativo como creador de las normas generales y el poder judicial como mero aplicador de esas normas resulta insostenible. No por la crítica de Kelsen, es decir, no porque los jueces dicten normas individuales, que dificilmente puedde considerarse como creación del derecho, sino porque los jueces crean también normas generales. [...] De acuerdo a la tesis defendida aquí, la creación judicial del derecho se produce tanto en los casos de lagunas normativas, como en los de conflictos de normas.*" [BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿ crean derecho?, in **La función judicial** – ética e democracia. MALEN, Jorge; OROZCO, Jesús *y* VÁZQUEZ, Rodolfo (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, pg. 35]

Revista.indd 52 13/09/2011 11:44:39

prever um grande paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que omite o caráter normativo de uma súmula com efeito vinculante, admite que o respectivo objeto constitui a validade (a interpretação) e a eficácia de normas legisladas, com o específico fim de evitar controvérsia e insegurança jurídicas.

Gravitando-se nesses planos, uma norma judicial assume a função de confirmar, declarar, aditar, substituir, revogar, mudar e distinguir, seja em relação a outra norma judicada já editada, seja em relação à Constituição ou a norma legislada constitucionalmente interpretada. Quando um precedente confirma a orientação de outro precedente, consagram-se os princípios da isonomia e da segurança jurídica, pois atribui-se a mesma resposta jurisdicional a jurisdicionados na mesma situação. A prestação jurisdicional torna-se, pois, coerente, estável e previsível, reproduzindo-se o direito vivo.

A compreensão determinativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal gera alteração vertical do bloco de constitucionalidade. Assim, a referência da jurisdição constitucional constituída horizontalmente pelo Texto da Carta Magna, pelas Emendas à Constituição e pelos Tratados em Direitos Humanos e disposições materialmente constitucionais constantes nas leis passa a sofrer a influência da alteração vertical por força dos precedentes, que além de possuírem teor normativo, reportam-se a normas constitucionais. Os precedentes dos demais tribunais também decorrem da jurisdição constitucional. Entretanto possuem limitações para que correspondam a exigências de validade por conta do monopólio da última palavra em hermenêutica constitucional.

7. Conclusão

A práxis do Supremo Tribunal Federal em editar precedentes judiciais denota dissociação com a argumentação no discurso de justificação. O monopólio da última palavra em hermenêutica constitucional apresenta o Pretório como o revelador último da realidade constitucional em um dado momento consubstanciado pela sessão de julgamento.

O argumento da força normativa da Constituição gera um desvalor pela desconsideração dos precedentes do Supremo Tribunal Federal que, mesmo os despojados da autoridade vinculante, passam a gozar da eficácia *erga omnes*. Apesar do discurso, a práxis do Pretório não segue

Revista.indd 53 13/09/2011 11:44:39

compreensão meramente declaratória dos precedentes judicias (*declaratory theory*). Práticas como a decantação da *ratio decidendi* e a transcendência dos motivos determinantes, a prolação de decisões vinculantes e o desvalor pelo não seguimento da Jurisprudência Constitucional oriunda da última palavra em hermenêutica, o reconhecimento de normas abertas, a mutação constitucional e postura não-originalista e a prolação de sentenças manipulativas denotam, também, teor normativo dos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

O Pretório, na qualidade de intérprete constitucional, em perspectiva subjetiva, também tem conhecimento absoluto de parte da realidade constitucional, que é relativa ou relativizada no tempo e no espaço, mesmo porque nem mesmo a Constituição o consagra como "intérprete fundamental e absoluto conhecedor" da referida realidade. Entretanto, é dele o múnus decisório das colisões hermenêuticas.

Denota-se que a práxis do Pretório no exercício da jurisdição constitucional acolhe compreensão determinativa dos precedentes, a medida em que, ao mesmo tempo que interpretam, declaram e revelam normas constitucionais, normatizam relações jurídicas e as prerrogativas das demais instituições políticas, relativizando cada vez mais a realidade constitucional. Várias são as consequências do acolhimento da *determinative theory,* como a alteração dos planos de abstração das normas jurídicas pela consideração dos precedentes e a alteração vertical do bloco de constitucionalidade.

A natureza humana do intérprete o torna um cego na escuridão. Um olhar da realidade constitucional na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal compreendida a partir da *determinative theory* representa uma busca em ambiente em que há luz. Mas, nem sempre, é na luz que se encontra o que se procura.

Bibliografia

ALEXY; Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, *in* MACCORMICK, Neil. SUMMER, Robert S. (org.) **Interpreting precedents**: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashegate Publishing Limited, 1997, pg. 26/27.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMER,

Revista.indd 54 13/09/2011 11:44:39

Robert S. (org). **Interpreting precedents**: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashegate Publishing Limited, 1997

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). **Interpreting precedents**: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashegate Publishing Limited, 1997.

BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho?, *in* **La función judicial** – ética e democracia. MALEN, Jorge; OROZCO, Jesús y VÁZQUEZ, Rodolfo (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003.
CÂMARA, Alexandre Freitas. A coisa julgada no controle direto da constitucionalidade, in SARMENTO, Daniel, organizador.. **O controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CASAVOLA, Paolo. La giustizia costituzionale nel 1992. **Conferenza Stampa**. Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Disponível no site www.cortecostituzionale.it. Acesso 28 de outubro de 2007.

CLÈVE, Merlin Clèmerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTELLO, George. The Supreme Court's overruling of constitucional precedent: an Overriew. **CRS Report for Congress**, Novembrer 29, 2005. Disponível em http://www.nber.org/papers/w12913. Acesso em 08 de março de 2009.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W.. **Precedent in English Law**, 4th ed. Oxford University: 1991.

DEMO, Roberto Luís Luchi. **As "medidas provisórias" do Poder Judiciário**. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, nº 35, pg. 35-39, out/dez de 2006.

Revista.indd 55 13/09/2011 11:44:39

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008.

GIFIS, Steven H.. **Law Dictionary**, 5th ed. New York: Barron's, 2003

GUASTINI, Riccardo. A 'constitucionalização' do ordenamento jurídico na experiência italiana. *in* **A Constitucionalização do Direito**, Fundamentos teóricos e aplicações específicas, obra coletiva; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SAMENTO, Daniel, coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. **Anuario de Filosofia del Derecho**, XVIII, 2001.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**, tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LANDA, César. Las sentencias atípicas en la Jurisdicción Constitucional Latino Americana. Disponível em www.juridicas.unam.mx. Acesso em 31 de dezembro de 2010.

LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. **Revista española de derecho constitucional**, Año nº 8, Nº 22, 1988 , pags. 9-52.

MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador – appellellentscheidung – na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. Disponível no sítio http://br.geocities.com/profpito/oapelogilmar.html, acesso em 10 de abril de 2008.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Revista.indd 56 13/09/2011 11:44:39

MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (org). **Interpreting precedents**: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashegate Publishing Limited, 1997.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Direito Federal** – Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, nº 85, ano 23, 3º trimestre de 2006.

PIZZORUSSO, Alessandro. Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo. **Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Unam**. Disponível no site http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/29.pdf. Acesso em 03 de março de 2009

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

PUERTO, Manuel J. Rodríguez. Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve. **Anuário de Filosofia del Derecho**, n. XVI, 1999, pg 121/141.

SILTALA, Raimo. **A theory of precedent:** from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Oxford: Hart Publishing, 2000.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do Efeito Vinculante**: sua Legitimação e Aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SORLI, Juan-Sebastián Piniella. **Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad**. Encrucijada de competencias. Barcelona: Bosch, 1994.

STERN, Klaus. **Jurisdicción constitucional y legislador**. Madri: Dykinson, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Revista.indd 57 13/09/2011 11:44:39

_____ **Súmulas no direito brasileiro** - eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante, 2ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy, *in* MACCORMICK, Neil. SUMMER, Robert S. (org.) Interpreting precedents: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashegate Publishing Limited, 1997, pg. 154/155.

TIERSMA, Peter M. The textualization of precedent. **Notre Dame Law Review** V. 82:3, pg. 1187/1278. Paper nº 2007-28, April 2007.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Jurisdição Constitucional Brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZANDER, Michel. **The law-making process,** 6ª edição. Cambrige University Press.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Luis Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correa de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil** V.1, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Revista.indd 58 13/09/2011 11:44:39

O (neo)constitucionalismo e as faces da efetividade em um regime democrático permeável pelo ativismo judicial

Carlos Jair de Oliveira Jardim

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco
Especialista em Planejamento e Gestão Pública pela Universidade de Pernambuco.
Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco

RESUMO: Este trabalho encerra no seu escopo principal a apresentação de aspectos pertinentes à discussão que envolve o suposto e controvertido comportamento estatal comumente denominado de "ativismo judicial". Este fenômeno protagonizado pelo Poder Judiciário e tematizado pela doutrina, apresenta-se ora como resultado de decisões judiciais que obriga o Estado na concretização das políticas públicas, em conformação com os direitos sociais os quais foram erigidos à categoria de direitos fundamentais; ora na forma do polêmico discurso de extrapolação dos limites de atuação do Judiciário na seara das funções do Legislativo e Executivo. A sociedade, atônita, assiste a um grande embate institucional. O Estado, diferentemente de agir em conjunção, fragmenta-se, revelando um verdadeiro "cabo de guerra", numa verdadeira medição de forças entre as funções estatais.

SUMÁRIO: 1- Introdução; 2 - A ruptura e a continuidade ideológica entre Estado Absoluto, Estado Liberal e Estado Social; 3 - A inércia política das ações governamentais como um fenômeno que catalisa as distorções sociais e promove o embate das funções estatais; 4 - A representatividade política das funções estatais legislativa e executiva desautorizam a atuação jurisdicional quando interpreta em favor da concretização de políticas públicas ? 5 - A falibilidade da "Separação dos Poderes" no processo de reorganização das funções estatais ante a dinâmica da sociedade contemporânea; 6 – Conclusão;

Palavras-chave: Ativismo judicial; Direitos Sociais; Políticas Públicas

1. Introdução

O intuito desse texto é provocar uma reflexão acerca do fenômeno de transformação das instituições do Estado que vem experimentando os

Revista.indd 59 13/09/2011 11:44:39

limites formais impostos aos seus respectivos Poderes. Diante da forte crise institucional que abrange não só as duas Casas Legislativas, assim como, o Poder Executivo, ainda que em menor escala, traz para a cena o debate das vantagens e desvantagens de um Judiciário atuante na concretização das políticas públicas.

Indaga-se se é possível que o Judiciário sob o manto da proteção dos direitos fundamentais, tais como, os direitos sociais, poderia suprir uma omissão ou uma ação não regular da qual não fez valer eficazmente uma garantia constitucional e então exigir uma ação governamental para que tal direito se realize.

Essa análise perpassa necessariamente pela formação do Estado e suas consequentes transformações estruturais, para que se possa compreender em que nível ocorre a vinculação dos agentes públicos estatais, especialmente o Judiciário, para com a criação, conformação e alteração das políticas públicas, trazendo à baila a discussão sobre a ilegitimidade do Judiciário para atuar de tal forma.

2. A ruptura e a continuidade ideológica entre Estado Absoluto, Estado Liberal e Estado Social

Num olhar retrospectivo, é possível observar historicamente a manifestação de angústia de vários segmentos das sociedades passadas, as quais não se pouparam em manifestar sua repulsa pela submissão do caráter intervencionista do Estado, cujo "braço" autoritário alcançava as mais privadas relações sociais dos cidadãos.

Não demorou para brotar um sentimento reformista, protagonizado pela sociedade anglo-saxônica, nos idos medievais, que irrompeu com a conhecida Magna Carta de 1215 (*Magna Charta Libertatum*). Reconhecidamente, este foi um acontecimento que primou pela limitação do poder absoluto do Monarca, insensível às fronteiras de seus atos.

Seguiram-se outras não menos importantes incursões sociais de semelhante vulto, cuja atuação trilhava a mesma diretriz, qual seja, a importante missão de arrefecer as ilimitadas ações do poder real.

Este sentimento negativo em relação às ações do Estado pode ser considerado como sendo o movimento precursor da submissão do poder estatal ao predomínio de uma ordem jurídica ocorrida fora das ordenações palacianas e, portanto, uma ruptura de um sistema até então concentrado e que

Revista.indd 60 13/09/2011 11:44:39

mais tarde seria o sustentáculo para novos insurretos movimentos, de nítida influência iluminista, a saber: Revolução Americana e a Revolução Francesa e tantos outros fenômenos sociais que fizeram desses a fonte de inspiração.

Da ruptura do Estado Absoluto para o reconhecimento das prerrogativas dos direitos evocados pelos cidadãos, sucederam-se vigorosas transformações sociais cujas repercussões permeariam os alicerces dos aparelhos ideológicos, tanto na arena política e no plano religioso, quanto no âmbito econômico. Notadamente a este, é que se pode atribuir a responsabilidade pela pujante e verdadeira cisão do Estado Absoluto para a nova estrutura política conhecida como Estado Liberal (consagrador da liberdade econômica e da propriedade).

Do Estado Liberal emergiu a prevalência da *ordem que vigiu, e ainda vige,* desde o seu implemento e que fez com que as diversas tentativas de repaginação ficassem configuradas, tão-somente, no plano da sucessão dos sujeitos do poder, posto que os critérios econômicos do capitalismo emergente prevaleceram em detrimento aos demais. Vem bem a tomo as palavras de Antonio Enrique Pérez Luño:

> O Estado Social de Direito teve, portanto, uma origem híbrida fruto do compromisso entre tendências ideológicas díspares [...] De um lado, representou uma conquista política do socialismo democrático, o que se adverte com nitidez na ideologia inspiradora de uma de suas primeiras manifestações: a Constituição de Weimar; de outro, é fruto também do pensamento liberal mais progressista que o concebe como um instrumento de adaptação do aparelho político às novas exigências do capitalismo maduro.[51] (tradução nossa).

O recrudescimento dos pressupostos de existência do Estado Liberal, quais sejam a igualdade e a liberdade, eminentemente crivadas ao plano formal, vigoraram a insurgência de classes economicamente oprimidas – reveses do capitalismo emergente – abrindo caminho para o surgimento

[51] "El Estado social de Derecho tuvo, por tanto, un origen híbrido fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares [...] De un lado, representó una conquista política del socialismo democrático, lo que se advierte com nitidez em la ideologia inspiradora de una de sus primeras manifestaciones: la Constituición de Weimar; de otro, es fruto también del pensamiento liberal más progresista que lo concibe como un instrumento de adaptación del aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo maduro"(PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicon. Madrid: Editorial Tecnos, 2003. p. 223-224).

Revista.indd 61 13/09/2011 11:44:40

de outras estruturas políticas. Nesse panorama, acentua-se o aparecimento do Estado Social de Direito que consiste em um novo modelo institucional em que se permitiu, sob certa medida, o restabelecimento da concepção intervencionista do Estado nas relações sociais.

Diferentemente da estrutura política intervencionista que o antecedeu – aquela marcada pelo Estado Absoluto –, o Estado Social embora não sendo uma concepção inovadora, haja vista ter sido materialmente edificada sob uma estrutura fortemente calcificada pelo pensamento Liberal, ainda assim conseguiu, ao longo do anos, inovar no seu aspecto procedimental, reconhecendo no campo normativo, um aparato jurídico que instrumentalizava a amplitude do intervencionismo estatal e, no aspecto social, o compromisso e a responsabilidade de proporcionar o equilíbrio econômico-social pela atuação positiva do Estado, através da implementação de *ações públicas (políticas públicas)*. A esse intento, vale ressaltar a definição de Guilherme Amorim Campos da Silva:

> [...] o instrumento de ação do Estado e de seus poderes constituídos, em especial o Executivo e Legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas políticos constitucionais voltados à realização dos fins da República e do Estado Democrático de Direito, passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário.[52]

É de bom alvitre relembrar que a gênese das conquistas do Estado Social não relega o entorno ideológico Liberal (liberdade econômica e proteção à propriedade) ao esquecimento; ao contrário, estreita-se harmonicamente em certos princípios, sobretudo quando declina prestimosa atenção à vertente econômica do direito, que numa paradoxal aparência transfere para a Carta Política do País dispositivos legais capazes de regular a intervenção estatal na economia de mercado como uma forma de legitimar a forte atuação do poder econômico (classes dominantes) inclusive na conformação das políticas públicas que são as diretrizes da sociedade moderna.

[52] SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Direito ao desenvolvimento. São Paulo: Método, 2004, p.103-104.

Revista.indd 62 13/09/2011 11:44:40

> [...] A Constituição Econômica não é uma inovação do "constitucionalismo social" do século XX, mas está presente em todas as Constituições, inclusive nas liberais dos séculos XVIII e XIX. Durante o liberalismo, a visão predominante era da existência de uma ordem econômica natural, fora das esferas jurídicas e políticas, que, em tese, não precisaria ser garantida pela Constituição. No entanto, todas as Constituições liberais possuíam disposições econômicas em seus textos. A Constituição Econômica liberal existia para sancionar o existente, garantindo os fundamentos do sistema econômico liberal, ao prever dispositivos que preservavam a liberdade de comércio, a liberdade de indústria, a liberdade contratual e, fundamentalmente, o direito de propriedade.[53]

Embora não se reputando, originariamente, de pura autenticidade, é a partir do advento do Estado Social que o contexto dos direitos fundamentais rompe a barreira da esfera individual e passa a ser referenciado e consagrado na dimensão coletiva. Não obstante o reconhecimento de que todo o direito fundamental possa exigir a tutela estatal, é a partir desse momento histórico que a sociedade outorga ao Estado poderes para que, através de *políticas públicas efetivas*, desloque-se o eixo prioritário das ações governamentais para o equacionamento das desigualdades sociais.

3. A inércia política das ações governamentais como um fenômeno que catalisa as distorções sociais e promove o embate das funções estatais

Certamente nem mesmo para os maiores entusiastas do modelo de Estado Social de Direito passou despercebida a grandiosidade da missão da qual herdara o novo perfil de governança. O Estado transmudou-se da qualidade de agente negativo, tirânico e arbitrário para ser o protagonista do movimento reformador e chamar para si a responsabilidade de prover meios para o nivelamento das diferenças sociais através da distribuição de justiça e das riquezas.

[53] BERCOVICI, G. Constituição econômica e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2005, p.32.

Revista.indd 63 13/09/2011 11:44:40

O bem maior a ser protegido desviaria o foco de interesse do âmbito do particular, da individualidade, para a esfera do coletivo e da pluralidade, na qual se encontrava assentada a base da sociedade moderna.

Surpreendem-se os que, numa superficial e incauta análise inicial, submetidos posteriormente a um olhar mais aguçado, verificam que, de fato, os fundamentos inscritos no modelo Social não se descolaram do seu antecessor Liberal. Deste, para aquele, de certo não houve ruptura; senão, adaptações. No liberalismo defendia-se o regime do "*governo das leis*", cujo lema pretensiosamente perseguia no seu imaginário a pura forma de governar sem que se pudesse recair nas vicissitudes traiçoeiras das vaidades humanas. Aprioristicamente falando seria uma forma "romântica", senão ingênua, de quem espera encontrar a neutralidade no governo das leis; afinal, o Direito é uma criação humana, falível e impregnada de subjetividade e, portanto, em sendo as leis o seu conteúdo, estas também o são. Em última instância, seria um governo de homens (representantes) governantes, para os homens (representados) governados .

Essa constatação em nada nos leva a crer que se faz prementemente necessária a desconstrução ideológica do modelo Social, tão-somente por se presumir que a sua similitude com modelos que o antecederam renderiam razões para acreditar na sua inaptidão em realizar as metas que lhe foram conferidas. Ademais, não se pode olvidar que é a partir desse estágio político que os direitos fundamentais, notadamente os aclamados como direitos de segunda e terceira dimensões (ou como parte da doutrina prefere a designação do termo geração), ganhariam notoriedade a ponto de se tornarem a força propulsora que vai conduzir o processo de mudança.

Como se pode observar, se nada mais fosse possível ser concretizado pelo Estado Social, o processo de conscientização e expansão dos direitos fundamentais poderia ser apontado como uma substancial conquista, se considerarmos que a história da humanidade não nos reserva uma linearidade progressiva na qualidade da existência social, e o termo "evolução" persiste em restringir-se muito mais à passagem do tempo, e bem menos aos efeitos das ações humanas no seu transcorrer.

Restou reservada então, às esferas políticas estatais (entenda-se aqui os Entes públicos na conjunção das funções estatais), a responsabilidade de concretizar o que havia sido normatizado pela ordem social. Nada obstante os direitos sociais reclamarem a presença do Estado para a sua concretude,

Revista.indd 64 13/09/2011 11:44:40

dada a exigência de um aparato normativo e organizacional inerente às Instituições públicas, não se deve associar, em toda e qualquer situação, indiscriminadamente, que os direitos sociais comportem, na sua estrutura, tão-somente a qualidade de prestações (ações positivas); porquanto, existem situações em que se espera do Estado a obrigação de abster-se (ações negativas); do contrário, haveria a produção de prejuízos sociais. Não se autoriza com esse discurso que se avalize, por um lado, o agir incondicional e ilimitado do Estado; nem tampouco se quer ou se deseja promover uma situação de constante letargia estatal. O intuito é, sobretudo, mostrar a dualizada conduta do Estado sob o pendular e circunstancial comportamento ativo e passivo em relação às políticas públicas. Sobre esse tema, comenta Flávia Piovesan:

> No entanto, cabe realçar que, tanto os direitos sociais como os direitos civis e políticos, demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou, do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo.[54]

Afastemos, desde já, qualquer inadvertida leitura que possa dar margem a pensar que o próprio Estado venha, "*de per se*", promover o autocontrole, decidindo sobre o momento mais adequado de quando poderia, ou não, agir. Vale ressaltar que o constitucionalismo emergiu assoalhado pela proposta que, em tese, definia os limites impostos ao Estado. Esses mecanismos de

[54] PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Genesis: Revista de Direito do Trabalho, Curitiba, nº 118, p. 516, out. 2002.

Revista.indd 65 13/09/2011 11:44:40

controle legais serviram não só para calibrar os padrões de "ação" como também de "inação" do Estado; é dizer, direcionou o Ente estatal a ter a *iniciativa* no processo de criação, alteração e conformação de políticas públicas - certamente gerido por amplo debate participativo -, cuja finalidade tinha como mira a potencialização e concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais. Repise-se, não deve o Estado no seu "*agir*" atuar de forma desmedida; mas também, não deve e nem pode no seu "*não agir*" perpetuar situações excludentes. Espera-se um exaustivo monitoramento das políticas públicas pelos órgãos fiscalizadores, e também, senão primordialmente, pela sociedade.

No Brasil, em razão de um grande débito social decorrente da ausência de políticas públicas ou, quando muito, em tímidas intervenções estatais, é possível encontrar verdadeiros "bolsões de pobreza", cujas carências sociais contrariam, de toda sorte, os valores e garantias consagrados constitucionalmente[55].

São verdadeiros "*abismos ou vales sociais*" em que, de um lado, figura a grande massa de pessoas, o povo, que, para uma melhor contextualização do termo, poder-se-ia denominá-los como "os excluídos" e de outro lado, algumas privilegiadas classes como:

> a) os *esclarecidos*, aqueles que participaram do processo político de construção e reconstrução do movimento de (re)democratização do país, mas que, mesmo com uma considerável carga de esclarecimento acumulada não conseguem "contaminar" os que se amontoam na margem oposta, permanecendo "entorpecidos" no mundo do senso comum;
>
> b) a *classe política*, os representantes do povo, eleitos para exercerem as funções estatais legislativa e executiva, compostas

[55] Em recente divulgação de dados estatísticos (ano referencia 2007) elaborados pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, foram identificados, dentre outros, dois índices que despertam a atenção para o grave problema da desigualdade brasileira, a saber: o índice de 7,95 % de pessoas indigentes, ou seja, percentual de pessoas com renda domiciliar *per capita* inferior a linha de extrema pobreza; e o índice de 22,70 % de pessoas pobres, percentual de pessoas com renda domiciliar *per capita* inferior a linha da pobreza. Dados balizados para uma população estimada em 169.799.170 habitantes. Fonte: www.ipeadata.gov.br .

Revista.indd 66 13/09/2011 11:44:40

por aqueles que detêm o poder e o dever de espancar a situação de carência social mas, no entanto, através de ações desmedidas ou omissões, demonstradas pelas "pirotecnias" ou letargias políticas, respectivamente, desvinculam-se da responsabilidade de agentes da transformação e ousam em simulacros de ações estatais, aparentemente numa provável manobra política para evitar os riscos eleitorais que impeçam a perpetuação partidária;

c) o "*Poder Judiciário*", considerado como derradeiro estágio de socorro dos cidadãos, esculpido ainda sob estrutura que enaltece, em alto grau, todos os aspectos de uma verticalizada hierarquia e com isso agrega elementos que militam em favor da extremada reverência. Vez por outra, encontra-se diante de pressões políticas (comumente são atos reflexos ou inquietações advindas do âmbito político e que toma vulto ressonante no seio da sociedade) exigindo do Judiciário um comportamento que se aproxime mais da sua nascente escola interpretativa, qual seja, ancorado restritamente no formalismo. Entretanto, em face do novo perfil evocado do seu papel de garantidor dos direitos do cidadão, o Judiciário vai de encontro ao paradigma da neutralidade e constrói interpretações que impõem, ainda que por via reflexa, a concretização das políticas públicas, e que atualmente tem-se denominado de "ativismo judicial".

A impetuosa reação interpretativa do Judiciário configura-se como uma "ponte" que vem sendo construída para estreitar o "vale" da desigualdade social que afronta, por pura inércia ou descomprometimento das ações governamentais, os direitos sociais os quais foram erigidos à situação de direitos fundamentais, e que estão elencados em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988, dentre os quais os artigos: 6º, 7º, 196 (direitos à saúde), 201 e 202 (previdência social), 203 (assistência social),

Revista.indd 67 13/09/2011 11:44:40

205 (educação), 227 (proteção à criança e ao adolescente) e 230 (amparo ao idoso).

É possível creditar à ineficácia das ações governamentais o legado de descrença e apatia da população para com a classe política. Essa parcela da sociedade que paradoxalmente é a maioria (razão de um regime democrático), ainda não consegue fazer presente nas suas vidas, todas as "maravilhas" que as conquistas do mundo pós-industrial reservou à humanidade. Os direitos sociais são uma conquista do pós-guerra, marcadamente após o segundo conflito mundial, e que deveriam, em conjunção, apresentar duas faces: a face do direito do cidadão e a face do dever do Estado. Ainda não se experimentou, na plenitude de seus efeitos, qualquer das duas faces: na primeira, porque tornou-se direito do cidadão, tão-somente, no plano formal; na segunda, não houve assunção de dever do Estado senão pelas vias do Judiciário.

4. A representatividade política das funções estatais legislativa e executiva desautorizam a atuação jurisdicional quando interpreta em favor da concretização de políticas públicas ?

A imagem de uma democracia na qual as controvérsias da sociedade eram decididas através da participação quantitativa de sua população talvez tenha produzido certa influência no imaginário interpretativo que se pode extrair das leituras dos grandes clássicos épicos gregos. No entanto, ousando um resgate, ainda que breve, através de uma incursão histórica ao tempo dos seus precursores atenienses, é possível se deparar com situações reveladoras de um regime de participação popular consideravelmente restrita – havia verdadeiros grupos excluídos do processo decisório da sociedade, haja vista a não participação das mulheres, dos escravos, e de outros tantos considerados não-cidadãos atenienses. Entretanto, nada pode afastar daquele povo o contributo do pioneirismo da reflexão e implementação de um sistema com alargamento da participação dos membros da sociedade.

O que se espera é, na verdade, uma certa prudência ao se transportar um conceito longínquo no tempo, como no caso dos padrões adotados pela democracia grega, e aplicá-lo de forma simplista nas sociedades atuais, sem

Revista.indd 68 13/09/2011 11:44:40

sequer contextualizar os valores experimentados e aceitos a cada época. Nesse particular, afirma Giovanni Sartori:

> Não nos percamos em distinções secundárias e duvidosas, como a de discutir se os antigos tinham liberdades políticas, mas não tinham liberdades civis, ou vice-versa. A essência é, muito simplesmente, que suas ideias de liberdade civil, política, jurídica, individual e qualquer outra não eram iguais às nossas. Nem poderia ser de outra forma, pois estamos separados dos antigos pela aquisição de valores dos quais eles não tinham conhecimento.[56]

As sociedades modernas traduzem-se em estruturas complexas. Essa complexidade tem como base a pluralidade de comportamentos de todos os gêneros (econômico, religioso, cultural, etc) que pela dificuldade de contemplar os diversos interesses acabam por romper e fragmentar o antigo modelo hegemônico de poder. Ocorre que a organização política direta se mostrou inviável em face da inexequibilidade de se instrumentalizar o processo decisório. Abriu-se, então, o caminho para o surgimento do modelo de participação representativa de governo em que os sujeitos do poder, os cidadãos, outorgam prerrogativas aos seus representantes eleitos e lhes conferem o poder de decidirem sobre as questões políticas.

Nos países em que a ampla participação dos cidadãos nas questões políticas delineiam a forma de governo popular e democrático, é comum que se dispensem maior atenção à concordância de opiniões do que propriamente ao dissenso, malgrado ser este o elemento que invariavelmente se apresenta nas atuais democracias contemporâneas, dada a pluralidade daqueles que as formam.

A tônica que insiste em rodear os discursos políticos tendenciosamente populistas, quase sempre recai no termo "consenso", como se essa mágica palavra revelasse a maciça participação popular no processo deliberativo decisório. Falar em consenso num regime democrático nos moldes de um sistema de produção capitalista é, numa análise pragmática, conferir sentido a acordos celebrados entre as classes que dominam a dinâmica do processo produtivo do país.

[56] SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. São Paulo: Ática, 1994, 2v. p. 45-46

Revista.indd 69 13/09/2011 11:44:40

Nesse contexto, a classe política que representa as funções estatais e que se legitima pelo processo eleitoral do país ganha na sua composição qualitativa um perfil que pode não espelhar a pluralidade da sociedade. Nas palavras de Robert Dahl:

> Mesmo que a "classe política" não seja uma boa amostragem das categorias econômicas e sociais de um país – e muitos defensores da democracia representativa argumentariam que ela não precisaria nem deveria sê-lo –, a ampliação do sufrágio junto à competição política torna, porém, os parlamentos, em particular, e a liderança política, em geral, consideravelmente mais representativos no sentido puramente estatístico".[57]

Considerando os padrões analisados até então, e fazendo um paralelo com a representatividade política da sociedade brasileira, concernentes às funções do Legislativo e Executivo, é de se exaltar que no contexto da nossa pluralidade societal, constatada pela paridade analógica da extensão territorial do país, tem-se como revelador, senão deveras inquietante, o questionamento de quão legítimo seria realmente o processo político pelo qual são tomadas as decisões acerca das políticas públicas. É de singular importância os comentários de Francisco Gérson Marques de Lima a respeito do tema:

> Abrimos, aqui, um breve espaço para estabelecer a correlação existente entre as classes socialmente estratificadas (basicamente: baixa, média e alta) e sua correspondente representação nos órgãos legislativos ou, mais do que isso, nos atores políticos, senão no próprio palco político. A uma análise perfunctória conclui-se que no Brasil as classes baixa, média e alta representam, no índice populacional, respectivamente cerca de 70%, 25% e 5%, aproximadamente. No entanto, a representação política é inversamente proporcional, pois a classe alta fornece cerca de 70% (ou mais) dos representantes políticos da Nação, com cadeira nos Legislativos do país inteiro, enquanto a classe média participa com, aproximadamente, 20% e a classe baixa

[57] DAHL, Robert A.. Poliarquia: participação e oposição. São Paulo: Editora da universidade de São Paulo, 1997, p. 43

Revista.indd 70 13/09/2011 11:44:40

> fica com os 10% restantes. Ou seja: graficamente as pirâmides apresentam-se invertidas, de ponta-cabeça uma para outra.[58]

Ora, a julgar pelos números acima apresentados é possível se inferir que a representatividade política que define os contornos das Instituições Públicas, tanto do Parlamento quanto do Executivo, está sendo construída por um alto percentual de uma determinada classe social, notadamente a classe alta, porém, em escala consideravelmente baixa se comparada a sua participação na pirâmide populacional.

Neste sentido há de se exaltar uma inquietação: essa formação da classe política brasileira, forjada pelo sufrágio universal e que trouxe à tona, como numa espécie de "radiografia" das urnas, a identificação com uma determinada faixa da sociedade e que representa a minoria quantitativa da população, será capaz de sublimar o sentimento de fidelização em relação ao eleitorado que lhe deu apoio e, concentrar os esforços pela criação e implementação das leis a ponto de priorizar o foco das decisões políticas para a maioria da sociedade?

Essa é uma indagação difícil de ser equacionada. É possível que sob quaisquer ângulos que se pretenda responder ao referido questionamento haverá uma incômoda e frontal repercussão no contexto da legitimidade de todo um sistema político. No caso da resposta afirmativa, a classe política não estará sendo fiel ao resultado das urnas. Em se tratando de resposta negativa, haverá um descompasso das ações em relação à maioria da população. De toda sorte, as leis que porventura serão criadas ou implementadas tenderão à aproximação do conflito de interesses e não à desejada estabilidade que se espera de um processo democrático, em favor desse ou daquele resultado, haja vista que ou a maioria da população ou a maioria dos votos perderá prestígio. Em última análise, haverá como derradeira instância de debate, o foro judicial. Há como se aparelhar tal apontamento com uma breve leitura do excerto da obra de Zagrebelsky:

> A lei - neste ponto de sua história - já não é a expressão <<pacífica>> de uma sociedade política internamente coerente, senão que é manifestação e instrumento de competição ou enfrentamento social; não é o final, senão

[58] LIMA, Francisco Gérson Marques de. Fundamentos Constitucionais do Processo: sob a Perspectiva da Eficácia dos Direitos e Garantias Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 120.

Revista.indd 71 13/09/2011 11:44:40

a continuação de um conflito; não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressões de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis, é dizer, se se quer <<constitucionais>> do ordenamento. É, pelo contrário, um ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificados de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificados) que persegue interesses privados.

A lei, em suma, já não é garantia absoluta e última de estabilidade, senão que ela mesma se converte em instrumento e causa de instabilidade. As consequências das ocasionalidades das coalizões de interesses que ela expressa se multiplicam, por sua vez, em razão do número progressivamente crescente de intervenções legislativas requeridas pelas novas situações constitucionais materiais. O acesso ao Estado de numerosas e heterogêneas forças que reclamam proteção mediante o direito exige continuamente novas regras e intervenções jurídicas que cada vez estendem mais a presença da lei a setores anteriormente abandonados e a regulação autônomas dos mecanismos sociais espontâneos, como a ordem econômica ou deixados a livre iniciativa individual, como era a beneficência, hoje respaldada ou substituída pela intervenção pública na assistência e na seguridade social. Nestes campos, nos que as leis atuam sobretudo como medidas de apoio a este ou aquele sujeito social e vêm determinadas mas por variadas relações de força que por desenhos gerais e coerentes, a instabilidade é máxima e que urge a exigência de proteção frente à ocasionalidade dos acordos particulares que impulsionam a legislação.[59]

[59] "la ley - en este punto de su historia - ya no es la expressión <<pacífica>> de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición u enfrentamento social; no es el final, sino la continnuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, <<constitucionales>>, de ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares.

La ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte em instrumento y causa de inestabilidad. Las consecuencias de la ocasionalidad de las coaliciones de intereses que ella expressa se multiplican, a su vez, em razón del número progressivamente creciente de intervenciones legislativas requeridas por las nuevas situaciones constitucionales materiais.

Revista.indd 72 13/09/2011 11:44:40

(tradução nossa).

5. A falibilidade da "Separação dos Poderes" no processo de reorganização das funções estatais ante a dinâmica da sociedade contemporânea

O esclarecimento da população acerca das conquistas dos direitos econômicos, sociais e culturais, aliado a falta de representatividade política das classes menos favorecidas e uma estratificação econômica desigual, de certa forma, deram azo ao estímulo dos conflitos, o que acentuou a corrida pela tutela do Judiciário, o qual assumiu um novo perfil, com maior visibilidade política, cuja outorga lhe foi tacitamente sinalizada pela atual sociedade em face das crescentes e reiteradas demandas. Dessa transformação na dinâmica estrutural da atuação das funções estatais desnudou-se um cenário que revelou com grande densidade a ideia de que a clássica formatação da estrutura funcional do Estado deixou de se submeter aos rígidos padrões outrora calcados na "Tripartição dos Poderes". É o que se pode inferir das palavras de João Maurício Adeodato:

> [...] nos dias atuais, correntes como o uso alternativo do direito, o ativismo judicial ou a hermenêutica filosófica, apesar de suas diferenças, propugnam exatamente por uma politização do judiciário, entendendo-o como criador de direito e realizador de demandas sociais em defesa dos cidadãos e minorias menos privilegiados economicamente. E mesmo os mais legalistas e os partidários de uma clara separação de poderes reconhecem que esse princípio não pode ser mais compreendido como queria Montesquieu.[60]

El acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas que reclaman protección mediante el derecho exige continuamente nuevas reglas e intervenciones jurídicas que cada vez extiendem más la presencia de la ley a sectores anteriormente abandonados a la regulación autónoma de los mecanismos sociales espontáneos, como el orden económica, o dejados a la libre iniciativa individual, como era la beneficencia, hoy respaldada o sustituida por la intervención pública en la asistencia y en la seguridad social. En estos campos, em los que las leyes actúam sobre todo como medidas de apoyo a este o aquel sujeto social y vienen determinadas más por cambiantes relaciones de fuerza que por diseños generales y coherentes, la inestabilidad es máxima y se hace acuciante la exigencia de protección frente a la ocasionalidad de los acuerdos particulares que impulsan la legislación" (ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 3ª ed., 1999, p. 38).

[60] ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação dos poderes?. IN: NOVELINO, Marcelo (org).

Revista.indd 73 13/09/2011 11:44:40

Nesta senda é possível fazer a seguinte leitura, relativamente aos direitos sociais e tão-somente para sua concretude: quando o Judiciário encerra nas suas decisões resultados que estão em conformidade com a Carta Fundamental e faz prevalecer a vinculação prevista constitucionalmente de efetivação das políticas públicas para a consecução de direitos fundamentais – notadamente os direitos sociais –, não está se distanciando do exercício das atribuições que lhe foram conferidas pela Lei Maior e, dessa forma, não há de se falar em ilegitimidade.

Repugna, a certa corrente doutrinária, o fato de haver provimentos judiciais que adentram nas matérias que dizem respeito à concretização das políticas públicas. O entendimento é que se o judiciário age dessa forma estaria recaindo na usurpação das funções estatais das quais caberia exclusiva titularidade do Legislativo ou Executivo.

Tem-se como contraponto o fato de que os direitos sociais não se enquadram na prestação universal, ou seja, não requer uma uniformização da sua aplicabilidade para toda e qualquer classe da população, senão para aquela sob a qual o infortúnio da desigualdade social se impôs de tal modo que a impeça de usufruir, com dignidade, as condições mínimas de existência[61], exigindo, portanto, a participação efetiva do Legislativo e do Executivo na elaboração e implementação de ações governamentais, respectivamente. Se o Estado deixa de atribuir a condição de destinatários de direitos sociais a uma considerável parcela dos seus cidadãos – e isso se dá tão-somente pela ausência de políticas públicas para as classes menos favorecidas economicamente – isso, por si só, já caracterizaria a redução da condição mínima de existência, ensejando, dessa forma, a busca pela tutela jurisdicional do Judiciário.

Já se foi dito, portanto, que perdeu intensidade e aplicabilidade a clássica teoria *Montesquiana,* que teve ao seu tempo, a consagração da classe social hegemônica, no momento em que se contrapôs à concentração do Poder Absoluto. Alavancadas pelo advento da Modernidade e a crescente complexidade das sociedades pós-industriais, as relações de poder se

Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 284.

[61] Por mais que pareça um conceito fluido, e sem a intenção de extrapolar os estritos limites desse trabalho, é possível, dentro de uma abordagem intelectiva comum, sem maiores investigações científicas, reconhecer como natural e mínimo o direito à educação básica, às refeições mínimas diárias, à integridade física, dentre outros tantos mais ...

Revista.indd 74 13/09/2011 11:44:40

diversificaram e se constituíram com maior intensidade para além do âmbito estatal (diga-se, fenômeno que se deu de forma exógena ao sistema).

No atual estágio de Estado de Direito Social, para que se acolha o papel de agente ativo do Estado no processo de transformação do quadro de desigualdade social, deve-se mitigar à concepção do perfil negativo em relação ao cidadão, remetendo-se, então, para qualquer das funções estatais – precipuamente ao Judiciário, se provocado for –, a responsabilidade pela concretização das garantias constitucionalmente estabelecidas.

Portanto, é dever do Poder Estatal, no cotejo da conjunção das suas funções, fazer valer a eficácia vinculante dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais. Veja-se o que diz Ingo Wolfgang Sarlet acerca do tema:

> Diversamente do que enuncia o art. 18/1 da Constituição Portuguesa, que expressamente prevê a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, a nossa Lei Fundamental, neste particular, quedou silente na formulação do seu art. 5º, § 1º, limitando-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais. A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.[62]

Faz-se oportuno esclarecer que a prerrogativa outorgada pela Constituição ao Judiciário em favor da realização dos direitos fundamentais aperfeiçoa-se pela ponderação da racionalidade acerca dos pressupostos instrumentais da Administração Pública, vale dizer, da sua capacidade

[62] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 7ª ed., p. 387.

Revista.indd 75 13/09/2011 11:44:40

técnica, financeira e orçamentária, sem que para a realização de tal decisão venha impor ao Estado o ônus de uma aplicação insustentável.

A título meramente ilustrativo, imaginemos uma situação hipotética em que determinado cidadão, de situação econômica bastante precária, venha a se socorrer da tutela jurisdicional para que o Estado lhe reserve o direito de receber gratuitamente um medicamento da marca "X", do laboratório "Y", em que postula ser de necessidade primária e imprescindível para a manutenção da sua saúde, do qual sem o seu fornecimento não haveria possibilidade de sobrevivência. Caberia, certamente, ao Judiciário fazer valer o direito fundamental à vida, determinando que a Administração lhe conceda um tratamento adequado. Entretanto, à guisa de informações diligenciadas pelo magistrado, o medicamento poderia não ser, necessariamente, da marca "X", do laboratório "Y", caso em que houvesse com isso uma desproporcionalidade em relação à realidade orçamentária do Ente estatal. Razoável, para tanto, que se determinasse, como medida alternativa, uma droga medicamentosa, que apesar de menor expressão econômica, surtisse os mesmos efeitos perseguidos. Assim, equalizam-se as legítimas pretensões dos cidadãos com as reais condições operacionais da Administração. Inconcebível seria erigir as dificuldades orçamentárias em face do estado não comum de precariedade da saúde do cidadão. É provável que seja menos danoso, no contexto dos direitos fundamentais, flexibilizar determinadas condutas orçamentárias (flexibilização de rubricas) do que deixar de priorizar a saúde dos cidadãos, mormente em condições especialíssimas como da qual se relatou. Depreende-se do exposto que a garantia do direito fundamental é inconteste, sob pena de transformar a Constituição num mero documento formal sem nenhuma eficácia. Para tanto, não se pode excepcionar, de nenhuma das funções estatais, a legitimidade para a sua concretização dos direitos fundamentais, principalmente ao Judiciário que tem o papel constitucional de garantidor. À Administração Pública, reserva-se os meios razoáveis de garantir sua implementação.

Como se pode inferir do próprio Texto Maior, especificamente ao art. 5º, § 1º, da CF/88, os direitos e garantias fundamentais dentre eles os direitos sociais, econômicos e culturais, por se constituírem em dispositivos de aplicação imediata, são susceptíveis à tutela judicial, mormente quando se

Revista.indd 76 13/09/2011 11:44:40

depara com uma eventual omissão legislativa ou pela falta de implementação de ações públicas pelo Executivo.

Através de um mero exercício mental, vamos imaginar o seguinte cenário, se possível fosse, de retorno ao tempo, em que se aplique com rigor o princípio da Separação dos Poderes, a saber: Existe um direito formalmente prescrito no ordenamento jurídico; não há regulamentação para este direito, ou, se há, não se concretiza por falta de implementação de ações políticas; ao mesmo passo, não se permite ao cidadão socorrer-se do Poder Judiciário para tal finalidade porque a ele, supostamente, não lhe foi outorgada determinada legitimidade. Pergunta-se: qual seria a finalidade de haver a prescrição de tal direito na Constituição? Qual seria então a função do Judiciário ante a violação de um direito constitucional? Uma ação política desmedida ou sua omissão, relativamente ao direito em tela, não seria objeto do crivo da sindicabilidade pelo Poder Judiciário?

Em maior ou menor grau é possível que o desejo de uma resposta negativa a todas essas indagações se veja respaldado no receio de ocorrer a transferência de poder para a função jurisdicional (tornando-o num "superpoder") e, com isso, fomentar o desequilíbrio da estrutura do Estado em que se concentrariam, por via reflexa, as funções estatais legislativas, executivas e judiciais, favorecendo, dessa forma, o que pejorativamente recebe a alcunha de "ditadura togada".

O aspecto idealista que inquieta parte da doutrina acerca da possível supremacia do Judiciário sobre os demais poderes constituídos parece residir no temor de uma acentuada aderência aos padrões morais subjetivos do julgador em detrimento dos pressupostos legais estabelecidos pelo ordenamento jurídico. E que a reiterada prática desses padrões acabe por tornar o sistema normativo com caráter débil e com possibilidade de ser impregnado de composição interpretativa de cunho prescritivo o que tornaria o direito e a moral sem linhas divisórias visíveis, o que tornaria o processo decisório com aspecto eminentemente pessoal e de alta carga axiológica, despregado da sustentabilidade da segurança jurídica perseguida pela subsunção perda de controle do Judiciário a ponto de se tornar ou não ser pertinente tal receio, nem ao menos plausível, tal situação.

A uma, porque a defesa dos direitos sociais do cidadão pelo judiciário está longe de ser ato ditatorial; até porque os direitos sociais, econômicos e culturais não podem ser reduzidos a meras promessas políticas

Revista.indd 77 13/09/2011 11:44:40

descompromissadas em ofertas eleitoreiras. Essa, certamente, não deveria ser a conduta das Instituições Públicas; isso porque além de disposto na Constituição, tais direitos e garantias ganharam também amplitude externa quando integraram as instâncias reguladoras, acolhidas no âmbito internacional, como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e pelo Protocolo de San Salvador. Oportunas são as seguintes considerações:

> Além do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, há que se mencionar o Protocolo de San Salvador, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, que entrou em vigor em novembro de 1999. Tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este tratado da OEA reforça os deveres jurídicos dos Estados-partes no tocante aos direitos sociais, que devem ser aplicados progressivamente, sem recuos e retrocessos, para que se alcance sua plena efetividade. O Protocolo de San Salvador estabelece um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo o direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à saúde, direito à previdência social, direito à educação, direito à cultura, (...) Este Protocolo acolhe (tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) a concepção de que cabe aos Estados investir o máximo dos recursos disponíveis para alcançar, progressivamente, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Este Protocolo permite o recurso ao direito de petição a instâncias internacionais para a defesa de dois dos direitos nele previstos – o direito à educação e os direitos sindicais. Estes instrumentos internacionais acabaram por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômicos-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política deixa de concebida como um domínio juridicamente livre e desvinculado.[63]

A duas, porque quando o Judiciário supostamente estende a sua atuação não o faz ao arrepio da legalidade, posto que a ela também se submete.

[63] PIOVESAN, op. cit. p. 517-518

Revista.indd 78 13/09/2011 11:44:40

Existe todo um arcabouço de controle da atividade judicial que perpassa desde os mecanismos de fiscalização exercidos no âmbito interno, na sua esfera administrativa (agora aperfeiçoado pelo CNJ), quanto também aos órgãos e instrumentos externos, tais como o Ministério Público, o Mandado de Segurança, a Ação Civil Pública, dentre outros.

A três, porque o "vácuo político", intencional ou não, resultante da omissão do Legislativo e inércia do Executivo, relativamente às ações governamentais, propiciou uma maior capilaridade do Judiciário ao longo do contencioso processual nas extensas fileiras de suas demandas que, em harmonia com a nova conformação jurídica reconhecida pelo *Neoconstitucionalismo* (estreitamento das fronteiras entre o direito e a moral), encontrou na sua base principiológica do ordenamento jurídico, os fundamentos para a defesa dos direitos sociais que foram extraídos dos próprios padrões materiais (até então somente se ponderavam os padrões legais) exigidos pela sociedade, para a concretização das políticas públicas.

Portanto, é dentro desse contexto de expansão da atuação do Judiciário face à defesa dos direitos sociais que o Brasil oscilou entre autocontenção e ativismo judicial. Exceto por uma resposta ativa da classe política no sentido de tentar eliminar ou atenuar com vigor o atraso social, é bem provável que a sociedade se mantenha a mercê de embates institucionais como o que ora se depara.

6. Conclusão

É inegável que a atuação do Judiciário brasileiro tem se apresentado nos últimos anos como um fator de preocupação no equilíbrio das funções estatais. No entanto, essa postura ativista revela, marcadamente, uma característica de reaproximação do direito com valores morais, haja vista a grande promessa de igualdade da modernidade em contraposição aos registros da crise da pós-modernidade. A representatividade política interessada, os estéreis instrumentos legais positivados e as políticas públicas insuficientes sintetizam a falência de um sistema de poder estatal que insiste em confluir toda a sorte de solução dos conflitos sociais para as decisões judiciais.

A realização dos direitos sociais, os quais encontram-se prescritos num sem-número de dispositivos legais, espelha na parca iniciativa do Estado a

Revista.indd 79 13/09/2011 11:44:40

sua obstaculização. Projeta-se um cenário em que a classe política insiste em não alavancar esforços em projetos sociais que poderiam redundar num risco da perpetuação partidária. Como o Judiciário, em tese, não prescinde de uma contrapartida das suas ações perante o povo, já que esse não o elege, a classe política, inerte nas suas ações, direciona as soluções dos problemas sociais para as demandas contenciosas.

Por um lado o Judiciário sofre um verdadeiro inchaço nas suas instâncias internas, mas por outro, agiganta-se e se transforma na visão de Ingeborg Maus[64] "superego" da sociedade. As instituições estatais e a sociedade ao despertar da transferência de parcela do ônus dos problemas sociais ao Judiciário, mas que acabou por se reverter em parcela de bônus político, tentam agora por discursos instrumentais (ilegitimidade, reserva do possível, discricionariedade dos meios, princípio democrático, dentre outros) restabelecer o *status quo ante*.

A instabilidade gerada no sistema político pela transferência de responsabilidade para o Judiciário acabou obrigando o próprio sistema a promover sua auto-organização (característica do pensamento sistêmico).

Essa situação, embora necessária, não se configura como a ideal e nem deveria se perpetuar. A estabilização das funções estatais no âmbito dos direitos sociais deve ocorrer pela conjunção de todas as forças políticas institucionais que regem os Poderes do Estado.

7.Referências

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação dos poderes?. IN: NOVELINO, Marcelo (org). **Leituras complementares de direito constitucional**: Teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009.

BERCOVICI, G. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DAHL, Robert A.. **Poliarquia:** participação e oposição. São Paulo: Editora da universidade de São Paulo, 1997.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Ipeadata**. Disponível

[64] MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000.

Revista.indd 80 13/09/2011 11:44:40

em : http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?65370046. Acesso em: 20 ago 2009.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo:** sob a Perspectiva da Eficácia dos Direitos e Garantias Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicon**. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Genesis: Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, nº 118, out. 2002.
SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 7ª ed.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 3ª ed., 1999.

Revista.indd 81 13/09/2011 11:44:40

O mínimo existencial na perspectiva do método fenomenológico - uma abordagem acerca da atuação dos juízes

Charles S. Barbosa [1☼]

Acho que na sociedade actual nos falta filosofia. Filosofia como espaço, lugar, método de reflexão, que pode não ter um objectivo determinado, como a ciência, que avança para satisfazer objectivos. Falta-nos reflexão, pensar, precisamos do trabalho de pensar, e parece-me que, sem ideias, nao vamos a parte nenhuma.
José Saramago (1922-2010)

RESUMO: A experiência, que viabiliza tão somente o contingente e o singular, não fornece à ciência o princípio universal e necessário de uma afirmação semelhante. O empirismo não pode ser compreendido pelo empirismo. O pensar fenomenológico é, antes de método, um estilo de vida orientado a viabilizar a compreensão da universalidade de essências. O retorno às coisas mesmas constitui etapa fundamental para a construção de soluções mais adequadas aos problemas que afligem a sociedade, sobretudo nas questões que envolvem o mínimo existencial. No embate entre necessidade e poder, o retorno à essência permite ao juiz encontrar os fundamentos necessários para, orientado pelas regras do discurso, extrair do texto legal a solução mais adequada à solução dos conflitos sociais.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – O método fenomenológico e a universalidade de essências; 3 – A percepção do juiz e a essência do mínimo existencial; 4 – Conclusão. Referências

[1☼] Mestrando em Direito Público do Programa de Pós Graduação da Universidade Federal da Bahia. Artigo apresentado em 2010.1 como requisito parcial para aprovação na disciplina: Metodologia da Pesquisa em Direito, ministrada pelos Professores Rodolfo Pamplona e Nelson Cerqueira.

Revista.indd 82 13/09/2011 11:44:40

PALAVRAS-CHAVE: Mínimo Existencial; Essência; Redução Fenomenológica; Redução Eidética; Juízes.

ABSTRACT
The experience, which gives only the contingent and singular, cannot provide science with the universal and necessary principle of a similar statement. Empiricism can not be understood by empiricism. The phenomenological thinking is, more than a method, a lifestyle-oriented that allows an understanding of universal essences. The return to things themselves is a fundamental stage for the construction of more appropriated solutions to the problems that hits the society, particularly in issues involving the existential minimum. In the battle between need and power, the return to essence helps the judges, guided by the rules of discourse, to find the necessary bases for the solution of social conflicts.

KEY-WORDS: Existential Minimum; Essence; Phenomenological Reduction; Eidetic Reduction; Judges.

1. Introdução

As dificuldades alusivas à compreensão das possibilidades de aplicação do método fenomenológico no âmbito das ciências sociais parecem estar severamente vinculadas à relação de dependência existente entre o ser humano e o mundo das coisas.

Abandonar o empirismo para perceber fenômenos que operam no campo das ideias, dissociado de qualquer pretensão de conexão intramundos, exige operações mentais que se mostram inexequíveis para aqueles que insistem em empreender a sua utópica busca pela verdade do conhecimento exclusivamente no campo da experiência.

Desse modo, a existência do objeto ideal não prescinde de qualquer correspondência no mundo empírico, pelo que não há, segundo a visão husserliana até então desenvolvida, qualquer necessidade de retorno ao mundo das coisas para confirmar a existência do objeto sobre o qual se empreendeu a operação inicial de redução.

Sem dúvida alguma, essa absoluta dissociação da universalidade dos fatos é extraída do pensamento de Husserl. Por isso mesmo, identificam-

Revista.indd 83 13/09/2011 11:44:41

se na doutrina posições que sustentam inconvenientes da proposta husserliana, nomeadamente por meio do cotejo com o pensamento de Jürgen Habermas.

Nada obstante, o pensar fenomenológico é, antes de método, um estilo de vida orientado a viabilizar a compreensão das essências.

É com tal perspectiva que este escrito se desenvolve, para firmar posições no sentido de que as reflexões do juiz diante de questões que envolvem o mínimo existencial devem pressupor a sua compreensão da realidade social, o "retorno às coisas mesmas" e o trânsito pela universalidade de essências, sem o que não se pode reconhecer no magistrado idoneidade para atuar na solução dos conflitos sociais.

2. O MÉTODO FENOMENOLÓGICO E A UNIVERSALIDADE DE ESSÊNCIAS

Como Jean-Francois Lyotard adverte, não é possível à experiência – que viabiliza tão somente o contingente e o singular – ter idoneidade para fornecer à ciência o princípio universal e necessário de uma afirmação semelhante. O empirismo não pode ser compreendido pelo empirismo.[2]

Tais reflexões revelam a fragilidade das correntes empiristas - que visualizam na experiência a única fonte de conhecimento -, e apontam para o retorno à essência mesma das coisas como condição fundamental à compreensão do mundo.

Impõe-se, pois, incursão no pensamento husserliano, já que foi Edmund Husserl, com a concepção da teoria das essências, que retomou a perspectiva ontológica da metafísica, para além das investigações aristotélicas.

Husserl nos apresenta o método fenomenológico, fundado na redução eidética, que defende a tomada dos objetos como essência fixada na realidade e independente do sujeito, todavia marcado pela possibilidade de cognição.

Ao discorrer sobre os mal entendidos naturalistas (naturalistiche missdeutungen), Husserl sustenta que o erro principiológico da argumentação empirista situa-se no fato de que se identifica ou confunde

[2] LYOTARD, Jean-F. *La phénoménologie*. França: Presses Universsitaires de France, 1954. p. 13. "*Or expérience, ne fournissant jamais que du contingent et du singulier, ne peut offrir à la science lê príncipe universel et nécessaire d'une affirmation semblable*".

Revista.indd 84 13/09/2011 11:44:41

a exigência fundamental de retorno às coisas mesmas (Sachen Selbst) com a exigência de toda fundamentação do conhecimento pela experiência, aduzindo, ainda, que, malgrado o motivo que originalmente guia o pensamento empirista seja marcado pela boa intenção, repousa o sustentado sobre mal entendidos e preconceitos. [3]

Com efeito, ao delinear as reflexões introdutórias e gerais para a fundação de uma fenomenologia pura, Husserl já inicia com a afirmação de que conhecimento natural tem seu início por meio da experiência e com ela permanece.[4]

Tem-se, pois, nesse campo, o mundo como o horizonte total de investigações possíveis, cenário de orientação originária em que despontam as ciências do mundo, as quais, enquanto predominarem com exclusividade, manterão em si os conceitos de "Ser verdadeiro", "Ser efetivo", vale dizer, "Ser real", compreendido como o "Ser no mundo", tendo em vista que todo real se alia à unidade do mundo. [5]

Os objetos do mundo natural, portanto, constituem ponto de partida para a experiência natural e suas investigações, traduzindo-se em fontes originárias das bases que sustentam os enunciados científicos.

A percepção (*Wahrnehmung*) é, por sua vez, a experiência originariamente doadora. A percepção exterior (*äusseren Wahrnehmung*) viabiliza a experiência originária das coisas físicas, mas não na recordação ou na expectativa. E a percepção interior (*innneren oder Selbestwahrnehmung*) opera a experiência originária em relação a nós mesmos e aos nossos estados de consciência. Todavia, malgrado observemos o que é exteriorizado pelo outro, não nos é dado apreender esses vividos por doação originária, já

---

[3] HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie.* Hambuirg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009. p. 41-42. "*Der prinzipielle Fehler der empiristischen Argumentation liegt darin, dass ie Grundforderung eines Rückganges auf die 'Sachen Selbst' mit der Forderung aller Erkenntnisbegründung durch Erfahrung indentifiziert bzw. Vewechselt wird".*

[4] Ibidem. p. 10. "*Natürliche Erkenntnis hebt an mit der Erfahrung und verbleibt in der Erfahrung*.".

[5] Ibidem. "*In der theoretishen Einstellung, die wir die 'natüriliche"nennen, isto also der Gessamthorizont möglischer Forschungen mitt einem Worte bezeichnet: es ist die Welt. Die Wissenschaften dieser ursprünglichen Einstellung sind demnar insgesamt Wissenschaften von der Welt, und solang sie die ausscheliesslich herrschende ist, decken sie die Begriffe 'wahrhaftes Sein', 'wirkliches Sein', d.i. reales Sein, und – da alles Reale sich zur Einheit de Welt zussamenschliesst – 'Sein in der Welt*'."

Revista.indd 85 13/09/2011 11:44:41

que o outro e sua vida interior nos é consciente como 'ele ali', junto com o corpo, mas não do modo de apreensão do outro, como doação originária. [6]

Nesse sentido, pode-se afirmar que o experimento natural vivido pelo outro é viabilizado por meio de uma intuição doadora originária, decorrente do contato com o mundo empírico em um dado momento. Esse percebido e apreendido pelo outro, quando por ele exteriorizado, não mais pode ser objeto de percepção externa em caráter de doação originária, já que constitui um vivido que não mais pertence ao domínio do empírico.

Ora, se esses marcos de partida pretendem fornecer alguma segurança, há que se reconhecer que ao método das ciências sociais não é dado permanecer exclusivamente no campo da experiência, sob pena afastar sérias possibilidades de compreensão do humano.

Impõe-se, pois, o estabelecimento de um acordo em torno da necessidade de identificar nos objetos empíricos, no outro, bem assim naquilo que o outro nos transmite, os diferentes níveis de generalidade que possam consubstanciar conjuntos de predicados essenciais, idôneos a permitir a identificação de categorias.

Os estreitos limites deste escrito não permitem aprofundar o exame da universalidade das essências, porém é preciso que se destaque que ainda que se tenha o mundo empírico circundante como ponto de origem para a operação de redução – levada a efeito, como visto, em doação originária captada pela percepção –, não se deve pretender, nesse ponto, formar qualquer juízo de valor sobre o objeto no seu estado empírico, mas tão somente manter-se em suspensão em torno da sua existência ideal, para que seja possível perceber a essência.

A essência, pois, representa o que se localiza no Ser (*Sein*) próprio de determinado indivíduo como o que (*Was*) ele é. E cada que (*Was*) pode ser conduzido ao mundo das idéias (*in Ideen gesetzt*). A intuição empírica (*Erfarrende Anschauung*) ou individual (*individuelle*) pode ser transformada em visão de essência (*Wesennschauung*) ou ideação (*Ideation*). [7]

Importa referenciar ao que adverte Husserl, no tocante à alteração terminológica para designar "essência", o que evidencia preocupação constante em reduzir a possibilidade de interpretações equivocadas, em

[6] Ibidem. p. 11.

[7] HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie.* Hambuirg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009. p. 13

Revista.indd 86 13/09/2011 11:44:41

homenagem à correção de seu discurso. Esclarece, neste sentido, que o vocábulo alemão "*Wesen*" traz consigo carga de equivocidade que enseja severo desgaste terminológico, pelo que optou pelo uso conjunto da palavra *Eidos*. [8]

Assim, sempre que Husserl se reporta ao *Wesen,* o faz para designar o *Eidos,* vale dizer a essência representada pelo o que (Was) cada indivíduo é, cuja transformação na visão de essência permite identificar predicados que o caracterizam como integrante de determinada categoria, sem os quais a sua natureza primária restaria comprometida.

Em palavras mais precisas, Lyotard faz referência ao triângulo retângulo como dotado de objetividade ideal, o que significa ser sujeito de um conjunto de predicados, inalienáveis sob pena de perder o triângulo retângulo a si mesmo. Tais predicados constituem a essência, cuja supressão imaginária ensejaria a supressão do triângulo em pessoa. E exemplifica com o registro de que todo triângulo é, por essência, convexo. [9]

A redução fenomenológica e a subsequente redução eidética consubstanciam operações que permitem ao investigador compreender que o objeto apreendido no mundo empírico somente existe porque reconhecido no plano abstrato das ideias.

Por sua vez, a existência do objeto ideal não prescinde de qualquer correspondência no mundo empírico, pelo que não há, segundo a visão husserliana até então desenvolvida, qualquer necessidade de retorno ao mundo das coisas para confirmar a existência do objeto percebido sobre o qual se empreendeu a operação inicial de redução.

Sem dúvida alguma, essa absoluta dissociação da universalidade dos fatos é extraída do pensamento de Husserl. Por isso mesmo, identifica-se na doutrina posições que sustentam inconvenientes da proposta husserliana, nomeadamente por meio do cotejo com o pensamento de Jürgen Habermas.

---

[8] Ibidem. p. 8. "*Ich benutze daher als Fremdwort das terminologisch unvrbrauchte Eidos, als deutsches Wort das mit ungefährlichen, gelegentlich allerdings ärgerlichen Äquivokationen behafte 'Wesen'".*

[9] LYOTARD, Jean-F. *La phénoménologie.* França: Presses Universsitaires de France, 1954. p. 13. "[...] *un triangle rectagle possède une objectivité idéale, en ce sens qu'll est le sujet d'un ensemble de prédicats, inaliénables sous peine de perdre le triangle rectangle lui-même. Pour éviter l'équivoque du mot <<idée>>, nous dirons qu'll possède une essence, constituée par tous lês prédicats dont la suppression imaginaire entraînerait la supression du triangle en personne. Par example tout triangle est par essence convexe*".

Revista.indd 87 13/09/2011 11:44:41

Veja-se, a esse propósito, o que sustenta Jovino Possi:

> Não obstante as similitudes entre os dois autores. Habermas se distancia do enfoque fenomenológico de Husserl por duas questões tácitas: pelo eu solitário e pelo conceito de teoria pura. Habermas percebe que a alternativa fenomenológica se articula dentro dos parâmetros de uma Filosofia da consciência, pois apresenta, como ponto de partida, "os esquemas de interpretação centrados no eu, como os quais se constroem os mundos da vida dos sujeitos agentes; esse ego se encontraria, pois, desvinculado do entorno social". [10]

De fato, é severa a crítica lançada por Habermas no tocante à impossibilidade de se avançar por meio da proposta fenomenológica, já que não seria possível partir da meditação individual e chegar-se até uma relação intersubjetiva, tal como delineada por Husserl.

Sustenta Habermas que a tentativa de Husserl nas Meditações Cartesianas "*de deducir de las operaciones monológicas del ego las relaciones intersubjetivas entre sujetos que se reconocen en el entrelazamiento recíproco de sus perspectivas y dessarollan un horizonte común de mundo constituyó un fracaso*". [11]

Ainda que não se pretenda adentrar tal discussão, impõe-se ponderar que, a toda evidência, especialmente pelos indicativos que deixou em seus escritos mais recentes, Husserl foi colhido pelo destino antes de atravessar todo o percurso que parece ter vislumbrado, como se verifica, por exemplo, das Meditações Cartesianas, quando sustenta que:

> La intersubjetividad transcendental, gacias a este formar comunidad, tiene uma esfera intersubjetiva propria suya, em la que constituye intersubjetivamente el mundo objetivo y em la que es, pues, em tanto que el <<nosostros>> transcendental, subjetividad respecto de este

[10] PIZZI, Jovino. *O mundo da vida: Husserl e Habermas.* Rio Grande do Sul: Unijuí, 2006. p. 132.

[11] HABERMAS, Jürgen. *La logica de las ciencias sociais.* Madrid: Technos, 2008. p. 336.

Revista.indd 88 13/09/2011 11:44:41

> mundo y también respecto del mundo de lo hombres – en cuya forma se ha hecho objetivamente real ella a sí misma [...]. [12]

Não se pode negar, todavia, que o retorno às coisas mesmas, à compreensão da essência do que se percebe, constitui etapa fundamental para a identificação de categorias que permitam – decerto que não mais com o suporte nas premissas husserlianas até aqui compreendidas – construir soluções mais adequadas aos problemas que afligem a sociedade.

Também é defensável que as reflexões no campo da universalidade de essências constitui, na verdade, antes de método, um modo de ver o mundo, que refina o pensamento humano e o afasta das influências circunstanciais que conduzem a conclusões equivocadas.

Ora, sé é verdade que os métodos das ciências sociais somente têm justificada a sua existência para viabilizar a solução de problemas gestados nas comunidades humanas, forçoso reconhecer que a premissa humana deve anteceder a escolha do método, sobretudo porque impõe-se a todo exame neste campo partir do pressuposto de que a solução para os problemas deve ter por parâmetro o respeito ao mínimo existencial, que representa a pedra fundamental da dignidade.

Nesse sentido, as críticas ao modo de pensar husserliano devem ser examinadas com parcimônia, sob a ótica das naturais incompatibilidades entre métodos, que, ao fim e ao cabo, só traduzem a absoluta ausência de completude de todos eles.

Ademais, o que pode não reluzir da atual compreensão do pensamento husserliano é possível que aflore em reflexão futura, considerada a complexidade das ideias transmitidas. Nesse particular, confessou Heidegger: "Das investigações lógicas de Husserl esperava um estímulo decisivo com relação às questões suscitadas pela dissertação de Bretano. Porém, era vão o meu esforço, porque, somente mais tarde o descobriria, eu as questionava de maneira inadequada." [13]

A dificuldade confessada por Heidegger no enfrentamento do

---

[12] HUSSERL, Edmundo. *Meditaciones Cartesianas*. México: Fondo de Cultura Economica, 1985. p. 169-170.

[13] HEIDEGGER, Martin. *O fim da filosofia ou a questão do pensamento*. Tradução, introdução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Duas Cidades, 1972. p. 100.

Revista.indd 89 13/09/2011 11:44:41

pensamento husserliano se referia "a simples questão de como se deveriam realizar os modos de proceder do pensamento denominado 'Fenomenologia'. O elemento inquietante desta questão resultava da ambiguidade que a obra de Husserl revela à primeira vista". [14]

Cumpre salientar, outrossim, que em nome da racionalidade instrumental, as promessas da modernidade concorreram para um estilo de vida formal, marcado por procedimentalismo purista, incompatível com as necessidades humanas.

Nesse prisma, o retorno à essência significa desbastar a pedra bruta, para remover o invólucro que insiste em diferenciar o que essencialmente é idêntico e que, por conseguinte, termina por impedir a identificação do indivíduo, por ele mesmo, no seu semelhante.

A pedra polida, vale dizer, a essência, é a revelação daquilo que o objeto é – sujeito de predicados invariantes que o situa na sua categoria essencial.

2. A percepção do juiz e a essência do mínimo existencial

Com a perspectiva da necessária suspensão que transcende o ente, para reproduzir no plano das ideias o objeto apreendido e efetuar a redução à essência tendente à categorização, importa examinar que benefícios tal estilo de raciocínio pode trazer no campo das decisões judiciais que pretendem solucionar questões que envolvem o mínimo existencial.

A crescente ausência de compreensão do ser humano por seu semelhante segue concorrendo para o incremento dos conflitos sociais, bem assim para sérias dificuldades de enfrentamento e solução, o que impõe reconhecer no desenvolvimento do(s) método(s) das ciências sociais obstáculos que inviabilizam qualquer tentativa de estabilização.

O pensar simples não logra corresponder aos anseios de solução dos graves problemas que afligem a sociedade contemporânea, sobretudo aquela que ainda se encontra em trânsito na república juvenil e no capitalismo tardio.

Com efeito, vive-se numa quadra de tempo, em que as desigualdades que violam a convivência em sociedade irrompem em velocidade que oferece sérias dificuldades à compreensão racional. Trata-se, pois, de situações que inquietam mesmo aqueles mais alheios aos problemas sociais,

[14] Ibidem. p. 101.

Revista.indd 90 13/09/2011 11:44:41

ultrapassando fronteiras que delimitam o mínimo digno, para atingir o ser humano na mais profunda de suas aflições.

Esse cenário conduz, inexoravelmente, à exagerada provocação do judiciário, que se apercebe frente à missão que desafia a falibilidade humana e que projeta o juiz ao lugar inóspito e movediço das decisões envolvendo o mínimo existencial.

Indaga-se, portanto: que instrumental deve servir ao magistrado na sua acidentada trajetória em direção à consecução da justiça? Em que medida o seu poder discricionário, notadamente aquele viabilizado pela aclamada ponderação de bens e interesses, favorece a construção de uma sociedade mais igual?

Inegável que a correção do discurso jurídico, desde o pensamento alexiano, é sempre apontado como de fundamental importância para a prestação jurisdicional, já que as regras estabelecidas neste âmbito objetivam coerência idônea à consecução de argumentação hígida e fiel às premissas fixadas.

Nada obstante, é preciso perceber que a visão de mundo e o retorno à essência das coisas se apresentam como condição ao sucesso dessa empreitada, sobretudo porque a possibilidade de distanciamento excessivo do núcleo do problema pode conduzir à distorção dos próprios fenômenos que se multiplicam no campo de tensão do mínimo existencial.

Com efeito, não é possível aceitar que o exame de questões tão relevantes à sobrevivência humana seja realizado sem a percepção de que os problemas que envolvem os direitos fundamentais, notadamente aqueles que se identificam com os bens mais elementares da vida, tocam, para além do corpo, o próprio espírito dos indivíduos.

Ademais, faz-se necessária a consciência de que o acesso apenas parcial a bens indispensáveis à sobrevivência causa a sensação de incompletude e, por conseguinte, a infelicidade, já que o ser humano só pode se compreendido como tal se preenchidas necessidades que reverenciem sua dignidade.

Por isso mesmo, "*los diferentes derechos fundamentales de los mismos titulares se condicionam unos a otros. El individuo necesita, para el desarrollo de su personalidad, la posibilidade de formar um patrimônio. La constituición del patrimônio lleva a uma mayor seguridad, que, a su vez, fortalece El sentimiento de libertad*".[15] De igual sorte, "*El individuo se ve amenazado em*

[15] HÄBERLE, Peter. *La Garantia del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*".

Revista.indd 91 13/09/2011 11:44:41

su ser espiritual cuando faltan el derecho a la libertad de profesión, la libertad contractual e la libertad de propriedad".[16]

O que pensar, pois, daquelas situações em que o indivíduo se vê subtraído das condições mínimas para a mantença do seu corpo, tais com o acesso ao alimento diário, bem como ao cuidado com a sua saúde? Situações que se multiplicam com a perda cada vez mais acentuada dos laços de solidariedade presentes naquela vida social de conjunto, íntima, interior e exclusiva, repousada na consciência da dependência mútua determinada pelas condições de vida comum, pelo espaço compartilhado e o parentesco. Ambiente em que os indivíduos se realizariam com elementos de bens e males, esperanças e temores, amigos e inimigos, mobilizada pela energia liberada por sentimentos envolvidos como afeto, amor e devoção. [17]

A ruptura na organização dos núcleos de sociabilidade impõe um retorno à essência das comunidades, para que se compreenda que as decisões envolvendo as necessidades humanas produzem sofrimento. E isso só é possível por meio do retorno introspectivo à essência mesma das coisas.

Quanto mais se multiplica a vida da cidade, ou seja, à medida que o mercado estimula o desenvolvimento hipercefálico da urbe, mais perdem forças os círculos de parentesco e vizinhança como motivos de sentimentos e atividades amistosas.[18]

Assim, o ser humano, sem o suporte social, busca no Estado o preenchimento de lacunas geradas pelas diferenças naturais e culturais que o afligem, já que, em verdade, no mundo contemporâneo, os indivíduos estão cada vez mais separados, não obstante todas as uniões.

Ademais, cada uma das vontades nesse âmbito é reconhecida socialmente como unidade subjetiva moralmente autônoma, independente e auto-suficiente, estando para si em um estado permanente de tensão com as demais, sendo as intromissões de outras vontades na maioria das vezes aludida como ato de hostilidade. [19]

Madrid: DYKINSON, 2003. p. 15.

[16] *Ibidem*.

[17] TÖNNIES, Ferdinand. *Principios de Sociologia*. México: Fondo de Cultura Economica, 1942. p. 39.

[18] TÖNNIES, Ferdinand. *Community and Society*. Michigan-USA: Michigan State University Press, 1957. p. 61.

[19] TÖNNIES, Ferdinand. *Community and Society*. Michigan-USA: Michigan State

Revista.indd 92 13/09/2011 11:44:41

Nesse cenário, como compreender as necessidades sem retornar aos fenômenos que tomam lugar no campo da essencialidade humana? Como investigar as causas e perseguir soluções com o afastamento quase absoluto do que fundamenta a realidade do outro?

Portanto, o retorno à essência das coisas extrapola o conhecimento pela experiência, para empreender a supressão imaginária de predicados, até que se chegue àquele conjunto de características que identifiquem o objeto à sua própria essência – vale dizer, manter tão-somente aqueles predicados sem os quais importaria em extinção daquilo que se pretende examinar. Na verdade, o objeto é um sujeito com predicados essenciais que se impõem como limite à redução *eidética*.

Mas o que significa a abordagem fenomenológica no campo dos direitos fundamentais, especialmente no que envolve as decisões judiciais?

Significa compreender, de logo, que a prestação jurisdicional deve perseguir o reequilíbrio de situações, sobretudo aquelas em que a dignidade se vê aviltada. Ademais, o Juiz deve se acercar das garantias necessárias ao cumprimento do seu árduo mister de decidir acerca da vida dos indivíduos, sobretudo em uma sociedade complexa, conflituosa e marcada por graves desigualdades, como no caso do Estado brasileiro.

Ao retornar à essência o Magistrado encontra os fundamentos necessários para, orientado pelas regras do discurso, extrair do texto legal a solução mais adequada à solução dos conflitos.

O modelo escolástico e empírico, caracterizado por preconceitos, induz ao erro, já que as particularidades dos diversos casos enfrentados pelo Juiz podem ser equivocadamente conduzidas à solução de outros que não guardam relação de identidade com aqueles.

Isso porque não se apresenta possível a compreensão dos fenômenos do espírito pelo simples ordenamento causal orientado pelas leis que governam fenômenos, já que "no vasto círculo das coisas, só o homem é compreensível ao homem", circunstância que enseja a ausência de correspondência entre o princípio fundamental das ciências do espírito e o princípio fundamental que rege as ciências da natureza. [20]

E a compreensão dessa circunstância impõe a "suspensão" do pensamento

University Press, 1957. p. 65.

[20] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 35. A referência é extraída a partir das reflexões do autor acerca das obras de Wilhelm Dilthey.

Revista.indd 93 13/09/2011 11:44:41

para que se possa levar o fenômeno psicológico à essência pura; ou seja, da universalidade fática à universalidade de essência, ao que denominou Edmundo Husserl de "redução eidética". [21]

Todavia, malgrado os fenômenos da fenomenologia transcendental devam ser caracterizados como irreais, revela-se inevitável, considerada a aplicação que aqui se pretende defender, o retorno ao mundo dos fatos – não para afirmar ou para negar a existência -, mas porque a solução não poderá estar limitada à essência pura ou ao mundo irreal.

Enfim, a "redução eidética" é um meio para a melhor compreensão da essência pura das coisas. Todavia, a solução dos problemas deve inexoravelmente projetar-se para o mundo dos fatos, consideradas as peculiaridades de cada situação, com pretensão de eliminação das distorções preexistentes à redução.

Portanto, nesse campo, o Juiz há sempre que "colocar entre parêntesis" o fato sob exame, para reduzir o pensamento à essência mesma desses direitos, retornar aos ideais lançados pelas revoluções políticas, eliminar preconceitos e concluir, por exemplo, pela interdependência dos valores, que torna absolutamente indissociável a manutenção de desigualdades ilegítimas da extrema mácula à liberdade dos indivíduos.

Trata-se, enfim, de reduzir a universalidade fática que envolve a liberdade e a igualdade dos indivíduos à essência pura aqui idealizada – decerto que de modo limitado – no comando de otimização, "predicado" cuja supressão importaria na extinção do próprio princípio.

A compreensão da essência do mínimo à subsistência humana permite ao Juiz criar categorias que viabilizem a identificação de indivíduos em uma mesma situação de violação a direitos fundamentais e que, portanto, merecem tratamento idêntico, em homenagem ao princípio isonômico.

O que se tem, em verdade, é um embate entre necessidade e poder, já que as necessidades negadas pelo Estado administrador são submetidas ao poder do magistrado, que tem em suas mãos a missão de decidir.

E, nesse particular, tomada a lição de Nelson Cerqueira, é preciso compreender que:

> A condição moral do homem no mundo não é separada das suas necessidades e poderes, e

[21] HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie.* Hambuirg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009. p. 6.

Revista.indd 94 13/09/2011 11:44:41

> estes são todos igualmente sujeitos a mudança e desenvolvimento (Marx *Grundrisse)*. Consequentemente, não pode haver nada predeterminado a respeito das personalidades humanas, exceto o que necessariamente resulta da determinação do Outro como um ser natural: o homem (seja na realidade, seja na ficção) é um ser com necessidades; de outra forma não poderia ser chamado de ser humano natural. Consequentemente, o homem é um ser com poderes a ser usados para suas satisfações, sem as quais um ser humano não poderia sobreviver. [22]

Tem-se, no caso específico, situação deveras delicada, em que a necessidade de um encontra-se na estreita dependência do poder do "Outro".

Saliente-se, ainda, que o Juiz, malgrado deva guardar a necessária equidistância das partes, não pode – até porque a sua condição humana não permite – manter-se alheio ao sofrimento daqueles que aparecem representados nas frias laudas dos autos.

Rodolfo Pamplona, ao discorrer acerca da imparcialidade e da neutralidade do Juiz, leciona que:

> [...] é impossível para qualquer ser humano conseguir abstrair totalmente os seus traumas, complexos, paixões e crenças (sejam ideológicas, filosóficas ou espirituais) no desempenho de suas atividades cotidianas, eis que a manifestação de sentimentos é um dos aspectos fundamentais que diferencia a própria condição de ente humano em relação ao frio "raciocínio" das máquinas computadorizadas.
>
> Só mesmo a inconsciência da realidade leva à crença da possibilidade da neutralidade. O órgão julgador, apesar do princípio da legalidade tão valorizado pelo positivismo formalista como

[22] CERQUEIRA, Nelson. *Hermenêutica e Literatura*. Bahia: Cara, 2003. p. 172-173.

Revista.indd 95 13/09/2011 11:44:41

> pressuposto lógico e condição indispensável para a certeza e segurança jurídica, não pode se mostrar alheio à realidade da sociedade em que vive. [23]

De fato, "a inconsciência da realidade leva à crença da possibilidade de neutralidade". Ou seja, mesmo inconsciente da realidade em que vive, o Juiz jamais será neutro. Todavia, essa inconsciência presta um desfavor à sociedade. É dizer: o poder do magistrado para decidir sobre as necessidades dos seus semelhantes desnatura-se e corrompe-se, quando ausente a compreensão da realidade social em que vive, situação que afasta do Juiz a idoneidade moral para atuar na solução dos conflitos sociais.

3. Conclusão

A redução fenomenológica e a subsequente redução eidética consubstanciam operações que permitem ao investigador compreender que o objeto apreendido no mundo empírico somente existe porque reconhecido no plano abstrato das ideias.

A existência do objeto ideal não prescinde de qualquer correspondência no mundo empírico, pelo que não há, segundo a visão husserliana até então desenvolvida, qualquer necessidade de retorno ao mundo das coisas para confirmar a existência do objeto sobre o qual se empreendeu a operação inicial de redução.

O retorno às coisas mesmas, a compreensão da essência do que se percebe, constitui etapa fundamental para a identificação de categorias que permitam – decerto que não mais com o suporte nas premissas husserlianas até aqui compreendidas – construir soluções mais adequadas aos problemas que afligem a sociedade.

É defensável que a interação com a universalidade das essências constitui, na verdade, antes de método, um modo de ver o mundo que refina o pensamento humano e o afasta das influências circunstanciais que conduzem a conclusões equivocadas.

Os métodos das ciências sociais somente têm justificada a sua existência para viabilizar a solução de problemas gestados nas comunidades humanas, forçoso reconhecer que a premissa humana deve anteceder a escolha

---

[23] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Mito da Neutralidade do Juiz como elemento de seu Papel Social.* In "O Trabalho. O Trabalho, Curitiba, n. 16, p. 368-375, 1998.

Revista.indd 96 13/09/2011 11:44:41

do método, sobretudo porque todo exame neste campo deve partir do pressuposto de que a solução para os problemas não pode violar a essência do mínimo existencial.

A compreensão da essência do mínimo à subsistência humana permite ao juiz criar categorias que viabilizem a identificação de indivíduos em uma mesma situação de violação a direitos fundamentais e que, portanto, merecem tratamento idêntico, em homenagem ao princípio isonômico.

O poder do magistrado para decidir sobre as necessidades dos seus semelhantes desnatura-se e corrompe-se, quando ausente a compreensão da realidade social em que vive, situação que afasta do juiz a idoneidade moral para atuar na solução dos conflitos sociais.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2007.

CERQUEIRA, Nelson. *Hermenêutica e Literatura*. Bahia: Cara, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *La logica de las ciencias sociais.* Madrid: Technos, 2008.

HÄBERLE, Peter. *La Garantia del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*". Madrid: DYKINSON, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *O fim da filosofia ou a questão do pensamento*. Tradução, introdução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Duas Cidades, 1972.

HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie.* Hambuirg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009.

_____. *Meditaciones Cartesianas*. México: Fondo de Cultura Economica, 1985.

LYOTARD, Jean-F. *La phénoménologie.* França: Presses Universsitaires de France, 1954.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Mito da Neutralidade do Juiz como elemento de seu Papel Social* in "O Trabalho. O Trabalho, Curitiba, n. 16, p.

Revista.indd 97 13/09/2011 11:44:41

368-375, 1998.

PIZZI, Jovino. *O mundo da vida: Husserl e Habermas.* Rio Grande do Sul: Unijuí, 2006.

TÖNNIES, Ferdinand. *Principios de Sociologia*. México: Fondo de Cultura Economica, 1942.

TÖNNIES, Ferdinand. *Community and Society*. Michigan-USA: Michigan State University Press, 1957.

Revista.indd 98 13/09/2011 11:44:41

A inoportuna dicotomia entre 'easy cases' e 'hard cases' no direito

Diego Pablo Candeias de Albuquerque[1]

RESUMO: Esse presente artigo busca apresentar, sob a perspectiva do filósofo Ronald Dworkin, a distinção entre "casos fáceis" e "casos difíceis", bem como seus respectivos modelos solucionadores, além de pontuar que a referida dicotomia ainda atende a um esquema sujeito-objeto de caráter metafísico clássico; e enunciar que, na interpretação, os casos devem ser tomados pela singularidade de que se revestem, fruto da historicidade do mundo em que estão imersos.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 - Modelo de Dworkin das regras e dos princípios; 3 - "Casos Fáceis" e "Casos Difíceis": Discricionariedade Judicial e os princípios; 4 - Repristinação da coisa-em-si: Ainda pensando a essência das coisas; 5 - Para além da dicotomia: a singularidade do caso e o choque hermenêutico. Referências.

Palavras-chave: "Easy cases" e "hard cases". Modelos Interpretativos. Metafísica Clássica. Historicidade e Compreensão.

1. Introdução

O Estado Democrático de Direito, como paradigma emergente das insuficiências dos modelos de Estado anteriores (Estado Liberal e Estado Social), traz embutido na sua conjuntura um deslocamento do centro de poder de decisão. Em um primeiro momento, no Estado Liberal, o centro de poder instaura-se no poder legislativo, conseqüência lógica do processo histórico de ruptura com o Ancien Règime. Num segundo momento, pelas

[1] Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal).

Revista.indd 99 13/09/2011 11:44:41

insuficiências desse modelo estatal liberal-individual-normativista, ou seja, de um Estado abstencionista, calcado na noção precária de liberdade e do positivismo, surge o Estado Social trazendo a idéia de um modelo estatal intervencionista que sai da inércia de mera organização de Estado, tendo, por conseguinte, o centro de decisão deslocado para o poder executivo.

No terceiro momento, surge o Estado Democrático de Direito em que deve ser visto o Direito como instrumento de transformação social, pois carrega, nos seus textos constitucionais, elevada carga de valores e caráter compromissário voltado para mudanças nas estruturas econômicas e sociais. Por isso, Lenio Streck (2004, p.19) vai sustentar que:

> No Estado Democrático de Direito, em face do seu caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de força normativa da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano jurisdiciona [2]

O papel do Judiciário nessa quadra da história é de suma importância, sendo relevante o papel daqueles que compõem o cenário judicial, especificamente, os juízes.

Apesar de a Constituição trazer a idéia de ruptura com paradigma anterior, o modo interpretativo/aplicativo do Direito ainda se encontra calcado na cultura jurídica do Positivismo Jurídico. O sistema positivista (ainda modo-de-fazer-Direito) trabalha, no que concerne à interpretação, com as hipóteses condicionais de incidência, ou seja, as regras jurídicas que são aplicadas de modo subsuntivo, dado "fato" aplica-se "regra". Essa forma simplória e carente termina não abarcando toda a problemática dos fenômenos da realidade fática, pois, não ocorrendo a hipótese de incidência, não há como se fazer a subsunção; então, para responder o caso, ao judiciário é dada a discricionariedade, isto é, a subjetividade assujeitadora e fundante do juiz que decide o caso. Logicamente, essa discricionariedade descamba numa arbitrariedade.

Assim, buscando contornar a discricionariedade que surge em certos casos, o jusfilósofo Ronald Dworkin, tomando como base o modelo

---

[2] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Forense, 2004, p.19.

Revista.indd 100 13/09/2011 11:44:41

positivista de Herbert Hart, vai, primeiramente, admitir a existência de casos fáceis e difíceis e, para cada espécie, há um modo-de-fazer-interpretação-aplicação-do-direito. Nos casos fáceis, far-se-ia a subsunção da norma-regra jurídica e, nos casos difíceis, diferentemente do modelo de Hart, pelos princípios (normas ignoradas pelo sistema positivista) e pelo papel que eles desempenham no sistema normativo, sempre é possível encontrar uma resposta correta para o caso. A tese é totalmente anti-discricionária, mostrando que é inadequado considerar que o juiz tem o poder discricionário de decidir o caso de uma maneira ou de outra nos famosos *hard cases*.

O modelo dworkiano tenta demonstrar uma "nova hermenêutica", através da emergência dos princípios do Direito. Contudo, acaba o citado modelo caindo num retorno ao pensar as coisas tendo o sentido-em-si, ou seja, a produção de sentido na relação entre intérprete, texto e caso faz-se ainda pelo processo subjetivo; ou seja, há um modo correto para se chegar à verdade das coisas, como se o caso tivesse uma essência de facilidade ou dificuldade de antemão e, assim, pelo método correto (descartiano), chegar-se-ia ao sentido próprio das coisas.

Esse retorno a uma concepção subjetivo-objetivista do sentido das coisas despreza o avanço no campo da compreensão trazido pela reviravolta lingüística; como bem salienta Lenio Streck, com base em Rorty, passe-se a trabalhar com "*a concepção de mundo sem substâncias ou essências, ou sem os dualismos metafísicos herdados da tradição grega*"[3], ou seja, a produção de sentido constrói-se intersubjetivamente, no qual a velha dicotomia histórica sujeito-objeto acaba desaparecendo.

Desse modo, o presente artigo pretende apresentar a exposição de Dworkin da classificação dos casos jurídicos em 'easy cases' e 'hard cases' e sua solução interpretativa a esses, mostrando não só os pontos apropriados do seu modelo, mas também como necessitam de uma complementação hermenêutica para que não acabem repristinando o paradigma metafísico.

Ronald Dworkin estabelece que o Direito não é apenas um conjunto de regras, segundo modelo de Herbert Hart, ou seja, o sistema jurídico compõe-se de regras e também de princípios morais que não são alusivos ao

---

[2]. modelo de dworkin das regras e dos princípios

[3] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2001, p.137.

Revista.indd 101 13/09/2011 11:44:41

critério de validade tal como a regra de reconhecimento de Hart. Tratando da distinção entre regras e princípios, Dworkin aborda basicamente três aspectos, a natureza lógica, dimensão de peso e admissão de exceções.

O critério de natureza lógica consiste em dizer que as regras são aplicáveis na forma *tudo ou nada* (all-or-nothing), visto que elas incidem quando há condições que elas mesmas estabelecem. Para Dworkin "*dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é valida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão*"[4].

Já os princípios são normas que não fixam nenhuma conseqüência jurídica precisa diante de uma condição determinada, eles manifestam considerações de justiça, equidade e dimensões de moralidade. O princípio é uma razão que guia para uma determinada direção, contudo não acarreta uma decisão concreta essencialmente a ser levada.

O segundo critério, que é conseqüência do primeiro, é a dimensão de peso (dimension of weight) que caracteriza os princípios. Esse critério não se aplica às regras, pois, no conflito dessas últimas, há a exclusão de uma em detrimento da aplicação de outra. No caso concreto, deve-se verificar qual delas é válida e qual deve ser excluída ou reformulada diante do caso.

Ocorre que, nas hipóteses de colisão entre os princípios, aquele que possui maior peso sobrepor-se-á ao outro, sem que este perca sua validez, ou seja, o entrecruzamento entre princípios é resolvido através da ponderação, não excluindo o sobreposto do sistema jurídico. Vale destacar que, em linha do entendimento de Humberto Ávila, na hipótese de relação entre princípios:

> quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro para a solução do caso. E, mesmo que ambos os princípios estabeleçam os mesmos fins como devidos, nada obsta a que demandem meios divergentes para atingi-los. Nessa hipótese deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre o outro, com a conseqüente não-aplicação de um deles para aquele caso concreto[5].

[4] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Martins Fontes, 2002, p.39.

[5] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**.

Revista.indd 102 13/09/2011 11:44:41

Por último, Dworkin adiciona o fato de as normas-princípios serem mais fracas que as normas-regras no sentido de admitirem inúmeras exceções, na medida em que, ao se tratar das regras, as exceções que comportam podem ser enumeradas e, desse modo, mais completo o enunciado das regras será. Quanto aos princípios as exceções são incontáveis, conforme preleciona Eros Grau:

> a circunstância de serem próprios a um determinado direito não significa que esse direito jamais autorize sua desconsideração. Trabalhando com o princípio segundo o qual "a ninguém aproveita sua própria fraude (torpeza)", Dworkin aponta o fato de que em determinados casos o direito não se opõe a que alguém obtenha proveito da fraude que praticou. O exemplo mais notável é o da posse indevida: aquele que penetrar em prédio alheio reiteradamente, durante largo período de tempo, poderá obter – e o direito concede – o direito de cruzá-lo sempre que deseje [6].

3. "Casos fáceis" e "casos difíceis": discriciona-riedade judicial e os princípios

"Levando a sério" o modelo de Dworkin, passa-se para o que o filósofo chama de casos fáceis e casos difíceis, bem como, nesses últimos, para a comprovação de que a discricionariedade judicial existente pode ser contornada pelo seu modelo dos princípios.

Dworkin não nega o fato de haver casos fáceis e difíceis nos direitos, muito menos nega que nos primeiros a subsunção os solucionaria. Essa operação mecânica, no dizer de Eros Grau está fundada em "*um silogismo: a premissa maior é o texto normativo, a premissa menor são os pressupostos*

Malheiros Meditores, 2005, p.48.

[6] GRAU, Eros**. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** Malheiros Meditores, 2003, p.173.

Revista.indd 103 13/09/2011 11:44:41

de fato e a conseqüência jurídica"[7]. Esse modelo interpretativo não consegue ser aplicado aos *hard cases*, pois esses guardam peculiaridades que impedem que essa operação seja feita.

Casos difíceis, no dialeto de Dworkin, são aqueles em que é difícil identificar com nitidez a regra que solucione o caso ou, ainda, certificar a existência dela no sistema normativo; por via de conseqüência, haveria nesses casos uma abertura interpretativa que culminaria numa possível discricionariedade judicial do julgador. A discricionariedade é compreendida, no linguajar do filósofo, segundo Adrian Sgarbi, "*haver escolha entre opções', porque 'ter condições ou capacidade de realizar uma escolha que seja justa' não define usualmente 'discricionariedade' (poder de escolha)*" [8]. A discricionariedade própria do modelo positivista dá ao agente a possibilidade de decidir os casos difíceis da maneira que lhe convém, pois, nesses casos, as suas decisões não são vinculadas a nenhum critério explicitamente previsto por alguma autoridade. Contrapondo esse entendimento, Dworkin arremata com a tese de que o "*juiz continua a ter, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direito retroativamente*" [9].

Com isso, essa discricionariedade conferida ao juiz por não estar obrigado a aplicar determinadas regras preestabelecidas, pois não há obrigação detectável por um critério de pertencimento ou *pedigree* [10], é refutada pelo filósofo americano através do fato de que a prova de *pedigree* não serve para identificar os princípios, mas somente as regras; desse modo, ao verificar haver sempre princípios para solucionar os casos (a exemplo dos casos *Riggs vs. Palmer* e *Henningsen vs. Bloomfield*) [11], Ronald Dworkin está atestando a inexistência de discricionariedade [12].

Há uma valorização do papel dos princípios jurídicos, diferentemente

---

[7] GRAU, Eros**. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** Malheiros Meditores, 2003, p.65.

[8] SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Lumen Juris, 2006, p.159.

[9] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Martins Fontes, 2002, p.127.

[10] Em síntese apertada, é um critério a partir do qual a validade e invalidade das regras são mesuradas.

[11] Casos exemplificados pelo filósofo, nos primeiros capítulos de "Levando os Direitos a Sério", para demonstrar didaticamente sua teoria dos casos difíceis.

[12] Esse sentido de discricionariedade deve ser entendido como a acepção "sentido forte" de discricionariedade. Nessa linha, ver capítulo 4 de "Levando os Direitos a Sério".

Revista.indd 104 13/09/2011 11:44:41

do modelo positivista, no modelo dworkiano, demonstrando que, quando um caso concreto não puder ser solucionado pelas regras, ou seja, quando não for um caso fácil, os julgadores devem sopesar os princípios que competem e deliberar em favor da parte para a qual certo princípio pesa mais no caso concreto.

Dessa forma, tem-se um ataque por Dworkin à concepção na qual o positivismo hartiano se ampara, qual seja, de não haver resposta correta nos casos difíceis; o autor se coloca na defesa de sempre haver uma solução correta para os casos difíceis e de essa solução ser preexistente à atividade interpretativa, em razão dos princípios e do papel que essas normas desempenham no sistema jurídico.

4. Repristinação da coisa-em-si: ainda pensando a essência das coisas.

O modelo pós-positivista de Dworkin tenta se desprender dos paradigmas positivistas, mostrando que as formulações deste modelo, como o método interpretativo, avalorativo, lógico formal, dentre outras, não abarcam os fenômenos que se encontram na esfera do direito; ou ainda, como muito bem salienta Lenio Streck:

> no contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações [...], isto significa dizer que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais, graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de "coisificação" (objetivação) das relações jurídicas[13].

Para a metafísica clássica, a veracidade do conhecimento incide em apreender a essência imutável das coisas, o que se faz depois de comunicado pela linguagem, pois esta tem papel secundário, é vista como mero

[13] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2001, p.58.

Revista.indd 105 13/09/2011 11:44:42

instrumento. Desse modo, novamente com Lenio Streck:

> Aristóteles acreditava que as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência. Há uma unidade objetiva que fundamenta a unidade da significação das palavras que recebe de Aristóteles o nome de essência ou aquilo que é. É a essência das coisas que confere às palavras possibilidade de sentido[14].

O tratamento dos casos sob a égide de casos fáceis e difíceis, cada um guardando suas peculiaridades interpretativas, leva a se ter idéia de um pensamento, no dizer do mestre gaúcho,*"teórico que "flutua" sobre os objetos do mundo, apto a dar sentido ao "mundo sensível""* [15]. Ora, tem-se, ainda, em mente que as coisas têm o sentido-em-si e que pelo método certo se chegaria ao sentido verdadeiro das coisas, ou seja, a dicotomia sujeito-objeto, que persiste no pensamento dworkinano, traz de volta a noção objetivista da metafísica aristotélica.

Os modelos interpretativos solucionadores relativos a cada caso permancem ainda nessa tentativa de distinguir a noção de um sujeito, desprendido da historicidade que o compõe, que compreende com naturalidade o "easy case", fruto de uma explicação da representação objetiva da compreensão antecipadora de sentido que reside nele; por outro lado, o "hard case", dada sua complexidade e novidade trazida pela perspectiva compreensiva do sujeito no mundo, não consegue ser reduzido à moldura lógica do silogismo da regras jurídicas, sendo assim, necessários os princípios para dirimir os casos.

5. Para além da dicotomia: a singularidade do caso e o choque hermenêutico

A equivocada dicotomia insere o direito numa noção de completude normativa, pois encerra um divisor de sentidos dos casos e consolida o

---

[14] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2001, p.103.

[15] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Forense, 2004, p.32.

Revista.indd 106 13/09/2011 11:44:42

critério institucionalizado de correção dos conflitos.

Assim, a noção que encerra os casos em sentidos estandardizados surge da perspectiva do habitus[16] que proporciona ao intérprete a sensação de familiaridade com os casos que lhe aparecem. Essa percepção é fruto de um horizonte de sentido confortável sobre o qual o aplicador não se questiona sobre o sentido produzido[17]em face do caso concreto, apenas assujeita um sentido cotidiano aos casos que ao intérprete parecem iguais ou mesmo semelhantes. Desse modo, o aplicador não percebe o estranhamento dos casos, dada a atrativa tranqüilidade que lhe conduz a não ver o mito em que se encontra.

Quando o caso não se adequa à metodologia solucionadora dos "*easy cases*", desloca-o prontamente para a seara dos "*hard cases*". Essa "inadequação" emerge, na preciosa lição de Lenio Streck "quando a coisa interpela o intérprete, convoca-o a compreendê-la, em face do estranhamento que lhe provoca" [18]. E continua o mestre:

> trata-se da hipótese de horizontes distintos, que provocará o 'choque hermenêutico', que ocorre quando algo estranho ao seu horizonte se lhe apresenta, circunstância que faz com que o intérprete ponha em questão seus pré-juízos (obviamente, se ele tiver condições pré-compreensivas para tal). Esse estranhamento conduz o intérprete a questionar a familiaridade que lhe provocava uma "tranqüilidade compreensiva[19].

---

[16] Lenio Streck (Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito. Forense, São Paulo, 2004, p.25-26) conceitua habitus como o conjunto de crenças e práticas que compõem os pré-juízos do jurista, que tornam a sua atividade refém da quotidianidade (algo que podemos denominar de concretude ôntica), d'onde falará do e sobre o Direito. É o desde-já-sempre e o como-sempre-o-Direito-tem-sido, que proporciona a rotinização do agir dos operadores jurídicos, propiciando-lhe, em linguagem heideggeriana, uma 'tranquilidade tentadora'. O habitus é uma espécie de 'casa tomada', onde o problema de estar-refém-do-habitus nem sequer se apresenta como um problema-de-estar-refém-do-habitus. É o lugar onde a suspensão dos pré-juízos não ocorre, impossibilitando-se a sua confrontação com o horizonte crítico. Em síntese, o habitus vem a ser o lócus da decaída para o discurso inautêntico repetitivo, psicologizado e desontologizado.

[17] Na verdade, o sentido é atribuído, pois não há movimento dialógico dos sujeitos para se falar em compreensão.

[18] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas Corretas em Direito**. Lumens Juris, 2007, p.263.

[19] Idem.

Revista.indd 107 13/09/2011 11:44:42

Essa dicotomia acaba ofuscando o fato de que a construção de sentidos, ou melhor, de compreensão do algo, se dá numa relação dialógica entres os seres no mundo em determinado instante histórico, fundindo com os sentidos pré-concebidos que carrega cada ser no dado momento compreensivo. Conforme salienta precisamente Lenio Streck:

> ser-no-mundo equivale a ter originariamente intimidade com uma totalidade de significados. O mundo não lhe é dado primariamente como um conjunto de 'objetos' com os quais, num segundo momento, se relacionaria, ao atribuir-lhe os seus significados e funções [...] o mundo só se nos dá na medida em que já temos certos patrimônios de idéias, é dizer, certos prejuízos que nos guiam na descoberta das coisas[20].

Nesse sentido que se deve pontuar que os casos só se perfazem na concretude do mundo em que se inserem conjuntamente com o intérprete; é a faticidade da finitude que dirige a interpretação pautada no dialógico movimento da historicidade dos seres-no-mundo.

Desse modo, à guiza de conclusão, é de bom alvitre o entendimento do Professor Lenio Streck ao estabelecer que:

> não há grau zero na atribuição de sentido. Insisto: o intérprete deve estar atento à tradição (e à sua autoridade), compreender os seus pré-juizos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar [...] vinha sendo decidido até então, confrotando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadro do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do direito. Como bem diz Gadamer, a compreensão

[20] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2001, p.171.

Revista.indd 108 13/09/2011 11:44:42

alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que se inicia não são arbitrárias[21].

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Malheiros Meditores, São Paulo, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

GRAU, Eros**. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** Malheiros Meditores, 2003.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Forense, São Paulo, 2004.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas Corretas em Direito**. Lumens Juris, Rio de Janeiro. 2007

[21] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas Corretas em Direito**. Lumens Juris, 2007, p.274.

Revista.indd 109 13/09/2011 11:44:42

Crise de Funcionalidade do Supremo Tribunal Federal Brasileiro

Fábio Periandro de Almeida Hirsch[1]

RESUMO: O trabalho discute a crise por que passa o Supremo Tribunal Federal do Brasil em relação ao número elevado de ações que por ele tramitam, discutindo as maneiras pelas quais o tribunal busca resolver o problema criado, sobretudo, por atividade do Poder Executivo. Objetiva-se, em especial, alertar para impedimentos hermenêuticos do uso da jurisprudência da Corte como forma de reduzir direitos fundamentais dos cidadãos como filtro para impedir a chegada de demandas em controle difuso por meio, sobretudo, do Recurso Extraordinário. O campo de estudo é a análise de jurisprudência ao longo do tempo adotada em especial pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de obter resultados de como procede a Corte e como deveria proceder. Utilizando método dedutivo com pesquisa documental, conclui-se que a jurisprudência autodefensiva ainda hoje praticada transforma o controle difuso por meio do Recurso Extraordinário em vilão da democracia, desprezando seus reais algozes (Legislativo e Executivo) e prejudicando os cidadãos pela omissão e ineficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; direitos fundamentais; Supremo Tribunal Federal; jurisprudência; hermenêutica.

ABSTRACT: The article discusses the crisis by issuing the Supreme Federal Court of Brazil in relation to the number of shares that he tramitam, discussing the ways in which the court seeks solve the problem created, in particular, activity by the Executive Power. Objective, in particular, alert hermeneutics impediments to the use of the jurisprudence of the

[1] Doutorando e Mestre em Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA). Professor Assistente de Direito Constitucional e Teoria da Constituição da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Professor Assistente de Direito Constitucional e Ciência Política da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-BA. Advogado.

Revista.indd 110 13/09/2011 11:44:42

Court as a means of curbing fundamental rights of citizens as a filter to prevent the arrival of demands to control diffuse through, in particular, the Extraordinary Appeal. The field of study is the analysis of case law over time adopted in particular by the Supreme Federal Court to obtain results, how does the Court and how it should proceed. Using deductive method with documentary research, concluded that the jurisprudence self-defensive still practiced turns control diffuse through the Extraordinary Appeal villain in democracy, disregarding their real algozes (Legislative and Executive) and harming the public by omission and inefficiency .

KEY-WORDS: Constitution; fundamental rights; Federal Supreme Court; jurisprudence; hermeneutics.

1 Introdução: crise de funcionalidade do Supremo Tribunal Federal?

O presente artigo se encaixa na linha de pesquisa nº 06 – Desafios do Poder Judiciário do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, versão 2009.

O Ministro Celso de Mello, decano do Supremo Tribunal Federal do Brasil, proferindo discurso de saudação ao novo Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, no primeiro semestre de 2008 afirmou que a reforma da Justiça é uma questão que "envolve, de modo solidário, a responsabilidade de todos, tanto dos Poderes da República quanto das instituições da sociedade civil e dos próprios cidadãos", sustentando ainda que, de forma eventual, o ativismo judicial é ferramenta imprescindível para a regulação dos Poderes, a proteção da Constituição e a defesa dos cidadãos.

Se é verdade que a Corte Maior evoluiu em diversos aspectos na defesa constitucional (como, por exemplo, quando entendeu que o abuso das medidas provisórias deveria ensejar repressão judicial de sua parte ou, ainda, quando autorizou que fossem realizadas audiências públicas para melhor esclarecimento das intrincadas questões envolvendo a Lei de Biossegurança e a pesquisa com células-tronco embrionárias), também o é a constatação que o Supremo pretende resolver o problema da pletora de processos mutilando, ou se possível, sepultando o controle difuso realizado por meio do Recurso Extraordinário.

Revista.indd 111 13/09/2011 11:44:42

O Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) não é uma Corte Constitucional, mas sim um Tribunal da Federação. Já defendemos que ele é, em verdade, uma Corte Suprema Híbrida, pois tem competências constitucionalmente postas tanto de controle abstrato das normas quanto da reapreciação de recursos de superposição.[2]

A constatação da natureza jurídica do STF no Brasil, por mais despiciendo que pareça, ainda é matéria controvertida, especialmente diante do quadro constitucional e jurisprudencial que se afigura no último decênio.

O presente artigo visa responder a seguinte indagação: *há uma crise de funcionalidade no Supremo Tribunal Federal e qual a forma de sua superação?*

Na realidade, o Supremo pretende resolver a crise de funcionalidade que ele experimenta ultrapassando cânones interpretativos constitucionais, em nome da capacidade de trabalho dos seus integrantes.

Porém, até que ponto isso é compatível com o sistema constitucional brasileiro é a pergunta que não se dissipa.

Trataremos de início da jurisprudência enquanto forma de concretização do direito; após, do seu uso como ferramenta de subversão das competências constitucionais postas e, por fim, da redução consciente do controle difuso por meio do Recurso Extraordinário, enquanto movimento orquestrado, encerrando com as conclusões sistematizadas.

2 A INTERPRETAÇÃO ORIENTADA A VIABILIZAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 A JURISPRUDÊNCIA AUTODEFENSIVA E (AINDA) A INTERPRETAÇÃO RETROSPECTIVA NO SEIO DO STF

A tônica da hermenêutica jurídica é a preocupação com a efetividade dos direitos do homem, preconizando que a postura do julgador há de ser considerada como peça fundamental da máquina da nova aplicação do Direito.

O juiz não é mais mero instrumento, simples aplicador autômato de regras postas, mas sim um verdadeiro elaborador da norma de decisão

[2] Cf. a versão comercial da nossa dissertação de mestrado, **Ofensa reflexa à Constituição**, no prelo.

Revista.indd 112 13/09/2011 11:44:42

em cada caso concreto e, com isso, figura com crescente importância nos cenários jurídico, político e social.

Infelizmente, porém, a atitude hermenêutica por si só não confere base para o pleno desenvolvimento das atividades judicantes em nosso país. Distante da disposição pessoal de renovar a forma de aplicação do Direito no Brasil, a falta de uma infraestrutura mínima para o Poder Judiciário desempenhar suas funções (na forma maximizada pela potencialidade da moderna hermenêutica jurídica) aparece como um limite vergonhoso, mas real.

A ausência de base estrutural mínima compatível com a alta função desempenhada pelos julgadores no Brasil fomenta em sua atividade judicante diária a consolidação de uma postura passiva frente aos problemas, uma letargia intencionalmente praticada ou, no mínimo, tolerada, sob o argumento que sem estímulo não se deve produzir além do essencialmente necessário.

Pior: enquanto a construção teórica caminha para novas oportunidades de pensamento interpretativo favorável às mudanças sociais por parte do Poder Judiciário, a realidade do ofício de julgar no cotidiano forense induz para a restrição das tarefas de juízes fatigados e desprestigiados no seio do Poder Público e também perante a opinião pública.

Resultado desse processo de deterioração é visto com pesar em todas as instâncias judiciais. A primeira instância apresenta casos de paralisação iminente, falta de juízes por meses ou anos, processos prioritários parados e sem previsão de análise. Na segunda instância, pautas agigantadas, recursos julgados por ementa, muitas vezes sem nem mesmo saber qual o conteúdo das matérias versadas, restrição de direitos de advogados como redução ou impedimentos formais à prática da sustentação oral ou mesmo do despacho em gabinete com os relatores.

A mais odiosa das conseqüências parece mesmo se materializar perante os Tribunais Superiores: nestes, o processo parece ganhar em formalismo e perder em efetividade.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2006) conceitua formalismo como a "totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes*, *faculdades* e *deveres* dos sujeitos processuais", entendendo-o como "o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo".

Revista.indd 113 13/09/2011 11:44:42

Após sustenta que a moderna ciência processual termina por identificar o processo como uma forma de concretização do próprio Direito Constitucional, com o que se pode falar em um formalismo-valorativo, enquanto princípio decorrente do Estado democrático de Direito, dos princípios processuais constitucionais e dos valores constitucionalmente postos, ensejando uma postura de cooperação de todos os sujeitos processuais no compromisso de atingir a "justiça material do caso".

Completa o raciocínio, porém, tratando de uma patologia: o *formalismo excessivo*, derivado da circunstância do poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquilar o próprio direito de fundo, ou mesmo retardar de forma irrazoável a solução do litígio.

O autor conclui afirmando que o sistema brasileiro tem solução, dispondo de meios suficientes para superar o formalismo pernicioso, dependendo, contudo, de uma atitude mais aberta do meio jurídico, talvez acompanhada de uma mudança de mentalidade, obviamente de princípio pelos juízes e tribunais e, após, pelos legisladores e administradores.

Em que pese possam ser colacionadas decisões dos Tribunais Superiores aparentemente adotando essa alteração de mentalidade (com a materialização de julgamentos onde a forma cede espaço para o conteúdo, numa cooperação do magistrado para com os vícios sanáveis e irrelevantes do instrumento recursal[3]), infelizmente, ainda há casos atuais no Supremo Tribunal Federal que indicam que tal mudança está ainda longe de se consolidar como uma realidade no Brasil.

O que se verifica na realidade do Supremo Tribunal desde que promulgada a Constituição Federal de 1988 é uma jurisprudência por vezes tímida demais no que se refere, por exemplo, à garantia dos direitos fundamentais processuais do cidadão.

Emblemático que, na própria topologia constitucional, os direitos individuais estivessem ao final das Cartas de 1967-1969, denotando que o mais importante ou prioritário no Brasil à época era o aparato estatal, o

[3] "[...] No caso dos autos, embora a petição de interposição do apelo extremo não esteja assinada, as razões recursais foram subscritas por procurador regularmente constituído. Presente essa moldura, apenas o exagerado formalismo poderia levar ao não-conhecimento do recurso. Precedente: RE 193.774-AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie" – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 408.686/RJ**, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006, p. 52.

Revista.indd 114 13/09/2011 11:44:42

governo militar e, somente depois, o povo, com garantias escritas mas não implementadas. Uma típica constituição simbólica.

Ocorre que, se era ao menos antevisto que o rol de direitos fundamentais seria um fornecedor de *munição* para decisões judiciais corajosas, aquelas efetivamente concretizadoras dos comandos do constituinte democrático de 1987, em verdade o que se percebeu foi que a manutenção de maioria de membros oriundos do Governo Militar no Supremo Tribunal Federal terminou por prejudicar sua jurisprudência, tornando-a obtusa, fraca e amedrontada quando do início dos trabalhos sob a égide da nova Carta Maior.

Passado o tempo, porém, em que pese tenha ocorrido uma significativa mudança subjetiva no quadro de Ministros do Supremo Tribunal Federal, com uma discrepância positiva de mais integrantes técnico-jurídicos do que político-partidários, ainda assim, a composição atual permanece por vezes com interpretações antiquadas, que denigrem a máxima efetividade constitucional e fazem quase tábula rasa dos mais caros princípios constitucionais do processo.

Estamos diante do fenômeno da *interpretação retrospectiva*.

Luís Roberto Barroso (2003, p. 131) explica seu alcance e conteúdo: seria ela uma "patologia do constitucionalismo nacional", decorrente da aplicação da nova Constituição sem se atentar para a superação dos antigos cânones mortos com a antiga Constituição, aplicando-se os mesmos princípios e valores superados do Texto anterior.

A interpretação retrospectiva representaria uma espécie de *charlatanismo constitucional*, na medida em que, com uma atividade judicante que não busca atuar concretamente as regras, os princípios e os valores vigentes com a nova Constituição Federal, estar-se-ia diante de "um discurso constitucional inteiramente dissociado do direito, desenvolvido em nível puramente teórico, com vulgaridade e insciência". (BARROSO, 2003, p. 292).

Rubens Casara (2003, p. 12) fornece um conceito sobre o fenômeno, aqui adotado: por *interpretação retrospectiva* afirma a insistência dos operadores jurídicos de "interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo". Em outras palavras, através da interpretação retiram-se as perspectivas de transformação que vieram encartadas na nova Constituição. É, antes de tudo, uma interpretação covarde, pois prima pelo medo de rupturas.

Revista.indd 115 13/09/2011 11:44:42

Essa forma de interpretação, infelizmente, ainda permanece vigente no Brasil e, pior, perante os Tribunais Superiores e a Suprema Corte.

Sua superação deve se dar, como ressalta Carlos Roberto Siqueira de Castro (2003, p. 52), por meio do uso do caráter precipuamente principiológico da Constituição de 1988, o qual possibilita considerar todo o ordenamento jurídico brasileiro como um sistema aberto: "impõe-se ao jurista o dever de desconfiar de leituras herdadas, e mesmo se inquietar com elas, se já não se afinam com o sentimento de justiça, ou ao mais traduzem as expectativas contemporâneas da sociedade".

O Supremo Tribunal Federal, cuja tarefa precípua é a guarda da Constituição Federal, infelizmente, ainda adota interpretações retrospectivas: os princípios constitucionais do processo, garantias privilegiadas dos cidadãos, passaram a ser as vítimas mais constantes da orientação jurisprudencial materializada por sucessivas e generalizadas limitações à efetiva realização do controle difuso de constitucionalidade por meio do Recurso Extraordinário.

Como resultado da aplicação da interpretação retrospectiva podemos falar da denominada *jurisprudência autodefensiva do Supremo Tribunal Federal*, entendida como um conjunto de entendimentos que aplicam óbices processuais altamente restritivos para o conhecimento do Recurso Extraordinário sobre matérias processuais-constitucionais, com natureza de uma fachada de justificação a acobertar a falta de infraestrutura da Suprema Corte brasileira.

A autodefensividade se justifica porque o Supremo Tribunal Federal possui posição destacada no Poder Judiciário, especialmente após a Constituição Federal de 1988. Além disso, a jurisprudência defensiva pode – e é – aplicada em todos os Tribunais Superiores brasileiros, na medida em que todos, sem exceção, são subdimensionados para a demanda de processos que recebem, seja de forma devida ou mesmo indevidamente.

O termo "jurisprudência defensiva" já fora utilizado por Paulo Rena da Silva Santarém (2005), em trabalho de iniciação científica apresentado perante a Universidade de Brasília, orientado por José Geraldo de Souza Júnior.

A proposta do referido trabalho foi observar a jurisprudência defensiva como um problema prático a partir da visão teórica do direito como um subsistema social funcionalmente diferenciado. Partiu-se da hipótese de que

Revista.indd 116 13/09/2011 11:44:42

a jurisprudência defensiva, como solução para a existência de numerosos processos judiciais, representa uma resposta socialmente incompatível.

Tomou-se por jurisprudência defensiva o conjunto de decisões judiciais que visam não à resolução das demandas, mas à redução do número de processos julgados pelo Poder Judiciário, como forma de viabilizar seu melhor funcionamento.

A jurisprudência defensiva, portanto, interiorizando uma preocupação administrativa, relacionada à eficiência dos tribunais, diminui a sensibilidade das estruturas quanto ao que sejam demandas jurídicas analisáveis, em resposta à reduzida capacidade de produção de decisões.

Conclui que as estruturas do subsistema do Direito se mostram incapazes de gerir o volume de demandas judiciais, decorrente da atual complexidade social.

Pela jurisprudência defensiva, os tribunais subvertem a lógica funcional do direito e decidem não julgar. Com isso, rejeitam-se a acompanhar cognitivamente a complexidade social e impedem a operacionalização normativa interna. Na prática, essa postura nega a reprodução do direito a partir da Constituição, gerando a des-diferenciação do subsistema.

O que se percebe é que o apego ao formalismo excessivo, com a disposição para que erros singelos e desimportantes sejam colocados como impedimentos intransponíveis, somente pretende mascarar as reais motivações:

a) a ausência de infraestrutura minimamente digna de condições de trabalho nos Tribunais;
b) o deficit de estímulo no quesito remuneração/quantidade de serviço;
c) a falta ou timidez em adotar providências em nível de injunções políticas perante os Poderes Legislativo e Executivo acerca da melhoria das condições de atuação.

O uso da jurisprudência autodefensiva como forma não normatizada de solução para o problema da escassez de condições materiais no Supremo Tribunal Federal impede (ao contrário de viabilizar) o exercício de uma jurisdição eficiente. Sua utilização, porém, e infelizmente, ainda é recorrente.

Revista.indd 117 13/09/2011 11:44:42

Um primeiro momento onde essa jurisprudência autodefensiva se manifestou foi justamente no início dos julgamentos sob a égide da nova Constituição Federal. O motivo foi o aumento considerável de legitimados para ajuizar a Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, conforme o novo art. 103 do então novel Texto Maior. A Carta antiga previa que a Representação de Inconstitucionalidade era exclusividade do Procurador-Geral da República.

Pertinência temática ou relação de pertinência há de ser assim entendida: "o interesse imediato no afastamento do mundo jurídico da norma tida por inconstitucional é que legitima a autoridade a propô-la [a ação direta]", daí porque "nem todos têm direito de propor qualquer ação, pois deverá haver sempre pertinência temática entre aquele que propõe e o interesse imediato que pretende proteger, em nível de controle abstrato de constitucionalidade" (MARTINS; MENDES, 2001, p. 70/71).

A premissa que fundou a legitimidade da exigência da pertinência temática foi mesmo a consideração do controle abstrato se efetivar por meio de um processo objetivo, sem partes e lide, tratando-se fundamentalmente de um processo sem contraditores, com "partes meramente formais" (CLÈVE, 2000, p.159). Entretanto, não se deve perder de vista que o aumento considerável do número de ações diretas, envolvendo diversos assuntos em cada uma no mais das vezes, serviu como *motivação implícita* para a consideração restritiva da pertinência.

A figura da pertinência temática foi erigida pela jurisprudência da Corte Suprema como um verdadeiro requisito objetivo para o conhecimento da Ação Direta. Há de ser considerada a exigência de "adequação temática entre as finalidades estatutárias e o conteúdo da norma impugnada" como "um sucedâneo do interesse de agir no processo subjetivo".

Como clara demonstração do cunho de jurisprudência autodefensiva, esclarece Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 165) que o Supremo Tribunal Federal procede com rigor na análise da legitimação ativa para as Ações Diretas, indo além da verificação do vínculo de pertinência para oferecer "uma interpretação do art. 103 da Constituição que antes se caracteriza pela restrição do que pela ampliação do rol de legitimados ativos".

Enquanto construção pretoriana, a pertinência temática evidentemente oscilou ao longo do tempo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Tida inicialmente como algo de extrema importância para

Revista.indd 118 13/09/2011 11:44:42

evitar a avalanche de processos que se aguardava com a vigência da nova Constituição Federal[4], mais recentemente este requisito, em que pese ainda avaliado e exigido nas Ações Diretas, está se encaminhando para um uso temperado, *cum grano salis*.[5]

A verificação de pertinência foi, sem dúvida, um dos primeiros grandes *filtros de trabalho* erigidos por meio de construções pretorianas no Supremo Tribunal Federal a partir de 1988. E ele veio mesmo a ser reconhecido pelos integrantes da atual composição da Corte. Em entrevista ao sítio Consultor Jurídico (CARDOSO, 2006), o Ministro Carlos Ayres Britto comenta a ocorrência do fenômeno afirmando que ela se mostra necessária para viabilizar o funcionamento racional do Supremo e para fins de não superlotar incontrolavelmente os gabinetes dos Ministros e não os matar de tanto trabalho.

Com o respeito devido a S. Exa., se não é verossímil negar que uma jurisprudência autodefensiva moderada é natural para uma Corte Suprema híbrida, dotada de diversas e variadas competências, não se pode levar ao extremo de imaginar que a referida viabilização do funcionamento racional se materialize por meio de restrições indevidas aos direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

Foi isso que ocorreu? Ou seja, houve uma aplicação ampliativa da jurisprudência autodefensiva? Parece que a resposta é afirmativa.

A pior forma de disseminação da jurisprudência autodefensiva se corporificou quando o Supremo Tribunal Federal passou a exportar o

---

[4] Indicando entendimento mais restritivo, Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1307/DF**, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 24/05/1996, p. 17412 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1157/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 17/11/1996, p. 47: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL (CSPB) - AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM' POR FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA - INSUFICIÊNCIA, PARA TAL EFEITO, DA MERA EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE CARÁTER ECONÔMICO-FINANCEIRO - HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - O requisito da pertinência temática - que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato - foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa 'ad causam' para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Precedentes".

[5] Cf., por todos, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797/DF**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 19/12/2006, p. 37.

Revista.indd 119 13/09/2011 11:44:42

raciocínio da interpretação retrospectiva para o controle difuso, visando construir *represas interpretativas* para que os Recursos Extraordinários (e Agravos de Instrumento também) não fossem sequer conhecidos.

A fórmula utilizada foi erigir a quase dogmas os equívocos mais simples em termos de formalidades nos recursos, deixando de aplicar com máxima eficácia os princípios processuais, dentre eles o da fungibilidade, enquanto decorrência do amplo acesso ao Poder Judiciário.

Parece que essa transposição foi a maneira mais fácil para justificar a ausência de estrutura material mínima do Supremo Tribunal Federal.

Ora, se a discussão sobre número de Ministros, número de funcionários e base física adequada é penosa e com pouca ou nenhuma viabilidade política junto ao Poderes Legislativo e Executivo, a única via a ser utilizada é a deliberação intestina, ou seja, *mutilar por meio de óbices procedimentais, sem amparo legal ou constitucional, o maior número possível de recursos tidos por inviáveis*. Exemplos são variados:

a) "Recurso extraordinário: ausência de assinatura do procurador do recorrente: a assinatura do advogado que o interpõe é formalidade essencial da existência do recurso, donde sua falta não admitir suprimento após o vencimento do prazo: precedentes"[6];

b) "1. Assente o entendimento do Supremo Tribunal de que apenas a petição em que o advogado tenha firmado originalmente sua assinatura tem validade reconhecida. Precedentes. [...] trata-se de mera chancela eletrônica sem qualquer regulamentação e cuja originalidade não é possível afirmar sem o auxílio de perícia técnica"[7];

c) "1. Ilegível a data de ingresso contida no protocolo da petição do recurso extraordinário, não é possível aferir-lhe a tempestividade. 2. Segundo reiterada orientação do Supremo Tribunal, é encargo da própria agravante fiscalizar a inteireza do traslado, sendo tardia a tentativa de regularizá-lo na instância *ad quem*"[8];

---

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 475.421/MG**, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 20/10/2006, p. 64.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 564.765/RJ**, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 17/03/2006, p. 15.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº**

Revista.indd 120 13/09/2011 11:44:42

d) "Se não se prova doutro modo o conhecimento anterior das razões de decidir, não se conhece de recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida no Diário da Justiça ou da sua juntada aos autos"[9];

e) "O recurso extraordinário é intempestivo, porquanto interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração. O entendimento desta Corte é no sentido de que o prazo para interposição de recurso se inicia com a publicação, no órgão oficial"[10];

f) "A autenticação mecânica lançada pelo Tribunal a quo na petição de interposição do recurso extraordinário não permite a verificação da tempestividade recursal. Incidência das Súmulas 288 e 639 do STF"[11];

g) "I. - Recurso interposto por advogado que não disponha, nos autos do processo, do necessário instrumento de mandato não pode ser conhecido. Inaplicabilidade, na fase recursal, do disposto no art. 13, CPC. II. - Precedentes do STF".[12]

O fenômeno, infelizmente, não é exclusivo do Supremo Tribunal Federal. Também outras cortes superiores, como o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, mantém a aplicação atual do formalismo excessivo nas suas mais altas instâncias internas de deliberação, negando a prestação jurisdicional material por força de equívocos sanáveis sem maiores dificuldades.[13]

483.386/RS. 2ª Turma, Relª. Minª. Ellen Gracie, DJU de 09/09/2005, p. 49.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 357.8541/PA**. 1ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 09/06/2006, p. 15.

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 405.357/SP**. 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 04/11/2005, p. 37.

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 558.478/SP**. 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 23/06/2006, p. 43.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 281.287/RJ**. 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 04/04/2003, p. 52.

[13] "RECOLHIMENTO. GUIA IMPRÓPRIA. PORTE. REMESSA. RETORNO. AUTOS. A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, não conheceu dos embargos

Revista.indd 121 13/09/2011 11:44:42

O que marca todas as situações acima referidas é a prevalência de uma valorização irrazoável do aspecto formal como elemento de *seleção natural das causas a serem julgadas*, tomando por inviáveis providências simples de composição da inteireza de informações, como a concessão de prazo exíguo para as partes apresentarem nova peça mais legível, confirmar a autenticidade de uma assinatura ou mesmo suprir a apocrifia, bem como juntar uma procuração que regularize a representação processual da parte interessada.

Ora, não será a concessão de prazos, *v.g.*, de 24 horas para suprimento de deficiências ou mesmo para a prática de diligências a fim de suprir dúvidas sobre a tempestividade de um recurso que inviabilizará o Supremo Tribunal!

Em verdade, nesse tempo certamente diversos casos estariam simplesmente paralisados nos gabinetes, não por má vontade, mas por ausência de estrutura mínima de julgamento de todas as provocações levadas ao Supremo Tribunal Federal.

A consequência natural de um modelo de trabalho que não se funda na mínima correlação lógica entre o fluxo de processos e o número de decisores e auxiliares diretos e indiretos é a postura consciente dos magistrados de subverter a ordem de importância do processo.

Se o mérito é a parte principal da demanda, sendo as preliminares formas de adequar a prestação jurisdicional e evitar nulidades ou mesmo processos aparentes, a realidade denota que o Supremo Tribunal Federal busca equívocos processuais minuciosamente, e, caso o recurso ultrapasse a aferição formal rígida levada a efeito, serão buscadas razões para sua não-apreciação quanto ao mérito.

Cria-se, com as represas interpretativas, a figura da *hermenêutica simbólica como álibi* para que as mudanças não ocorram, mas as violações à Constituição Federal sejam toleradas.

Porém, no seio do Supremo há casos onde se exclui a aplicação da jurisprudência autodefensiva no controle difuso.Vejam-se dois exemplos:

---

de divergência em que se discutia o pagamento de porte de remessa e retorno dos autos realizado em agência arrecadadora mas sem utilizar a guia própria de arrecadação – DARF, além de não ter sido anotado nem o código próprio, o que levou à inadmissão do recurso especial." – BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 440.378/PR**, Rel. originário Min. Teori Albino Zavascki, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, julgados em 1º/2/2007. Informativo nº 309, período de 18/12/2006 a 09/02/2007.

Revista.indd 122 13/09/2011 11:44:42

> É tempestivo, por possuir objeto próprio, o recurso interposto contra decisão já juntada aos autos, ainda que não publicada no Diário de Justiça. Tendo em conta esse entendimento, fixado pela 1ª Turma no AI 497477 AgR/ PR (DJU de 8.10.2004), o Tribunal deu provimento a agravo regimental interposto contra decisão que negara seguimento a outro agravo regimental em ação originária, por considerá-lo intempestivo.[14]

> Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. 2. Ausência de assinatura do advogado constituído nos autos. 3. Advogado com procuração nos autos. Inexistência de dúvida quanto à identificação do advogado que vinha atuando no processo. Erro material. 4. Necessidade de revisão de "jurisprudência defensiva".[15]

3. Crítica à tentativa de superação da crise de funcionalidade por meio da redução de competências ou da supressão de direitos fundamentais por conduto da jurisprudência da Corte Suprema

A cogitação que o Supremo Tribunal Federal termina por buscar soluções para problemas estruturais não com melhorias no serviço público da jurisdição, mas ceifando direitos dos cidadãos é, para dizer o mínimo, vexaminosa perante a aura da Constituição Federal de 1988.

Ainda se percebe a aplicação quase automática da jurisprudência autodefensiva em Agravos de Instrumento e Recursos Extraordinários, os quais, alçados à condição de vilões do acúmulo de processos no STF, terminam sendo tratados com desdém.

---

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo Regimental na Ação Cível Originária nº 1133/DF**, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 12/08/2005, p. 20, com grifos do original.

[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 519.125/SE**, 2ª Turma, Rel. Originário Min. Joaquim Barbosa; Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, DJU de 05/08/2005, p. 94.

Revista.indd 123 13/09/2011 11:44:42

Em que pese a condição de tribunal do Supremo Tribunal Federal lhe imponha o *controle difuso do mérito das causas como regra geral*, a realidade mostra que o deficit de condições substantivas de atuação do Supremo Tribunal Federal quase que impõe considerar mais relevante o número de casos em face do tema. E, ainda, *hipertrofiar os aspectos formais* – que de secundários passaram a principais, talvez até imprescindíveis.

J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1222) sustenta a necessidade do Tribunal Constitucional estar limitado na sua interpretação para evitar que se alterem previsões normativamente postas na Constituição ou mesmo se torne demasiadamente abusiva a discricionariedade em suas manifestações.

Daí o professor português afirmar que o jurista concretizador deve trabalhar a partir do texto da norma, mas a norma de decisão há de ser sempre reconduzida à norma jurídica geral, a fim de evitar a formação de uma "grandeza autônoma" ou de uma "decisão voluntarista do sujeito de concretização".

O mesmo professor balizou a tarefa hermenêutica da Constituição por meio de um "catálogo tópico dos princípios da interpretação constitucional", desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-estruturante, compreendendo os seguintes princípios:

a) *Princípio da Unidade da Constituição*, entendido como aquele que permite o entendimento que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas;

b) *Princípio do Efeito Integrador*, entendido como aquele que permite a primazia da integração política e social, com o reforço da unidade política no que toca aos problemas jurídico-constitucionais;

c) *Princípio da Máxima Efetividade, da Eficiência ou da Interpretação Efetctiva*, entendido como o que determina que uma norma constitucional deve ter a si atribuído o sentido que maior eficácia lhe confira, ensejando no caso de dúvidas que os direitos fundamentais, por exemplo, devam ser preservados por força da maior eficácia a eles inerentes;

d) *Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização ou da Ponderação de Bens*, entendido como a necessidade de se fazer

Revista.indd 124 13/09/2011 11:44:42

uma coordenação ou combinação de bens jurídicos em conflito de maneira que, na aplicação, seja evitado tanto quanto possível o sacrifício de um em detrimento da proteção de outro ou outros que, naquele caso concreto, possam ter primazia na concretização. Deve-se pensar em limites e condicionamentos recíprocos para cada caso concreto enfrentado, impedindo a sua aniquilação num caso e otimização em outros, sob pena de redução da relevância jurídica dos ditos princípios envolvidos;

e) Princípio da Força Normativa da Constituição, entendido como a necessidade de conferir prevalência aos pontos de vista que contribuam para uma eficácia ótima da lei fundamental, valorizando-se, assim, o sentimento de respeito e preservação da Constituição.[16]

O catálogo de princípios tem um deles que muito se molda à realidade brasileira. Trata-se do *Princípio da Justeza ou da Conformidade Funcional*, o qual "tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida", explicitando ainda:

> O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido. É um princípio importante a observar o Tribunal Constitucional, nas suas relações com o legislador e com o governo, e pelos órgãos constitucionais nas relações verticais do poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais). (CANOTILHO, 2003, p. 1223/1226)

[16] "[...] o sentimento jurídico dos destinatários do Direito pode conter uma opinião falsamente ética que tem força persistente, que pode produzir uma grande desordem e intranquilidade, suscetíveis de provocar infrações legais e atingir a segurança jurídica. E isso tampouco o ordenamento jurídico pode ignorar. [...] *A Constituição, toda a Constituição sem exceção*, deve ser a voz de guerra dos cidadãos da Espanha sempre que se ataque a sua Lei Fundamental" – Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e Prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro : Forense, 2006, p. 40/41

Revista.indd 125 13/09/2011 11:44:42

Em complemento, pode-se afirmar, com Fernando Antônio Costa de Oliveira (OLIVEIRA, 2007), que o princípio da conformidade funcional opõe-se a qualquer iniciativa consistente na revisão informal do compromisso político assumido através da Constituição.

Em verdade, se pelo princípio é correto inferir que a interpretação não pode criar intervenção indevida de um Poder sobre o outro, pois os órgãos e suas respectivas funções devem desempenhar as funções para os quais foram criados, *muito menos autorizado estaria o Tribunal Constitucional em geral e, na espécie, o Supremo Tribunal Federal a diminuir suas próprias competências expressamente estabelecidas na Constituição*!

Pode-se entender como uma especificação ou mesmo um desdobramento lógico do princípio da justeza ou da conformidade funcional que a interpretação criativa dos magistrados não pode resultar num desvirtuamento do esquema de competências constitucionalmente posto, quer para interferir nas demais funções do Estado, quer para restringir suas próprias atribuições.

Essa afirmação se confirma porque a moderna interpretação da Constituição pretende buscar um sentido mais profundo das Constituições enquanto instrumentos destinados ao estabelecimento da adequação do Direito com a sociedade e do Estado com a legitimidade que lhe serve de base.

Percebe-se que, se a mutação constitucional é mais simples de ser realizada, diante da desnecessidade de alterações formais do texto normado, ela não legitima o pensamento que sua consecução, para fins de *redução de competências próprias*, é algo irrelevante.

O grande problema da violência ao princípio da conformidade funcional pelo Supremo Tribunal Federal é a diminuição da importância da Constituição da República como veículo de concretização dos direitos fundamentais e dos anseios populares. Sempre é bom lembrar Lênio Streck (2005, p. 294), para quem "nada pode ser se não for constitucionalmente legítimo".

Além disso, a violação ao princípio da conformidade traz consigo, como corolário, a restrição a outros princípios da interpretação constitucional, como o da máxima efetividade e o da força normativa da Constituição.

A atitude omissiva quanto a suas próprias competências nem mesmo poderia ensejar a solução preconizada por Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 20), para quem, importando mais a finalidade de cumprir a

Revista.indd 126 13/09/2011 11:44:42

Constituição do que quem irá realizar tal tarefa, tornar-se-ia "possível, portanto, admitir que outro sujeito, inicialmente não dotado de atribuição constitucional, implementasse o comando constitucional". É que, para o citado autor, a "omissão inconstitucional (desatendimento a deveres constitucionais de agir) teria o condão não apenas de censurar o sujeito constitucionalmente incumbido por primeiro dessa tarefa, senão que até de desinvesti-lo da competência".

Ocorre que simplesmente não há atualmente órgão outro a quem atribuir a competência de decisão sobre a inconstitucionalidade difusa das leis e atos normativos no Brasil nos moldes atuais do Texto Maior, sob pena de novos desvirtuamentos do princípio da conformidade funcional.

Atribuir as funções do Supremo Tribunal Federal aos demais tribunais superiores geraria como resultado a subversão do sistema jurídico nacional, inviabilizando ainda mais as demais Cortes e demonstrando, a toda evidência, que o problema não é jurídico, mas, sim, de estrutura.

Ainda: se é certo que a função do juiz é vivificar o texto legal mediante a interpretação, adequando-o à realidade latente[17], a perspectiva a ser encarada não é a dos custos da fixação de estrutura adequada ao Poder Judiciário, mas sim a da preservação das necessidades sociais do cidadão brasileiro contra os desmandos do poder público e dos demais particulares.

Tomando como premissa que a aplicação do Direito é a realização de seus cânones e princípios por meio de uma execução oficial, a cargo dos agentes autorizados do Estado (TAVARES, 2006, p. 71), na medida em que o Supremo Tribunal Federal termina por restringir suas próprias competências através de jurisprudência, está ele se negando a cumprir a função de aplicador soberano do direito constitucional no país, perdendo na teoria e na prática sua estatura de guarda da Constituição.

E, na sequência dessa inação, termina ocorrendo um *acanhamento da efetividade constitucional*: processo reverso ao do princípio da máxima efetividade preconizado pela moderna interpretação constitucional, o qual é extremamente gravoso justo porque retira os alicerces de todas as tentativas de colocar a Constituição como cerne do sistema jurídico e irradiador de justiça e paz social.

---

[17] LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. "A vinculação da interpretação judicial: aspectos constitucionais". *In*: **Revista de direito constitucional e internacional**. a. 11, n. 43, abr./jun. 2003, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, p. 212.

Revista.indd 127 13/09/2011 11:44:43

A reafirmação de algo que parece óbvio é necessária aqui: todos os princípios, entendidos com base em Robert Alexy como mandados de otimização, somente podem ser valorizados se *orientados para o avanço ou vivificação dos elementos componentes de um sistema jurídico estatal*. Se a hermenêutica jurídica for desprezada como meio evolutivo do Direito, perde sua relevância social.

Logo, toda prática interpretativa deve ser orientada para o *uso evolutivo do conhecimento hermenêutico-constitucional*, referindo como resultados as melhorias técnicas e qualitativas para os cidadãos. Concretizar uma interpretação retrospectiva é permitir, passiva e danosamente, que o perigoso fantasma do retorno a tempos totalitários esteja mais próximo de uma reencarnação.

Daí que a clareza do comando contido no art. 102, III da Constituição Federal de 1988 (atribuindo ao Supremo Tribunal Federal o exercício do controle difuso por meio do Recurso Extraordinário como uma obrigação de análise do processo em nível revisor último) somente pode recomendar que esse é um limite literal para qualquer interpretação que pretenda negligenciar o projeto constituinte de 1987.[18]

A jurisprudência autodefensiva ainda em voga termina por transformar o controle difuso por meio do Recurso Extraordinário em vilão da democracia, desprezando seus principais algozes (Legislativo e Executivo) e prejudicando os cidadãos pela omissão e ineficiência.

Esquecem-se os defensores desta tese que a eficácia vinculante gera, por consequência, a singela alteração do mecanismo processual: saem os Agravos e Recursos Extraordinários e tomam seu lugar as Reclamações, em número talvez muito maior já que podem, inclusive, advir de decisões administrativas que descumpram súmulas vinculantes...

Tudo isso representa, no entender de Inocêncio Mártires Coelho (2003, p. 134), uma *deslealdade* com a Constituição, a qual não pode ser admitida nem mesmo nos piores momentos de crise interinstitucional dos poderes constituídos, traindo a justa expectativa do povo de ver se consolidar a democracia prometida pelo Texto Magno.

---

[18] Celso Ribeiro Bastos lembra que "o elemento literal, a letra da lei, constitui sempre o ponto de referência obrigatório para a interpretação de qualquer norma, seja constitucional, infraconstitucional ou até mesmo de índole contratual" – BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo : Celso Bastos Editor, 2002, p. 182.

Revista.indd 128 13/09/2011 11:44:43

Desse modo, há de se concluir que a aplicação de uma jurisprudência autodefensiva, destinada a preservar o Supremo Tribunal Federal da ausência de base estrutural mínima para seu relevante trabalho (através de interpretações retrospectivas e excesso de formalismos para dissuadir o uso do controle difuso por meio do Recurso Extraordinário) vai de encontro as mais básicas noções da moderna hermenêutica constitucional, devendo ser rechaçada tanto no plano teórico quanto no prático.

Sem dúvida a mudança da legislação constitucional e processual é indispensável. Contudo, os verdadeiros gargalos não foram e ainda não são idoneamente conhecidos; e, se já foram identificados, não são enfrentados pelas reformas processuais, as quais buscam alterar o *status quo* por meio de soluções pontuais, muito mais exortações do que comandos factíveis.

Não será, definitivamente, com o cerceamento de direitos fundamentais ou mesmo com o desprezo à razoabilidade e proporcionalidade que o Supremo Tribunal Federal resolverá, ou sequer minimizará, o grave problema da crise de funcionalidade.

4. Conclusões

São as seguintes as conclusões sistematizadas deste trabalho:

a) os tribunais, com a continuidade de casos sendo julgados sobre o mesmo tema, bem como aplicando a tendência de manter a integridade de suas decisões para fins de respeito à coerência e à segurança jurídica, passam a decidir de uma mesma forma casos que possuam a mesma base fática e as mesmas questões jurídicas incidentes; a inclinação do tribunal para uma tese jurídica, de forma constante ou reiterada, sem a formalização do entendimento manifestado, é denominada de *jurisprudência*;

b) a atitude hermenêutica apenas não confere base para o pleno desenvolvimento das atividades judicantes em nosso país. Distante da disposição pessoal de renovar a forma de aplicação do Direito no Brasil, a falta de uma infraestrutura mínima para o Poder Judiciário desempenhar suas funções de forma maximizada pelas potencialidades da moderna hermenêutica jurídica aparece como um contra-posto vergonhoso, mas real;

Revista.indd 129 13/09/2011 11:44:43

c) a ausência de base material mínima compatível com a alta função desempenhada pelos julgadores no Brasil fomenta em sua atividade judicante diária a consolidação de uma postura passiva frente aos problemas, uma letargia intencionalmente praticada ou, no mínimo, permitida sob o argumento de que, sem estímulo, não se deve produzir além do essencialmente necessário;

d) a mais odiosa das consequências parece mesmo se materializar perante os Tribunais Superiores: nestes, o processo parece ganhar em formalismo e perder em efetividade e o que se verifica na realidade do Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 é uma jurisprudência ainda tímida e, por vezes, comprometida mesmo com os ideais antigos da burocracia militar que imperou nos negros anos de Ditadura a partir de 1964;

e) forjou-se com a aplicação da interpretação retrospectiva o que se denomina de *jurisprudência autodefensiva do Supremo Tribunal Federal*, entendida como um conjunto de entendimentos que aplicam óbices processuais altamente restritivos para o conhecimento do Recurso Extraordinário sobre certas matérias processuais-constitucionais, mas com natureza de uma fachada de justificação para acobertar razões de ausência de infraestrutura do Supremo Tribunal Federal.

f) o que se percebe é que o apego ao formalismo excessivo, com a disposição para que erros singelos e desimportantes sejam colocados como impedimentos intransponíveis, somente pretende mascarar as reais motivações: a ausência de infraestrutura minimamente digna de condições de trabalho nos Tribunais; o deficit de estímulo no quesito remuneração/quantidade de serviço; a falta ou timidez em adotar providências em nível de injunções políticas perante os Poderes Legislativo e Executivo acerca da melhoria das condições de atuação;

g) essa transposição foi a maneira mais fácil para justificar a ausência de estrutura material mínima do Supremo Tribunal Federal, eis que

Revista.indd 130 13/09/2011 11:44:43

se a discussão sobre número de Ministros, número de funcionários e base física adequada é penosa e com pouca ou nenhuma viabilidade política junto ao Poderes Legislativo e Executivo, a única via a ser utilizada é a endógena, ou seja, *mutilar por meio de óbices procedimentais sem amparo legal ou constitucional o maior número possível de recursos tidos por inviáveis*;

h) o catálogo de princípios sustentados pelo professor português Gomes Canotilho tem um deles que muito se molda à realidade brasileira: o *Princípio da Justeza ou da Conformidade Funcional*, pelo qual se visa impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida;

i) na medida em que o Supremo Tribunal Federal termina por restringir suas próprias competências através da sua jurisprudência, está ele se negando a cumprir a função de aplicador soberano do direito constitucional no país, perdendo na teoria e na prática sua estatura de guarda da Constituição, com o que termina ocorrendo um *acanhamento da efetividade constitucional*: um processo reverso ao do princípio da Máxima Efetividade preconizado pela moderna interpretação constitucional, que é extremamente gravoso justo porque retira os alicerces de todas as tentativas de colocar a Constituição como cerne do sistema jurídico e irradiador de justiça e paz social;

j) a jurisprudência defensiva hoje ainda em voga transforma o controle difuso por meio do Recurso Extraordinário em vilão da democracia, desprezando seus reais algozes (Legislativo e Executivo) e prejudicando os cidadãos pela omissão e ineficiência.

k) sem dúvida a mudança da legislação processual é indispensável no Brasil: contudo, os verdadeiros gargalos não foram e ainda não são idoneamente conhecidos; ou, se já foram identificados, não são enfrentados pelas reformas processuais, as quais buscam alterar o *status quo* por meio de soluções pontuais e abstratas, muito mais exortações do que comandos factíveis.

Revista.indd 131 13/09/2011 11:44:43

Referências

BARROSO, Luís Roberto**. Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2003;

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo : Celso Bastos Editor, 2002;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra : Almedina, 2003.

CARDOSO, Maurício. "Em nome da Constituição: o judiciário não governa, mas ele governa quem governa". Entrevista com o Ministro Carlos Ayres Britto. *In*: **Consultor Jurídico**. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/43306,1>. Acesso em 08 dez. 2006, 15:52 horas;

CASARA, Rubens. "Interpretação retrospectiva, Constituição e processo penal". *In*: **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 22, Rio de Janeiro : EMERJ, 2003;

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**, Rio de Janeiro: Forense, 2003;

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000;

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003;

MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei 9.868, de 10-11-1999. São Paulo : Saraiva, 2001;

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". *In*: **Revista de processo**. a. 31. n. 137. jul./2006, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, p. 07/30;

Revista.indd 132 13/09/2011 11:44:43

OLIVEIRA, Fernando Antônio Costa de. "Uma visão sobre a interpretação constitucional". *In*: Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, a. 1, v. 2, Fortaleza, 1993. Disponível em <http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol02/07InterpretacaoConstitucional.htm>. Acesso em 20 fev. 2007, 18:58 horas;

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005;

SANTARÉM, Paulo Rena da Silva. "A observação da jurisprudência defensiva na diferenciação do subsistema do Direito". *In*: **XI Congresso de Iniciação Científica da UnB e do 2º Congresso de Iniciação Científica do DF**. Brasília : Universidade de Brasília, 23 a 26 ago. 2005. CD;

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 2005;

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo : Método, 2006;

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e Prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro : Forense, 2006, p. 40/41.

Revista.indd 133 13/09/2011 11:44:43

A QUESTÃO DA NATUREZA JURÍDICA DOS ROYALTIES NA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL: EXPRESSÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E A CONDUÇÃO DA MATÉRIA PELA JUSTIÇA FEDERAL

Guilherme Graciliano Araújo Lima

Procurador do município do Cabo de Santo Agostinho. Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direitoda UFPE/CCJ na linha Estado,Regulação e Tributação Indutora.

RESUMO: O presente ensaio tem por mote esclarecer algumas questões relevantes sobre as regras de exploração e produção de petróleo e gás natural no país, dando especial ênfase nas participações governamentais, mormente os *royalties,* nos aspectos de sua distribuição entre os entes da federação e de sua natureza jurídica, conforme os entendimentos legais e jurisprudenciais afetos à matéria.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 - Participações governamentais nas atividades de exploração e produção de petróleo; 3 - Royalties: natureza jurídica e disposições normativas; 4 - Reivindicações municipais no âmbito da Justiça Federal; 5 - Royalties como expressão de responsabilidade civil e de direito da personalidade das pessoas jurídicas de direito público: contra-ataque à emenda Ibsen Pinheiro; 6 – Conclusão. Referências.

Palavras chaves: Direito do Petróleo. Participações governamentais. *Royalties*.

Revista.indd 134 13/09/2011 11:44:43

1. Introdução

Com a EC 09/95, a Constituição Federal, no reflexo da intervenção econômica do Estado,[1] buscou moderar o regime monopolista intenso sobre a produção petrolífera no país a cargo da União desde a promulgação do texto constitucional original de outubro de 1988. O art. 177, *caput*, e seus diversos incisos, afirmam ser monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e de gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a sua refinação, bem como a importação e exportação das atividades daí decorrentes.

Com redação estabelecida pela citada emenda, surgiu o §1º no citado artigo, aduzindo que "a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV", consoante critérios estabelecidos por lei específica a ser, àquela época, editada em momento posterior e oportuno. A EC 09/95 também incluiu um novo parágrafo ao artigo 177, aduzindo que essa lei específica disporá sobre a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo no país, as condições de contratação e a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

Na situação estabelecida a partir daquela nova roupagem constitucional, editou-se a lei do Petróleo, lei federal nº 9.478/97, dispondo sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, estabelecendo a criação do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, e da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

Na segunda metade da primeira década deste século XXI, precisamente no ano de 2007, o governo federal confirmou oficialmente estudos realizados sobre o surgimento de novas e grandiosas reservas petrolíferas a cerca de 7 mil metros de profundidade, por volta das Bacias de Campos e de Santos, geograficamente estabelecidas no sudeste e também alcançando

[1] É bom salientar que a intervenção do Estado na economia não é tema dos mais recentes, nem no Brasil e nem em muitas outras partes do mundo. Nesse sentido, Paulo Otero vai afirmar que a intervenção econômica do Estado não é um problema recente em Portugal, por exemplo, e sem embargos da diversidade de soluções, as preocupações temáticas da época das primeiras leis da monarquia lusitana ainda andaram bem próximo da intervenção estatal no século XX. OTERO, Paulo. Origem da intervenção económica do Estado em Portugal: notas para uma história do Direito Público da Economia. *In:* **Revista de Direito Público da Economia,** Belo Horizonte, Fórum, ano 01, nº 04, out/dez., 2003, p. 182.

Revista.indd 135 13/09/2011 11:44:43

parte do sul do país, denominadas ampla e simplificadamente, no meio jornalístico e jurídico nacionais, de província petrolífera do "Pré-Sal". O novo e vultoso arcabouço material para o sistema de exploração despertou alguns olhares governistas diferentes sobre a forma de como conduzir, regular e explorar a atividade petrolífera e de como celebrar os respectivos contratos de concessão com empresas privadas, exatamente na forma e no sentido almejado anteriormente pela EC 09/95.

Nesse novo projeto normativo, estabelecido por quatro Projetos de Lei (PLs nº 5.938/09, 5.939/09, 5.940/09 e 5.041/09) o governo federal sustenta que "o atual marco regulatório firmado pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 – Lei do Petróleo – não é suficiente para permitir, em vários sentidos, o adequado aproveitamento das reservas descobertas na nova província petrolífera",[2] com argumentos de que "as premissas adotadas pela Lei do Petróleo são inadequadas a esse novo cenário, ao grau de risco e às perspectivas de rentabilidade presentes no Pré-Sal." Em síntese: tenta-se formar um novo mecanismo regulador da atividade com relativa ampliação dos ganhos econômicos e materiais em favor do Estado, sob o argumento de que as novas reservas recém descobertas, devido ao seu enorme vulto e capacidade lucrativa, praticamente acabaram com os riscos impostos aos particulares no exercício da atividade petrolífera mediante os contratos de concessão.

O novo marco regulatório legal do modelo dos Empreendimentos de Exploração & Produção de Petróleo e Gás Natural – E&P - no Brasil encontra-se, atualmente, no centro dos holofotes da imprensa e da comunidade jurídica e econômica nacionais, além de despertar controversos debates no âmbito político dos mais variados âmagos institucionais do país.

Dentre as principais inovações produzidas pela nova estruturação normativa dada ao arcabouço legal de produção petrolífera encontram-se o estabelecimento do contrato de partilha – *sharing contract* – nas áreas exploradas a partir do Pré-Sal, a criação da Petro-Sal, a participação direta da Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás – em percentual legalmente

[2] BRASIL. Presidência da República. **Projeto de Lei nº 5.938/09**. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, altera dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2009/msg713-090831.htm>. Acesso em: 22 out. 2009.

Revista.indd 136 13/09/2011 11:44:43

estabelecido nos contratos de partilha, e a alteração de algumas atribuições da ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, na gerência, fiscalização e regulação dos contratos de concessão de E&P.

Esses, entretanto, configuram os institutos iniciais previstos no modelo originário proposto pelo Poder Executivo, e submetido à sabatina do Congresso Nacional no final de 2009. Ao projeto de lei nº 5.938 proposto pelo executivo foi adicionada a emenda "ibsen pinheiro", proposta pelos deputados federais Ibsen Pinheiro (PMDB/RS) e Humberto Souto (PPS/MG), alterando, sensível e polemicamente, a estrutura de repartição dos *royalties*, pagos pelas concessionárias particulares aos estados e municípios, envolvidos diretamente na atividade de produção e distribuição de petróleo e gás natural, permanecendo intacta a parcela devida à União (40% sobre a produção superior a 5% da produção da plataforma continental), sob a argumentação de que os produtos dessa atividade lhes pertenceriam.

Nesse contexto, doravante, abordaremos os conceitos de *royalties*, entendidos como compensação financeira paga ao ente estatal, e como, exatamente, a aludida emenda modifica o atual esquema desse pagamento compensatório. Ao avançar na abordagem, ter-se-á em mente o conceito de indenização, uma espécie de compensação financeira, que é aplicada ao conceito analisado, configurando hipótese de tutela jurídica do direito da personalidade das pessoas jurídicas de direito público, consoante a regra do art. 52 do texto do Código Civil.

Vale salientar que o projeto de lei 5.938/09, onde originalmente se concebeu o novo marco regulador para o Brasil, não alterava a estrutura dos *royalties* e das outras formas de compensação, todavia, a teoria política entrou em cena, o tema não passou em branco por alguns parlamentares e logo entrou na discussão do Congresso Nacional, resultando em parte expressa da lei federal nº 12.351/2010.

O escopo do presente trabalho, neste momento, perpassa a análise da possibilidade de aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas de direito público mediante o pagamento de *royalties* aos entes políticos produtores e a problemática da emenda Ibsen, cujo teor polemiza a natureza jurídica dos *royalties* como sendo compensação financeira (receita primária) ao ente explorador, e não como receita tributária (receita derivada) por exploração de bem da União, à base do art. 20 da Constituição Federal.

Revista.indd 137 13/09/2011 11:44:43

2. Participações governamentais nas atividades de exploração e produção de petróleo

Royalties expressam apenas uma das espécies de compensação financeira paga pelos concessionários que exploram atividade econômica de produção, extração e distribuição de petróleo ao Estado. Esse valor pago é dividido entre os entes da federação, de modo que os estados e municípios diretamente envolvidos na atividade são contemplados com um percentual significativo sobre o numerário pago pelas empresas privadas, perfazendo-se, assim, a ideia de compensação financeira. Além de estados e municípios, parcela dessa compensação também se destina à União. Neste tópico, abordam-se as regras de participações governamentais nas áreas exploradas pelo regime de concessão.

As formas de participação dos entes federados e da União na participação na exploração da atividade estão reguladas conforme o art. 45 da lei 9.478/97. Vale destacar que os *royalties* não são a única forma de participação do Estado nesse empreendimento, pois, além destes, também há ganhos financeiros através do bônus de assinatura, participação especial e o pagamento pela retenção e ocupação de área explorada.

O pagamento de *royalties*, assim como o pagamento pela retenção/ocupação, é obrigatório, e a participação especial, por sua vez, é devida nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, ocasião em que haverá o pagamento de um valor específico, a ser regulamentado em decreto do presidente da República (art. 50, lei 9.478/97). Junto com o bônus de assinatura, os principais componentes da participação do Estado na exploração da atividade são os *royalties* e as participações especiais.

Government take é a denominação genérica conferida ao conjunto das remunerações pagas pelo explorador ao Estado, consistentes nos tributos incidentes sobre a atividade exploradora e mais as compensações financeiras do art. 45 acima referido.[3] De maneira mais geral, o *government take* está previsto no art. 26 da lei 9.478/97, que aduz que a concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar em blocos determinados, por sua conta e risco, a atividade de exploração e extração de petróleo e gás natural e, em caso de êxito, produzi-los, conferindo-lhe a propriedade desses

[3] BALERONI, Rafael Baptista; PEDROSO JÚNIOR, Jorge Antônio. Pré-Sal: Desafios e uma proposta de regulação. *In:* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.) **Os novos rumos do direito do petróleo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 157

Revista.indd 138 13/09/2011 11:44:43

bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.

Vale fazer uma importante e breve abordagem neste momento. Este trabalho não vai tecer comentários nem análises sobre os tributos incidentes sobre a atividade de exploração, produção, refino e transporte de petróleo e gás-natural, em virtude de se tratar de matéria complexa e específica para os eminentes tributaristas. A única referência tributária que será analisada é justamente a inocorrência de tributo quando se fala de *royalties* do petróleo, pois não se trata de prestação pecuniária cobrada em atividade administrativa plenamente vinculada.

Bônus de assinatura é um numerário cujo valor mínimo será estabelecido no edital da respectiva licitação, e corresponderá ao pagamento ofertado na proposta para obtenção da concessão, devendo ser pago no momento da assinatura do contrato de exploração e produção de petróleo e gás-natural (art. 46, lei 9.478/97).

Não houve pagamento de bônus de assinatura para os primeiros blocos concedidos à Petrobrás, pois na rodada zero (*round zero*) não houve procedimento licitatório propriamente dito, mas apenas celebração de contratos de concessão com a referida sociedade de economia mista mediante requerimento da empresa indicando quais as áreas desejaria manter sob seu controle.

O retorno financeiro pago anualmente pela retenção e ocupação de área será estabelecido no edital da licitação e no contrato, fixado por quilômetro quadrado ou fração da superfície do bloco, na forma da regulamentação expedida por decreto do presidente da República, e o valor do pagamento pela ocupação ou retenção de área será aumentado em percentual a ser estabelecido pela ANP, sempre que houver prorrogação do prazo de exploração (art. 51, *caput*, e parágrafo único, lei 9.478/97).

Por sua vez, a participação especial do Estado, que não se aplica às áreas de partilha surgidas com o Pré-Sal (art. 44 da lei 12.351/10), é paga sobre a receita bruta da produção, deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor (§1º, art. 50, lei 9.478/97), e será feita da seguinte maneira: 40% do seu total será destinado ao Ministério de Minas e Energia – MME, 10% ao Ministério do Meio Ambiente – MMA, 40% para o estado e 10% para o município, onde ocorrer a produção em terra ou que seja

Revista.indd 139 13/09/2011 11:44:43

confrontante com a plataforma continental em que é realizada a exploração. A doutrina especializada acredita que, através da participação especial, a produção da área do Pré-Sal poderia gerar ainda mais riquezas ao Estado.[4] Contudo, como dito, a participação especial não incide sobre os contratos de partilha de produção, conforme estabeleceu a novel legislação.

Outrossim, há de se ter em mente a ponderação de Carlos Ari Sundfeld a respeito da participação especial. Segundo ele, na forma como prevista atualmente pela 9.478/97, essa forma de ganho do Estado não é adequada para garantir o controle estratégico da União sobre a produção petrolífera, e, destarte, sobre as receitas advindas do Pré-Sal. "A lei engessou a distribuição dos recursos oriundos dessa participação e potencializou, de maneira arriscada, a receita de Estados e Municípios" (*sic*) que produzem petróleo e gás, causando um enorme sentimento de "injustiça federativa".[5] E nem mesmo a possibilidade de revisão dos percentuais pagos pelas concessionárias através de decreto presidencial tem o condão de resolver o problema dessa má distribuição, arremata o autor.

Essa passagem deve restar registrada aqui para reforçar o ideal que vai nortear a tentativa de reformular a divisão dos *royalties*, qual seja, o da justiça distributiva entre os entes da federação, quando da proposição de emendas ao projeto de lei proposto inicialmente pelo governo federal. Vistos brevemente os destaques legais sobre o bônus de assinatura, a participação do Estado paga pela ocupação e retenção de área explorada, e a participação especial, vamos focar sobre o principal assunto do tópico, o *royalty*.

3. Royalties: natureza jurídica e disposições normativas

As regras que regem o pagamento dessa compensação (indenização, como será demonstrado nas próximas linhas) estão insculpidas na lei federal nº 2.004/53, com as alterações da lei 7.990/89, e na lei federal nº 9.478/97, aplicáveis para a produção marítima e terrestre de petróleo e gás natural.

No plano constitucional temos o embate teórico entre o § 1º do art. 20, que assegura, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, bem

[4] BALERONI, Rafael Baptista; PEDROSO JÚNIOR, Jorge Antônio. Ob. cit., p. 159.

[5] SUNDFELD, Carlos Ari. Quanto reformar do direito brasileiro do petróleo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE,** Belo Horizonte, ano 8, nº 29, p. 29-37, jan./mar. 2010, p. 34.

Revista.indd 140 13/09/2011 11:44:43

como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou *compensação financeira por essa exploração* (grifou-se), e o art. 20, incisos V e IX, que afirmam serem bens da União os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva e os recursos minerais, inclusive os do subsolo. Esses serão os dois dispositivos colocados como palco da disputa pela redistribuição dos *royalties* do petróleo, conforme explicitado mais adiante.

Definidos como espécie de compensação financeira devida aos entes da federação pelos concessionários de exploração e produção de petróleo e gás natural, os *royalties* são pagos mensalmente, recaindo sobre o volume total da produção, medidos na boca do poço, que são os pontos próprios para aferir a produção definidos pelo plano de desenvolvimento do campo, incluindo a quantidade de gás e óleo consumidos pela empresa concessionária como combustível para o próprio processo de produção no campo. A alíquota que incidirá sobre esse volume total será de 5 a 10% do valor constante no momento da medição, nos precisos termos dos arts. 45, 47 e 49, inciso I, da lei 9.478/97, considerando o risco geológico e a expectativa da produtividade do campo.

Rodrigo Meyer Bornholdt afirma que aos estados e municípios produtores assiste apenas parcial razão ao defenderem sua titularidade exclusiva na participação ou compensação no resultado da exploração de petróleo nos seus territórios. No entendimento desses estados e municípios, segue o autor, qualquer lei que estenda esse direito de participação e benefícios a outros entes da federação deverá ser declarada inconstitucional.[6]

Justificando sua teoria, Bornholdt afirma que essa relativa razão que assiste aos estados e municípios produtores decorre do sentido amplo que deve ser conferido ao termo "exploração". "Exploração, pois, não significa unicamente a atividade de extração de petróleo, para fins de distribuição dos *royalties*. A exploração constitui uma atividade complexa", iniciando-se com a pesquisa, passando pela extração, e depois pelas atividades de embarque, culminando no refino, quando então se transforma em produto

[6] BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Royalties* do petróleo e as questões constitucionais. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 12, nº 62, p. 125-134, jul./ago. 2010, p. 125.

Revista.indd 141 13/09/2011 11:44:43

consumível.[7] Para o autor, na mesma passagem, a exploração deveria ter sentido mais amplo, incluindo a atividade de transporte, por exemplo.

Entretanto, como exposto abaixo, não é essa a posição dominante na jurisprudência nacional, nem a posição adotada neste trabalho, pois se acredita na tese da compensação financeira como espécie de indenização aos entes produtores.

A base da discussão se encontra na aplicação e interpretação daqueles dois dispositivos constitucionais citados mais acima, como mais adiante se verá. Antes disso, porém, vale destacar que a celeuma da emenda Ibsen deriva-se, fundamentadamente, em uma batalha antiga que municípios vêm travando na justiça já há algum tempo contra a repartição da compensação paga pela produção petrolífera. Explica-se.

De fato, há duas formas de pagamento de *royalties* a União, estados e municípios, que somadas representam, até, 10% do total do resultado da produção da atividade de exploração de petróleo pelos concessionários. A primeira forma é regulada pela lei 7.990/89, que alterou a lei 2.004/53, *in verbis*:

> Art. 7º O art. 27 e seus §§ 4º e 6º, da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pelas Leis nºs 3.257, de 2 de setembro de 1957, 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e 7.525, de 22 de julho de 1986, passam a vigorar com a seguinte redação:
> "Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios:
> I - 70% (setenta por cento) aos Estados produtores;

[7] *Idem. Ibidem,* p. 129.

Revista.indd 142 13/09/2011 11:44:43

> II - 20% (vinte por cento) aos Municípios produtores;
> III - 10% (dez por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.
> (...)
> § 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas de 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios.
> (...)
> § 6º Os Estados, Territórios e Municípios centrais, em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração de petróleo, xisto betuminoso ou gás, farão jus à compensação financeira prevista no caput deste artigo."[8]

[8] BRASIL. Presidência da República. **Lei federal nº 7.990/89**. Institui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataformas continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, e dá outras providências. (Art. 21, XIX da CF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7990.htm>. Acesso em: 06 out. 2009.

Revista.indd 143 13/09/2011 11:44:43

Desse quadro, em síntese, apreendemos o seguinte: as empresas concessionárias exploradoras de atividade petrolífera devem compensar financeiramente os estados e municípios produtores em um valor correspondente a 5% (cinco por cento) do total de óleo bruto, gás e xisto betuminoso extraídos, além dos municípios com instalações marítimas e terrestres para o escoamento da produção, sendo que 70%, desses 5%, se destinam aos estados e 20% aos municípios, e 10% para os municípios com aporte de instalação para embarque ou desembarque de óleo ou gás. Essas instalações não se confundem com os conhecidos aportes estruturais denominados *citygates,* razão pela qual a Justiça tem negado os pedidos de certos municípios em participar da distribuição dos *royalties* do petróleo, ao qual far-se-á referência mais a frente. Vale destacar, outrossim, que a distribuição estatuída pela lei 7.990/89 foi referendada e mantida pelo art. 48 da lei do petróleo de 1997.

O outro mecanismo de compensação está estabelecido nos arts. 45 e 49 da lei nº 9.478/97, e diz respeito à contribuição devida no percentual superior a 5% da produção da exploradora. O *royalty* pago pelo concessionário que ultrapassar 5% do total da sua produção terá seu percentual de distribuição diferenciado, conforme se trate de extração em área da plataforma continental (art. 49, II) ou em terra, lago, rio ou ilhas locais (art. 49, I), *in verbis*:

> Art. 45. O contrato de concessão disporá sobre as seguintes participações governamentais, previstas no edital de licitação:
> I - bônus de assinatura;
> II - *royalties*;
> III - participação especial;
> IV - pagamento pela ocupação ou retenção de área.
> § 1º As participações governamentais constantes dos incisos II e IV serão obrigatórias.
> (...)
> Art. 47. Os *royalties* serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.

Revista.indd 144 13/09/2011 11:44:43

§ 1º Tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos *royalties* estabelecido no *caput* deste artigo para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção.

(...)

Art. 48. A parcela do valor do *royalty*, previsto no contrato de concessão, que representar cinco por cento da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º do artigo anterior, será distribuída segundo os critérios estipulados pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

Art. 49. A parcela do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição:

I - quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres:

a) cinquenta e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados onde ocorrer a produção;

b) quinze por cento aos Municípios onde ocorrer a produção;

c) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP;

d) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas

Revista.indd 145 13/09/2011 11:44:43

> indústrias;
> II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental:
> a) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados produtores confrontantes;
> b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios produtores confrontantes;
> c) quinze por cento ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das áreas de produção;
> d) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP;
> e) sete inteiros e cinco décimos por cento para constituição de um Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios;
> f) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias.

Em síntese, a distribuição dos *royalties* da produção da plataforma continental, nesse percentual superior a 5% da produção, dar-se-á da seguinte maneira (art. 49, II, "a" a "f"): 22,5% para os estados e 22,5% para os municípios produtores confrontantes, 40% para União, 7,5% aos municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP, e 7,5% para constituição de um Fundo Especial, a ser distribuído

Revista.indd 146 13/09/2011 11:44:43

entre todos os estados, territórios e municípios. Já em área terrestre, a distribuição se reserva a 52,5% aos estados produtores, 15% aos municípios produtores, 7,5% para os municípios afetados por operações de embarque ou desembarque de petróleo e gás natural e, finalmente, 25,% para o Ministério de Ciência e Tecnologia.

4. Reivindicações municipais no âmbito da Justiça Federal

O ponto nevrálgico da questão incide sobre os últimos 7,5% acima referidos, bem como os 10% garantidos pelo inciso III do art. 27 da lei 2.004/53. Os dois dispositivos foram posteriormente regulados, aquele através de ato normativo expedido pela ANP, consubstanciado na Portaria nº 29/2001, e este pelo Decreto nº 01/1991, respectivamente. Assim, o cotejo de legalidade do citado decreto é feito a partir da lei 2.004/53, e o da portaria, a partir da lei 9.478/97.

Antes mesmo da problemática da emenda Ibsen Pinheiro surgir, os municípios, principalmente do nordeste do país, lutavam na Justiça Federal, requerendo participação na distribuição dos *royalties* regulada pelo *caput* do art. 7º da lei 7.990/89, e pelo art. 49, I, "c", e II, "d", ambos da lei 9.478/97, e pelo permissivo legal aberto ao poder normativo da ANP, também assegurado por estes dois últimos dispositivos legais da lei 9.478/97. Segundo o citado dispositivo (art. 49, II, d), caberá sete inteiros e cinco décimos por cento dos *royalties* da exploração marítima de petróleo aos municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP. A denominação técnica aplicada à infraestrutura de aporte às operações de embarque e desembarque nesses municípios é chamada de *citygate*.

Entrementes, a questão se mostra ainda bastante incontroversa no âmago da Justiça Federal e necessita passar por uma uniformização a contento, visando a assegurar o princípio da segurança jurídica. Em grosseira epítome, há dois grandes blocos de decisões judiciais sobre o tema, um concedendo aos municípios requerentes o direito de receber os *royalties* do petróleo, e o outro indeferindo o mesmo pleito.

Em favor dos municípios que receberam decisão favorável se destacam, exemplificadamente, pois numerosas são as querelas judiciais

Revista.indd 147 13/09/2011 11:44:43

instaladas sobre esse tema, o município de Itaquitinga, de Itambé e de Camaragibe, todos do estado de Pernambuco, nos autos dos processos nº 2007.83.00.005203-1, 2006.83.00.013058-0 e 2006.83.00.009697-2, em face da ANP, primeiramente, e em face da União, com espeque nos argumentos de 1º) ilegalidade da Portaria nº 029/2001 e da Nota Técnica SPG/ANP nº 01/2001, que, em tese, teriam revisto e reformado os critérios para distribuição dos *royalties* do petróleo estabelecidos pelas leis nº 2.004/53 e nº 9.478/97; e 2º) pagamento da perquirida compensação financeira pela Petrobrás aos municípios autores, antes da reforma procedida pela autarquia especial federal.

A favor da Agência Nacional de Petróleo e da União, de forma meramente ilustrativa, como dito, apontam-se os processos nº 2007.85.00.001640-4, 2007.85.00.000310-3 e 2007.83.00.005625-5, os dois primeiros da seção judiciária federal de Sergipe, e o último de Recife.

Os argumentos pró-fazenda nos casos acima podem ser resumidos em: 1º) os *citygates* não se qualificam como estação marítima ou terrestre de embarque ou desembarque de petróleo e gás natural para fins de pagamento de *royalties*, pois essas instalações para distribuição de gás após o seu processamento nas UPGNs – Unidades de Processamento de Gás Natural não são credoras legais dos *royalties*; e 2º) andou dentro da legalidade a ANP ao editar a portaria nº 029/01 e a Nota Técnica SGP/ANP nº 01/2001, em face do permissivo do art. 49 da lei 9.478/97, possibilitando à autarquia determinar a forma e os critérios de pagamento dos 7,5% sobre a parcela do valor dos *royalties* aos municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque de hidrocarbonetos.

Assim, percebe-se que boa parte dos municípios onde estão instalados gasodutos de distribuição de gás natural pleiteia na Justiça Federal parte da compensação paga com base no art. 49 da lei do petróleo. Todavia, muitas vezes, argumenta a ANP, os *citygates* constituem meros distribuidores de gás natural já processado, oriundo de uma UPGN – Unidade de Processamento de Gás Natural, configurando canais secundários, e, portanto, não sujeitos à compensação financeira.

Para alcançar esse entendimento, além das leis já referidas acima, a 9.478/97 e a 2.004/53, deve-se ter em mente o Decreto nº 01/91. Esse diploma legal veio a regulamentar o pagamento da compensação financeira instituída pela lei 2.004/53, com as alterações estabelecidas pela lei

Revista.indd 148 13/09/2011 11:44:43

7.990/89, estabelecendo mecanismos para o pagamento da compensação pela exploração de recursos hídricos, de recursos minerais (alumínio, manganês, ferro, carvão, ouro, entre outros), e pela exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural.

Especificamente, o art. 19 do decreto trata dos municípios afetados, aduzindo que nestas municipalidades a compensação será devida na forma do disposto no art. 27, inciso III e § 4º da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, na redação dada pelo art. 7º da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Considera ainda o dispositivo como instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural, "as monoboias, os quadros de boias múltiplas, os píeres de atracação, os cais acostáveis e as estações terrestres coletoras de campos produtores e de transferência de óleo bruto ou gás natural."[9]

A partir dessa disposição sobre o conceito de instalações marítimas trazidas pelo decreto acima citado, a ANP editou a Portaria nº 29/2001, para fins de distribuição do percentual de 7,5% (sete e meio por cento) sobre a parcela do valor dos royalties que exceder a 5% (cinco por cento) da produção de petróleo ou gás natural de cada campo, a ser efetuada aos municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo ou gás natural.

Em seu § 2º do art. 2º, dispõe a portaria que se consideram instalações de embarque e desembarque de petróleo ou de gás natural as estações terrestres de coleta nos campos produtores e de transferência de petróleo ou gás natural, as monoboias, os quadros de boias múltiplas, os quadros de âncoras, os píeres de atracação e os cais acostáveis destinados ao embarque e desembarque de petróleo ou gás natural. De outro lado, o § 3º do mesmo art. 2º aduz que as instalações referidas no parágrafo anterior deverão fazer parte de uma área de concessão contratada com a ANP ou deverão estar autorizadas pela ANP nos termos dos arts. 56 e 57 da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997.

Baseando-se nessa disposição, o argumento utilizado pela autarquia especial federal reguladora é que muitos municípios exigem na justiça uma

[9] BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 01, de 11 de janeiro de 1991.**. Regulamenta o pagamento da compensação financeira instituída pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0001compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2010.

Revista.indd 149 13/09/2011 11:44:44

participação indevida por distribuição do petróleo bruto e do gás natural, pela mera passagem de dutos de gás por seus territórios, mas a legislação só garante a compensação para exploração, embarque e desembarque, concluindo-se que os *citygates* não se enquadram no conceito legal de instalação de embarque e desembarque de óleo bruto e gás.

Assim, para fazer jus aos *royalties* os municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque deverão comprovar estarem albergados pelos parâmetros estabelecidos no decreto nº 01/91 e na portaria nº 29/2001 da ANP. Exemplificativamente, fazem jus àquela compensação os municípios que sejam sedes de extração do hidrocarboneto, de transporte até as Unidades de Processamento de Gás Natural - UPGN - e de efetiva transformação do gás nas UPGNs, ou aqueles em que estejam localizadas as monoboias ou quadro de boias da produção, restando indevido àqueles municípios sede de distribuição de gás após o processamento na UPGN, tais como os *citygates*.

Desse modo, podem-se entender as disposições legais e normativas referentes ao pagamento de *royalties* aos estados e municípios afetados pela atividade de exploração, extração e produção de petróleo e gás natural e como padece de razão a tese de alguns municípios em receber parcela daquele tipo participação do Estado na produção de petróleo e gás. A partir de então, tecer-se-ão algumas considerações sobre a visão desse tipo de participação do Estado na produção petrolífera, apontando-a como espécie de compensação financeira devida aos estados e municípios, segundo a visão majoritária da jurisprudência e da doutrina especializada, e discutiremos com maior profundidade a problemática da emenda Ibsen Pinheiro.

5. Royalties como expressão de responsabilidade civil e de direito da personalidade das pessoas jurídicas de direito público: contra-ataque à emenda Ibsen Pinheiro

Como colocado em linhas atrás, as disposições legais e normativas estabelecem a necessidade de pagamento de algumas participações financeiras da empresa exploradora ao Estado. O que de relevante tem-se neste tópico é a necessidade de expor o posicionamento jurisprudencial e doutrinário em classificar o pagamento dos *royalties* como compensação financeira devida tão somente aos municípios que investem na e sejam

Revista.indd 150 13/09/2011 11:44:44

atingidos, indireta ou diretamente, pela logística da produção de petróleo e gás natural, e como esse pensamento vem de encontro à tentativa legislativa de alguns parlamentares do Congresso Nacional dividirem de maneira igualitária o referido pagamento.

A celeuma causada pela emenda Ibsen deve-se a dois posicionamentos relativamente opostos quanto ao entendimento do conceito de *royalty* pela exploração da atividade *downstream* referente à distribuição e transporte de petróleo e gás natural, e o argumento constitucional sobre a propriedade dos bens da União.

Além desse argumento da propriedade exclusiva da União dos bens extraídos do subsolo, os defensores dessa divisão mais igualitária entre entes da federação se utilizam de mais dois argumentos: 1º) a possibilidade de criação de outras hipóteses de destinação dos *royalties* mediante lei específica, tendo em vista que a própria lei 7.990/89 criou um fundo especial para destinação a todos os estados e municípios do país, tendo a emenda Ibsen apenas alargado o percentual desse fundo; e 2º) o petróleo é bem de uso comum, um bem ambiental, por força do art. 225 da CF/88, e por tal razão os frutos de sua exploração, tais como os *royalties*, podem e devem ser igualmente distribuídos.[10]

Preliminarmente, vale destacar que o termo indenização era utilizado pelo art. 27, da lei 2.004/53, e alterações posteriores, mas, atualmente, a Constituição Federal de 1988 tratou de denominar "compensação financeira" a verba destinada a reparar eventuais desgastes e investimentos sofridos pelo estado ou município que estivesse, direta ou indiretamente, ligado à produção e distribuição de petróleo e gás natural. Entretanto, embora com nomenclaturas distintas, a natureza jurídica permanece a mesma, como se tentará demonstrar nas próximas linhas.

Mesmo aqueles autores que propugnam por uma divisão mais igual dos *royalties* reconhecem que eles caracterizam uma indenização ou compensação para os municípios e estados produtores ou portadores de instalações de embarque e desembarque, inclusive por possíveis danos ambientais lhes causados.[11]

Conforme estabelecido em linhas atrás, há, segundo as disposições da lei nº 7.990/89, que alterou o art. 27 da lei 2.004/1953, c/c Decreto nº 01/91,

---

[10] BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Ob. cit., p. 131.

11 *Idem. Ibdem*. p. 132.

Revista.indd 151 13/09/2011 11:44:44

e da lei nº 9.478/97 c/c Portaria nº 29/2001, uma divisão específica que contempla somente os municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP. Vale acrescentar que os estados não foram contemplados nesta disposição referente ao embarque e ao desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

Acontece que em dezembro de 2009, uma emenda ao projeto de lei nº 5.938/09 foi editada pelos deputados Ibsen Pinheiro (PMDB/RS) e Humberto Souto (PPS/MG), e aprovada pela respectiva casa legislativa, resultando no art. 45 do PL.[12] Essa emenda redistribuiu os *royalties* devidos pela produção da plataforma continental (e não da produção terrestre), sem modificar o percentual garantido à União, de modo a garantir 50% do restante da participação dos *royalties* em favor do Fundo de Participação dos Estados e mais 50%, em favor do Fundo de Participação dos Municípios, sem fazer qualquer distinção entre estados e municípios produtores daqueles não produtores. Do jeito que foi proposta, a emenda altera a participação dos estados tanto nos contratos de exploração já em andamento, sob o regime da concessão, como também para os contratos de partilha, a serem explorados na área do Pré-Sal.

Impende destacar que a nova distribuição estabelecida pela emenda ao PL 5.938/2009 só atinge o percentual do *royalty* estabelecido pela lei 9.478/97, i.e., sobre o valor da participação estatal acima de 5% da produção. Não alterou a emenda a subdivisão do percentual de até 5% da produção garantido e regulado pela lei 2.004/53, alterado pela lei 7.880/89, c/c Decreto nº 01/91.

Todavia, não obstante o novo mecanismo de distribuição estabelecido pela suprarreferida emenda, a novidade não deveria prosperar caso o Poder Judiciário tivesse de enfrentá-la, pois essa participação do Estado na produção e exploração de petróleo é vista pelo Judiciário como uma hipótese de compensação financeira devida aos estados e municípios produtores, e aos municípios sede de embarque e desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

---

[12] Brasil. CÂMARA DOS DEPUTADOS. BRASIL. **Projeto de lei nº 5.938-A de 2009**. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, altera dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/744347.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2010.

Revista.indd 152 13/09/2011 11:44:44

Essa posição, no sentir deste trabalho, afasta a tese de distribuir, mesmo mediante previsão legal, indistintamente essa modalidade de participação do Estado na produção de petróleo, sob o argumento de que os recursos minerais, inclusive o do subsolo, e os extraídos da plataforma continental e da zona econômica exclusiva pertenceriam à União, e a ela, mediante o Parlamento Nacional, caberia estabelecer, mediante edição de lei ordinária, critérios específicos para destinar entre os entes da federação a participação estatal dos *royalties* do petróleo.

Remete-se o leitor aos julgados do STJ no REsp 1.119.643-RS, REsp 1.182.123-PE, REsp 1.169.806-RJ, e do STF durante o MS 24312. Neles, os tribunais superiores do país insistem em garantir natureza jurídica de compensação financeira, de caráter indenizatório, ao pagamento dos *royalties*. Sustentando a tese, assim, em possível declarações de constitucionalidade, seja em controle difuso no STJ ou no STF, ou em controle concentrado no STF, mediante a via da ADI, poderão os tribunais declarar inconstitucional tal repartição sob o manto de ofensa ao pacto federativo e à natureza jurídica daquela participação estatal na produção.

Ainda para robustecer o argumento de inconstitucionalidade da referida emenda, podem-se alegar dois fatos importantes: 1º) os *royalties* como compensação financeira configuram hipótese de responsabilidade civil do concessionário, ou parceiro, em favor da União, estados e municípios, e 2º) essa modalidade de participação do Estado na atividade petrolífera reflete um típico direito da personalidade inerente às pessoas jurídicas de direito público interno, como adverte o próprio Código Civil de 2002, precisamente no seu art. 52.

Rodrigo Caramori Petry, em artigo sobre o tema da natureza jurídica das compensações financeiras, participações e outras cobranças estatais sobre as empresas de mineração, energia, petróleo e gás, vai advogar a tese de serem os *royalties* e a participação especial típicas participações governamentais, assim como as cobranças incidentes sobre a mineração e sobre o setor de energia elétrica, já o bônus de assinatura e a contribuição por ocupação ou retenção de área configurariam "condições de contrato administrativo".[13] Entretanto, dos seus estudos a mais preciosa informação

[13] PETRY, Rodrigo Caramori. Compensações financeiras, participações e outras cobranças estatais sobre empresas dos setores de mineração, energia, petróleo e gás. **Revista Tributária e de Finanças Públicas,** São Paulo, n. 89, p. 253-275, nov./dez., 2009, p. 274-275.

Revista.indd 153 13/09/2011 11:44:44

para este trabalho é a necessidade de não confundir essas cobranças estatais com tributos, principalmente as taxas ou as contribuições de intervenção de domínio econômico – CIDE.

A referência com essas duas espécies tributárias decorre do art. 155, §3º, da Constituição Federal, que veda a incidência de impostos sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais no país, exceto os impostos estabelecidos no inciso II do art. 155 (ICMS) e no art. 153, I e II (imposto de importação e de exportação), ambos da Carta Magna de 1988.

Miranda Lemos, por sua vez, destaca quatro tipos de entendimento para justificar a natureza do *royalty*: uma forma de captura de renda extraordinária, um mecanismo de internalização dos custos sociais da exploração, uma fonte de receita pela alienação do patrimônio público ou um recurso compensatório aos impactos territoriais do adensamento provocado pelas atividades petrolíferas.[14] Rodrigo Serra, por seu turno, confere maior atenção à natureza de tributo àquela forma de participação do Estado na atividade, com finalidade precípua de garantir recursos e benefícios às gerações futuras, funcionando como uma espécie de justiça intergeracional.[15]

Todavia, como demonstrado mais acima, não é essa a posição majoritária da jurisprudência dos tribunais brasileiros. Para eles, essa forma de participação do Estado expressa uma compensação financeira. Esta é a tese defendida neste trabalho, que propugna pela prevalência do §1º do art. 20 da CF/88 sobre qualquer outra definição.

Ademais, é de salientar a importância dos *royalties* como uma modalidade de responsabilidade civil da empresa exploradora aos estados e municípios produtores, ou relacionados ao processamento de gás e petróleo. Como caso de responsabilidade civil, pois se fazem presentes os elementos primordiais do dano, da conduta e do nexo causal, além de não se amparar por alguma causa de excludente de ilicitude. A conduta

---

[14] LEMOS, Linovaldo Miranda. **Os royalties do petróleo, as disputas entre escalas territoriais de poder político no Brasil e a construção de uma região.** Disponível: <http://egal2009.easyplanners.info/area01/1092_MIRANDA_LEMOS_LINOVALDO.doc>. Acesso em: 12 nov. 2010.

[15] SERRA, Rodrigo Valente; PATRÃO, Carla. Impropriedades dos Critérios de Distribuição dos Royalties no Brasil. In.: PIQUET, Rosélia (Org.). **Petróleo, Royalties e Região**. Rio de Janeiro: Garamond, 2003, p. 185-216.

Revista.indd 154 13/09/2011 11:44:44

configurada pelo exercício de atividade de exploração de um bem público, mediante a utilização do espaço público dos estados e municípios para viabilizar a extração, produção e distribuição de gás natural e óleo bruto. O dano se verifica na efetiva utilização do bem público e do aparelho logístico estatal, pois trata-se de bem não renovável, finito, recurso escasso, além do fato de o concessionário utilizar outros bens, que podem sofrer avarias, degradações etc.

Esse dano, insta acentuar, representa elemento primordial da responsabilidade civil, pois a verificação do dano ressarcível resulta da constatação de violação à área de atuação legítima de um interesse merecedor de tutela. Tal área de atuação não poder ser delimitada em abstrato, mas exige sua concreta definição frente à conduta lesiva.[16]

Assim, como mecanismo de compensação financeira devida ao Estado, o *royalty* configuraria, nesta esteira, uma espécie de compensação de atividade potencialmente danosa, resultante de uma conduta legítima/legal, independente de culpa, com presunção de existência alicerçada na Constituição Federal, e critérios (valores) de distribuição e aferição estabelecidos por lei e decreto.

Outrossim, pode-se, baseado nesse entendimento, afirmar que, por se tratar de uma compensação financeira, alicerce de responsabilidade civil da empresa produtora pela aquisição de um bem que é constitucionalmente de propriedade do Estado, tem-se no pagamento de *royalties* uma demonstração prática de observância dos direitos da personalidade das pessoas jurídicas de direito público interno, como a União, os estados e os municípios. Essa argumentação reflete a disposição legal contida no art. 52 do Código Civil, ao afirmar ser possível aplicar a tese dos direitos da personalidade das pessoas físicas às pessoas jurídicas.

Dentro da esfera do direito privado, especificamente naquilo estatuído no Código Civil, há quem afirma se tratar de uma estipulação contratual em favor de terceiros (art. 436-438 do CC/2002), embora não se advogue desta tese no presente trabalho.[17]

---

[16] SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2007, p. 181.

[17] MANOEL, Cácio Oliveira. **Natureza jurídica dos royalties do petróleo.** 2º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás. Disponível em: <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/2/7056.pdf> Acesso em: 01 maio 2010: "Não se cogitou, em momento nenhum, o *caput do art. 20 da*

Revista.indd 155 13/09/2011 11:44:44

Desta maneira, resultaria em patente inconstitucional qualquer distribuição dos *royalties* do petróleo no cenário nacional, de modo a dividir de maneira totalmente igualitária o seu valor entre estados e municípios produtores e não produtores, pois só se deve compensar aqueles que tiveram de suportar prejuízo, dano, resultando, consequentemente, no afastamento da aplicação da emenda Ibsen Pinheiro nos moldes como ela foi originalmente estabelecida.

6. Conclusão

A atividade econômica de E&P desponta no país como marco receptivo da atenção dos juristas e dos políticos nacionais, em virtude da magnitude das cifras e da repercussão inerentes ao desenvolvimento desta atividade no país.

Dentro disto, o Estado brasileiro estabeleceu formas de compensação aos entes da federação envolvidos, direta ou indiretamente, na produção de petróleo e gás natural, destacando-se entre elas a participação especial, o bônus de assinatura, o pagamento por retenção de área explora, e os *royalties*, sendo esses últimos objeto de muita discussão no âmbito jurisdicional e legal.

Vistas em linhas atrás as disposições normativas que regulam a distribuição de *royalties* e as outras formas de participação do estado na atividade de exploração, extração e produção de petróleo e gás natural, conforme estabelecidos na lei 9.478/97 e na lei 2.004/53, e seus regulamentos posteriores, deu-se os primeiros passos de base normativa para entender a estruturação atual de parte da exploração desse tipo de atividade.

Essas questões resultam em diversas querelas judiciais no âmbito da Justiça Federal, resumidas em pleitos dos municípios em face da União e da ANP para obterem, na via judicial, o pagamento de *royalties* que

---

Constituição Federal no momento de interpretar e fixar a natureza jurídica dos *royalties, pois tal artigo diz que são Bens da União. Desta maneira, os bens do subsolo* brasileiro não pertencem aos Estados e Municípios aos quais estão verticalmente ligados, mas sim, a União, não podendo prevalecer à idéia de que os Estados e Municípios, além do Distrito Federal, devem ser compensados, por meio dos *royalties, ou qualquer outra forma de compensação financeira, pelo uso de bens, que na realidade brasileira, não* lhes pertencem."

Revista.indd 156 13/09/2011 11:44:44

entendem devidos, valendo ressaltar que a discussão sobre o tema e o modo de resolução a ele aplicado ainda varia bastante entre os juízos que se aventuram a enfrentá-lo. Não há consentimento, entre os magistrados, sobre a legalidade da Portaria nº 029/2001 editada pela ANP, que normatizou em pormenores o pagamento da referida compensação.

O tema, como visto, é árduo e necessita de uniformização nos tribunais superiores, de modo a prezar, sobretudo, pela eficiência e segurança jurídicas, pois em alguns casos não se tem obtido êxito os pleitos municipais de inserir os *citygates* como beneficiários dessa compensação, e em outros casos o posicionamento tem sido em sentido totalmente inverso.

A tese que refuta o pagamento de *royalties* aos municípios também corrobora outro tópico relevante destacado neste trabalho, qual seja, o da natureza jurídica de indenização àquela compensação, de modo a embasar a tese de refutação à distribuição feita sem critérios no modo de repartir os frutos desse retorno de renda ao Estado, como feito em momento anterior por emenda parlamentar aos projetos de lei que deram nova roupagem ao arcabouço jurídico de regulação e normatização da atividade de exploração e produção de petróleo e gás natural no país em face das descobertas de grande porte da província do Pré-Sal.

Portanto, o alicerce do pensamento aqui esposado reside na posição doutrinária, legal e jurisprudencial de apontar os *royalties* pagos pela exploração da atividade petrolífera como uma compensação financeira, não como um tributo. Esse é o entendimento majoritário na jurisprudência e doutrina nacionais, que, assim, afasta a constitucionalidade de modelos que não prezem pelo caráter reparatório no momento da distribuição. Assim, conclui-se que não deveria alcançar guarida no seio dos tribunais mais a frente à modificação proposta pelos deputados Ibsen Pinheiro e Humberto Souto, resultando, no fim, em sua rejeição pelo Congresso Nacional.

Referências

BALERONI, Rafael Baptista; PEDROSO JÚNIOR, Jorge Antônio. Pré-Sal: Desafios e uma proposta de regulação. *In:* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.) **Os novos rumos do direito do petróleo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Revista.indd 157 13/09/2011 11:44:44

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Royalties* do petróleo e as questões constitucionais. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 12, nº 62, p. 125-134, jul./ago. 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 5.938-A de 2009. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, altera dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/744347.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2010.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 01, de 11 de janeiro de 1991.** Regulamenta o pagamento da compensação financeira instituída pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0001compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. Presidência da República. **Lei federal nº 7.990/89**. Institui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataformas continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, e dá outras providências. (Art. 21, XIX da CF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7990.htm>. Acesso em: 06 out. 2009.

LEMOS, Linovaldo Miranda. **Os royalties do petróleo, as disputas entre escalas territoriais de poder político no Brasil e a construção de uma região.** Disponível: <http://egal2009.easyplanners.info/area01/1092_MIRANDA_LEMOS_LINOVALDO.doc>. Acesso em: 12 nov. 2010.

MANOEL, Cácio Oliveira. **Natureza jurídica dos royalties do petróleo.** 2º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás. Disponível em: <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/2/7056.pdf>. Acesso em: 01 maio 2010.

OTERO, Paulo. Origem da intervenção económica do Estado em Portugal:

Revista.indd 158 13/09/2011 11:44:44

notas para uma história do Direito Público da Economia. *In:* **Revista de Direito Público da Economia,** Belo Horizonte, Fórum, ano 01, nº 04, out/dez., 2003.

PETRY, Rodrigo Caramori. Compensações financeiras, participações e outras cobranças estatais sobre empresas dos setores de mineração, energia, petróleo e gás. **Revista Tributária e de Finanças Públicas,** São Paulo, n. 89, p. 253-275, nov./dez. 2009.

SERRA, Rodrigo Valente; PATRÃO, Carla. Impropriedades dos Critérios de Distribuição dos Royalties no Brasil. In.: PIQUET, Rosélia (Org.). **Petróleo, Royalties e Região**. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Quanto reformar do direito brasileiro do petróleo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE,** Belo Horizonte, ano 8, nº 29, p. 29-37, jan./mar. 2010.

Revista.indd 159 13/09/2011 11:44:44

Da sociedade de risco à sociedade de garantia: a convalidação dos atos administrativos provisórios e sua (in) compatibilidade com a tutela ambiental.

Leonio José Alves da Silva

Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife – UFPE.
Professor Colaborador de Direito Ambiental do PRODEMA – UFPE.
Ex-Professor Titular de Direito Civil da UEPB.
Doutor em Direito pela UFPE.
Advogado.

RESUMO: Constitui objetivo do presente estudo a análise crítica sobre o modelo de proteção ambiental lastreado na sociedade de risco, demonstrando suas características, consequências e insuficiência na realidade brasileira, resultando no irreversível arrefecimento do princípio da prevenção e da supremacia do interesse público. Assim, proporemos a substituição do modelo protetivo de risco pelo modelo da tutela difusa de garantia, delineando seus elementos estruturais e viabilidade prática no atual contexto pátrio, ressaltando-se a inaplicabilidade de postulados clássicos consolidados na Teoria Geral do Direito Civil e a colisão com as diretrizes ambientais expostas na Constituição Federal de 1988, além do poder-dever de autotutela da Administração Pública, expressa no comando das Súmulas n. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Sociedade de risco. Sociedade de garantia. Tutela do patrimônio ambiental. Autotutela administrativa.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Sociedade de risco: contornos e aplicação à realidade brasileira. 2. (Des)caminhos da garantia ambiental: o mito de Procusto na tutela difusa brasileira. 3. (Des)caminhos da garantia ambiental: o mito das parcas na tutela difusa brasileira. 4. Sociedade de garantia: contornos e aplicação à realidade

Revista.indd 160 13/09/2011 11:44:44

brasileira. 5. Dívida ético-temporal do Judiciário: análise de casos em torno de uma jurisprudência tardia. Considerações finais.

Introdução

A sociedade de massa agregou, durante décadas, valores e desvalores oriundos do período pós-industrial, revelando conflitos contínuos entre a utilização dos recursos naturais e a produção em larga escala. Na atualidade, a cultura do risco foi incorporada ao *modus vivendi* onde o medo e a desconfiança no futuro constituem regra de vida e não eventualidade. Temos consciência da necessidade de limites, mas em que momento acionaremos o freio no consumo desenfreado, na degradação, na ausência completa de diretrizes para minimizar os inúmeros e irreversíveis, em sua larga maioria, prejuízos causados à humanidade?

A tomada de decisão em preservar, degradar minimamente, ou tentar reverter os danos impostos ao meio ambiente, não depende exclusivamente de uma ação governamental, mas, em sua maior parte, transita necessariamente pela política preventiva estatal no intuito de fixar transparentemente quais os contornos e valores seguidos por cada nação. Discurso e ação ainda não encontraram o mesmo caminho, salvante raríssimas exceções alocadas em países com amplo investimento na tutela ambiental ou em cidades tidas como modelos na própria realidade dos países em desenvolvimento e, em tal cenário, a mentalidade do risco predomina, como veremos adiante, e o ideário da garantia, como passaremos a tratar de agora em diante, pautado notadamente no modelo preventivo, ainda não foi consolidado mesmo nos países ditos altamente desenvolvidos (v.g. acidentes com o transporte e a prospecção petrolífera, difusão de doenças tidas como extintas, a própria falta de qualidade dos alimentos e sua repercussão na saúde, a inexistência de programas de controle da poluição – diminuição das fontes poluentes móveis e estacionárias etc.).

Assim, com o presente estudo, reabriremos o debate entre o modelo atual da sociedade de risco, sua estrutura e fundamentos e a necessidade de trilharmos outro caminho, a saber: a absorção natural do pensamento preventivo (na dimensão prática), para abandonar lentamente a mera carga semântica do princípio, calcado na recente disciplina ambiental, e implantar ações públicas (no âmbito administrativo e judicial) de efetivo cunho preventivo.

Revista.indd 161 13/09/2011 11:44:44

Em tal cenário, faz-se imperiosa a revisão do conteúdo e alcance dos atos administrativos provisórios na proteção do patrimônio ambiental, principalmente pela perigosa e quase sempre definitiva produção de efeitos negativos sobre a qualidade de vida, ponto de partida de nossa investigação sobre a aplicabilidade e pertinência de institutos clássicos moldados no direito privado (pré-codificado e pós-codificado), como a teoria do fato consumado, a proteção substancial da confiança, o princípio da garantia jurídica, a boa-fé objetiva e a expectativa de direito, no trato do debate público, versando sobre a supremacia do interesse público e a defesa dos direitos difusos. Em outras palavras, indagaremos ao leitor se a Administração Pública pode convalidar situações fáticas totalmente desamparadas pelos princípios da proteção à segurança jurídica em seu conceito largo e invocar o fator temporal do abuso de direito como escusa do interesse público.

Na mesma linha de raciocínio, discorreremos sobre a influência da prestação jurisdicional e a preservação dos recursos naturais, desdobrando o debate sobre dois pontos cruciais, quais sejam: a manutenção dos atos administrativos provisórios por intermédio de medidas de urgência (ou a vertente da tutela de evidência – como preconizado no Projeto de Código de Processo Civil) e a própria negação do princípio preventivo pelo Poder Judiciário, por decisões liminares e definitivas capazes de legitimar a agressão à natureza. Longe da busca por uma resposta pronta ou rápida para a sociedade de risco e sua gradativa substituição pela sociedade de garantia, (com premissas nitidamente fixadas no Estado de direito preventivo, na política pública comissiva e na adoção de valores efetivamente ambientais, dentre os quais a aplicação da logística reversa de consumo – prevista na Lei n. 12.305/2010 - PNRS - Política Nacional de Resíduos Sólidos), conduziremos o leitor por um questionamento instrumental crítico, onde as ferramentas serão a mudança de paradigmas e a otimização do aparato administrativo e judicial, com remissão à EC n. 45/2004, contemplando a razoável duração do processo e o não muito aplicado conceito de justiça ambiental.

Além da análise do elemento temporal na prestação da justiça e a suspensão/impedimento de atividades nocivas ao meio ambiente ou a permissão e continuidade dos efeitos dos atos administrativos (convalidação e invalidação dos atos administrativos pelo poder-dever da Administração

Revista.indd 162 13/09/2011 11:44:44

diante da autotutela), necessária é a construção de uma "sociedade de garantia", tese agora formulada nos princípios da supremacia do interesse público, função socioambiental da propriedade, prevenção e precaução, variável ambiental, proibição do retrocesso e lógica reversa do consumo, onde a substituição do estado de medo/incerteza é paulatinamente substituído pela política preventiva, reforçando a ideia de que os interesses colidentes com a preservação da natureza devem ser evitados sob pena de um comportamento permissivo deliberado acolhido pelo Estado. Dentre outros tópicos de relevo, permeiam na estrutura da sociedade de garantia, os seguintes temas: **a)** substituição do modelo protetivo de risco pelo paradigma da tutela difusa de garantia, delineando seus elementos estruturais e viabilidade prática no atual contexto pátrio, ressaltando-se a inaplicabilidade de postulados clássicos consolidados na Teoria Geral do Direito Civil e a colisão com as diretrizes ambientais expostas na Constituição Federal de 1988, além do poder-dever de autotutela da Administração Pública, expressa no comando das Súmulas n. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal; **b)** estudo da "sociedade de risco", características, fundamentos e efeitos na tutela ambiental, partindo de sua origem no cenário de difusão da atividade nuclear na Europa e desenvolvendo-se na modernidade pós-industrial, para abarcar os setores de prospecção, produção, transporte e consumo final; **c)** princípios constitucionais da função socioambiental da propriedade, prevenção, precaução, variável ambiental, proibição do retrocesso e na lógica reversa do consumo, insculpida na Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS; **d)** investigação do enfraquecimento/esvaziamento da supremacia do interesse público com a permissividade administrativo-judicial, explicando-se a dívida ético-temporal da jurisprudência nacional; **e)** poder-dever da autotutela da Administração na defesa do patrimônio ambiental em suas diferentes searas (natural, artificial e cultural); **f)** inaplicabilidade dos postulados clássicos do fato consumado (fruto de construção jurisprudencial duvidosa), da proteção substancial da confiança (desmembrada da boa-fé objetiva e aplicada irrestritamente aos interesses privados contra o interesse público), da expectativa de direito dos administrados em função dos atos administrativos, da segurança jurídica e da própria boa-fé objetiva, na defesa do patrimônio ambiental; **g)** Estudo do poder-dever da autotutela administrativa e a imprescritibilidade na revogação/invalidação dos atos administrativos prejudiciais à defesa

Revista.indd 163 13/09/2011 11:44:44

do patrimônio ambiental; **h)** Enfrentamento da perigosa ideia do direito adquirido à degradação ambiental.

O método dedutivo será aplicado para demonstrar a estrutura e fundamentos da sociedade de risco e sua fragilidade como modelo protetivo ambiental (insuficiência de posturas públicas e pacto comissivo), além da latente necessidade de substituição pelo modelo de sociedade de garantia (onde os princípios constitucionais ambientais são vetores da mudança). Ao final, abordaremos casos concretos para explicar detalhadamente o problema da perpetuação de irregularidades na tutela ambiental, no âmbito administrativo e judicial (percorrendo julgados que confirmam e repudiam a tese da convalidação, nas esferas da Justiça Federal de primeira e segunda instâncias, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal).

Destacam-se os casos da Lagoinha (construção de "condomínio fechado" próximo à APA das dunas na zona Sul de Natal), das torres gêmeas do Recife (edifícios de elevada altura construídos em contiguidade à Zona de Preservação Histórica do bairro de São José, na cidade do Recife) e da edificação do "shopping center" Manaíra, na margem do Rio Jaguaribe, na cidade de João Pessoa, em nítido desrespeito à *area non aedificandi* do Código florestal brasileiro e o problema da convalidação dos danos ambientais por intermédio de atos administrativos ou judiciais, na ótica da teoria da complexidade e da interdisciplinaridade do saber ambiental, (principalmente pela necessidade do Poder Judiciário compreender a imperiosa interpretação da defesa do meio ambiente em consonância com a experiência interdisciplinar e afastar-se, paulatina do mito da autossuficiência do conhecimento jurídico). Outro ponto a merecer a atenção social concentra-se na dimensão dos direitos difusos e do próprio dano ambiental e o conteúdo dos postulados clássicos do Direito Civil (em sua maior parte trabalhados no direito pré-codificado e codificado) e sua incompatibilidade com a tutela de caráter transindividual, adotando como lastro teórico as lições de ACSELRAD (sobre a sustentabilidade e a questão urbana), BECK (sobre a sociedade de risco), FERREIRA (da formação do fato consumado), LEFF (dos contornos do saber ambiental e da sua complexidade), MORIN (complexidade ambiental), LEITE (dano ambiental), MAZZILLI (patrimônio ambiental), MENEZES CORDEIRO (boa-fé no Direito Civil), MILARÉ (amplitude do Direito ambiental), FERREIRA (teoria do fato consumado), ROUBIER (formação dos direitos subjetivos), dentre outros.

Revista.indd 164 13/09/2011 11:44:44

1. Sociedade de risco: Bases e adequação à realidade brasileira.

1.1. Sociedade de risco: origem.

O século XX representou nítido período de transição entre o processo de industrialização e a produção em massa, motivada pela simples evocação do poderio do consumo, verdadeira demonstração de força econômica e esvaziamento de freios na qualidade de vida e proteção dos valores naturais. Gradativamente, o fenômeno da industrialização incorpora a produtividade sem reservas; produzir cada vez mais sem a preocupação da necessidade e muito menos da escassez de recursos virou o itinerário do mundo corporativo. Assustadoramente, percorremos os estágios do servilismo, do escambo, da crença monetária, do pleno emprego, da massificação, da produção sem embargos e, em ângulo inverso, não houve a preocupação com o manejo dos recursos naturais. Técnica e produção selaram acordo no sentido de ir cada vez mais longe, construindo sólido alicerce no abandono da ética e no esvaziamento dos valores locais; progressivamente, as tradições são substituídas por conveniências, o conhecimento popular é apagado pelo globalitarismo, no afirmar do saudoso mestre da geografia mundial Milton Santos e a consciência cede espaço para o utilitarismo sazonal.

Em menos de cem anos, trilhamos os caminhos do vapor, da energia elétrica, da aviação, da radiodifusão, da penicilina, das vacinas, das técnicas anestésicas, do transplante cardíaco e de demais órgãos, das cirurgias robóticas, da abertura da comunicação com a telefonia, a internet, a virtualização dos bancos de dados, de um número avassalador de doenças reputadas extintas e que regressaram, de outras que surgiram, enfim, de um arsenal de conhecimentos e condutas a fomentar encontros e desencontros na jornada humana. Geramos riquezas, aprimoramos a economia de blocos de países, em detrimento de outros e, em progressão geométrica, não contivemos o avanço do risco criado com a industrialização e a massificação; em outras palavras, a sociedade de risco, encontra respaldo no comportamento da sociedade de produção de riquezas e não conseguiu, até a presente data, responder à questão mais cara de sua manutenção: como continuar a produzir sem ofertar nenhuma garantia ou segurança

Revista.indd 165 13/09/2011 11:44:44

da continuidade do meio em que vivemos? Beck, analisando os eventos marcantes do século XX, notoriamente o acidente nuclear de Chernobyl, em 1986, assevera que a criação do risco está nitidamente ligada à oferta desenfreada de bens e serviços, muitas vezes desnecessários, mas impulsionados pela mídia e insertos no subconsciente como indispensáveis, além de outro fator de relevo: a carga de externalidades que cada produto possui em seu bojo (os alimentos contaminados, a água, o solo, o ar, enfim, todos os elementos naturais são transformados pelo ser humano em veículos de doenças, de pragas internacionais, de fontes de problemas).

A atividade nuclear serviu de base para o pensamento de Beck em torno do medo coletivo/globalizado que envolve as sociedades modernas, independentemente do poderio econômico, militar ou tecnológico: a produção dos riscos superou em incontável velocidade a possibilidade do ser humano em raciocinar alternativas para os problemas criados. Produzimos uma riqueza insustentável, frágil na própria essência e desigual em todas as matrizes, pois privilegia a concentração de resultados e espolia os recursos naturais sem a menor cerimônia, mascarando os verdadeiros problemas da esgotabilidade de fontes e da qualidade de vida perdida e, em sua mor parte, irrecuperável.

1.2. Sociedade de risco: estrutura e fundamentos.

A modernidade preconiza o medo como signo mais forte, embasado no risco dos fatos e ignora qualquer tipo de fronteira fática ou jurídica dos seus limites, desprezando, inclusive, a técnica da meritocracia que atribui a cada um o resultado dos seus esforços pessoais e a substitui por um novo destino pautado na função e grau do perigo a que cada habitante está sujeito. O medo seria um produto da modernidade que arrefece o conteúdo da nacionalidade, do espaço e do tempo e cada nação contribui para formar a humanidade do erro e suas respectivas forças destrutivas. A outra face de tal modelo social é a negação do desconhecido e indomável, o não reconhecimento de um comportamento autodestrutivo e irreversível, capaz de colocar em xeque a continuidade da vida em suas diferentes formas.

Na sociedade de risco, ressalta-se o modelo de modernidade tardia, onde a produção social de riquezas (segregadoras) gera a produção social de

Revista.indd 166 13/09/2011 11:44:44

riscos (não segregada e sem fronteiras), implicando na divisão autoritária dos ônus sobre a cadeia de consumo, ou seja: o processo de modernização (racionalização e transformação do trabalho e da organização social) cobra um duplo preço: negativa de um verdadeira carência material e a criação de riscos potencialmente desconhecidos pelo ser humano. A natureza passa a ser concebida/enxergada como matéria de uso econômico e os riscos criados são distribuídos injustamente (de modo consolidado e sem estancamentos) atingindo os causadores diretos e os indiretos e não fomentando o acesso ao desenvolvimento científico-tecnológico para todos os integrantes de uma comunidade.[1]

1.3. Sociedade de risco: adequação à realidade brasileira.

A palavra risco, utilizada na antiguidade clássica, envolvia a situação da ousadia nas navegações, o desconhecido, a assunção de desbravar o inimaginável e utilizar os recursos/conhecimentos específicos para a empreitada (notadamente de caráter mercantil ou colonizador); em tal contexto, poder-se-ia imaginar apenas a amplitude pessoal dos riscos, assinalando apenas os sujeitos diretamente vinculados à situação de perigo e, atualmente, a aplicação conceitual ignora limites territoriais e temporais. Progressivamente, os problemas da modernidade pós-industrial assumem contornos protráteis e internacionais, sugerindo Becker a adoção de cinco teses para resumir a arquitetura social e a dinâmica política dos potenciais de autoameaça civilizatória: a) riscos diferenciam-se das riquezas; b) riscos são diferentes das situações sociais de ameaça; c) riscos são grandes negócios empresariais; d) riquezas são possuídas e riscos afetam e e) a sociedade de risco é catastrófica e as exceções são normalidade. Dessa forma, a realidade brasileira em busca do desenvolvimento não fugiria da estrutura societária de risco, moldada em suas características e teses universais, a saber: a) riscos diferenciam-se das riquezas: a produção dos riscos, principalmente na sociedade transfronteiriça é, na maioria das vezes, imperceptível e irreversível e são adaptados aos processos sociais de

[1] Em tais circunstâncias, na sociedade da escassez, o processo de modernização encontra-se e consuma-se sob a pretensão de abrir com as chaves do desenvolvimento científico-tecnológico os portões que levam às recônditas fontes da riqueza social, abarcando, na verdade, desde a sociedade de classes, passando pela sociedade estratificada, até a sociedade individualizada." BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010. p.24.

Revista.indd 167 13/09/2011 11:44:44

definição (quanto mais informado for o público-alvo, menor será o campo de abertura de seus efeitos); assim, a distribuição dos riscos no cenário brasileiro não destoa da realidade mundial: concentra-se o capital e divide-se o ônus da degradação da natureza; b) riscos tendem a retornar aos seus criadores ou os que lucram com eles (ainda que em marcha morosa), de tal modo a explicar a interferência da vontade internacional sobre a proteção do patrimônio de um só país e a desvalorização e desapropriação ecológicas permeando o processo de industrialização; c) riscos assumem contorno econômico (havendo interesse na sua produção e correlata venda de falsas soluções) e são produzidos como elementos da atividade empresarial; d) riscos afetam as sociedades sendo insusceptíveis de apropriação ou plena determinabilidade, sendo indispensável a consciência do risco para valorar a sua existência; e) riscos são contabilizados na atividade empresarial ou mesmo governamental, passando as situações excepcionais à formatação da regra; aceita-se o desvalor como valor e consolida-se o irreversível sem relutância. [2]

2. (Des)caminhos da garantia ambiental: o mito de procusto na tutela difusa brasileira.

2.1. Consolidação da precariedade: o que não tem remédio, remediado está?

O debate da matéria ambiental e de todas as manifestações de interesses e direitos difusos na Constituição Federal de 1988 demandou uma completa mudança de paradigmas na realidade brasileira dos últimos

[2] A recepção do irregular/clandestino constitui uma das características da sociedade de risco, pelos fatores temporais, judicantes, administrativos etc. O processo de industrialização contabiliza a produção de riscos apostando na omissão das políticas preventivas, inclusive com a intervenção restritiva do Estado em seu poder de império/regulatório: Riscos socialmente reconhecidos, da maneira como emergem claramente, pela primeira vez, no exemplo das discussões em torno do desmatamento, contêm um peculiar ingrediente político explosivo: aquilo que até há pouco era tido por apolítico torna-se político – o combate às causas no próprio processo de industrialização. (...) Emerge assim na sociedade de risco, em pequenos e grandes saltos – em alarmes de níveis intoleráveis de poluição, em casos de acidentes tóxicos etc. – o potencial político das catástrofes. Sua prevenção e seu manejo podem acabar envolvendo uma reorganização do poder e da responsabilidade. A sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010. p.28.

Revista.indd 168 13/09/2011 11:44:44

anos. Lentamente, trilhamos o caminho da tutela de caráter individual para a massificada, de contornos não definidos, com objetos e atores sociais enfocados primeiramente na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e posteriormente com o advento do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), precisamente nos moldes do Art. 81, incisos I, II e III de um dos melhores diplomas ordinários que o Brasil produziu. Na Carta Política de 1988, a dedicação de um capítulo especial sobre a defesa do acervo ambiental constituiu momento decisivo para reforçar as garantias existentes e ampliar outros horizontes ainda não concebidos.

Incorporamos o ideário do direito norte-americano e europeu, encampando conceitos antes ignorados ou demasiadamente incipientes em nosso cotidiano, tais como a prevenção e a precaução, a função socioambiental da propriedade, o poluidor-pagador, a cooperação entre os povos, a participação popular, a publicidade das decisões de caráter ambiental, a variável ambiental, a proibição de retrocesso, a imprescritibilidade da reparação do dano ambiental, a responsabilidade pelo risco integral (onde não se aceita a invocação dos elementos arrefecedores/excludentes da relação lógico-jurídica de causalidade), dentre outros princípios.[3]

[3] ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - DIREITO AMBIENTAL- AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL – PEDIDO GENÉRICO – ARBITRAMENTO DO QUANTUM DEBEATUR NA SENTENÇA: REVISÃO, POSSIBILIDADE – SÚMULAS 284/STF E 7/STJ. 1.É da competência da Justiça Federal o processo e julgamento de Ação Civil Pública visando indenizar a comunidade indígena Ashaninka-Kampa do rio Amônia. 2. Segundo a jurisprudência do STJ e STF trata-se de competência territorial e funcional, eis que o dano ambiental não integra apenas o foro estadual da Comarca local, sendo bem mais abrangente espraiando-se por todo o território do Estado, dentro da esfera de competência do Juiz Federal. 3. Reparação pelos danos materiais e morais, consubstanciados na extração ilegal de madeira da área indígena. 4. O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espraiando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado. 5. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano. 6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal. 7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a

Revista.indd 169 13/09/2011 11:44:44

De qualquer modo, a aplicação dos princípios trazidos com a Constituição Federal de 1988 ainda não foi consolidada e, em inúmeras situações, o recurso ao Poder Judiciário representa *iter* obrigatório para a valia dos valores da ordem ambiental brasileira, mormente se acompanharmos a atuação do administrador público ao chancelar situações incompatíveis com a proteção do patrimônio ambiental em suas diferentes vertentes. Diante de tal quadro, surge a indagação: ultrapassada a discussão entre a mera estrutura dos atos administrativos em sua motivação (discricionária ou vinculada) e demais requisitos de sua validade (finalísticos, formais e de conteúdo), até que ponto a sociedade deve tolerar/consolidar a perpetuação de agressão ao meio ambiente praticada sob a égide da legalidade dos atos provisórios (com destaque para os diferentes tipos de licenças e demais autorizações do Poder Público) que frontalmente desrespeitam as mínimas regras de preservação do espaço público?

Agrava-se o quadro quando a continuidade/convalidação das irregularidades/abusos contra o interesse público passa pela ação/omissão do Poder Judiciário quando de sua análise de potencial lesão ao meio ambiente, pois em modelos sociais fragilizados (onde a influência do meio econômico exerce inconteste poder), a sociedade espera, com desmedido e ultimado grau de confiança, por uma postura imparcial e arrojada, garantidora da defesa do interesse público atingido. Assim, a carga de responsabilidade moral e ética do Judiciário, cresce exponencialmente nos países com elevado índice de orfandade moral exigindo, concomitantemente, uma consciência contínua contra o mito da autossuficiência judicial (que despreza os conhecimentos produzidos em outras áreas do saber humano e enclausura o acervo de eventuais decisões às cargas hermenêuticas exclusivamente técnicas, sem nenhum tipo de vivência de mundo).

---

todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação. 8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental. 9. Quando o pedido é genérico, pode o magistrado determinar, desde já, o montante da reparação, havendo elementos suficientes nos autos. Precedentes do STJ. 10. Inviável, no presente recurso especial modificar o entendimento adotado pela instância ordinária, no que tange aos valores arbitrados a título de indenização, por incidência das Súmulas 284/STF e 7/STJ. 11. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. STJ. RESP. 1.120.117. 2ª Turma. Relatora: Min. Eliana Calmon. DJ: 10/11/2009.

Revista.indd 170 13/09/2011 11:44:44

Causa temor a admissão da teoria do fato consumado na tutela dos interesses difusos no Brasil, pois a sua formação deriva de situações que colidem com a promoção dos valores ambientais e, de igual modo, por se tratar de raciocínio emprestado (originado do debate sobre a consolidação de situações onde se discutia a prestação do serviço educacional ou o ingresso no serviço público e a regularização de candidato em razoável progresso nas etapas de avaliação do certame e que por decurso temporal postergado não deveria ser prejudicado pela própria inércia da Administração – *Nemo potest venire contra factum proprium*), não se coaduna com situação de irreversibilidade e definitividade a curtíssimo prazo, pois as ofensas contra a natureza reproduzem-se em velocidade vertiginosa no tempo e no espaço. Na mesma linha de raciocínio, devemos recordar que a revogabilidade dos atos administrativos constitui um poder-dever do administrador quando da presença de qualquer elemento invalidador ou retirante de sua legitimidade moral, com escopo no princípio da autotutela[4] da Administração Pública, largamente incorporado pela doutrina nacional e nas Súmulas ns. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, que respectivamente dispõem:

> **Súmula 346: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.**
>
> **Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.**

Logo, qual o receio para afastar a ação normativa do administrador incompatível com a promoção de qualquer direito difuso apenas pelo argumento do respeito às legítimas expectativas dos administrados pelo

[4] Em virtude desse princípio, a Administração deve zelar pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação dos mesmos ao interesse público. Se a Administração verificar que atos e medidas contêm ilegalidades, poderá anulá-los por si própria; se concluir no sentido da inoportunidade e incoveniência, poderá revogá-los". MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.132.

Revista.indd 171 13/09/2011 11:44:45

simples fato do decurso temporal? Haveria em nosso ordenamento o reconhecimento do direito adquirido a agredir, poluir, alterar, prejudicar a qualidade de vida em virtude da inércia do próprio Estado?

2.2. Supremacia do interesse público: desgaste ou higidez de um conceito?

Dos mais polêmicos temas na esfera administrativa, o interesse público continua alvo de tentativas de delimitação e conteúdo, constituindo a morosidade e o peso da burocracia na Administração Pública como premissas de razoabilidade para convalidar situações contrárias ao interesse público, sob o manto de uma permissiva e questionável razoabilidade. Com tal assertiva não pretendemos esvaziar ou reduzir o conteúdo da expressão interesse público em nossa realidade; ao contrário, desejamos chamar atenção para o seguinte dado: até que ponto podemos admitir a razoabilidade como engrenagem universal para os desmandos e abusos praticados contra a preservação do patrimônio inalienável de um povo?

Ora, se a Administração Pública não cumpre sua tarefa de apreciar *in oportuno tempore* as questões que lhes são privativas e/ou se furta de decidir para preservar interesse público (fazendo valer um poder geral de cautela – muito caro nas questões ambientais), feriria, ao nosso modo de entender, qualquer senso de razoabilidade transferir o ônus de tal prejuízo para a sociedade, que não participou do processo decisório (ressaltando-se o fato de que nem sempre os atos que implicam em restrição à qualidade de vida são devidamente publicizados) e muito menos deve ser prejudicada pela inércia do administrador; logo, não seria equânime e muito menos moral invocar a tese do procedimento contraditório para prestigiar o desleixo do Poder Público com questões de tamanha magnitude. Portanto, não se coaduna com a supremacia do interesse público a aplicação do *Nemo potest venire contra factum proprium* quando a tutela em questão versar sobre direito indisponível com o debate ambiental.[5]

[5] Não seria despicienda a preocupação sobre o desgaste da supremacia do interesse público sobre o particular na atual conjuntura brasileira. Em diferentes setores a tese da complexidade é necessária para que relembremos da interdisciplinaridade do raciocínio e da preocupação com a mudança de comportamento urgente. A desvalorização ou desgaste do interesse público no Brasil, talvez seja fruto de uma generosa flexibilidade do administrador em reconhecer as lesões à tutela difusa e, quando identificada, adotar providências minimizadoras: A expressão interesse público pode ser associada a bem de toda a coletividade, à percepção geral das exigências da vida na sociedade.

Revista.indd 172 13/09/2011 11:44:45

De idêntico modo, questionamos: a ponderação da existência do interesse público e sua ofensa no direito brasileiro, por parte do Administrador e do Poder Judiciário, assemelham-se à cena mitológica de Procusto, ao submeter, na região da Ática, suas vítimas à tortura em um leito que era adequado violentamente ao perfil físico do supliciado (no caso em comento o leito seria a decisão administrativa ou judicial desprovida de qualquer ânimo de justiça social e valores constitucionais e a vítima na figura da sociedade)?

2.3. Conformação ambiental e institutos incompatíveis com a tutela dos interesses difusos.

No controle do conteúdo dos atos administrativos, o Administrador frequentemente transita pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para aferir o custo social das suas decisões, notadamente as que restringem direitos ou determinam a realização de condutas negativas. Até que ponto a razoabilidade e a proporcionalidade servem de esteio para a consolidação de situações incompatíveis com o interesse público? O Estado tem o direito de tolerar atividades nocivas ao meio ambiente pelo simples fato de não fiscalizar/prevenir em momento adequado?

Tal questionamento não pode ser realizado sem a lembrança de que a democracia moderna pressupõe larga abertura de diálogo e acesso às fontes que serviram de arrimo para a tomada de decisões do Poder Público, mas, por outro lado, como admitir que o cálculo das externalidades e custo social sirva de argumento para a convalidação de uma irregularidade ou inconstitucionalidade? Em torno de tal problemática, despontam os institutos do fato consumado, da segurança jurídica, da boa-fé objetiva, da proteção substancial da confiança e da expectativa de direito em matéria ambiental.

2.3.1. Fato consumado: liberalismo ou conformação tácita do absurdo?

Esse clássico princípio rege muitos institutos e normas do direito administrativo. Mas, vem sendo matizado pela ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício a priori de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.130.

Revista.indd 173 13/09/2011 11:44:45

No Brasil, a tese do fato consumado devemos à produção jurisprudencial tardia e o seu melhor estudo, ao nosso modo de sentir, encontramos na obra de Odim Brandão Ferreira procedendo a didático debate sobre a origem do tema, sua validade, âmbito de incidência e efeitos de sua aplicação.[6]

Percorre-se o raciocínio de que ao administrador não é permitida a desconstituição de situações consolidadas pelo fator temporal, sob pena de agressão à razoável expectativa de convalidação dos efeitos do passado; mas, na tutela do patrimônio ambiental tais premissas são válidas? E como argumentar um modelo de admissibilidade das irregularidades oriundo de

---

[6] O fato consumado, entre nós, encontra suporte, dentre outros fatores, na própria insuficiência da prestação do serviço jurisdicional, além do endeusamento da provisoriedade dos atos administrativos contrários ao interesse público, no qual a tutela do meio ambiente está vinculada: "A união dos aspectos material e metodológico parece apta a fornecer o conceito de situação de fato consolidada. Ao contrário do que sua denominação leva a crer, o fato consumado não é a constatação da ocorrência de um fato jurídico, mas a convalidação judicial da prática de ato jurídico em sentido amplo – um ato ilícito – autorizada em liminar. A concepção jurisprudencial traduzida pelo adjetivo consumado destoa dos modernos conceitos utilizados para designar o fenômeno da subsunção de fatos à norma jurídica. (...) O fato consumado é o tópico jurisprudencial pretensamente a serviço da equidade por meio do qual o Judiciário, em sentença, ratifica a liminar autorizadora da prática de ato ilícito, apenas porque, no momento de apreciar o mérito da causa, o detentor do provimento cautelar ilegal já desenvolveu, de fato, a atividade que lhe interessava. FERREIRA, Odim Brandão. **Fato Consumado.** História e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002. p.114-115.

Vide também a obra coordenada por Carlos Alberto Lunelli sobre políticas públicas e meio ambiente: A aplicação da teoria do fato consumado tem lugar quando há um descompasso entre o tempo processual e o tempo de duração do objeto postulado ao Poder Judiciário, no caso deste estudo, o tempo ambiental. Segundo Daniel Martins Felzemburg, a teoria do fato consumado é utilizado como argumento judicial na validação das atividades ilegais protegidas pela concessão inicial de liminares equivocadas. Amparado pela decisão judicial cautelar, o beneficiário já praticou o ato que lhe interessava, quando do momento da decisão final da causa, restando ao julgador do mérito da lide a extinção do processo por "perda do objeto" ou "objeto prejudicado". (...) Tessler enfatiza que o fato consumado se aproxima das figuras da prescrição e decadência; "trata-se da peculiar maneira de o Judiciário responder à passagem do tempo, trabalhar a passagem do tempo. Ao trabalhar as diversas maneiras de enfrentar o tempo, diz a autora que a jurisdição leva em consideração a consumação de efeitos, alegando que não convêm sejam estes desfeitos, revelando-se uma especial projeção do quieta non movere. (...) Quando a questão posta a julgamento pelo Poder Judiciário diz respeito a direito individual, até se pode admitir, ainda que a contragosto, a aplicação da teoria do fato consumado, ante a falta de efetividade no julgamento, pelo transcurso do tempo. Mas, como aceitar e contornar essa ineficácia quando se está diante de um problema ambiental, de proporções amplas, que não atinja apenas direitos individuais, ou mesmo interesses locais, mas de um verdadeiro desastre ambiental, como os casos que a seguir se apresenta?. MARTINI, Simone. O tempo ambiental e o fato consumado: o estudo de um caso. In LUNELLI, Carlos Alberto. **Direito, ambiente e políticas públicas.** Curitiba: Juruá, 2010. p. 105-106.

Revista.indd 174 13/09/2011 11:44:45

situações que aprioristicamente não apresentam risco?[7] Sobre tal temática, verifiquemos o seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. NATUREZA JURÍDICA DOS MANGUEZAIS E MARISMAS. TERRENOS DE MARINHA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ATERRO ILEGAL DE LIXO. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PAPEL DO JUIZ NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. ATIVISMO JUDICIAL. MUDANÇAS CLIMÁTICAS. DESAFETAÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO JURÍDICA TÁCITA. SÚMULA 282/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 397 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ART. 14, § 1°, DA LEI 6.938/1981.
>
> 1. Como regra, não viola o art. 397 do CPC a decisão que indefere a juntada de documentos que não se referem a fatos novos ou não foram apresentados no momento processual oportuno, ou seja, logo após a intimação da parte para se manifestar sobre o laudo pericial por ela impugnado.
>
> 2. Por séculos prevaleceu entre nós a concepção cultural distorcida que enxergava nos manguezais lato sensu (= manguezais stricto sensu e marismas)

[7] Em oposição à evidência tangível das riquezas, os riscos acabam implicando algo irreal. Num sentido decisivo, eles são simultaneamente reais e irreais. De um lado, muitas ameaças e destruições já são reais: rios poluídos ou mortos, destruição florestal, novas doenças etc. De outro lado, a verdadeira força social do argumento do risco reside nas ameaças projetadas no futuro. São, nesse caso, riscos que, quando quer que surjam, representam destruições de tal proporção que qualquer ação em resposta a elas se trona impossível e que, já como suposição, como ameaça futura, como prognóstico sincreticamente preventivo, possuem e desenvolvem relevância ativa. O núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim no futuro. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010. p.40.

Revista.indd 175 13/09/2011 11:44:45

o modelo consumado do feio, do fétido e do insalubre, uma modalidade de patinho-feio dos ecossistemas ou antítese do Jardim do Éden.

3. Ecossistema-transição entre o ambiente marinho, fluvial e terrestre, os manguezais foram menosprezados, popular e juridicamente, e por isso mesmo considerados terra improdutiva e de ninguém, associados à procriação de mosquitos transmissores de doenças graves, como a malária e a febre amarela. Um ambiente desprezível, tanto que ocupado pela população mais humilde, na forma de palafitas, e sinônimo de pobreza, sujeira e párias sociais (como zonas de prostituição e outras atividades ilícitas).

4. Dar cabo dos manguezais, sobretudo os urbanos em época de epidemias, era favor prestado pelos particulares e dever do Estado, percepção incorporada tanto no sentimento do povo como em leis sanitárias promulgadas nos vários níveis de governo.

5. Benfeitor-modernizador, o adversário do manguezal era incentivado pela Administração e contava com a leniência do Judiciário, pois ninguém haveria de obstaculizar a ação de quem era socialmente abraçado como exemplo do empreendedor a serviço da urbanização civilizadora e do saneamento purificador do corpo e do espírito.

6. Destruir manguezal impunha-se como recuperação e cura de uma anomalia da Natureza, convertendo a aberração natural – pela humanização, saneamento e expurgo de suas características ecológicas – no Jardim do Éden de que nunca fizera parte.

7. No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente.

Revista.indd 176 13/09/2011 11:44:45

Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador.

8. A legislação brasileira atual reflete a transformação científica, ética, política e jurídica que reposicionou os manguezais, levando-os da condição de risco à saúde pública ao patamar de ecossistema criticamente ameaçado. Objetivando resguardar suas funções ecológicas, econômicas e sociais, o legislador atribuiu-lhes o regime jurídico de Área de Preservação Permanente.

9. É dever de todos, proprietários ou não, zelar pela preservação dos manguezais, necessidade cada vez maior, sobretudo em época de mudanças climáticas e aumento do nível do mar. Destruí-los para uso econômico direto, sob o permanente incentivo do lucro fácil e de benefícios de curto prazo, drená-los ou aterrá-los para a especulação imobiliária ou exploração do solo, ou transformá-los em depósito de lixo caracterizam ofensa grave ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao bem-estar da coletividade, comportamento que deve ser pronta e energicamente coibido e apenado pela Administração e pelo Judiciário.

10. Na forma do art. 225, caput, da Constituição de 1988, o manguezal é bem de uso comum do povo, marcado pela imprescritibilidade e inalienabilidade. Logo, o resultado de aterramento,

Revista.indd 177 13/09/2011 11:44:45

drenagem e degradação ilegais de manguezal não se equipara ao instituto do acrescido a terreno de marinha, previsto no art. 20, inciso VII, do texto constitucional.

11. É incompatível com o Direito brasileiro a chamada desafetação ou desclassificação jurídica tácita em razão do fato consumado.

12. As obrigações ambientais derivadas do depósito ilegal de lixo ou resíduos no solo são de natureza propter rem, o que significa dizer que aderem ao título e se transferem ao futuro proprietário, prescindindo-se de debate sobre a boa ou má-fé do adquirente, pois não se está no âmbito da responsabilidade subjetiva, baseada em culpa.

13. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem.

14. Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1°, da Lei 6.938/81.

15. Descabe ao STJ rever o entendimento do Tribunal de origem, lastreado na prova dos autos, de que a responsabilidade dos recorrentes ficou configurada, tanto na forma comissiva (aterro), quanto na omissiva (deixar de impedir depósito de lixo na área). Óbice da Súmula 7/STJ.

16. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

STJ. 2ª Turma. RESP. 650728 – SC. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ: 02/12/2009.

Revista.indd 178 13/09/2011 11:44:45

2.3.2. Princípio da segurança jurídica em matéria ambiental

A segurança jurídica remonta à consolidação das legítimas expectativas dos sujeitos de direito em torno dos atos praticados pela administração ou mesmo por particulares; no tocante à seara pública, o administrado espera uma postura de previsibilidade do Poder Público para a proteção individual dos seus direitos, mas, na tutela ambiental, temos um outro debate sobre o tema, pois a prestação do direito fundamental ao meio ambiente sadio para as gerações presentes e futuras é compatível com a certeza da legalização de um absurdo? A provisoriedade é a marca dos administrativos atinentes à matéria ambiental e, os sujeitos de direito beneficiados com as decisões judiciais devem ter em mente a dinâmica dos riscos inerentes ao processo de natureza cautelar.[8]

2.3.3. Princípio da boa-fé objetiva em matéria ambiental.

Típico princípio insculpido na disciplina do direito privado, com nítida influência da legislação romana e período clássico da pré-codificação,

[8] A segurança jurídica, no trato do interesses difusos, deve ser trabalhada com muita reserva, pois, em raciocínio reverso, premiar-se-ia a irresponsabilidade pela litigância contra a tutela de caráter irreversível e tornar-se-ia previsível a permissão para agredir o meio ambiente; assim, quando se obtém decisão favorável para o início ou a continuidade de um empreendimento impactante, sabe-se, de logo, que o risco de cassação dos efeitos de tal provimento é parte inafastável da dialética cautelar: " A afirmação de que o resultado do processo deve ser menos gravoso para o autor do que o indeferimento da liminar destoa da concepção que informa o CPC e de normas expressa nele contidas. Um dos princípios da jurisdição cautelar brasileira consiste em que o autor – com exclusividade – arca com os ônus da liminar que o beneficiou, acaso revogada. Eis a doutrina de GALENO LACERDA: a justiça da tese [do art. 811] se sintetiza no aforisma *cuiús est commodum eius est incommodum,* ou *ubi commoda ibi incommoda*. Vincula-se à ideia objetiva de ônus ou de risco processual [...] Quem tem interesse para a sua conveniência (cômodo), em executar a cautela [...] suporta a inconveniência (incômodo) de indenizar o prejuízo causado, se decair da medida ou for vencido na ação. Nada mais certo e justo. Tudo não passa de responsabilidade objetiva, decorrente de livre avalição de risco. Daí, a contracautela do art. 804, como consequência lógica dessa responsabilidade. Ao réu, sem culpa, é que seria sumamente injusto arcar com o dano causado pelo autor". FERREIRA, Odim Brandão. **Fato Consumado.** História e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002. p.70-71.

Revista.indd 179 13/09/2011 11:44:45

a boa-fé assumiu contornos de defesa da ética e da razoabilidade do comportamento humano, centrada no debate do subjetivismo, em sua fase primária, e encampando, posteriormente, contornos dos comportamentos objetivos.

Procura afastar posturas contraditórias ao próprio ordenamento jurídico e ostensivamente repudiantes à confiança das relações jurídicas, tais como as proibições do *Nemo potest venire contra factum proprium,* da *suppressio,* da *surrectio,* do *tu quoque,* do *volenti non fit iuria,* velando por um mínimo de segurança no trato das questões sociais e jurídicas, tanto nos tradicionalmente públicos quanto nos privados.[9]

2.3.4. Princípio da proteção substancial da confiança em matéria ambiental.

A proteção substancial da confiança, construção doutrinário-jurisprudencial oriunda do debate administrativo e tributário, vem paulatinamente grassando para as lides ambientais com foco nas instalações irregulares de empreendimentos, loteamentos, concessão de licenças de instalação, cobrando um posicionamento convalidador das situações dilargadas temporalmente para exigir respectiva compensação e possuindo similitude com a teoria do fato consumado e implicando em restrição ao princípio da autotutela administrativa e supressão ao princípio da supremacia do interesse público, notadamente.[10]

---

[9] A aplicação da boa fé no Direito público levanta dificuldades maiores. Em princípio, não haveria problemas: a boa fé conquistou um lugar específico como dado juscultural, não dependendo, pois, de fronteiras acadêmicas internas. A própria cisão entre Direito público e privado ganhou forma estrita, apenas, com o jusliberalismo e com as codificações civis por ele impulsionadas. Anteriormente, as normas privadas e públicas entrelaçavam-se, a todas interceptando a boa fé. Feita a bipartição, a boa fé, sobretudo no que respeita ao seu entendimento objetivo, vocacionado para a criação de institutos juspositivos, veio a centrar-se em torno do comportamento contratual das partes e da interpretação dos actos efectivados nesse âmbito. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 1997. p.373-374.

[10] Quando se diz que é possível intervir sobre estados juridicamente protegidos, consolidados ou estabilizados segundo a ordem jurídica vigente, ou decorrente de inciativas autorizativas, desde que mediante indenização, está se dizendo que não é possível eliminar tais posições, senão mediante compensação, ou seja, admite-se a restrição, mas não a subtração ou eliminação daquela posição jurídica. Não se autoriza a restrição senão mediante a atribuição de estado equivalente à perda de proteção, o que suscitaria o problema da inconstitucionalidade de medidas estatais supervenientes

Revista.indd 180 13/09/2011 11:44:45

Assim, não se poderia falar inexoravelmente na indenizabilidade dos atos praticados pela Administração em não se configurando abuso ou quebra de uma legítima e moral confiança, não oriunda de estados provisórios de fato ou clandestinos e precários, a exemplo do teor da Súmula n. 479 do Supremo Tribunal Federal:

> **Súmula 479: As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização.**

2.3.5. Expectativa de direito e atos administrativos em matéria ambiental

Ressalta-se, ainda, no confrontar de situações clássicas do direito privado com a promoção dos direitos difusos, a chamada expectativa de direito e os atos administrativos em geral.

Neste tópico, debateremos a provisoriedade, por excelência, dos atos administrativos em sede de tutela ambiental, afastando o tradicional conceito da expectativa de direito no tocante às requisições de permissões/concessões para explorar os recursos naturais e interferir direta ou indiretamente nos outros tipos de patrimônios difusos.

3. (Des)caminhos da garantia ambiental: o mito das parcas na tutela difusa brasileira.

3.1. Escopo da Emenda Constitucional n. 45/2004 e solução dos conflitos sociais

retrocessivas, e da inconstitucionalidade de medidas estatais pela fórmula da insuficiência ou deficiência de proteção. (...) A desproteção de uma garantia ou valor não é admissível em uma ordem jurídica que exige a convivência e a conciliação de perspectivas de dissenso e que é definida, essencialmente, pelo conflito. Entretanto, a diminuição da proteção a qualquer direito, ou estado protegido somente pode ser justificada se um argumento suficientemente relevante e iminente assim o autorize, e que também deve contar com definição constitucional, respeitadas as exigências de proporcionalidade, o que implica que, toda medida de restrição deve ser aquela suficiente a permitir que o resultado pretendido, in casu, proteção de outro bem ou de outro valor, seja atingido. LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.323.

Revista.indd 181 13/09/2011 11:44:45

A chegada da Emenda Constitucional n. 45/2004 preconizou a prestação do serviço judicial com celeridade (incluindo-se a presteza e qualidade em seu âmago), além do controle do Poder Judiciário e o reforço da transparência em seus atos administrativos e processuais; contudo, a pesada estrutura processual existente no Brasil (aspecto do fatigante sistema recursal e o desequilíbrio de regras processuais comezinhas, v.g. prazos para contestar e recorrer) é incompatível com quaisquer avanços em tal sentido, notadamente quando comparamos os números revelados nos censos do Conselho Nacional de Justiça, onde Estados do Nordeste brasileiro ocupam posições privilegiadas no quesito da morosidade jurisdicional.

Contemplando o Anteprojeto do Código de Processo Civil (PLS 166/2010), verifica-se a adoção de instrumentos arrefecedores da morosidade processual e redução de gastos com o Poder Judiciário, mormente pelo reiterar da repetitividade das causas e a uniformização de prazos; entretanto, pouco ou quase nenhum espaço foi destinado ao feito virtual e à problemática da acessibilidade jurisdicional, temática contemplada com a informatização dos sistemas de movimentação processual com o pioneirismo dos JEFs – Juizados Especiais Federais em todo o Brasil.

3.2. Tempo, pacificação e crença jurisdicional.

Nenhuma reforma legislativa resolve, isoladamente, o problema da deficiência da prestação jurisdicional; imperiosa é a mudança de mentalidade para que o Judiciário cumpra o papel da pacificação social e a mantença do regime democrático do Estado de direito; assim, a crença de um povo em suas instituições depende exatamente do grau de transparência e desvelo das funções desempenhadas de modo a desestimular, no caso concreto, o incremento da justiça privada e a perniciosa nódoa da impunidade.

3.3. A (des)razoável duração do processo, insegurança e flexibilização dos valores ambientais

Revista.indd 182 13/09/2011 11:44:45

Na mitologia clássica (greco-romana), as Parcas (Roma) e as Moiras (Grécia) representavam divindades responsáveis pela trajetória da vida, uma delas tecia o fio da existência humana (Clothos, criando o cordão umbilical), a outra (Lachesis) a sua duração/comprimento e a última (Atrophos) o momento exato do seu corte. Na atualidade, o Judiciário assumiria o papel das Parcas e o tempo na tutela ambiental constitui fator crucial na pacificação dos conflitos e preservação da identidade do patrimônio difuso; assim, assume perspectiva idêntica ao trato das questões imanentes à dignidade humana e à própria vida ou liberdade e o deslinde tardio de disputas ambientais, representa a negação de sua defesa.[11]

3.4. Conflitos ambientais: origem, manutenção e perpetuação

Conflitos ambientais envolvem, obrigatoriamente, uma estrutura complexa, não se exaurindo ou encerrando na atividade jurídica e exigindo um contínuo aprimoramento das relações do Direito com outras ciências.[12]

---

[11] O amplo e irrestrito acesso ao Judiciário para a tutela dos direitos – direito de ação ou direito à tutela judicial efetiva – somente se realiza suficientemente com respostas processuais adequadas e úteis, idôneas para atender às necessidades do caso posto a julgamento e, tal não pode ocorrer ou sofre grave mitigação em seus efeitos e legitimidade, se o tempo decorrido entre a busca de proteção e o resultado processual for longo demais. O Estado monopoliza a atividade de jurisdição, veda a autotutela e é obrigado, por meio do Judiciário, a efetivamente decidir todas as questões que lhe são apresentadas para julgamento. Ele tem o dever não apenas de julgar, mas de julgar por meio de procedimentos legitimadores da jurisdição, que sejam justificados em princípios de justiça procedimental, com prestação de tutela judicial justa e adequada, de acordo com as necessidades concretas por proteção. TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. **Processo ambiental**: uma proposta de razoabilidade na duração do processo. Curitiba: Juruá, 2008. p.122-123.

[12] Como observa Peter Westbroek, o problema da degradação do meio ambiente é provavelmente tão antigo quanto a humanidade, mas jamais despertou uma inquietude tão viva e universal como hoje em dia. Isto significa que, pela primeira vez, uma angústia compartilhada transcende as fronteiras individuais e nacionais. É a sobrevivência da Terra que está em jogo, e ela diz respeito a todos os homens e mulheres deste planeta. Além de uma tomada de consciência ecológica, é interessante notar que esta crise do meio ambiente vai permitir o surgimento de grandes programas de reflexão interdisciplinar, pondo em relevo importantes questões de ordem epistemológica em domínio diferentes: na interação da ciência da terra, da ciência da vida e da natureza e das ciências sociais. (...) A crise do meio ambiente, por outro lado, testemunha a profunda e dramática incapacidade da ciência dita universal para fornecer uma visão de mundo compatível com as aspirações e/ou necessidades do homem. PENA-VEGA, Alfredo. **O despertar ecológico:** Edgar Morin e a ecologia complexa. Rio de Janeiro: Garamond, 2003. p.21-22.
A necessidade de compreender a complexidade da problemática ambiental, bem como os múltiplos processos que a caracterizam, provocou um questionamento da fragmentação e da compartimentalização de um saber disciplinar, incapaz de explicar e resolver esta problemática. Mas a retotalização

Revista.indd 183 13/09/2011 11:44:45

Sua origem remonta à incompatibilidade de interesses entre a preservação do meio e a constante necessidade de exploração dos recursos naturais, fator decisivo para o próprio conceito de sustentabilidade e a adoção de instrumentos voltados à minimização das atividades degradantes/poluentes. Progressivamente, a responsabilidade civil ambiental conquistou espaço e difundiu-se com extremo vigor para abrandar paulatinamente a exigência de demonstração densa do nexo de causalidade, em prol do acesso à qualidade de vida e facilitar a solução dos litígios com foco na proteção do ambiente, evitando a sua perpetuação.[13]

Vimos que o tempo, na solução dos problemas ambientais, centraliza boa parte das preocupações dos operadores do Direito e, se não manejado corretamente, traz sérias consequências para os jurisdicionados, inclusive com a consolidação de situações pretéritas pelo simples fato da morosidade processual as "legitimar".

4. Sociedade de garantia: contornos e aplicação à realidade brasileira.

4.1. Princípios na ordem constitucional ambiental

A Carta Política de 1988 inaugurou uma perspectiva social amplamente voltada para a consecução das políticas públicas, sendo emendada constantemente para ampliar o elenco de garantias fundamentais; em tal cenário, o Art. 225 deixou latente qual o compromisso assumido pela sociedade para a consecução da preservação ambiental e construção do

do saber que a problemática ambiental requer não é a soma nem a integração dos conhecimentos disciplinares herdados. A inter e transdisciplinaridade que o saber ambiental exige não é a busca de um paradigma globalizante do conhecimento, a organização sistêmica do saber e a uniformização conceitual por meio de uma metalinguagem interdisciplinar. LEFF, Enrique. **Saber ambiental.** Sustentabilidade, racionalidade, complexibilidade, poder. Petrópolis: Vozes, 2009. p.207-208.

[13] Se então o reconhecimento do risco é denegado, em razão de um nível de conhecimento incerto, isto significa que a reação necessária permanece irrealizada e o perigo aumenta. Por meio da fixação elevada dos critérios de cientificidade, o círculo dos riscos reconhecidos e, portanto, relevantes para a ação é reduzido ao mínimo, e por conseguinte são implicitamente conferidas concessões para a exploração da potencialização dos riscos. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010. p.75.

Revista.indd 184 13/09/2011 11:44:45

direito fundamental ao meio ambiente, presente no Estado socioambiental de Direito.[14]

4.2. Sociedade de garantia: estrutura e fundamentos.

Na sociedade de garantia registra-se o papel do Estado preventivo de Direito, onde as atividades potencialmente causadoras de risco são minimizadas ou impedidas; não se cogita de um modelo meramente repressivo ou tardiamente preventivo, pois é minimizada a produção dos riscos e admitida a proibição de qualquer atividade/empreendimento capaz de causar dano ambiental.

O binômio prevenção/proibição assume naturalmente o centro gravitacional de sua estrutura, atingindo a precariedade e provisoriedade dos atos administrativos inerentes à tutela ambiental (derivados do EIA/RIMA e licenças em geral e a busca pela redução da atividade produtiva, com a adequação da livre iniciativa à garantia do meio ambiente para as gerações do futuro, evitando-se a pauperização civilizacional advertida por Beck. [15]

Simplificadamente, os tipos societários podem ser estruturados da seguinte forma:

---

14 Com efeito, à luz especialmente dos seus deveres de proteção em relação aos direitos fundamentais e à dignidade humana, o Estado contemporâneo deve ajustar-se (e, se necessário, remodelar-se) a cada novo passo histórico no sentido de enfrentar como tarefa estatal as novas ameaças e riscos ecológicos que fragilizam a existência humana, tendo em vista, como refere Häberle, um processo dialético posto em marcha, que se renova constantemente no horizonte do projeto político-jurídico da comunidade estatal. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado socioambiental de Diteito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.96.

15 O sonho da sociedade de classes é: todos querem e devem compartilhar do bolo. A meta da sociedade de risco é: todos devem ser poupados do veneno. Consequentemente, diferencia-se também a instituição social básica na qual as pessoas se situam, se associam, que as move e distancia ou congrega. A força motriz na sociedade de classes pode ser resumida na frase: tenho fome! O movimento desencadeado com a emergência da sociedade de risco, ao contrário, é expresso pela afirmação: tenho medo! (..) Cada vez mais daquilo que é sistematicamente produzido em termos de sofrimento e opressão se torna visível, tendo de ser reconhecido por aqueles que o negavam. O direito ajusta suas velas – de modo algum voluntariamente, e sim com o vigoroso apoio das ruas e da política – na direção em que sopra o vento: sufrágio universal, direitos sociais, direitos trabalhistas, direitos de participação. Os paralelos com o presente são evidentes: o que era inofensivo acaba revelando-se como perigoso – vinho, chá, macarrão etc. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010. p. 60-62.

Revista.indd 185 13/09/2011 11:44:45

Sociedades	Sociedade de Classes	Sociedade de Risco	Sociedade de Garantia
Objetivos	Divisão de riquezas	Prevenção dos acidentes	Prevenção/precaução das atividades com a garantia da qualidade de vida. Proibição das atividades de risco.
Símbolos e frases	Solidariedade da carência. Tenho fome	Solidariedade do medo. Tenho medo.	Repartição de responsabilidades. Não preciso consumir ou posso consumir menos.
Modelo de Responsabilidade Civil	Aceitação das atividades e distribuição de riquezas.	Aceitação da atividade e arrefecimento do nexo causal.	Restrição de atividades e concentração de atitudes preventivas. Reforço da supremacia do interesse público.

4.3. Sociedade de garantia: vinculação a alguns princípios ambientais

Para fundamentar a viabilidade e contornos da sociedade de garantia, os princípios ambientais inseridos na Constituição Federal de 1988 desempenham papel extraordinário na sua consecução. Fundamentalmente, a sociedade de garantia utiliza os princípios constitucionais como ferramentas-motrizes em seu plano de implementação ou, em outras palavras, a sua verdadeira aplicação passa pelo colocar em prática todo o bojo do Art. 225 da Norma Fundamental pátria. Na sociedade de garantia, não há espaço para a verticalização dos princípios constitucionais vinculados à proteção do meio ambiente, pois cada um desempenha papel estruturante e conexo, merecendo destaque os seguintes:

4.3.1. Sociedade de garantia e a função socioambiental da propriedade

Revista.indd 186 13/09/2011 11:44:45

Na função socioambiental da propriedade, a sociedade de garantia encontra eco e estipula os freios iniciais ao titular de direitos individuais, de modo a esvaziar o conteúdo financeiro do dogma do mais forte dos direitos reais e atrelar sua existência a critérios objetivos de utilidade (tanto na questão urbana quanto na rural; v.g. definição do módulo rural para fins de produtividade, pequena propriedade, subutilização do solo urbano, edificação compulsória, extrafiscalidade, dentre outros elementos).

Despe-se a propriedade da inércia e exige-se uma resposta dinâmica e rápida à consecução do funcionalismo, comum ao Estado socioambiental de direito.

4.3.2. Sociedade de garantia e a prevenção

O princípio da prevenção assume local de relevo na sociedade de garantia e, operando em conjunto com os demais capitulados na Constituição Federal, determina a adoção de práticas minimizadoras dos impactos potencialmente viáveis na sociedade de risco. Previne-se a consecução de efeitos oriundos do risco para reduzir a magnitude de danos ambientais, quando não se consegue evitar a ação lesiva.

4.3.3. Sociedade de garantia e a precaução

Na sociedade de garantia a dúvida não representaria um desestímulo para a proteção ambiental; ao contrário, constitui freio para a não atuação, o pesquisar de possibilidades para evitar o dano, catalogadas em um acervo de estratégias da conduta do empreendedor ou do administrador.

4.3.4. Sociedade de garantia e a variável ambiental

A variável ambiental, na sociedade de garantia, exige a adoção de técnicas cada vez mais aprimoradas no monitoramento/prevenção dos danos ao meio ambiente.

4.3.5. Sociedade de garantia e a proibição do retrocesso

Tal princípio afasta o ataque de situações protetivas do meio ambiente pelo Administrador ou particulares, negando validade a quaisquer atos que objetivem a remoção de garantias conquistadas; na sociedade de garantia,

Revista.indd 187 13/09/2011 11:44:45

explicaria a intervenção mínima (próxima à prevenção/precaução).

4.3.6. Sociedade de garantia, lógica reversa do consumo e consumo sustentável.

Na cadeia de consumo a etapa produtora normalmente não conhecia o retorno do que produzia; com a adoção da PNRS, instituída no Brasil pela Lei n. 12.305/2010, a conscientização/orientação do consumidor recepciona a possibilidade de responsabilização do consumidor pelas escolhas feitas no mercado, de modo a privilegiar políticas de aquisição menos danosas ao meio ambiente, inserindo-se, desde logo, prazos mínimos para aquisição de novos produtos, o maior rigor na qualidade e a substituição do consumidor rei para o consumidor cidadão.

5. Dívida ético-temporal do judiciário: análise de casos em torno de uma jurisprudência tardia.

Quando utilizamos o termo dívida ético-temporal do Poder Judiciário e a jurisprudência tardia, queremos afirmar que a agressão ao meio ambiente não ocorre pela conduta isolada de um ator social; antes de tudo devemos recordar que a salvaguarda do patrimônio natural de um país envolve inúmeras questões complexas, restando impossível a simplificação da ideia sobre agressão à natureza.

Adotando a teoria da complexidade, será possível compreender que a omissão do Poder Judiciário, quando instado a decidir lides ambientais, resulta em um débito misto, de natureza ético-temporal, pois a força negativa das decisões sobre a tutela ambiental adquire uma tripla carga de débitos, a saber: a) de ordem financeira, b) de ordem ético-moral e c) de ordem científica.

5.1. A Zona de Proteção Ambiental de Lagoinha: Natal/Rio Grande do Norte.

Na capital potiguar, o MPE promoveu ação para questionar/impedir a construção do "Condomínio residencial" Flora Boulevard, edificado próximo à região de dunas (Lagoinha) na subárea da ZPA5 (Sul de Natal).

Revista.indd 188 13/09/2011 11:44:45

O litígio foi deslocado para a Justiça Federal, em virtude da presença do IBAMA e o TRF5ª Região não vislumbrou qualquer tipo de agressão ao patrimônio ambiental, notadamente pelo argumento da gleba objeto da construção não ser abrangida pela referida Zona de Proteção Ambiental.

5.2. A Zona Portuária e as torres gêmeas: Recife/Pernambuco.

Na cidade do Recife, diferentes e questionáveis formas de agressão ao patrimônio ambiental natural, artificial e cultural foram perpetradas; algumas, de maneira sub-reptícia e outras de modo notório, sem o menor pudor ou restrição moral. Sítios históricos lentamente descaracterizados, imóveis seculares antes tombados e inscritos no IPHAN, furtivamente destombados, ZEIS (Zonas Especiais de Interesse Social) gradativamente invadidas por empreendimentos imobiliários de porte financeiro.

A atuação do Ministério Público, em caráter preventivo ou repressivo, soma-se à participação do Poder Judiciário no amadurecimento da tutela difusa no Brasil. Na foto, verificamos uma etapa da construção das chamadas "torres gêmeas" do Recife, obra realizada em área contígua ao perímetro de Zona de Preservação Histórica - ZPH (no caso, o bairro de São José e sua arquitetura setecentista), com o aval da Prefeitura da Cidade do Recife e parte do CDU, onde encontramos representantes de distintos setores do mercado imobiliário, profissionais de arquitetura e da própria PCR.

Levada a questão à Justiça Federal, por intermédio da Ação Civil Pública n. 2005.83.00.004462-1, que tramita na 6º Vara Federal, em primeira instância, foi determinada a suspensão e demolição da edificação, inclusive identificando-se a responsabilidade por omissão do Poder Público municipal e do Poder Público Federal (IPHAN/União). No TRF 5ª Região, a decisão liminar suspensiva das obras foi cassada e subindo os autos ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, iniciou-se o debate sobre a teoria do fato consumado.

5.3. Área de Preservação Ambiental do Rio Jaguaribe: João Pessoa/Paraíba.

Revista.indd 189 13/09/2011 11:44:45

Em João Pessoa, às margens do Rio Jaguaribe, foi edificado o Shopping Manaíra, em flagrante desrespeito à Lei n. 4.771/1965 e à postura municipal, além de atestar a conivência e omissão administrativa, fato consolidado no Judiciário Estadual, por intermédio de compensação ambiental e TAC e também questionado na Justiça Federal.

Considerações finais

A proteção do patrimônio ambiental na sociedade de risco ainda é limitada à tentativa de previsibilidade do dano e a recomposição do estado de fato anterior, não alcançando um completo sistema preventivo capaz de neutralizar/impedir os fatos geradores do risco, notadamente o risco desnecessário da industrialização progressivamente agressiva. A proposta de construção de uma sociedade de garantia para a tutela difusa, enfrenta uma conjuntura de valores e (des)valores edificados com sólida base mercantilista e de questionável durabilidade, melhor definida como sociedade descartável de consumo, onde até mesmo o patrimônio natural é objeto de uma cadeia ilimitada de riscos. Assim, podemos afirmar inexistir direito adquirido a degradar/poluir e que os postulados clássicos do fato consumado, da boa-fé objetiva, do *nemo potest venire contra factum proprium*, da suppressio, dentre outros moldados na sistemática do Direito Privado, não se prestam à complexa e dinâmica tutela do meio ambiente, a despeito de serem utilizados administrativa e judicialmente (e que por uma questão de justiça, devemos registrar um paulatino avanço no abandono de tais institutos); logo, necessário se faz um redimensionamento e mudança de paradigmas no comportamento judicante brasileiro e na própria estrutura e conceito dos atos administrativos provisórios sob a ótica de uma tutela verdadeiramente preventiva. Até o presente momento, da análise dos julgados sobre o tema, percebemos uma nova linhagem jurisprudencial brasileira, notadamente no STJ, Tribunal normalmente lento no processamento das alterações doutrinárias; assim, os julgados da lavra dos Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon e Luiz Fux ilustram tal mudança de comportamento. Tal mudança de paradigmas, obrigatoriamente, passará pelos seguintes eixos: a) expectativas na sociedade ora denominada de "garantia"; b) dinâmica e o desgaste da supremacia do interesse público e c) inadmissível tolerância aos abusos

Revista.indd 190 13/09/2011 11:44:45

contra a natureza no meio jurídico pátrio, reiterando a necessidade de um cuidado redobrado com o tempo na pacificação dos conflitos ambientais.

Referências

ACSELRAD, Henri. **A duração das cidades:** sustentabilidade e risco nas políticas urbanas. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro.** Malheiros, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional.** Renovar, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERREIRA, Odim Brandão. **Fato Consumado.** História e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002.

FOULQUIER, Norbert. **Les droits publics subjectifs des administres**: emergence d'un concept en droit administrative français du XIXe ou XXe siècle. Paris: Dalloz, 2003.

GABBA, C.F. **Teoria della retroattività delle leggi.** 2ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1884.

LAUBADÈRE, André de. **Traité de Droit administratif.** Paris: Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 2001.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental.** Sustentabilidade, racionalidade, complexibilidade, poder. Petrópolis: Vozes, 2009.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUNELLI, Carlos Alberto. **Direito, ambiente e políticas públicas.**

Revista.indd 191 13/09/2011 11:44:45

Curitiba: Juruá, 2010.

MAFFINI, Rafael da Cás. **O princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith**. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos:** a segurança como crédito de confiança. In: ÁVILA, Humberto (org.) Fundamentos do estado de direito**:** estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26. ed. Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir.** 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 1997.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PENA-VEGA, Alfredo. **O despertar ecológico:** Edgar Morin e a ecologia complexa. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo.** 22. ed. Atlas, 2009.

ROUBIER, Paul. **Droits subjectifs et situations juridiques.** Paris: Dalloz, 2005.

SILVA, Almiro do Couto. **O princípio da segurança jurídica (proteção**

Revista.indd 192 13/09/2011 11:44:45

à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo - Lei nº 9784/99. Revista eletrônica de Direito do Estado/IBDP. Salvador, n. 2, abr. maio. jun. 2005. p. 42. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br.

SILVA. Reinaldo Pereira e. **O direito fundamental ao ambiente natural.** In:Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (Organizadores), Direitos Fundamentais e Biotecnologia . São Paulo: Método, 2008.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de Direito Ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA. Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade:** uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. **Processo ambiental**: uma proposta de razoabilidade na duração do processo. Curitiba: Juruá, 2008.

TESSLER. Marga Inge Barth. **O Fato Consumado e a Demora na prestação jurisprudencial.** Revista CEJ- Conselho de Justiça Federal, Brasília: Conselho

da Justiça Federal. v. 27, out/dez. 2004. p. 95-101

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

RELAÇÃO DE ANEXOS

Revista.indd 193 13/09/2011 11:44:46

State immunity current state of law in view of the UN convention on jurisdictional immunities of states and their property

Lívia Raele Costa Reis

Bachelor in Law and Sociology.
Master in Law, University of Saarlande, Germany.

RESUMO: This articles aims at analysing the legal institute of State immunity of jurisdiction. A practice amongst the States of mutual recognition, having its base concept on the idea of sovereignty, which is the legitimate power conferred to States governed under the rules of law and recognized by international law in an equal basis.
"*Par in parem non habit imperium*", _ between the peers there is no hierarchy_, resulting then, equality amongst sovereignties. Nevertheless, the world developments lead towards more complex situations within the increasing commercial activities performed by the States and its agents, causing, consequently, a number of cases of obvious abuse over this customary rule of international law, which had grown old and thus, no longer fitting to the challenge of the new international reality.

SUMÁRIO: 1 - State Immunity and its introductory considerations; 2 – Origins; 3 - State Immunity: absolute or restrictive?; 4 - State Immunity in the view of the United Nations Convention of 2004; 5 - Definitions of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property; 6 - Criminal Proceedings and Human Rights; 7 - State Immunity and the Brazilian understanding; 8 - Conclusion.

Revista.indd 194 13/09/2011 11:44:46

1. State Immunity and its introductory considerations

State Immunity is explained by the Latin expression "*Par in parem non habit imperium*", meaning one cannot exercise jurisdiction or authority over another, once both are equals. As Prof. Rebecca Wallace well says, "no State may exercise jurisdiction over another State without its consent"[1].

The jurisdiction of a State is absolute within its territory. Dixon states, "the territorial sovereign is the master of all things and every person present in state territory is subject to the jurisdiction of the local courts"[2]. However, the line governing jurisdiction when foreign states are involved is not easily defined.

The rule of International Law states that the State is entitled of certain immunities when relating to jurisdiction and it is well known as the principle of sovereign immunity.[3] If there is any violation to the immunities given to the foreign State, the host State may have committed an international law violation, and may be responsible for the consequences of the violation.[4]

Having said so, one should know that State Immunity is a complex subject matter therefore, it is necessary to, first of all, divide the concepts in order to achieve a better understanding over the picture now presented in this paper.

Immunity of State jurisdiction and immunity from execution are different institutions. The first is related to under which circumstances a State, its organisations or companies can be sued in foreign courts, while the latter is concerned with whether or not executing measures over state´s properties can be taken.

Important to note moreover is the difference between immunity and non-justiciability, they operate in different ways. When there is immunity that means that a National Court would have had jurisdiction over the object matter, that is because one of the parties is the State, it is the so called *ratio personae*, whereas when there is non-justiciability there is basically an

---

[1] WALLACE, Rebecca M.M. International Law (2005). Fifth Edition. Sweet & Maxwell Limited. London. p. 131.

[2] DIXON, Martin. Textbook on International Law (2007) Sixth Edition. Oxford University Press Inc., New York. p. 174.

[3] Ibid. p. 174

[4] Ibid. p. 175

Revista.indd 195 13/09/2011 11:44:46

subject matter which is not to the Court itself to judge naturally, it is the *ratio materiae*.[5]

Another difference of concept relates to diplomatic immunities that, differently from State immunity is already settled in two important Conventions, the Vienna Convention of 61 and 63 respectively. Which leads us towards the point exactly where the problems raises. As Foakes and Wilmshurst have said:

> "The rules of State immunity are rules of customary international law; that is, they originate in the practice and custom of States. But the practice of States in giving immunity to States has not been consistent. The international community tried for many years to agree a treaty on the subject."[6]

There are reasons for the disagreement amongst the Nations. Those are related, first of all, to the difference of approaches[7] that this legal institute, the immunity of States, has gained in the United Nations, for instance.[8]

Still, according the Foakes and Wilmshurst in their paper over the subject, an agreement was reached and the Convention adopted by the United Nations in December 2004[9], though, for now, only four countries have signed it. A further analysis over this Convention will be given later on in this paper.

I will develop the origins of the immunity of jurisdiction of the States, stressing the basis for the legal institute, as well as the doctrines which shaped the practices amongst the States. A closer analysis over absolute approach and restrictive approach that has developed through the years will also be analysed.

---

[5] DIXON, Martin. Textbook on International Law (2005) Fifth Edition. Oxford University Press Inc., New York. p.165.

[6] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and ist Effects. International Law Program (2005). Chatham House. p. 3.

[7] Two theories concern the practice of the immunities of jurisdictions of the States, those are the absolute approach and the restrictive one, I will be back to that subject later on in the paper.

[8] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and ist Effects. International Law Program (2005). Chatham House. p. 3.

[9] Ibid. p.3.

Revista.indd 196 13/09/2011 11:44:46

Moreover, as appointed out by Foakes and Wilmshurst, some countries have already adopted their own domestic legislation concerning this topic and they may fear that the agreement created by the Convention may not be compatible with their internal laws. It is important to understand how the current law of the immunity of States functions, and the United Nations stance towards it.

I will then focus on the United Nations Convention itself and its implications in subjects such as commercial transactions to human rights considerations. Finally, I will analyse state immunity in Brazil to give perspective over a specific country and its jurisdictions.

2. Origins

The origin of the State immunity lays on the independence (sovereignty), equality and non-interference of States[10] that at the beginning would be absolute. Understanding that, all those concepts meet its main roots in the core of sovereignty, hence a closer focus on the main concept of sovereignty, in order to reach the essence of the idea behind immunity of States is welcomed.

As expressed by Bobbio, sovereignty is "intimately connected to the political power: and sovereignty intends to be the legal rationalization of the power, in the sense of transformation of force into legitimate power, from the power of facts into legal one"[11].

Therefore, this legitimated power expressed in the State in the external level finds in another legitimated power, the other State, an equal, hence, the impossibility of one subjugate the other to its territorial jurisdiction. Consequently, the plea of immunity can be used only to a defendant which is, as pointed out by Hazel Fox, "an independent and sovereign State under international law"[12].

This leads us to the concept of jurisdiction and its international nature, which according to Fox "means the exercise of authority and power"[13] and

[10] SHAW, Malcolm N. International Law. Fifth Edition. (2003). Cambridge University Press. p.621.
[11] BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola and PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, 7 th Edition , (1995). Editora Universidade de Brasília. p. 1179. With my own translation.
[12] FOX, Hazel. The law of State Immunity. Oxford University Press. (2002). p. 17.
[13] Ibid.p.51.

Revista.indd 197 13/09/2011 11:44:46

hence, encompasses the idea behind the State immunity rationale and purposes.

In that sense, Marshall CJ in *The Schooner Exchange* case describes the international community as follows:

> "The world being composed of distinct sovereignties, possessing equal rights and equal independence, whose mutual benefit is promoted by intercourse with each other, and by an interchange of those good offices which humanity dictates and its wants require, all sovereignties have consented to a relaxation in practices, in cases under certain peculiar circumstances, of that absolute and complete jurisdiction within their respective territories which sovereignty confers."[14]

In the nineteenth century, international relations were not as complicated as today[15] and the concept of the absolute immunity blossomed during this period. A situation where the sovereign State used to be completely immune from others jurisdictions, regardless the matter under dispute. This situation, obviously, led to numberless circumstances where this concept was used abusively. Consequently, many States historically moved towards a more restrictive approach.

The rules shaping the State immunity of jurisdiction in a foreign State are rules of international customary law, which means that, they come from the constructions of the practices and the customs of the States courts. Nevertheless, in the year of 1972 a multilateral treaty was adopted concerning that subject matter, the European Convention on State Immunity, coming into force in 1976[16]. But still, only Austria, Belgium, Cyprus, Germany, Luxembourg, The Netherlands, Switzerland and the United Kingdom are parties.

Even though there are many aspects which are shared amongst the States all over the world, on the other side, what they do not agree prevents

[14] The Schooner Exchange v. McFaddon 11 US 116 (1812), 7 Cranch.116 at 136. In The Law of State Immunity. Hazel Fox. p. 25.

[15] SHAW, Malcolm N. International Law. Fifth Edition. (2003). Cambridge University Press. p.625.

[16] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and its Effects. International Law Program (2005). Chatham House. p. 4.

Revista.indd 198 13/09/2011 11:44:46

them to come to a common sense, and thus, to be under the same umbrella, so to speak. For that reason, the United Nations decided to bring this subject to light as a topic in the work programme of the International Law Commission (ILC).

After years of discussions, as said by Foakes and Wilmschurst in their paper:

> "In 2003, the Ad Hoc Committee was reconvened under General Assembly resolution 58/74 with a mandate to formulate a preamble and final clauses, with a view to completing a convention. The Committee then succeeded in reaching agreement on a finalized version of the 1991 Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property and it is this text, accompanied by a set of annexed understandings that was finally adopted by the UN General Assembly. The Convention provides that it shall enter into force after it has seen signed and ratified by 30 states."

Until the time of that research only four States have so far signed it, Austria, Morocco, Portugal and Belgium. Remaining uncertain whether or not this document will finally have some weight in the international arena, having governments all over the Globe singing it and ratifying it, and as a result, bring to light more legal predictability in that field of the international relations amongst the States and citizens.

3. State Immunity: Absolute or Restrictive?

If the States are independent and equals, it could not, in theory at least, submit the other before its courts, "*par in parem non habet imperium*". In doing so, it would harm the other States´ sovereignty and its independence, the immunity, thus, would cover the whole state activity, with an absolute character.

In the words of Richard Gardiner, "the notion of sovereignty in an international context means absolute authority subject only to the rules of international law", therefore, "the natural consequence of this concept would be that a States` activities and assets could in no circumstances

Revista.indd 199 13/09/2011 11:44:46

be the subject of legal proceedings or any enforcement action in another State"[17]. This is the reasoning behind the doctrine of the absolute immunity.

An example of the absolute approach is found in the case of *The Parlement Belge*[18], where the Court of Appeal had accorded immunity to an owned Belgium Government vessel due to the fact that the ship was being used for a considerably public purpose, despite the fact of being carrying passengers and merchandise in order to hire.

But the ultimate and extreme case involving an absolute approach, according to Shaw[19] was the case of *Porto Alexandre*[20], where a Portuguese vessel against which a writ was issued in English Court due to the non-payment for services rendered by tugs near Liverpool, even though it was a governmental vessel, it was engaged in commercial private trading. The courts, however, followed the *Parlement Belge* principle and dismissed the case.

Nevertheless, with the State increasing participation in commercial activities that were formally in the hands of the private sector, the other side of the rope was more and more habited by a non-State actor, putting Sates in a more favoured position. As a consequence, State Courts began adopting a modified concept, moving away from the absolute approach of immunity towards a restrictive one.[21]

The acts started then to be analysed in order to find out the real nature and purpose of the enterprise, instead of the nature of the actor (State). In that sense, "a distinction was drawn between the public acts of a State (government acts) *jure imperii*, and private acts (trading and commercial acts) *jure gestionis*"[22].

Amongst many interpretations over this subject matter, Shaw points out the reasoning declared by the Court in *Victory Transport*[23] case, where it would not grant any immunity, as long as the activity under judgment would fall within one of the categories of political or public acts.[24] This

[17] GARDINER, Richard K. International Law. Pearson Education Limited. (2003). p. 143.

[18] See *The Parlement Belge* (1880) LR 5 PD 197.

[19] SHAW, Malcolm N. International Law. Fifth Edition. (2003). Cambridge University Press. p.626.

[20] *Porto Alexandre* case (1920) P. 30; 1 AD, p. 146.

[21] WALLACE, Rebecca M.M. International Law (2005). Fifth Edition. Sweet & Maxwell Limited. London. p. 131.

[22] Ibid. p. 131.

[23] *Victory Transport* 336 F.2d 354 (1964); 35 ILR, p.110.

[24] SHAW, Malcolm N. International Law. Fifth Edition. (2003). Cambridge University Press. p.631-

Revista.indd 200 13/09/2011 11:44:46

reasoning within time showed very strict to sort out the problems which rose in that field.

Thus followed a whole discussion over how to analyse and qualify an act, either of *jus imperii* or *jus gestionis*. This showed not to be the simplest of the tasks, nonetheless. Still following Shaw explanation over this topic, he points out that article 2 (1) b of the ILC Draft determines that the doctrine approach, which is the most adopted amongst the Sates nowadays, with exception of countries such as China, for instance, should focus upon the nature of the act other than its purpose.

However, according to article 2(2) ILC Draft:

> "In determining whether a contract or transaction is a commercial transaction under paragraph 1(c), reference should be made primarily to **the nature** of the contract or transaction, but its **purpose** should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the forum, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction."[25]

It is clear then, that the ILC Draft approach is using a combination of the two methods, nature and purpose in order to find out the real status of the activity and, hence, give the right reasoning to a possible content. But, as pointed out by Shaw[26], it is primarily necessary to, first of all, look at the nature of the contract transaction, and in case is not purely a public one, go further by analysing its purpose, and consequently, have a safer judgment in whether is a sovereign act or not.

It is worthwhile noting that, despite an increasing number of countries whose adherence is with the restrictive doctrine _ note then that it is not a consensus, still countries go for the absolute one_ according to Gardiner, the biggest difference appears to be the modus how to analyse the matter in question, in other words, some National Courts analyse the act towards its nature, and some purely according its purpose.[27] I tend to agree with

632.

[25] United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004.

[26] SHAW, Malcolm N. International Law. Fifth Edition. (2003). Cambridge University Press. p.633.

[27] GARDINER, Richard K. International Law. Pearson Education Limited. (2003). p. 181.

Revista.indd 201 13/09/2011 11:44:46

Lord Wilberforce in the judgment of *I Congreso del Partido*[28] case where he stressed that in order to analyse whether the immunity should be granted, one must look primarily to the whole context of the act, hence, not just the purpose or the nature, but also, the context. A fourth test proposed is to see whether the act is of a private law, in other words, was it an act which could be performed by a private citizen[29], and if yes, the Court most likely has a case of *jus gestionis*.

To sum up, those tests are differently taken by the different nations, in the sense that some focus on the nature of the act, some on the purpose and so on. The worthwhile noting here is that the rules of International law allows the States to adopt the restrictive approach basing its judgments on the distinction between acts of *jus imperii* and acts of *jus gestionis*.[30]

4. State Immunity in the view of the United Nations Convention of 2004

As previously mentioned State immunity is the ability given to the sovereign State which prevents it to be sued in the Courts of another State. These rules used to cover all matters dealing with the State, but, as already explained, no longer. Nowadays there are an enormous amount of exceptions to this rules, basically when the State acts in the private field, when performs non-sovereign activities.

The new United Nations Convention deals with those rules and its exceptions, not covering, nonetheless, as pointed out by Foakes and Wilmshurst, criminal proceedings and civil actions for human rights abuses.[31]Important to note, moreover, is the fact that the details over the exceptions "vary considerably from one country to another"[32] and this aspect of the subject matter creates complications and lack of consensus, and due to this fact, the rules of immunity which one should rely are indeed uncertain.

---

[28] *I Congreso del Partido*, (1983) AC 244, 267;64 ILR, pp.307,318.

[29] DIXON, Martin. Textbook on International Law (2005) Fifth Edition. Oxford University Press Inc., New York. p.172.

[30] Ibid. p.173.

[31] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and its Effects. International Law Program (2005). Chatham House. P. 1.

[32] Ibid. p. 3.

Revista.indd 202 13/09/2011 11:44:46

The United Nations Convention and Their Properties of 2004 deal, therefore, with the limits of the use of the institute of immunity by the States. In other words, brings the general rule overall accepted that the State has immunity of jurisdiction in certain circumstances but, jurisprudence has changed this theory and hence immunity of jurisdiction has been limited and in many cases denied.[33]

Exceptions to immunity are related to commercial transactions, employment contract, personal injuries, damage to property, ownership, possession and use of property, intellectual and industrial property, participation in companies or other collective bodies, shows owned or operated by a State, and arbitration agreements dealt in Part III, articles 10-17 of the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Properties. Below, I will focus on each exception to provide clarification about how the State is limited in its right to have immunity from the jurisdiction of a foreign court.

4.1) Commercial Transactions

According to the Convention, a State cannot claim immunity of jurisdiction which arises from commercial enterprises, unless this transaction has been made between States or the contracting parties had agreed previously otherwise.

Important in the sense is the definition of what is a commercial transaction. The Convention "commercial transaction" means: "(i) any commercial contract or transaction for the sale of goods or supply of services; (ii) any contract for a loan or other transaction of a financial nature, including any obligation of guarantee or of indemnity in respect of any such loan or transaction; (iii) any other contract or transaction of a commercial, industrial, trading or professional nature, but not including a contract of employment of persons."[34]

According to Foakes and Wilmshurst the major problem arises around the "commercial character of the transaction"[35] meaning, causing the

[33] Ibid.p.3.

[34] United Nation Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. 2004. Article 2, (c).

[35] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and its Effects. International Law Program (2005). Chatham House. p 4.

Revista.indd 203 13/09/2011 11:44:46

difficulties to reach an agreement amongst the nations over the Convention. Should the criteria to define the commercial transaction be focused on the nature or on the purpose of it is the question which comes over this point.

If a country buys cement, it is clear a commercial transaction, but what if buys it in order to build barracks for the army? Then the cement purpose could be seen as a sovereign act of the State. The paragraph 2 of the same article clarifies that the commercial transaction should be analysed primarily according to its nature and then, the purpose should be taken into account in order to define the real aspect of the transaction.

In the case Trendtex Trading Corp. v Central Bank of Nigeria (1977)[36] a private contractor supplied the Nigeria Defence Ministry with a big amount of cement, happens that with the change of the government it was decided that the cement was no longer required and for that reason, the government refused to pay it. The proceedings were brought by the private company in the UK courts which the Nigeria government claimed State immunity. The argument was dismissed by the court and the action allowed to proceed. The purpose was considered by the Court of Appeal immaterial and for that reason, "it was enough that the transaction itself was of a commercial type, such as a contract for the supply of goods or services"[37].

I intend to agree with the point of view that the act itself must be analysed from both perspectives, nevertheless, unless at the one side of the rope there is a private company dealing a commercial transaction with a State, which shall be defined and viewed by the courts as a commercial activity.

4.2) Contracts of employment

In general, a State is forbidden to claim immunity in cases relating to employment contracts. On the other hand, it is necessary to go further into the subject matter in order to find out the specificities on this general rule.

Again the idea of restricted immunity concerning to employment contract lays in the fact that whenever the State performs an act as a private individual while contracting with individuals under their national legal system, for example when a Brazilian Embassy in the UK contracts an English gardener,

[36] *Trendtex Tranding Copr. V Central Bank of Nigeria* (1977) 1 QB 529, (1977) 1 ALL ER 881.

[37] DIXON, Martin. Textbook on International Law (2007) Sixth Edition. Oxford University Press Inc., New York. p. 180.

Revista.indd 204 13/09/2011 11:44:46

the cited gardener is not acting in the interest of the foreigner public service. Hence there is no point in talking about immunity of jurisdiction.

Nonetheless, this exception does not apply to employment contracts performed with nationals of the employing State, unless, this employees live permanently in the State which the contract was taken. The other exception to that exception concerns the staff enjoying diplomatic immunity[38]. Or simply employees which were hired to perform tasks in the exercise of the governmental authority.

Happens, though, there is little consistency between States, and some courts apply state immunity when related to labour issues, while others do not.

4.3) Personal Injury and Damage to Property

Immunity is disallowed in cases where an individual suffers injury or death and has the right for compensatory claims against the State. According to Foakes and Wilmshurst, this specifically "covers actions which a State has committed in the exercise of its sovereign authority as well as private activities"[39].

Nevertheless, acts that have occurred abroad are not covered. For example, the case of Mr. Al Adsani[40] who brought a claim to the UK Courts against the Kuwait Government in order to be compensated for being tortured in the cited State. The Court of Appeal held that the process could not proceed due to the fact that indeed the Government of Kuwait was immune in this case.

4.4) Ownership, Possession and Use of Property

Article 12, Part III of the UN Convention on State immunity dealing with the proceedings in which the State immunity cannot be invoked relates to immovable properties, meaning that whenever a claim raises

[38] Nowadays there are two conventions with generalised acceptance amongst the States which relates to this kind of immunities, the Vienna Convention of Diplomatic Relations of 1961 and Consular of 1963.

[39] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and ist Effects. International Law Program (2005). Chatham House. p 6.

[40] Al Adsani v Government of Kuwait and Others, 21 January 1994 CA, 100 ILR 465; 103 ILR 420; CA 12 March 1996, 107 ILR 536.

Revista.indd 205 13/09/2011 11:44:46

concerning land or buildings, for instance, the State where the immovable properties belong is the State whose jurisdiction is entitled, not being able the foreigner State to ask for immunity.

In the same path, the State is prevented to invoke immunity whenever rights of succession or donation arising from immovable properties are claimed under a national jurisdiction. Important to stress, nevertheless, is the fact that, in agreement between both States, immunity can be invoked, but, they must agree on that particular issue.[41]

4.5) Intellectual and Industrial Property

As pointed out in article 14, whatever right whose nature is of intellectual property, such as "patent, industrial design, trade name or business name, trademark, copyright or any other form of intellectual or industrial property which enjoys a measure of legal protection"[42], prevents the Foreigner State to invoke immunity of jurisdiction.

The rights of a third person relating to rights of those nature, above mentioned, which might suffer an infringement by a Foreigner State in the third person domestic forum, must in its domestic jurisdiction remain, meaning that state immunity is not available.

4.6) Participation in companies or other collective bodies

Immunity of jurisdiction shall not be invoked whenever there is a claim which issue relates to the "participation of a State in companies or other bodies incorporated or constituted under the law of the State where proceedings are brought"[43].

[41] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and its Effects. International Law Program (2005). Chatham House. p 7.
[42] United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and their Property.
[43] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and its Effects. International Law Program (2005). Chatham House. p 7.

Revista.indd 206 13/09/2011 11:44:46

4.7) Ships owned or operated by a State

In the article 16 one can have an example of the United Nations Convention adoption of the restrictive theory, meaning that a State are prevented to invoke immunity in cases involving its ships whenever those ships are being used for commercial purposes. Stressing, moreover, that this provision does not apply to warships, or naval auxiliaries or whatever other vessels owned and/or operated by the State which most likely will be used for *jus imperii.*

4.8) Effect of an Arbitration Agreement

The State and its foreigner partner (natural or juridical person) operating a commercial enterprise have the right to agree, in the form of a writing clause in their contract, the submission to arbitration in cause of a breach or differences, which means that the State has no rights to invoke, under this circumstances, immunity of jurisdiction.

4.9) Enforcement

The legal proceedings against the State represent one step that is quite diverse from the enforcement of the results of these proceedings. The United Nations Convention herein studied makes that distinction when says in article 18 that "no pre-judgment measures of constraint, such as attachment or arrest, against property of a State be taken in connection with a proceeding before a court of another State"[44], unless the State gives a consent on it, or through an international agreement might signed, or by an arbitration clause, for example.

Moreover, in article 19 it is established the same norms but, to measures post-judgment, in other words, the *strict sensus* enforcement. Thus, as appointed by Foakes and Wilmshurst in their paper, immunity when it comes to the enforcement has no distinction of theories, "remains almost absolute"[45].

[44] United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and their Property.

[45] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and its Effects. International Law Program (2005). Chatham House. p 7.

Revista.indd 207 13/09/2011 11:44:46

There must be consent from the State in order to execute it, moreover for the execution be possible "it is necessary not only to demonstrate that the activity or transaction concerned was *jure gestionis*, but also not destined to accomplish public functions (*jure imperii*) of the foreign State"[46], as pointed out by Shaw. The rationale behind it is that, in the occurrence of a sale of a States´ asset, and hence, executing the previous legal proceedings against that State, it can result in a drastic action against the States functions and cause, therefore, serious damages to its ability to perform its duties.

The other situations where the enforcement can be achieved are pointed out by the United Nations Convention. It was mentioned already the expressly agreement of the State, the other situations are as following, by international agreement, or by an arbitration clause in a written contract. All those circumstances lead to the possibility of enforcement.

5. Definitions of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property

To understand the definitions used in the biding document, in that case, the Convention, is very important when it comes to a consensus, and hence, the possibility to reach an agreement amongst the majority of States, and following that, to create compromise and predictability in the international field.

According to Foakes and Wilmshurst in their brief paper, States function through many ways, such as agencies, individuals and organs. Thus, to know who's entitled to operate through the State is important in order to see the ones which may raise the plea of immunity[47].

Following that path, then, the Convention draws in article 2 a definition of State in a broad way, including not just the State but "its various organs of government"[48], "constituent units of a federal State or political subdivisions of the State, which are entitled to perform acts in the exercise of sovereign authority, and are acting in that capacity"[49].

---

[46] SHAW, Malcolm N. International Law. Fifth Edition. (2003). Cambridge University Press. p.665.

[47] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and its Effects. International Law Program (2005). Chatham House. p 7.

[48] United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property.

49 Ibid.

Revista.indd 208 13/09/2011 11:44:46

Entitled as well to claim immunity is the State representatives while performing sovereign acts and government companies while acting in the exercise of sovereign authority. Important to stress that, those companies must be fully owned by the State or at least, majority shareholder.[50]

The Convention defines commercial transactions as well by saying that, it is whatever activity or transaction which involves the sale of goods and/or supply of services as long as, the nature and purpose of the contract is *jus gestionis*, or activities which could be performed by individuals and not just States. Other those acts defined as commercial ones relates to contracts of loans or whatever other activity of financial nature, "including any obligation of guarantee or of indemnity in respect of any such loan or transaction"[51].

These are the two primary definitions. There are other important existing definitions as well, however, they will not be discussed in this paper.

6. Criminal Proceedings and Human Rights

The Convention does not cover criminal proceedings, meaning that an individual claiming against the State for crimes such as torture, for instance, is not able to bring this claim against the foreigner State in its jurisdiction.

Nevertheless, this is not a clear picture, in Pinochet[52] case the reality was different, he was indeed considered by the Highest Court in England not immune from the prosecution against him under the basis that if a head of State had practiced acts of torture (defined according to the UN Torture Convention of 1984) he could not claim for immunity of jurisdiction[53].

The reasoning on that relates to the fact that an individual is not able to claim for immunity, as well as the State itself, if his acts are prohibited by international Convention, in case the State and the previous authority connected to this State is a contracting party of that specific Convention[54]. Or as pointed out by Dixon:

---

[50] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and its Effects. International Law Program (2005). Chatham House. p 7.

[51] United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property.

[52] (2000) 1 AC 147; 119 ILR.

[53] Important to stress, nonetheless, that the argumentation to be fully denied of the immunity had additional reasons then those here exposed.

[54] WALLACE, Rebecca M.M. International Law (2005). Fifth Edition. Sweet & Maxwell Limited.

Revista.indd 209 13/09/2011 11:44:46

> "International law did not require that states grant immunity for international crimes, and indeed may require that immunity be denied, this is a tentative conclusion, but wholly justified given that states are subject to international law even though they are not subject to the national law of another state".[55]

It seems, on the other hand that, the UK, for instance, has been having different approaches, while deciding about Al-Adsani[56] v Government of Kuwait 107 ILR 536, the Court granted the Government of Kuwait immunity of jurisdiction, even though the argumentations of acts of torture against Mr. Al-Adsani, according to the State Immunity Act of 1978, the State whose claim is being pursued can only be prevented from immunity if the alleged injuries had occurred in the UK, which could not be proved by the applicant. It seems yet, that immunity is a strong institute in international law.

Concerning the human rights possible claims the Conventions simply does not make any statement, leaving space for controversy and diversity concerning this matter in the different Courts. Even though the increasing concern towards human rights, the current state of law is that state immunity are not in conflict with the human rights provisions.

But still, this is not a clear picture of how the international scenario would react in case of serious breaches concerning human rights obligations. For instance, the US Foreign Sovereign Immunity Act 1976, which was amended in 1996, regulates over an exception to immunity relating to States appointed by the Department of State of that country as a terrorist one. Thus, this appointed State having committed a terrorist act which result in an American civilian death would not be able to claim for immunity of jurisdiction[57].

Many are the arguments against and pro the fact that State immunity be of precedence over human rights rules. The bigger argument in favour of the human rights precedence is that those rules should be higher evaluated

---

London. p. 142.

[55] DIXON, Martin. Textbook on International Law (2005) Fifth Edition. Oxford University Press Inc., New York. p.174.

[56] Al Adsani v Government of Kuwait and Others, 21 January 1994 CA, 100 ILR 465; 103 ILR 420; CA 12 March 1996, 107 ILR 536.

[57] SHAW, Malcolm N. International Law. Fifth Edition. (2003). Cambridge University Press. p.638.

Revista.indd 210 13/09/2011 11:44:46

over sovereign interests once these rules are of *jus cogens* and would help to put an end of breaches of States on serious human rights and therefore, allow individual to sue those alleged States.[58]

On the other hand, as an argument to favour the prevalence of the immunity of jurisdiction lays in the fact that, there are many other ways to pursue the rights of the individual instead of claims between States, the reasoning why is as pointed by Foakes and Wilmshurst, a way of a country to analyse an abuse of that sort may not be at the same path as the other country, therefore, "civil actions for a state agents ´ atrocities should be brought in the courts of that state, nor in a foreign court".[59]

Moreover, some proceedings belong exclusively to the Sovereign power, such as the criminal proceedings, contrary from the civil ones which can be pursued by normal individuals according to its own private interest. At last, the argument which says that the distance of the forum where the case will be judged and the place where the facts actually happened makes it harder to reach evidences and witnesses play a consistent role.[60]

In summary, the debate between immunity of States and human rights rules continues. Future development will help to shape a clearer picture, and bring better consistency and predictability to the field.

7. State Immunity and the Brazilian Understanding

As mentioned, the rules of *par in parem non habet in judicium* used to be customary law between nations. This meant that a State was not under the jurisdiction of a foreign court without the permission of that state. However, this theory of absolute immunity has slowly been eroding, especially in the case of commercial and international financial activities.
According to Francisco Rezek[61], Brazil took longer until it could realize the importance of changing its position from absolute theory of immunity to its restrictive. Although the social constraints brought by this kind of legal position in special demanding of ex employees from Embassies pursuing

[58] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and its Effects. International Law Program (2005). Chatham House. p 9.
[59] Ibid. p. 9.
[60] Ibid.p.9.
[61] Francisco Rezek. Study published in the juridical magazine of the University of Brasília, Brazil. See http://www.fd.unb.br/revista/2/parte3.PDF.

Revista.indd 211 13/09/2011 11:44:46

mainly labour rights protected by the national law. A position sustained not only by its Supreme Court, but also by the Executive power.

Nevertheless, the movement which took place in USA and England with its respective State Immunity Acts of 1978 and the first Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, split its influence internationally, and also in the Brazilian Supreme Court.

Following that path, in 1989 the Supreme Court of Brazil brought its own national paradigm by breaking the rule of absolute immunity with unanimity votes in the Genny[62] case which concerned a claim brought in 1976 by Mrs. Genny whose husband had worked for years for the German Embassy without having its labour rights secured, preventing him from a retirement system. The German embassy claimed for immunity in order to have the case dismissed.

The case made history, as it was the first time that absolute immunity of jurisdiction ws broken within the Brazilian system. As Francisco Rezek, of one of the Ministers[63], analysed in his vote:

> "Independent of the fact that there is still a number of States which adopts the absolute doctrine of immunity of jurisdiction or the limited approach _ which prevails in the west Europe_, one thing is certain: we can no longer say that there is a solid customary rule of international law, from the moment that countries such as United States and England, among others, deny it. Therefore, the unique fundament we could rely on, once the two Vienna Conventions cannot support us while dealing with immunity of States and in our traditional jurisprudence the dogma is old in front of the facts, once, we can no longer invoke it." [64]

Since then, the Brazilian jurisprudence sets towards a restrictive approach of the State immunity. A scenario drawn by the Supreme Court and not the legislative, once the country has no Immunity Act, and still, has not signed the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and

[62] Civil Appeal 9.696-SP (RTJ 133/159), Genny de Oliveira vs. Germany.

[63] Terminology used by the judges of the Federal Supreme Court in Brazil.

[64] Vote of Francisco Rezek. Civil Appeal 9.696-SP (RTJ 133/167), Genny de Oliveira vs. Germany. My translation.

Revista.indd 212 13/09/2011 11:44:46

Their Property, which makes it very hard to understand the reason why. Why the authorities of the country choose to not sign it and ratify, and hence, give the Brazilian scenario a bit more of legal predictability.

8. Conclusion

The legal institute of State immunity of jurisdiction is, as previously analyzed, grated to the sovereign State in order to safeguard itself from being sued in another States Court without its consent. A practice amongst the States of mutual recognition, and it is based on the basic concept of the sovereignty, which is the legitimate power conferred to States governed under the rules of law and recognized by international law in an equal basis.

"*Par in parem non habit imperium*" is the principle that makes the base which immunity of jurisdiction raises, meaning that between the peers there is no hierarchy, resulting then, equality amongst sovereignties. This is a scenario where the absolute immunity for acts performed by the States of all natures and purposes prevail without any limits.

Nevertheless, the worlds scenario started to become more complex than used to be in the begging of the XX century, within the increasing commercial activities performed by the States and its agents, causing, consequently, a number of cases of obvious abuse over this customary rule of international law which had become old to face the new reality.

This situation led to a break of paradigm and what was once taken as absolute, or a situation where the immunity of jurisdiction used to be granted no matter what the act was performed by the State, gave place in the main Courts of the international scenario, the theory of restrictive immunity.

The absolute immunity of jurisdiction which has in the *Schooner Exchange v. McFaddon*[65] case its main explanation, referring to a private ship owned by two American citizens had been seized by Napoleon Bonaparte and turned into a war ship with the name of "Balaou" had to port in Philadelphia two years later in order to make some repairs due to a tempest. The owners then, made a claim to try to have the ship back.

Marshall in the Supreme Court held that the States function on the equal basis, meaning that a sovereignty cannot come above the other and

[65] The Schooner Exchange v. McFaddon 11 US 116 (1812), 7 Cranch.116 at 136.

Revista.indd 213 13/09/2011 11:44:46

therefore, France had absolute immunity of jurisdiction resulting from this reasoning. Hence, the dismiss of the case in the US courts on the grounds that there would be a difference in the property of the individual that happens to be the "Prince" of the State and the military force which sustain the Authority, meaning that the ship was not for the Prince, but for the State which he represents.[66]

The theory of restrictive immunity, as abovementioned, was a respond from the abuses caused by the previous absolute approach, as well as the needs of the new times of intensive commerce amongst States and individuals. A very illustrative case is the *Trendtex Trading Corporation Ltd v. Central Bank of Nigeria*[67], relating to a claim raised due to the fact that the government of Nigeria, after having bought an enormous amount of cement had refused to pay while it had already been in its ports. Nigeria claimed immunity but the Court of Appeal in United Kingdom took a restrictive approach once it was considered to be related to acts of commerce in its nature, thus in balance with justice.[68]

The reasoning of this case leads us to the core of the matter between the two theories, or the nature and or purpose of the act performed. As pointed out by Shaw, "with the acceptance of the restrictive theory, it becomes crucial to analyse the distinction between those acts that will benefit from immunity and those that will not"[69].

The act performed being of nature and purpose sovereign, or those acts which could only be performed by the State are classified as *jus imperii*, on the other hand, those acts of non-sovereign, or which could be performed by whatever individual in a private civil activity, is defined as *jus gestionis*.

As a conclusion it is understood that the doctrine of restrictive immunity demands that whenever the State claims for immunity of jurisdiction, it shall have it only related to certain acts performed and not all of them. Which means that while exercising acts of *jus imperii,* or in the use of sovereign power it shall have a special treatment as a special entity. On the

[66] *The Schooner Exchange v. McFaddon* 11 US 116 (1812), 7 Cranch.116 at 136.

[67] *Trendtex Tranding Copr. V Central Bank of Nigeria* (1977) 2 WLR 356; 64 ILR,p.122..

[68] Ibid. 2 WLR p. 357.

[69] SHAW, Malcolm N. International Law. Fifth Edition. (2003). Cambridge University Press. p.631.

Revista.indd 214 13/09/2011 11:44:47

other hand, performing acts which could be performed by any individual (*jus gestionis*), it shall be treated as a normal litigant in front of the Courts.

Nowadays the restrictive theory took precedence after being adopted by the major players of the economic field such as United States and UK, and in 1952 the government of US in the Tate Letter declared that due to the fact of a raising number of cases where governments become involved with commercial acts, this government believed in the necessity to change its view of absolute theory towards the restrictive one in its Courts.[70]

And later on came the US Foreign Sovereign Immunities Act 1976, providing "in section 1605 for the grounds upon which a State may be subject in the jurisdiction (as general exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign State)"[71]. London, fearing to loose its position of capital of finance and commerce of the world, passed its own act, the State Immunity Act 1978, which "similarly provides for a general rule of immunity from the jurisdiction of the Courts with a range of exceptions thereto"[72].

In that sense, the United Nations Convention on jurisdictional immunities of Sates and their property took the same approach and enumerated the situations where the State shall not have the possibility to claim immunity of jurisdiction, as it follows: commercial acts, contracts of employment, personal injuries and damage to property, ownership or possession and use of property, intellectual and industrial property, participation in companies or other collective bodies, ship owned or operated by a State and at last, an agreement between the parties on arbitration.

Nevertheless, the number of States which has signed and ratified this Convention is still very little in order to know whether a consensus was reached or not. In fact it appears to not have a consensus yet since still may questions can be raised such as whether the Conventions´ provisions relating to commercial acts are compatible with those of the national courts of the countries which had already move towards the restrictive theory.[73] Though, it seems that the provisions are broad sufficiently in order to allow the UK or US Courts, for instance, to enter.

---

[70] SHAW, Malcolm N. International Law. Fifth Edition. (2003). Cambridge University Press. p.628.

[71] Ibid. p. 630-631.

[72] Ibid. p. 631.

[73] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and its Effects. International Law Program (2005). Chatham House. p. 8.

Revista.indd 215 13/09/2011 11:44:47

Thus, having the Convention being drawn in a wide range its provisions on that matter, I would risk a reasoning that the national Courts would be allowed to have a pragmatic perspective over its particularities, as well, and hence, not be stuck due to the fact of having signed and ratified this Convention.

At last, but not least, there is the issue related to the human rights and crimes such as torture and other crimes against humankind. The Convention does not contemplate individuals the possibility to break the immunity of State in claims of that sort, despite the fact that the international instruments to reach this claims is quite developed, such as the International Criminal Courts and the ad hoc tribunals, as an example, the ones for the crimes committed in the former Yugoslavia and Rwanda, but, still, related to heads of States.

Meaning that, in the level of the national courts, States are granted the immunity of jurisdiction. Albeit, in Pinochet case, as mentioned previously the highest Court of UK could find a gap due to the existence of one of the crimes in United Kingdoms´ legal commitments, and that was the 1984 United Nations Torture Convention. It leaved then, the possibility to not dismiss the case on the grounds of State immunity.

Many are the arguments pro and against, such as that human rights should take precedence over State immunity once it speaks for higher values. The arguments in favour of immunity of jurisdiction says that the national courts should take into account only breaches of its own once the evidences in loco would be easier to be reached, or arguments such as the political ones, putting individual affairs of one country against another State.[74]

It is of my opinion that those are utilitarian arguments that shall not cover the value behind of those issues, which is the more and more importance of the individual in face of the State. The precedence of the States matters is a complicated issue with many perspectives, too complicated to be covered here, and shall not have its importance denied. On the other hand, the nowadays times claim for a growing process which puts the individual under the light.

[74] FOAKES, Joanne & WILMSCHURST, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and its Effects. International Law Program (2005). Chatham House. p.9.

Revista.indd 216 13/09/2011 11:44:47

And in relation to immunity it is of a greater path that a certain consensus has been reached on the ground of restrictive approach, and hence, the limitations to the States "hunger" into whatever affairs it might get involved, bringing furthermore, justice and stability in the commerce field.

The economic as well as the social fields shall grown better when matters of that sort gets a more clear and predictable shape amongst the Courts all over the world. And for that reason, the Convention, which is not a finished work in that field once there are still a lot to be fixed and arranged, should be signed and ratified more and more by the Governments with the understanding that the individual and its affairs shall not be neglected, for their own good.

9. Bibliography

ACCIOLY, Hildebrando, **NACIMENTO E SILVA**, G.E. do, **CASELLA**, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 16 Edição. Editora Saraiva, Universidade de São Paulo. 2008

BOBBIO, Norberto, **MATTEUCI**, Nicola and **PASQUINO**, Gianfranco. Dicionário de Política, 7 th Edition , (1995). Editora Universidade de Brasília. **DIXON**, Martin. Textbook on International Law (2005). Fifth edition. Oxford University Press Inc., New York.

DIXON, Martin. Textbook on International Law (2005). Sixth edition. Oxford University Press Inc., New York.

GARDINER, Richard K. International Law. Pearson Education Limited. (2003).

FOAKES, Joanne & **WILMSCHURST**, Elizabeth. Briefing Paper on State Immunity: The United Nations Convention and its Effects. International Law Program (2005). Chatham House.

FOX, Hazel. The law of State Immunity. Oxford University Press. (2002).

REZEK, Francisco. Study published in the juridical magazine of the University of Brasília, Brazil. See http://www.fd.unb.br/revista/2/parte3.PDF.

Revista.indd 217 13/09/2011 11:44:47

SHAW, Malcolm N. International Law. Fifth Edition. (2003). Cambridge University Press.

WALLACE, Rebecca M.M. International Law (2005). Fifth Edition. Sweet & Maxwell Limited. London.

10. Jurisprudence

Al Adsani v Government of Kuwait and Others, 21 January 1994 CA, 100 ILR 465; 103 ILR 420; CA 12 March 1996, 107 ILR 536.

Civil Appeal 9.696-SP (RTJ 133/159), *Genny de Oliveira vs. Germany*

I Congreso del Partido, (1983) AC 244, 267;64 ILR, pp.307,318.
The Schooner Exchange v. McFaddon 11 US 116 (1812), 7 Cranch.116 at 136
Trendtex Tranding Copr. V Central Bank of Nigeria (1977) 2 WLR 356; 64 ILR
The Parlement Belge (1880) LR 5 PD 197

Victory Transport 336 F.2d 354 (1964); 35 ILR, p.110

Revista.indd 218 13/09/2011 11:44:47

A evolução do direito penal do inimigo para o direito judicial do inimigo analisada a partir de uma perspectiva minimalista-garantista[1]

Manoel Francisco do Nascimento Júnior

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE;
Especialista em Ciências Penais pela Rede LFG, em parceria com a Universidade Anhanguera para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP) e com o Instituto Panamericano de Política Criminal (IPAN);
Analista Judiciário da Justiça Federal em Pernambuco.

RESUMO: O Direito Penal do Inimigo, por consubstanciar um conjunto de regras esparsas que busca a segregação jurídica de indivíduos, é fortemente criticado por supostamente contrariar bens e valores fundamentais. Por isso, costuma-se apontar, como substituto mais adequado, o Direito da normalidade. Todavia, mesmo o Direito da normalidade pode, episodicamente, produzir resultado punitivo semelhante, nas hipóteses de flexibilização de direitos e garantias fundamentais implementada mediante operações hermenêuticas. Com o fito de debater a legitimidade dessa operação, pretende-se, por meio do presente trabalho, realizar um estudo crítico, à luz de premissas minimalistas-garantistas, daquilo que aqui é sugerido como possível evolução do Direito Penal do Inimigo: o Direito Judicial do Inimigo.

[1] Tese inicialmente esboçada em: NASCIMENTO JR., Manoel Francisco do. **A adoção do direito penal do inimigo no combate à criminalidade organizada brasileira**: uma ameaça ao Estado Democrático e Humanitário de Direito? Monografia final de curso apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Ciências Penais, Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, em parceria com a Universidade Anhanguera para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP) e com o Instituto Panamericano de Política Criminal (IPAN), Recife, 2010.

Revista.indd 219 13/09/2011 11:44:47

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs e o Direito Penal do Inimigo; 3. Principais reflexos do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro; 4. Críticas postas e supostas; 5. O surgimento do Direito Judicial do Inimigo a partir de operações hermenêuticas; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

PALAVRAS CHAVE: Direito Penal do Inimigo. Evolução. Direito Judicial do Inimigo.

1. Introdução

O senso comum parece ir ao encontro do posicionamento segundo o qual é preciso prestigiar a expansão punitiva – por intermédio da proposição de leis mais duras que visam a uma maior repressão e, até mesmo, a uma punição diferenciada – caso se queira atacar eficientemente a criminalidade contumaz.

De sua parte, a atual tendência político-criminal tem seguido essa coordenada, ao tratar o Direito Penal como o instrumento idôneo para a contenção da delinquência e ao promover um aumento quantitativo e qualitativo da intervenção penal, mediante a produção maciça de leis puramente simbólicas.

> Isso pode ser visto claramente nos discursos dos políticos e nos debates sobre segurança pública. Também se revela na hora da aprovação de novas leis penais imbuídas de caráter repressivo com supressão de garantias ou ampliação de condutas típicas. […] Assim, se de um lado aparecem cada vez mais leis penais no sentido de "frear" a crescente criminalidade, de outro aparecem leis simbólicas, que visam mais a uma resposta social ou cultural a determinados problemas do que propriamente à solução deles. A política criminal se "rearma": o Direito Penal e as penas se expandem. O Direito Processual Penal está se adaptando as elevadas exigências que resultam disso. A execução da pena favorece cada dia mais a mera custódia e a "custódia de segurança" que havia quase sido esquecida, experimentando um inesperado renascimento. Repressão e punitivismo são os nomes

Revista.indd 220 13/09/2011 11:44:47

> das idéias diretrizes da nova política criminal.[2]

O ordenamento jurídico brasileiro, como é de se esperar, não tem destoado dessa linha.

> Com exceção das Leis 9.099/95 (juizados especiais), 9.072/98 (penas alternativas), 9.271/96 (Lei da revelia), 11.106/05 (descriminalização do adultério) e de normas esparsas encontradas nas Leis 10.343/06, 11.719/08, 11.689/08 e 11.690/08, praticamente todas as demais normas penais editadas após a Constituição Federal carregam tal concepção ideológica.[3]

De fato, o substrato teórico dessa resposta penal exacerbada parece estar concentrada na doutrina de movimentos punitivistas, notadamente na daquele que, liderado por Günther Jakobs, atribui ao Direito Penal o papel de instrumento de estabilização de expectativas sociais.

É nessa esteira que se inserem as proposições de um conjunto de regras que busca legitimar a segregação jurídica de indivíduos os quais não ofereçam garantias de comportamento fiel ao ordenamento. Contra eles é lançado um estatuto excepcional, com o fito de eliminação de perigos por meio da supressão de direitos e garantias individuais. Trata-se do Direito Penal do Inimigo, nitidamente distinto daquele aplicado aos cidadãos comuns.

É verdade que essa distinção encontra justificativa nos ideais de garantia da ordem pública e do interesse da maioria. Entretanto, por contrariar princípios e valores fundamentais, a adoção de um tratamento penal e processual penal diferenciado tem sido fortemente criticada, costumando-se apontar o Direito da normalidade como o mais adequado às bases

---

[2] CALLEGARI, André Luís. Controle social e criminalidade organizada. In: CALLEGARI, André Luís (coord.). **Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 12.

[3] BIANCHINI, Alice. **Os grandes movimentos de política criminal na atualidade: movimento de lei e ordem, minimalismo penal e abolicionismo.** Material da 2ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera- UNIDERP|REDE LFG.

Revista.indd 221 13/09/2011 11:44:47

principiológicas do garantismo e aos princípios constitucionais reitores do Direito Penal e da Política Criminal.[4]

Ocorre que mesmo o Direito da normalidade, no momento aplicativo da lei, pode converter-se em algo semelhante ao Direito Penal do Inimigo, a partir da adoção da nova dogmática de interpretação constitucional, que, por sua vez, admite a flexibilização de direitos e garantias em caso de conflito normativo.[5]

Em virtude da forte possibilidade da legitimação casuística daquilo que condena-se em sede legislativa – a segregação jurídica de inimigos –, seria plausível, em sede de ordenamento jurídico brasileiro, restringir direitos fundamentais em nome do combate à criminalidade? Em caso positivo, quais seriam os limites dessa restrição?

2. O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs e o Direito Penal do Inimigo

Denomina-se 'funcionalismo sistêmico' o estudo que pressupõe a organização normativa de determinada sociedade a partir de sua configuração *in concreto*, baseado em mera descrição do sistema social, e isento de qualquer juízo normativo sobre a sua validade. A função do Direito Penal, aí, é de instrumento de estabilização de expectativas sociais, para o que a pena assumiria o propósito de uma prevenção geral positiva, qual seja, coação e resposta ao fato criminoso.

Com essa orientação, Günther Jakobs sustenta que o Direito Penal é subdividido em dois tipos ideais, que, como tais, não existem em suas formas puras, vale dizer, não compõem esferas isoladas. São, em verdade, duas tendências opostas de um mesmo contexto, que, em algum momento, podem se sobrepor. Trata-se do Direito Penal do Cidadão (*bürgerstrafrecht*) e do Direito Penal do Inimigo (*feindstrafrecht*).

---

[4] MELIÁ, Manuel Cancio. De novo: "Direito Penal" do Inimigo? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

[5] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Revista.indd 222 13/09/2011 11:44:47

O seu trabalho, inegavelmente engenhoso, parte da idéia de perda do *status* de pessoa para justificar a transição entre tais esferas, sugerindo que o Direito Penal do Inimigo seja aplicado ao criminoso contumaz, isto é, àquele que, ao se desviar do ordenamento jurídico por princípio, não oferece garantia de comportamento fiel à norma.

Nesse sentido,

> […] quando a expectativa do comportamento pessoal é frustrada de modo duradouro, desvanece a disposição para tratar o criminoso como pessoa. Destarte, o legislador [...] passa para uma legislação de combate – assim chamada abertamente – como no caso da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, dos "crimes sexuais e outras infrações penais perigosas", bem como, de forma geral, no caso de "crimes", sendo que, em cada caso, pretende-se combater indivíduos que [...] desviaram-se do Direito de modo supostamente duradouro, ou, pelo menos, decisivo, i. e., que não fornecem a garantia cognitiva mínima necessária para que sejam tratados como pessoas.[6]

E, ainda mais diretamente:

> Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança.[7]

A relação do Estado com o delinquente erigido à categoria de não-pessoa, aí, não é determinada pelo direito, mas pela coação. O sujeito despersonalizado é legalmente desprovido de alguns de seus direitos e passa a ser tratado como inimigo de Estado. Contra ele é autorizada verdadeira guerra em nome do

[6] JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 12.

[7] Ibid., p. 17.

Revista.indd 223 13/09/2011 11:44:47

direito à segurança dos cidadãos; guerra na qual se observa: a) uma ampla antecipação da punibilidade para o âmbito da preparação; b) a inexistência de redução da pena proporcionalmente à antecipação; c) a transição da legislação penal para uma legislação de combate; e d) a supressão de garantias processuais, a exemplo do isolamento total do preso.[8]

Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, à vista desse raciocínio, sintetizam as principais características desse fenômeno:

> (a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); (b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; (c) aumento desproporcional de penas; (d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); (e) endurecimento sem causa da execução penal; (f) exagerada antecipação da tutela penal; (g) corte de direitos e garantias processuais e fundamentais; (h) infiltração descontrolada de agentes policiais; (i) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); (j) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.).[9]

A distinção entre pessoa e não-pessoa, no contexto dessa diferenciação punitiva, está atrelada a idéia de contrafaticidade, pois, "da mesma forma que a vigência da norma não se pode sustentar de maneira totalmente contrafática, a personalidade também não".[10] É que a delinquência contumaz, por ser atitude anti-social, implica agressão ao conceito de personalidade, e não é possível conceber a noção de pessoa sem sociedade. Daí porque esse *status* é excluído do inimigo. Em termos mais claros, trata-se de pessoa

[8] JAKOBS, Günther. A autocompreensão da Ciência Penal diante dos desafios da atualidade. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 103-104.

[9] GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **"Direito penal" do inimigo e os inimigos do direito penal.** Revista Ultima Ratio. Coord. Leonardo Sica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, ano 1, p. 329-356. Material da 2ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Telepresencial e Virtual em Ciências Penais – UNIDERP –REDE LFG – IPAN.

[10] JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão..., op. cit., p 10.

Revista.indd 224 13/09/2011 11:44:47

cometendo atos de não-pessoa de maneira constante, de sorte que a sua personalidade é excluída graças à crise conceitual.

Em uma sociedade liberal, na verdade, essa exclusão seria auto-exclusão, haja vista que a quebra da promessa de lealdade jurídica representaria o descumprimento de uma dívida portável.

> O que fundamenta a suposição de um comportamento jurídico futuro é uma dívida portável elementar de todos os cidadãos, pois a convivência livre e sem receios somente é possível se for fundada nessa suposição, o que somente pode ser fornecida pelos próprios cidadãos. Não é possível alcançar a personalidade real, diretora da orientação, como se fosse um mero postulado; ao contrário, para ser pessoa, é preciso "participar", e isso significa que o indivíduo precisa fazer sua parte, ou seja, garantir a lealdade jurídica suficiente. Assim, pois, o princípio mencionado deve ser complementado: todo aquele que promete fidelidade jurídica de forma ao menos relativamente confiável tem o direito de ser tratado como sujeito de Direito. Quem não faz essa promessa de forma credível será, tendencialmente, gerido por outrem; seus direitos serão subtraídos. Seus deveres permanecem ilimitados (ainda que, cognitivamente, não se conte mais com o cumprimento de deveres), caso contrário ele não seria criminoso por não existir uma violação de dever.[11]

Contudo, para haver uma diferenciação punitiva, Jakobs afirma que determinados limites precisam ser respeitados. A lei não deve restringir todos os direitos do inimigo, e o Estado não deve obstruir a possibilidade de um acordo de paz posterior.[12] Além disso,

> [...] o Direito Penal do Inimigo deve ser limitado ao necessário, independentemente do sempre existente mandamento da prudência, segundo o qual a violência deve ser mantida em seus limites mínimos, em virtude de seus efeitos colaterais corruptores.[13]

[11] JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo? Uma análise acerca das condições de legalidade. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 39-40.

[12] JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão..., op. cit., p. 8.

[13] JAKOBS, Günther. Terroristas como sujeitos de direito. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio

Revista.indd 225 13/09/2011 11:44:47

É à luz do "mandamento da prudência" que o professor emérito da Universidade de Bonn parece fazer uma crítica à banalização de disposições próprias de um Direito Penal do Inimigo, consistente na introdução de uma quantidade incalculável de variantes e partículas que lhes são inerentes dentro do Direito Penal geral. Para tanto, menciona determinado dispositivo da legislação alemã, vigente desde a época do Terceiro *Reich*, que prevê a punição de atos preparatórios com a mesma pena do crime consumado (qualquer que seja a sua modalidade), o que permite a aplicação do Direito Penal do Inimigo em desfavor de não-inimigos, inclusive. Conclui, assim, ser isto uma ameaça ao Estado de Direito.[14]

O correto, *in casu*, para o teórico alemão, seria delinear o Direito Penal do Inimigo, ao invés de contaminar o Direito Penal do Cidadão com fragmentos que não lhes dizem respeito.[15] De forma profética, o autor defende que, porque a sociedade inevitavelmente continuará tendo inimigos, à Ciência Penal competirá essa tarefa, sob pena de sucumbência do próprio Direito Penal.

Assim,

> Se ela [Ciência Penal] não quiser reconhecer a necessidade deste último [Direito Penal do Inimigo], será marginalizada pela sociedade economicamente dominante por falta de efetividade. Se ela tratar da mesma forma tudo que se reúne sob o nome de "Direito Penal", capitulará, com sua capacidade de distinção, diante da Política, abandonando-se, pois, a si mesma. Assim, resta à Ciência Penal, que não pode determinar o destino da viagem da sociedade, a tarefa de, ainda assim, dar nome às direções tomadas.[16]

Indagado acerca da legitimidade de sua teoria, o catedrático germânico sustenta que renunciar a um Direito Penal do Inimigo implicaria esvaziar o direito do cidadão à segurança. Ao Estado de Direito, então, restaria a

Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 63-64.

[14] JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão..., op. cit., pp. 17-18.

[15] JAKOBS, Günther. Terroristas como sujeitos..., op. cit.,, p. 68.

[16] JAKOBS, Günther. A autocompreensão..., op. cit., p. 106.

Revista.indd 226 13/09/2011 11:44:47

possibilidade de retroceder ou sucumbir para evitar que os cidadãos se afoguem no sangue dos inimigos.[17]

Em face dos polêmicos conceitos utilizados e da ousadia com que cuida dos autores de delitos mais contundentes, os escritos de Günther Jakobs compõem aquilo que mais atenção tem despertado nos estudiosos, no que atine à exacerbação punitiva. O Brasil - como se verá no ponto seguinte -, não destoando da atual tendência político-criminal, tem seguido à risca essa linha.

3. Principais reflexos do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro

A despeito da incumbência dada por Jakobs à Ciência Penal, inexiste, nos ordenamentos jurídico-penais, um conjunto normativo ordenado e lógico a que se possa denominar Direito Penal do Inimigo. Existem, sim, em seu lugar, manifestações avulsas, introduzidas com frequência por meio de legislação especial.[18]

No Brasil, a situação não é diferente.

O primeiro exemplo que costuma ser lembrado é o do antigo §1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90,[19] que, por estabelecer o cumprimento de pena em regime integralmente fechado para os autores de crimes hediondos, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de violação da garantia da individualização da pena, insculpida no inc. XLVI do art. 5.º, CFRB.[20]

A mesma lei, no entanto, ainda prevê que os condenados pelos crimes ali descritos não terão direito à anistia, à graça e ao indulto (art. 2.º, inc. I), passagem essa considerada válida por parte do Pretório Excelso, à vista do mandamento contido no inc. XLIII do art. 5.º, CFRB.[21] Tal restrição

---

[17] JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo..., op. cit., p. 50.

[18] GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **"Direito penal" do inimigo e os inimigos...** Op. cit.

[19] Ibid.

[20] Vide STF, HC 82.959, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795.

[21] Vide STF, HC 77.528, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/1999, DJ 22-02-1999 PP-00058 EMENT VOL-01968-02 PP-00285; STF, HC 80.886, Relator Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 22/05/2001, DJ 14-06-2002 PP-00157 EMENT VOL-02073-02 PP-00368; e STF, HC 81.564, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em

Revista.indd 227 13/09/2011 11:44:47

normativa é, ainda, repetida no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas), para os que pratiquem os crimes relacionados à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes (arts. 33, *caput* e §1.º, 34 e 37).

Igualmente digna de menção é a vedação legal à liberdade provisória, contida não apenas na Lei de Crimes Hediondos (art. 2.º, inc. II), mas, também, nas Leis nº 9.034/95 (art. 7.º), nº 9.613/98 (art. 3.º, *caput*), nº 10.826/2003 (art. 21) e n º 11.343/2006 (art. 44).

Contra essa proibição, é possível vislumbrar uma mudança de postura no âmbito do Supremo Tribunal Federal: trata-se de julgado que, em sede de controle concentrado – e à luz dos princípios da presunção de inocência, da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal – reconheceu a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei de n.º 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).[22]

Em julgamento recente, o Ministro Celso de Mello defendeu a extensão dessa orientação para fulminar dispositivos semelhantes, ao duvidar da constitucionalidade do art. 7.º da Lei de n.º 9.034/95, *in verbis*:

> […] A interdição legal "*in abstracto*", vedatória da concessão de liberdade provisória, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento (ADI 3.112/DF), considerados os postulados da presunção de inocência, do *"due process of law"*, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, analisado este na perspectiva da proibição do excesso. O legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência de situação de real necessidade capaz de viabilizar a utilização, em cada situação ocorrente, do instrumento de tutela cautelar penal. Cabe, unicamente, ao Poder Judiciário, aferir a existência, ou não, em cada caso, da necessidade concreta de se decretar a prisão cautelar. […][23]

19/02/2002, DJ 05-04-2002 PP-00038 EMENT VOL-02063-02 PP-00251.

[22] Vide STF, ADI 3112, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538.

[23] Vide STF, HC 94404, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008,

Revista.indd 228 13/09/2011 11:44:47

Também recentemente, o Guardião da Constituição entendeu haver repercussão geral no que tange à controvérsia sobre a impossibilidade de ser concedida liberdade provisória a preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas (art. 44 da Lei 11.343/2006).[24]

À vista dessas manifestações pretorianas, é de se acreditar que a declaração generalizada da inconstitucionalidade da prisão *ex lege* é tendência inexorável, o que é algo merecedor de encômios, na medida em que a vedação legal absoluta "retira do magistrado a atividade que lhe é peculiar na gestão da medida"[25] e conduz "a persecução penal às cegas, fazendo pouco uso da presunção de inocência".[26]

É possível, ainda, ver traços de Direito Penal do Inimigo na exclusão do direito de apelar em liberdade para os condenados por ações praticadas por organizações criminosas (art. 9.º da Lei 9.034/95), bem como para os apenados por produção não autorizada ou por tráfico ilícito de entorpecentes (art. 59 da Lei 11.343/2006).

Tais regras, caso não sejam aniquiladas por violarem os mesmos postulados constitucionais antes ditos, devem ser vistas como desprovidas de eficácia, *ex vi* do art. 8.º, 2, "h", da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que impõe que a todo réu, no âmbito criminal, seja dado o direito de apelar a uma outra instância, sem que a prisão seja erigida a condição para o conhecimento do recurso.[27]

Não obstante, mesmo sem pronunciamento expresso sobre a validade de previsões normativas deste jaez, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça possuem orientações bastantes conservadoras e incisivas a respeito dessa exclusão,[28] as quais, ao

DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-02 PP-00364.

[24] Vide STF, RE 601384 RG, Relator Min. MIN. MARCO AURÉLIO, julgado em 10/09/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-08 PP-01662 LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 506-508.

[25] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 528.

[26] Ibid.

[27] GOMES, Luiz Flávio. Criminalidade organizada e atraso legislativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13347>. Acesso em: 11 ago. 2010.

[28] Vide STF, HC 75583, Relator Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 09/09/1997, DJ 10-10-1997 PP-50886 EMENT VOL-01886-01 PP-00178; STJ, HC 133.287/SP, Rel. Ministro

Revista.indd 229 13/09/2011 11:44:47

desprestigiar o princípio da presunção da inocência, são coniventes com decretos prisionais descurados quanto à necessidade casuística da medida.

É possível, ainda, enxergar uma diferenciação punitiva na Lei do Abate (Lei 9.614/98), que, de sua parte, autoriza medidas de destruição de aeronave civil suspeita de estar a serviço do narcotráfico, em pleno ar quando classificada como "hostil".[29]

Todavia, os exemplos mais contundentes de Direito Penal do Inimigo estão positivados no Brasil por meio do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, introduzido na Lei de Execuções Penais por meio da Lei 10.792/2003.

Tal regime, de caráter nitidamente neutralizador, autoriza o isolamento individual do preso por 22 (vinte e duas) horas diárias, em uma duração de até 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada (art. 52, inc. I, II e IV), bem como permite a restrição das visitas semanais a apenas duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas (art. 52, inc. III).

A medida, nesses termos, é destinada aos presos – provisórios ou condenados – que tenham cometido crime doloso considerado falta grave, que ocasione a subversão da ordem ou da disciplina interna do presídio (art. 52, *caput*).

Numa clara demonstração de punição com base na mera periculosidade, o RDD pode ser aplicado, ainda, aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, §1.º), assim como ao preso provisório ou condenando sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos (art. 52, §2.º).

Em que pese precedente do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que tal instituto atende ao princípio da proporcionalidade,[30] é possível perceber, facilmente, que o instituto não resiste a uma breve leitura

FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 03/05/2010; STJ, HC 137.663/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/03/2010.

[29] ALFERES, Eduardo Henrique. Abolicionismo e terceira velocidade do Direito Penal. Conclusões à vista das posições básicas de uma e outra corrente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2448, 15 mar. 2010. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14518>. Acesso em: 11 ago. 2010.

[30] Vide STJ, HC 40300/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 312.

Revista.indd 230 13/09/2011 11:44:47

constitucional, uma vez que, além de ferir a presunção de inocência, atenta contra a integridade moral do preso (art. 5.º, XLIX), o submete a tratamento desumano e degradante mediante a imposição de penas cruéis (art. 5.º, III e XLVII), e, em última escala, viola o princípio da dignidade da pessoa humana.[31]

Por todos esses exemplos, parece evidente a linha punitivista que vem sendo adotada pelo legislador brasileiro, no mais das vezes fazendo do Direito Penal um instrumento simbólico. Basta que se lembre que o RDD foi estabelecido num momento em que a sociedade clamava por justiça, em face do assassinato do juiz Antônio José Machado Dias, corregedor da Vara de Execuções Criminais de Presidente Prudente/SP.32

Mas, felizmente, não é só isso.

Percebe-se, igualmente, que normas desse tipo, ainda que timidamente, têm sido atacadas pelo Poder Judiciário e/ou invalidadas por instrumentos internacionais, o que desvela uma certa postura crítica frente à punição exacerbada. Quais seriam, então, os fundamentos para tanto? Seriam eles procedentes?

4. Críticas postas e supostas

Conquanto a teoria de Günter Jakobs seja bastante sedutora, principalmente em contextos nos quais o problema da segurança pública assume contornos mais tenebrosos, os seus escritos não estão livres de críticas, notadamente das que partem do pressuposto de que não pode haver Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, embora admita que esse estudo tenha o mérito da clareza e da sinceridade com que trata o problema da delinquência contumaz – já que adota conceitos polêmicos até então evitados pela doutrina jurídico-penal – Eugênio Raul Zaffaroni entende que a noção de inimigo – enquanto sujeito despersonalizado e privado de alguns de seus direitos – representa, na verdade, uma fissura absolutista no Estado Constitucional

[31] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit.,, pp. 460-461.

[32] GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito P. L. de. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional?** O Legislador, o Judiciário e a Caixa de Pandora. Disponível em <http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf> Acesso em: 01 ago. 2010.

Revista.indd 231 13/09/2011 11:44:47

de Direito. Assim, no afã de priorizar a segurança, não apenas o inimigo, mas também toda a sociedade estaria sujeita à despersonalização, a ponto de ser submetida a uma ação estatal incontrolável e sem limites.[33]

Manuel Cancio Meliá, por seu turno, entende que o Direito Penal do Inimigo, enquanto direito positivo, integra o sistema jurídico-penal real apenas nominalmente: ao passo que o Direito Penal do Cidadão seria um pleonasmo, o Direito Penal do Inimigo seria uma contradição em seus termos. Isso porque, o Direito Penal do Inimigo é uma reação internamente disfuncional – de acordo com o conceito de Direito Penal –, fruto de uma troca de paradigma de princípios e regras de responsabilidade penal, o que traduz, em última análise, uma incompatibilidade com a teoria da prevenção geral positiva da pena.[34]

Não bastassem essas considerações, a defesa de um Direito Penal do Inimigo é problemática quando confrontada com as bases principiológicas do garantismo, bem como com os princípios constitucionais reitores do Direito Penal e da Política Criminal, porquanto se desvia de princípios, direitos e garantias penais de natureza constitucional, componentes de um sistema penal minimalista-garantista.

Segundo Luiz Flávio Gomes, para ser coerente com o modelo de Estado adotado em nosso país, e a fim de cumprir com a sua missão primária de proteção de bens jurídicos, o Direito Penal deve obedecer a todos os limites decorrentes da Constituição, limites esses revelados por meio de princípios. Para o mencionado professor, doze seriam os mais importantes, os quais – integrantes do *corpus juris* do movimento político-criminal minimalista – convergem para o postulado síntese de um Estado Constitucional e Humanitário de Direito, a saber, a dignidade da pessoa humana. São eles:

> (a) princípios relacionados com a missão fundamental do Direito penal: (1) princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e (2) princípio da intervenção mínima; (b) princípios relacionados com o fato do agente: (3) princípio da exteriorização ou materialização do fato, (4) princípio da legalidade do fato e (5) princípio da ofensividade do fato; (c) princípios relacionados com o agente do fato: (6) princípio da responsabilidade

[33] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 118.

[34] MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., pp. 102-107.

Revista.indd 232 13/09/2011 11:44:47

> pessoal, (7) princípio da responsabilidade subjetiva, (8) princípio da culpabilidade e (9) princípio da igualdade; (d) princípios relacionados com a pena: (10) princípio da proibição da pena indigna, (11) princípio da humanização das penas e (12) princípio da proporcionalidade, sendo certo que este último possui várias dimensões: princípio da necessidade concreta da pena, princípio da individualização da pena, princípio da personalidade da pena, princípio da suficiência da pena alternativa e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.[35]

Cumpre registrar que o minimalismo é indissociável do garantismo penal, embora com ele não se confunda. Garantismo, conforme Alice Bianchini, é concepção decorrente de Estado de Direito, e significa "a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, ainda que contra os interesses da maioria, é o fim justificador do Direito penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e dos castigos, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, a garantia de sua liberdade mediante o respeito, também, de sua verdade".[36] De sua parte, está fundado em dez axiomas, sequenciais e lógicos, a seguir elencados:

> (a) Nulla poena sine crimine (não há pena sem crime); (b) Nullum crimen sine lege (não há crime sem lei); (c) Nulla lex (poenalis) sine necessitate (não há lei penal sem necessidade); (d) Nulla necessitas sine iniuria (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico); (e) Nulla iniuria sine actione (não há ofensa ao bem jurídico sem conduta); (f) Nulla actio sine culpa (não há conduta penalmente relevante sem culpa, ou seja, sem dolo ou culpa); (g) Nulla culpa sine judicio (não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo criminal); (h) Nullum judicium sine accusatione (não há processo

[35] GOMES, Luiz Flávio. **Limites do "Ius Puniendi" e Bases Principiológicas do Garantismo Penal.** Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - UNIDERP – IPAN – REDE LFG.

[36] BIANCHINI, Alice. **Política Criminal, Direito de punir do Estado e finalidades do Direito Penal.** Material da 1ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG..

Revista.indd 233 13/09/2011 11:44:47

> sem acusação; nemo iudex sine actori); (i) Nulla accusatio sine probatione (não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas); (j) Nulla probatio sine defensione (não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa).[37]

A junção dos princípios do minimalismo com os axiomas do garantismo, formam, segundo Luiz Flávio Gomes, o sistema penal minimalista-garantista, essencial para que o Direito Penal se transforme em um mecanismo de contenção ou redução do poder punitivo do Estado – qualitativamente drástico e quantitativamente intenso –, mediante o incremento do Estado Constitucional e Humanitário de Direito.

Não é preciso muito esforço para concluir que as premissas de Günther Jakobs não se coadunam com um sistema penal dito minimalista-garantista.

É que o Direito Penal do Inimigo refere-se a um conjunto especial de normas que diz respeito a uma modalidade especial de Direito Penal do autor, visto que promove uma repressão baseada na mera periculosidade do agente e não conforme um fato praticado. Com a antecipação da punibilidade para o âmbito da preparação, o Direito Penal torna-se prospectivo, circunstância que implica violação direta ao princípio da exteriorização ou materialização do fato criminoso.

Por sua vez, a distinção entre cidadãos e inimigos – pessoas e não-pessoas, respectivamente –, a despeito do pretexto da segurança da coletividade, não é razoável, porquanto fundada em critérios arbitrários, contrariando, assim, o princípio da igualdade e, em última análise, ferindo a dignidade da pessoa humana.

Além disso, a inexistência de qualquer redução da pena – que deveria ser proporcional à antecipação alcançada –, atenta contra o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por implicar punição exagerada e desarrazoada.

A idéia de flexibilização de direitos fundamentais, por seu turno, é igualmente incômoda, na medida em que é sugerida a partir de argumentos puramente funcionais, mais preocupados com a eficácia da medida de contenção do perigo do que com a sua validade. Esbarra-se, assim, no

[37] GOMES, Luiz Flávio. **Limites do "Ius Puniendi"**..., op. cit.

Revista.indd 234 13/09/2011 11:44:47

crivo da coerência normativa, algo imprescindível dentro de um Estado de Direito.[38]

Por tudo isso, em sede de ordenamento jurídico brasileiro, afigura-se flagrante a inconstitucionalidade de uma expansão punitiva assentada em um Direito Penal do Inimigo, o que, para alguns, pode soar frustrante em matéria de combate à criminalidade contumaz. Os que se enquadrarem nesta situação devem ter em mente que "nunca um conflito foi solucionado definitivamente pela violência, salvo se a solução definitiva seja confundida com a final (genocídio)".39 Em razão disso, a resposta do Direito Penal não deve ser tão violenta quanto à violência a ser reprimida, mormente porque o atingimento dos ditames constitucionais depende de o Estado só afetar o mínimo possível da liberdade individual da que é garante.40

Não se trata de prestigiar a impunidade. Pelo contrário, a conduta dos "inimigos" merece alta reprovação penal, mas é com o Direito Penal da normalidade que deve ser atacada, sob pena de configurar "visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso país".[41] Medidas excepcionais só podem ser tomadas em tempos anormais, nos estreitos limites do sistema constitucional das crises (arts. 136 a 141, CRFB).

Nesse sentido, Manuel Cancio Meliá é bastante incisivo:

> […] se é certo que a característica especial das condutas frente às quais existe ou se reclama o Direito Penal do Inimigo está em que afetam elementos de especial vulnerabilidade na identidade social, a resposta jurídico-penalmente funcional não pode estar na troca de paradigma que supõe o Direito Penal do Inimigo. Precisamente, a resposta idônea, no plano simbólico, ao questionamento de uma norma essencial, deve estar na manifestação de normalidade, na negação da excepcionalidade, isto é, na reação de acordo com critérios de proporcionalidade e de imputação, os quais estão na base do sistema jurídico-penal normal.[42]

---

[38] CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. O Direito Penal do Inimigo e o Constitucionalismo: mise-en-scène de uma proposta funcionalista. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 136-137.

[39] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit., p. 17.

40 BIANCHINI, Alice. **Os grandes movimentos**..., op. cit.

[41] Vide HC 85531, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/03/2005, DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007 PP-00067 EMENT VOL-02299-01 PP-00198.

[42] MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 104.

Revista.indd 235 13/09/2011 11:44:48

E a justificativa para tanto, segundo o professor espanhol, estaria no fato de que

> Os fenômenos, frente aos quais reage o Direito Penal do Inimigo, não têm essa especial periculosidade terminal (para a sociedade) como se apregoa deles […]. Ao menos entre os candidatos a inimigos das sociedades ocidentais, não parece que possa apreciar-se que haja algum – nem a criminalidade organizada, nem as máfias de drogas, e tampouco o ETA – que realmente possa pôr em xeque – nos termos militares que se afirmam – os parâmetros fundamentais das sociedades correspondentes em um futuro previsível.[43]

E, ao concluir o seu raciocínio, expõe:

> […] não há no horizonte do Direito Penal do Inimigo, em nenhum dos setores, riscos que realmente mereçam o estado de exceção. Por outra parte, no plano da prevenção fática, é sabido que em numerosos casos, são muito mais efetivos e adequados instrumentos políticos e policiais (sem contar com as possibilidades – legais – de uns serviços de inteligência bem orientados) que a resposta jurídico-penal.[44]

Porém, calha salientar que mesmo o Direito da normalidade, no momento aplicativo da lei, pode converter-se em algo semelhante ao Direito Penal do Inimigo, a partir da adoção da nova dogmática de interpretação constitucional, que admite a flexibilização de direitos e garantias em caso de conflito normativo. Retomando-se o questionamento introdutório, seria plausível, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, restringir direitos fundamentais em nome do combate à criminalidade, considerando-se a forte possibilidade de legitimação casuística da segregação jurídica de indivíduos. Em caso positivo, quais seriam os limites dessa restrição?

[43] Ibid., p. 102.

[44] Ibid., pp. 117-118.

Revista.indd 236 13/09/2011 11:44:48

5. O surgimento do Direito Judicial do Inimigo a partir de operações hermenêuticas

O presente item tem por objetivo tecer uma breve crítica acerca da possibilidade de se empreender restrições aos direitos fundamentais por meio de operações hermenêuticas, haja vista o risco de produção de resultados punitivos semelhantes aos propostos por Jakobs, caso determinados limites não sejam observados quando da resolução de conflitos normativos.

De início, contudo, convém ponderar que o estudo pormenorizado da teoria geral da restrição dos direitos fundamentais, em virtude de sua amplitude, escapa aos limites do objetivo perseguido no presente trabalho, razão pela qual far-se-á uma exposição bastante sucinta de suas principais noções, remetendo-se o leitor à análise de obras especializadas no tema.

Pois bem, a idéia de restrição dos direitos fundamentais pode soar, para os mais desavisados, como medida totalitária, que em nada se coaduna com o moderno Estado Democrático e Constitucional de Direito. Entretanto, na linha do pressuposto de que não existem direitos absolutos, a razão de ser de sua existência é exatamente a manutenção da ordem pública e da democracia, mediante a eliminação de riscos à integridade do catálogo do aludidos direitos em caso de conflito normativo.

De acordo com o magistério de Jane Reis Gonçalves Pereira, é possível ao Judiciário implementar as ditas restrições mediante operações hermenêuticas, mesmo nos casos em que os direitos fundamentais não estejam sujeitos à reserva legal. Deve-se, em qualquer caso, fundamentar-se em uma norma oriunda da Constituição.[45]

Nesse sentido:

> A restrição poderá ser versada em lei geral ou ser produto da interpretação jurídica levada a efeito pelo Judiciário. Ou seja, ela pode surgir não apenas em abstrato, no ato legislativo, mas pode também aparecer no momento aplicativo. No plano hermenêutico, a restrição será toda interpretação e aplicação do direito "que conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental".[46]

[45] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 204.

[46] Ibid., pp. 194-195.

Revista.indd 237 13/09/2011 11:44:48

Para tanto, ainda segundo a mencionada autora, algumas premissas devem ser observadas: a) os direitos fundamentais devem ser entendidos como categorias normativas que veiculam simultaneamente regras e princípios;[47] b) a ponderação de interesses deve ser utilizada como ferramenta metodológica, a fim de sopesar casuisticamente bens e valores, e fazer prevalecer o mais importante no caso concreto;[48] e c) essa operação hermenêutica deve ser materialmente limitada pelos mandamentos da proporcionalidade, da razoabilidade e do respeito ao conteúdo essencial dos direitos, os quais, somados às limitações formais – lei e competência –, resultam em um filtro necessário para verificar a legitimidade constitucional de qualquer restrição.[49]

Trazendo essa discussão para o contexto do combate à criminalidade contumaz, percebe-se que aquilo que é condenado em sede legislativa, por não se adequar ao texto constitucional, pode, agora, com base nesse mesmo texto, ser admitido no momento aplicativo da lei, a depender da estratégia argumentativa do interessado.

Esta particularidade não tem passado despercebida por parte de alguns setores da doutrina penalista contemporânea, o que se infere, por exemplo, a partir da crítica de Fabiana Greghi ao tratamento penal do crime organizado:

> […] diante dos atributos ínsitos ao crime organizado aqui tratados que o diferenciam da criminalidade de massa, urge a adoção de estratégias diferenciadas para que ele possa ser satisfatoriamente combatido. Neste contexto é que surge a relativização de certos direitos fundamentais como único, desafortunadamente, mecanismo jurídico eficaz na repressão da criminalidade organizada, já que não se pode reprimir crimes tão acentuadamente diversos com os mesmos instrumentos jurídicos.[50]

[47] Ibid., p. 501.

[48] Ibid., p. 505.

[49] Ibid., p. 214.

[50] GREGHI, Fabiana. **A reinterpretação dos direitos fundamentais face ao novo paradigma criminal imposto pela criminalidade organizada.** Disponível em http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/relativizacao_de_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 05/01/2010. Material da 1ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais Universidade Anhanguera – Uniderp/REDE LFG.

Revista.indd 238 13/09/2011 11:44:48

Esse ponto de vista é justificado a partir da tese da falha do Direito Penal clássico no que diz respeito à contenção do fenômeno criminoso em estudo. Em virtude disso, um tratamento punitivo diferenciado é proposto, a ser efetivado, entre outras medidas, por meio da quebra do sigilo bancário e fiscal, bem como da interceptação de comunicações telefônicas, tudo em nome de uma maior "eficiência penal".

> […] a flexibilização de direitos fundamentais dos envolvidos na criminalidade organizada tem o poder de minimizar a ignominiosa impunidade, já que é capaz de atingir criminosos que provavelmente escapariam à punição da lei penal por se acobertarem no manto da "lei do silêncio" das organizações criminosas e geralmente serem detentores de elevado poder aquisitivo. E não é só. Por tudo o que foi tratado, aduz-se que, tal estratégia fortifica o fim do Direito Penal de possibilitar o *jus puniendi* do Estado toda vez que os bens jurídicos erigidos como mais importantes forem lesados ou ameaçados de lesão.[51]

Em verdade, não se pode negar, à luz da moderna hermenêutica constitucional, que a restrição de direitos fundamentais, implementada no momento aplicativo da lei, é medida legítima, desde que seja material e formalmente limitada.

É bastante discutível, no entanto, a persistência dessa legitimidade quando se trata de *persecutio criminis*, uma vez que a operação interpretativa, nos termos apontados, não se coaduna com um ideal de segurança jurídica necessário para a admissão da violência institucionalizada, por desfavorecer a uniformidade de tratamento judicial.

Basta que se lembre que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal tem logrado êxito em diferenciar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, usando-os, no mais das vezes, como sinônimos. Isso que permite, e até mesmo autoriza, que as instâncias inferiores os utilizem como argumentos "em branco", para fins de justificação de posicionamentos os mais diversos possíveis, ainda que em contextos idênticos, circunstância que, se não prejudicar a homogeneidade do direito, ao menos pode conferir ao Estado de Polícia o conveniente aval do Poder Judiciário.

[51] Ibid.

Revista.indd 239 13/09/2011 11:44:48

Desse entendimento não destoa Aury Lopes Jr.:

> O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do interesse público x interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação), a partir da prevalência do interesse público […].[52]

Assim, deve o operador do direito ter em mente que a restrição dos direitos fundamentais deve ser implementada apenas em hipóteses excepcionalíssimas. E mesmo nessas situações, é importante que se investiguem soluções igualmente válidas, a fim de que seja eleita a mais compatível com as regras, princípios e valores constitucionais e humanitários internacionais.

> O juiz não tem sempre que acolher as reivindicações sociais ou atender à maioria da população, que reclama, por exemplo, pela pena de morte. O juiz não pode atender os extremos: nem legalismo nem comunitarismo. A legitimação da sua decisão decorre da estrita observância da lei, da Constituição e dos Tratados internacionais de direitos humanos (o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais). O juiz, destarte, já não pode ser concebido (somente) como a boca da lei (*la bouche de la loi*), nem tampouco (exclusivamente) como a boca do Direito, sim, como a boca dos direitos e garantias fundamentais (do indivíduo) positivados na lei, na Constituição e no Direito humanitário internacional.[53]

Convém anotar que, caso se conclua pela persistência da legitimidade em sede de persecução penal, é preciso que sejam respeitados não apenas

[52] LOPES JR., Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 565.

[53] GOMES, Luiz Flávio. **Limites do "Ius Puniendi"**..., op. cit.

Revista.indd 240 13/09/2011 11:44:48

os limites propostos pela nova dogmática de interpretação constitucional, mas, também, e, sobretudo, todo o complexo estruturador de um sistema penal minimalista-garantista, sem o que, em última escala, o princípio da dignidade da pessoa humana pode estar seriamente ameaçado.

Alguns exemplos são necessários para aclarar a explanação.

Imagine-se um decreto de prisão preventiva, fundamentado na mera possibilidade de o acusado vir a coagir testemunhas, ou mesmo de se evadir do distrito da culpa. Nessa hipótese, os limites previstos pela doutrina constitucionalista são insuficientes para informar ao aplicador da lei que a prisão preventiva exige a presença de elementos concretos que demonstrem o *periculum libertatis*.

A menos que sejam perfilhados, o princípio da exteriorização ou materialização do fato criminoso, a liberdade do acusado pode, aí, ser restrita a partir de uma mera presunção de periculosidade, sob um obscuro pretexto de garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal e/ou, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal.

Imagine-se, ainda, a prisão em flagrante por crime habitual.

É sabido que o crime habitual, por materializar um modo de vida, exige a reiteração de condutas para caracterizar a infração. Vale dizer, a prática isolada de um único ato configura, em tese, fato atípico, peculiaridade que resulta no descabimento do flagrante nesta hipótese.

> Pela dificuldade no caso concreto de aferir a reiteração de atos, somos partidários do entendimento de que não cabe flagrante nas infrações habituais, afinal, colocando-se como expectador, objetivamente o delegado não teria como precisar, no momento em que surpreende o infrator, se existe ou não a habitualidade. Lembremos que o crime habitual só existe pela reiteração de condutas, e a prática isolada de um ato é em regra fato atípico. A prisão em flagrante retrataria o ato isolado, que em si não representa infração penal.[54]

O tema, no entanto, é controverso, havendo quem entenda cabível o flagrante caso, no ato, seja possível presumir a habitualidade,[55] tese que,

[54] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit.,, p. 468.

[55] MIRABETE, Julio Fabbrini apud TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p. 469.

Revista.indd 241 13/09/2011 11:44:48

certamente, seria de todo conveniente para os partidários da expansão punitiva.

Em exemplos deste jaez, a não ser que o princípio da exteriorização ou materialização e da legalidade do fato criminoso sejam festejados, a liberdade poderia ser facilmente restrita a partir de obscuros critérios *pro societate*, em relação aos quais a proporcionalidade, se não insuficiente, seria exatamente o mais importante fundamento para a manutenção da prisão cautelar.

Ainda mais interessante é o exemplo da admissibilidade de provas ilícitas em desfavor do acusado.

Sabe-se que o Código de Processo Penal determina que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais" (art. 157, *caput*). Sabe-se, ainda, que "são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeira (art. 157, §1.º).

Trata-se, como se vê, da positivação da teoria dos frutos da árvore envenenada, que, por não ser absoluta, é mitigada não apenas nos limites do mandamento legal, como também em face do princípio da proporcionalidade, para fins de admissão de provas ilícitas que sejam determinantes para a demonstração do *status* de inocência.

Sucede que o mesmo princípio da proporcionalidade tem sido invocado para tutelar interesses da acusação, sob o argumento de que

> […] em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita *pro societate*, pois, do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais. O princípio constitucional da legalidade, por sua vez, também não se prestaria a esse intento, pois sua função precípua de defesa é a de garantir direitos fundamentais em face do Estado e não o contrário.[56]

[56] PACHECO, Denilson Feitosa apud TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., pp. 322-323.

Revista.indd 242 13/09/2011 11:44:48

Razão, no entanto, assiste a Nestor Távora e a Rosmar Rodrigues Alencar, ao pontificarem que

> A proporcionalidade invocada como capa da condenação acaba por remontar o discurso da possibilidade de exilar do manto constitucional algumas pessoas que, pelo seu grau de perigosidade, devem ser tratadas como verdadeiras inimigas do Estado, não cidadãs, e portanto, à margem do núcleo básico de proteção aos direitos individuais.[57]

Partindo-se desse exemplo, verifica-se facilmente que a proporcionalidade, aí, é insuficiente para garantir a legitimidade da *persecutio criminis*, razão pela qual deve ela ser complementada pelo axioma garantista *nulla accusatio sine probatione*, para que, enfim, os sujeitos processuais sejam informados de que a presunção de inocência não pode ser derrubada sem provas válidas.

De acordo com esses exemplos, percebe-se que, sem a observância do corpus iuris do minimalismo-garantismo, uma regra da normalidade pode, a depender da astúcia do intérprete, amparar episodicamente a expansão punitiva descrita por Jakobs, na linha de formação de um Direito Judicial do Inimigo, espécie sui generis que aqui se propõe e, desde já, se rechaça, por ser igualmente inconstitucional.

6. Conclusão

Por tudo o quanto discutido no presente trabalho, é possível perceber que o Direito Penal do Inimigo e o Direito Judicial do inimigo, conquanto semelhantes no que concerne ao resultado produzido – a segregação jurídica de "inimigos" eleitos –, são fenômenos que diferem quanto ao seu conteúdo. Ao passo que o Direito Penal do Inimigo é positivado pelo legislador em normas esparsas e materialmente inválidas, o Direito Judicial do Inimigo é produto da atuação casuística do Poder Judiciário, ao restringir direitos fundamentais in concreto mediante operações hermenêuticas admitidas pela nova dogmática de interpretação constitucional.

[57] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p. 322.

Revista.indd 243 13/09/2011 11:44:48

Convém vincar muito bem esse ponto: no Direito Judicial do Inimigo tem-se uma norma legítima, mas que, a depender da estratégia argumentativa do interessado, pode amparar episodicamente um resultado ilegítimo, fruto de uma interpretação incompatível com os postulados informadores do espírito constitucional, democrático e humanitário do ordenamento jurídico brasileiro, materializados nas bases principiológicas do garantismo e nos princípios constitucionais reitores do Direito Penal e da Política Criminal.

Bem por isso, e considerando que a missão precípua do Direito Penal é a proteção de bens e valores imprescindíveis à satisfação do indivíduo e da sociedade, a restrição dos direitos fundamentais operada mediante processos interpretativos deve ser reservada a situações excepcionalíssimas, e, mesmo aí, deve ser limitada por todo o complexo estruturador de um sistema penal-minimalista garantista. Do contrário, a tutela das liberdades públicas estará seriamente ameaçada exatamente por aqueles que tem a missão de promovê-la: nós, operadores do Direito.

7. Referências bibliográficas.

ALFERES, Eduardo Henrique. Abolicionismo e terceira velocidade do Direito Penal. Conclusões à vista das posições básicas de uma e outra corrente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2448, 15 mar. 2010. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14518>. Acesso em: 11 ago. 2010.

BIANCHINI, Alice. **Os grandes movimentos de política criminal na atualidade: movimento de lei e ordem, minimalismo penal e abolicionismo.** Material da 2ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera- UNIDERP|REDE LFG.

_____. **Política Criminal, Direito de punir do Estado e finalidades do Direito Penal.** Material da 1ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.

CALLEGARI, André Luís. Controle social e criminalidade organizada. In: CALLEGARI, André Luís (coord.). **Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria

Revista.indd 244 13/09/2011 11:44:48

do Advogado, 2008.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. O Direito Penal do Inimigo e o Constitucionalismo: mise-en-scène de uma proposta funcionalista. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

GOMES, Luiz Flávio. Criminalidade organizada e atraso legislativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13347>. Acesso em: 11 ago. 2010.

_____. **Limites do "Ius Puniendi" e Bases Principiológicas do Garantismo Penal.** Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - UNIDERP – IPAN – REDE LFG.

_____; BIANCHINI, Alice. **"Direito penal" do inimigo e os inimigos do direito penal.** Revista Ultima Ratio. Coord. Leonardo Sica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, ano 1, p. 329-356. Material da 2ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Telepresencial e Virtual em Ciências Penais – UNIDERP – REDE LFG – IPAN.

_____; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito P. L. de. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional?** O Legislador, o Judiciário e a Caixa de Pandora. Disponível em <http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf> Acesso em: 01 ago. 2010.

GREGHI, Fabiana. **A reinterpretação dos direitos fundamentais face ao novo paradigma criminal imposto pela criminalidade organizada.** Disponível em http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/relativizacao_de_direitos_fundamentais.pdf. Aces-so em 02/08/2010. Material da 1ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais Universidade Anhanguera – Uniderp/REDE LFG.

JAKOBS, Günther. A autocompreensão da Ciência Penal diante dos desafios da atualidade. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Direito Penal do Inimigo? Uma análise acerca das condições de

Revista.indd 245 13/09/2011 11:44:48

legalidade. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Personalidade e exclusão no Direito Penal. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Terroristas como sujeitos de direito. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELIÁ, Manuel Cancio. De novo: "Direito Penal" do Inimigo? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NASCIMENTO JR., Manoel Francisco do. **A adoção do direito penal do inimigo no combate à criminalidade organizada brasileira**: uma ameaça ao Estado Democrático e Humanitário de Direito? Monografia final de curso apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Ciências Penais, Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, em parceria com a Universidade Anhanguera para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP) e com o Instituto Panamericano de Política Criminal (IPAN), Recife, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Revista.indd 246 13/09/2011 11:44:48

Rádio Comunitária Clandestina: O Direito À Informação E A Segurança das Telecomunicações Aeronáuticas

Marcelo Honorato

Juiz Federal Substituto (TRF-5); Especialista em Direito Constitucional (UNISUL, 2010); Especialista em Direito Processual (UNAMA, 2008); Bacharel em Direito (UFPA, 2005); Bacharel em Ciências Aeronáuticas (AFA, 1994), Oficial Aviador R1 da Força Aérea Brasileira.

RESUMO: O delito de exploração clandestina de estações de rádio comunitárias tem sido analisado, pelo Supremo Tribunal Federal, como uma conduta materialmente insignificante, tanto pela baixa cobertura deste tipo de rádio, como em casos concretos cuja localização da estação emissora esteja distante de grandes centros e aeroportos. No entanto, a aviação possui caracteres tão especiais que tais elementos não são aptos a retirar o perigo que a indisciplina do uso do espectro eletromagnético produz para a segurança do transporte aéreo, em especial, para as telecomunicações aeronáuticas e para a navegação aérea, tornando incompatível a qualificação de bagatela para tais condutas, entendimento este também partilhado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave:
Monografia; Direito Penal; Direito Aeronáutico.

ABSTRACT: The delict of clandestine exploration of communitarian stations of radio has been analyzed, for the Supreme Federal Court, as a materially insignificant behavior, as much for low the covering of this type of radio, as in concrete cases whose localization of the emitting station is distant of great centers and airports. However, aviation possess characters so special that such elements are not apt to remove the danger that the indiscipline it use it electromagnetic specter produces for the security of

Revista.indd 247 13/09/2011 11:44:48

the air transportation, in special for the aeronautical telecommunications and the air travel, being become incompatible the qualification of trinket for such behaviors, agreement this also agreed to by the Superior Court of Justice.

Key words:
Monograph; Criminal law; Aeronautical right.

Introdução

A comunicação tornou-se, a partir do século XX da Era Cristã, um dos maiores poderes da humanidade, capaz de gerar guerras e até de fazer cessá-las. Nesse contexto, o constitucionalista brasileiro de 1988 elencou uma série de medidas protetivas, no intuito de assegurar um sistema de comunicação brasileiro independente e democrático.

No plano normativo genérico, duas leis ordinárias foram o alicerce do sistema de telecomunicações brasileiro: o Código Brasileiro de Telecomunicações[1] e a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997[2], norma essa que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações. Ambas as normas trazem dispositivos que criminalizam a conduta de explorar clandestinamente serviços de telecomunicações.

As rádios comunitárias, por sua vez, formam uma espécie de estação de radiodifusão, que recebeu especial normatização legal, tendo em vista as suas especificidades, como seu valor social, presente em suas finalidades e restrições.

Ocorre que a Corte Constitucional Brasileira tem aplicado o Princípio da Insignificância à conduta de explorar de forma clandestina estações de radiodifusão comunitária, tanto pela ausência de ofensividade da conduta, como pela baixa reprovabilidade social, quando o caso concreto envolva rádio comunitária localizada em cidades distantes dos grandes centros urbanos, e pelo próprio baixo alcance de tais estações de rádio.

[1] BRASIL, Lei Federal nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4117.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.
[2] BRASIL, Lei Federal nº 9.472, de 16 de junho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 248 13/09/2011 11:44:48

Este estudo irá demonstrar que tais fundamentos são manifestadamente irreais, quando relacionados com as telecomunicações aeronáuticas, tendo em vista a imensa necessidade de um espectro eletromagnético disciplinado, para que o transporte aéreo desenvolva-se de forma segura. Importa registrar que, para efeitos deste estudo, as telecomunicações aeronáuticas abrangem tanto as emissões voltadas à comunicação aérea, como também à navegação aeronáutica.

Inicialmente, será apresentado o sistema constitucional de comunicação brasileiro, com destaque para as telecomunicações e, logo em seguida, as características e finalidades das rádios comunitárias.

O segundo capítulo descreverá as características das emissões em radiodifusão aeronáuticas, focando seus dois principais empregos na aviação: a comunicação e a navegação aéreas. No tópico seguinte, serão apresentados os principais danos e perigos que o uso indisciplinado do espectro eletromagnético causa à aviação, como possíveis colisões de aeronaves com outros aparelhos aéreos e com obstáculos, especialmente quando em procedimento de pouso.

O último capítulo tratará dos aspectos da tipificação penal da conduta de exploração clandestina de estações de rádio comunitária, especialmente quanto ao conflito de leis, e a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) nesse tema.

Também será analisada, em tópico especial do último capítulo, a questão da aplicabilidade do princípio da insignificância ao delito das rádios comunitárias clandestina, tendo por base o HC 104530[3], do STF, oportunidade em que se reconheceu a ausência de tipicidade material da conduta, conforme caracteres do caso concreto julgado.

A questão aeronáutica será a lente principal da análise acima, momento em que será demonstrada a inconformidade da insignificância da conduta, em razão da danosa influência que o uso indisciplinado das frequências por radiodifusão produz à segurança do transporte aéreo. Fatores como a potência, o alcance da cobertura da rádio e a sua localização, distante de grandes centros, serão demonstrados como inviabilizadores da bagatela penal, no que tange às ciências aeronáuticas.

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=162638&caixaBusca=N>. Aceso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 249 13/09/2011 11:44:48

1 Da Rádio Comunitária

1.1 Do direito à informação na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 compilou especial proteção ao direito à informação, consignando diversos dispositivos sobre o tema, sempre no intuito de garantir dois postulados básicos: o acesso amplo à informação e à proteção das comunicações de interferências externas, quer sejam sob o modal da censura prévia, quer sejam sob influência estrangeira.

O próprio *caput*[4] do art. 5º cintila o valor 'liberdade' como lastro de todos os direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados:

> 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: (grifo meu)

No que tange a esse valor 'liberdade', afeto às comunicações, a Carta Magna traz dois dispositivos especiais sobre o tema, elencados no mesmo art. 5º; são eles o inciso IV e o IX[5]:

> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Os dois dispositivos constitucionais trazem regra segura sobre a liberdade de comunicação, em um pleno sinal de que a atividade de comunicação deve se pautar na liberdade quanto ao seu conteúdo, de forma que não se possam estabelecer normas que tentem restringir a atividade intelectual.

O inciso IV contém forte elemento da liberdade na expressão intelectual, já o inciso IX, quanto à liberdade na sua produção, de forma que, por hora,

[4] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.
[5] Ibidem.

Revista.indd 250 13/09/2011 11:44:48

não há qualquer ilação quanto a regras de divulgação, mas, sim, em sua criação, que deve ser livre.

O *caput*[6] do artigo 220 da Constituição Federal, também norma constitucional originária, tal quais as destacadas anteriormente, dispõe sobre o disciplinamento do exercício dos direitos anteriormente assegurados, porém, na condição que tal regramento ocorra sob a égide de normas disciplinadoras de nível constitucional, vertendo uma maior estabilidade ao direito à informação, haja vista que normas ordinárias não poderão extrapolar o que disposto na Carta Política.

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (grifo meu)

Na verdade, o *caput* do art. 220 vem prevenir eventual conflito de normas constitucionais, especialmente pelo fato de que tal dispositivo também é uma norma constitucional originária, podendo ensejar embates com outras normas de mesmo quilate e, como bem se sabe, não existem direitos absolutos. Nesse sentido, o Estado Brasileiro disciplina o uso dos meios de comunicação, sem que exista uma liberdade inabalável, como os mais desavisados, às vezes, acabam por concluir, sem que isso implique em restrição à atividade de produção intelectual, bem como a sua manifestação exterior.

O parágrafo primeiro[7] do mesmo art. 220, mais uma vez, traz as balizas da informação jornalística, inter-relacionando a liberdade da comunicação aos postulados fundamentais do art. 5º, demonstrando, mais uma vez, que a ordem é a liberdade, mas limitada por outros direitos fundamentais:

> 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. (grifo meu)

[6] Ibidem.

[7] Ibidem.

Revista.indd 251 13/09/2011 11:44:48

Regra Constitucional, que exsurge sem os enlaces de proporcionalidade, quando conflitantes com outros direitos constitucionais, é a prevista no parágrafo 2º[8] do multicitado art. 220: "§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística".

Nessa linha de idéias, pode-se concluir que o §2º do art. 220 detém uma verdadeira ordem constitucional, sem que a própria norma constitucional abra oportunidade para temperamentos.

Importa ainda observar que a inexigibilidade de licença para o exercício da comunicação consta em outro dispositivo constitucional, o §6º[9] do art. 220: "§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.".

É certo que a técnica de interpretação lógica ganha espaço nesse dispositivo constitucional, pois que a interpretação in contrario sensu traz vertente conclusão: se a Carta Magna somente traz vedação de impor licenciamento à atividade de comunicação impressa, as demais formas de comunicação poderão requerer licença para a sua utilização. Assim, a comunicação por radiodifusão poderá ensejar procedimentos especiais para a sua exploração, haja vista a inexigibilidade apenas para a comunicação escrita, isso independente de o uso do meio de comunicação deter proveito econômico ou simplesmente objetivar informar, sem contrapartida financeira.

Tal conclusão é largamente suportada pelo artigo 223 da Carta Política Brasileira, que dispõe sobre a concessão da exploração da comunicação por ondas eletromagnéticas, excluindo-se, por ausência de referência na norma, a comunicação impressa:

> Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

O artigo 223 da Constituição Brasileira também traz regra de competência administrativa, momento em que o Poder Executivo recebe o poder-dever

[8] Ibidem.

[9] Ibidem.

Revista.indd 252 13/09/2011 11:44:48

de conceder as licenças para a exploração dos meios de comunicação por radiodifusão. O Poder Executivo Federal é o ente político responsável por tal competência, como determina a Carta Magna, em seu art. 21, inciso XIII[10]:

> Art. 21. Compete à União:
> XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
> a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

Diante de tal estrutura normativa constitucional, pode-se facilmente concluir que o disciplinamento da exploração dos serviços de radiodifusão de sons e imagens não implica em limitação ao direito à informação; ao contrário, trata-se de mecanismo, constitucionalmente erguido e coerente com o sistema de comunicação social, que objetiva regular e controlar as comunicações no país, quando desenvolvidas sob o emprego do espectro eletromagnético.

Em uma última análise, pode-se infirmar que a existência de norma constitucional que autoriza a subordinação do serviço de comunicação à concessão administrativa (§6º do art. 220), assim como defere a um ente político a competência para licenciar a exploração da comunicação de radiodifusão (art. 21 e 223), demonstram que ampla liberdade de informação, no que tange à sua exploração e não à sua produção, recebeu adequado disciplinamento, respeitando exatamente a reserva de norma constitucional estabelecido pelo *caput* do art. 220 da Constituição Federal de 1988.

Sinteticamente, pode-se afirmar que a produção intelectual, proveniente do pensamento humano, não detém amarras, salvo o respeito a direitos fundamentais de terceiros, como expresso no §1º do art. 220 da CF/88; limitação constitucional existe na forma de se explorar a comunicação pelas ondas eletromagnéticas, situação que foi devidamente regulada desde a competência para administrar ou licenciar até a previsão constitucional de se exigir licença para a efetiva exploração, independente do caráter de tal proveito.

[10] Ibidem.

Revista.indd 253 13/09/2011 11:44:48

1.2 Das características e finalidades da rádio comunitária

A rádio comunitária é uma forma de exploração da comunicação por ondas eletromagnéticas, de baixa potência, destinando-se à divulgação de informações de interesse de uma coletividade regionalizada, sem fins lucrativos.

Segundo a Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, norma essa que institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária, a definição de rádio comunitária, existente em seu artigo 1º[11], é:

> Art. 1º Denomina-se Serviço de Radiodifusão Comunitária a radiodifusão sonora, em freqüência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço.

Importa ressaltar que, como qualquer explorador das comunicações em sistema de radiodifusão, as rádios comunitárias devem seguir o que determina o disciplinamento constitucional, nos termos do art. 2º da Lei 9.612/98, que consigna o art. 223 da CF/88 como pilar de sustentação do serviço de radiodifusão comunitário brasileiro.

A rádio comunitária possui características especiais, tanto no que se refere às suas especialidades físicas, como finalísticas.

No que tange à sua constituição dimensional, a rádio comunitária deve se equipar com transmissores de baixa potência, sendo limitada pela Lei 9.612/98 em até 25 watts (§1º do art. 1º). Tal restrição de potência deve-se à sua própria finalidade, ou seja, se a rádio é comunitária e objetiva atender aos anseios de uma comunidade, sua área de abrangência deve se restringir à dimensão física de tal comunidade, sob pena de uma rádio comunitária acabar por interferir em outra comunidade.

Paralelamente, pode-se bem compreender a limitação de abrangência da radiodifusão da rádio comunitária também por seu desapego legal aos aspectos econômicos, haja vista a ausência de finalidade lucrativa, sendo certo que, à medida que um canal de comunicação se expande, maiores

[11] BRASIL, Lei federal nº 9.612, de 19 de fevereiro de1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9612.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 254 13/09/2011 11:44:48

são as suas potencialidades econômicas, fim esse não desejado pela norma legal.

Importa observar que a ausência de finalidade lucrativa não equivale a impedimento de rentabilidade financeira, tendo em vista que os custos de operação da rádio devem ser suportados por sua própria exploração. É nesse sentido que tanto o art. 18 da Lei 9.612/98 quanto o art. 32 do Regulamento da referida lei, instituído pelo Decreto nº 2.615, de 03 de junho de 1998, trazem a permissão de financiamento externo, como bem ilustra o extrato abaixo, referente ao último dispositivo ora citado[12]:

> As prestadoras de RadCom poderão admitir patrocínio, sob a forma de apoio cultural, para os programas a serem transmitidos, desde que restritos aos estabelecimentos situados na área da comunidade atendida.
> Importa ainda observar que o explorador da rádio comunitária deve ser um sujeito extremamente diferenciado, pois que o art. 7º da Lei 9.612/98 requer que a concessão seja destinada a fundações ou associações comunitárias, sem fins lucrativos. Desse modo, não se restringe apenas aos caracteres de nacionalidade, previstos na Constituição Federal (art. 222), a norma exige maior legitimidade para a exploração deste sensível e relevante serviço público.

É certo, ainda, que a produção informativa das rádios comunitárias possui caminhos muito estreitos, como descreve o art. 4º, também da Lei 9.612/98[13], que elenca os princípios norteadores da programação, princípios esses que muito bem demonstram o caráter pluralista, assistencial e democrático da radiodifusão comunitária:

> Art. 4º As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária atenderão, em sua programação, aos seguintes princípios:
> I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas em benefício do desenvolvimento geral da comunidade;

[12] BRASIL, Decreto nº 2.615, de 03 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2615.htm>. Acesso em: 27nov 2010.

[13] BRASIL, Lei federal nº 9.612, de 19 de fevereiro de1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9612.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 255 13/09/2011 11:44:48

> II - promoção das atividades artísticas e jornalísticas na comunidade e da integração dos membros da comunidade atendida;
> III - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, favorecendo a integração dos membros da comunidade atendida;
> IV - não discriminação de raça, religião, sexo, preferências sexuais, convicções político-ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias.
> § 1º É vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária.
> § 2º As programações opinativa e informativa observarão os princípios da pluralidade de opinião e de versão simultâneas em matérias polêmicas, divulgando, sempre, as diferentes interpretações relativas aos fatos noticiados.
> § 3º Qualquer cidadão da comunidade beneficiada terá direito a emitir opiniões sobre quaisquer assuntos abordados na programação da emissora, bem como manifestar idéias, propostas, sugestões, reclamações ou reivindicações, devendo observar apenas o momento adequado da programação para fazê-lo, mediante pedido encaminhado à Direção responsável pela Rádio Comunitária.

A democratização do acesso ao Sistema de Rádios Comunitárias é outro ponto sensível na norma legal e recebeu tratamento adequado pelo legislador, preocupado com a facilitação da exploração de tal serviço, ao lado da segurança das telecomunicações.

Nesse caminho, atento à natural dificuldade de atendimento do Congresso Nacional, num prazo razoável, para a outorga das autorizações de exploração de radiodifusão, requisito esse da norma constitucional (§1º do art. 223), o legislador infraconstitucional relativizou tal exigência nos seguintes termos (§ único do art. 2º)[14]:

> Parágrafo único. Autorizada a execução do serviço e, transcorrido o prazo previsto no art. 64, §§ 2º e 4º da Constituição, sem apreciação do Congresso Nacional, o Poder Concedente expedirá autorização de operação,

[14] Ibidem.

Revista.indd 256 13/09/2011 11:44:48

> em caráter provisório, que perdurará até a apreciação do ato de outorga pelo Congresso Nacional. *(Artigo com redação dada pela Medida Provisória nº 2216-37, de 31/8/2001)*

Inegável a sensibilidade do legislador ordinário na facilitação ao acesso à operação das rádios comunitárias, ao conceder o direito de explorar o serviço, ainda que de forma precária, em razão da ausência do complemento afirmativo do Congresso Nacional, mas frise-se que as operações atenderão às normas da regulamentação do espectro eletromagnético, pois tal exploração ocorrerá sob a vigilância do Poder Concedente.

Diante dos elementos expostos, conclui-se que as características dimensionais dos operadores de rádios comunitárias estão em sintonia com as suas finalidades legais, não residindo qualquer sintoma de discriminação negativa, mas, ao contrário, verdadeira adequação da legitimidade em receber a concessão à finalidade da exploração, com ainda especial excepcionalidade de operação sem o atendimento de requisito constitucional (aprovação do Congresso Nacional), haja vista a sua dificuldade de concretização, em prazo razoável, e a simplicidade do serviço explorado e sua relevância social, elementos muito bem ponderados, diante da máxima da proporcionalidade.

Importa, neste momento, considerar que a autorização judicial para a operação de rádios comunitárias, independente de assentimento técnico pelo Poder Concedente, sob o argumento da desobediência ao direito à razoável duração do processo, também aplicável ao processo administrativo, deve ser veementemente repelida, haja vista a negativa e perigosa repercussão física decorrente da operação do espectro eletromagnético sem controle estatal, a ponto de colocar em risco vidas humanas, ainda que por uma rádio comunitária, de baixa potência, assunto a ser tratado no próximo capítulo.

Nesse sentido, o seguinte precedente[15], da lavra do Ministro José Delgado, do STJ, resume o grave equívoco na permissão judicial de rádios

[15] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria Administrativa. REsp nº 531349 / RS. Relator Ministro José Delgado. Brasília, DF, 03 de junho de 2004. Lex: Jurisprudência do STJ, Brasília, DF. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp&processo=531349&b=ACOR>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 257 13/09/2011 11:44:49

comunitárias operarem, sem que o Poder Concedente possa disciplinar o uso do espectro eletromagnético:

> ADMINISTRATIVO. RÁDIO COMUNITÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO. MORA DA ADMINISTRAÇÃO. ESPERA DE CINCO ANOS DA RÁDIO REQUERENTE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. VULNERAÇÃO AO ARTIGO 535, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA SEARA DO PODER EXECUTIVO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PELA ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 6º DA LEI 9612/98 E 9º, INCISO II, DO DECRETO 2615/98 EM FACE DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DEMAIS ARTIGOS ELENCADOS PELA RECORRENTE. DESPROVIMENTO
> (*Omissis*)
> Merece confirmação o acórdão que julga procedente pedido para que a União se abstenha de impedir o funcionamento provisório dos serviços de radiodifusão, até que seja decidido o pleito administrativo da recorrida que, tendo cumprido as formalidades legais exigidas, espera já há cinco anos, sem que tenha obtido uma simples resposta da Administração. (grifo meu)
> (*Omissis*)

A jurisprudência do STJ não se estagnou no entendimento acima exemplificado, novo caminho se trilhou, em busca de uma maior efetividade ao direito à informação, quando desenvolvida por rádios comunitárias, cujo valor social supera as questões econômicas, merecendo tratamento especial.

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido o valor social das rádios comunitárias, bem como provendo maior eficácia à norma constitucional que assegura a duração razoável do processo[16] (art. 5º, inciso LXXII); no

[16] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 258 13/09/2011 11:44:49

entanto, não mais concedendo a autorização de exploração à revelia do Poder Concedente, situação que traz conflitos tanto com o Princípio da Separação dos Poderes, quanto com o direito à segurança do espectro eletromagnético.

Acertadamente, o STJ vem solucionado a questão estipulando um prazo determinado para que o Poder Executivo processe o pedido de concessão de exploração de uma rádio comunitária, solução essa que se conforma tanto com o Princípio da Separação de Poderes, visto que o Poder Judiciário, em decisões deste jaez, não substitui a discricionariedade deferida ao Poder Executivo, como proporciona plena eficácia ao direito à duração razoável do processo. Nesse ramo de idéias, está o recente REsp 1123343 / RS[17]:

> ADMINISTRATIVO. RÁDIO COMUNITÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO. CONCESSÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. A controvérsia cinge-se em saber se há possibilidade ou não de o Poder Judiciário autorizar o exercício precário do serviço de radiodifusão comunitária, até que a Administração decida definitivamente a questão.
> 2. O procedimento administrativo, que tem por objeto verificar os requisitos da Lei nº 9.612/98 e do Decreto 2.615/98, não pode ser substituído por provimento jurisdicional que autorize o funcionamento da rádio, já que não compete ao Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo.
> 3. Constatado atraso injustificado no exame do pedido de autorização para funcionamento de rádio comunitária, o órgão jurisdicional pode fixar prazo razoável para que a mora administrativa seja sanada, desde que, é claro, exista pedido na inicial nesse sentido. Na espécie, não houve requerimento, o que inviabiliza tal solução. (grifos meus)

[17] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria Administrativa. REsp nº 1123343 / RS. Relator Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 08 de junho de 2010. Lex: Jurisprudência do STJ, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp&processo=1123343&b=ACOR>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 259 13/09/2011 11:44:49

A relativização concretizada pela norma legal, ao postergar para um segundo momento o cumprimento da aprovação de outorga da exploração do serviço de radiodifusão pelo Congresso Nacional, somente para o caso das rádios comunitárias, permitindo uma exploração a título precário, mas obediente à regulamentação técnica do Poder Concedente, revela-se como um bom sinal de ponderação da relevância do serviço público prestado diante da burocracia nacional. Partir para o caminho da exploração do espectro eletromagnético, sem obediência às regras técnicas, é uma viagem perigosa, que ultrapassa a segurança pública das comunicações, privilegiando a absoluta liberdade de comunicar-se, fundamento esse não agasalhado pela Carta Política Brasileira.

A discricionariedade do Poder Concedente, imanente do ato administrativo de concessão de autorização de exploração de rádio comunitária, não se desenvolve sob as cores da arbitrariedade, mas, sim, da necessária análise técnica e também do cumprimento dos requisitos legais para a concessão, tão estreitas em função da própria finalidade social deste tipo de estação.

A demora dilatada na concessão da licença, em sentido *latu*, não pode ser solucionada com a outorga precipitada pelo Poder Judiciário, sem prévia análise pelo Poder Concedente da viabilidade técnica da estação comunitária, sob pena de se fragilizar o sensível disciplinamento do uso do espectro eletromagnético e afetar, consequentemente, vários outros sistemas de comunicação e, em especial o de transporte aéreo, como será melhor detalhado adiante.

2 Da Segurança das Telecomunicações Aeronáuticas

2.1 Das características das telecomunicações na aviação

A comunicação por radiodifusão na aviação é talvez o ramo das comunicações mais sensível, entre os vários empregos que tal meio de comunicação é utilizado pela sociedade, haja vista a extrema dependência das informações externas que as aeronaves possuem, para poderem operar com segurança, sem colocar em risco tanto os passageiros, como terceiros, habitantes da crosta terrestre.

Revista.indd 260 13/09/2011 11:44:49

Urge considerar dois campos de emprego real das ondas eletromagnéticas, portadoras de informações, nas ciências aeronáuticas: a comunicação e a navegação.

É nesse sentido que o inciso II do art. 20 do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986[18], traz como requisito para a atividade aérea:

> Art. 20. Salvo permissão especial, nenhuma aeronave poderá voar no espaço aéreo brasileiro, aterrissar no território subjacente ou dele decolar, a não ser que tenha:
> (...) Omissis
> II - equipamentos de navegação, de comunicações e de salvamento, instrumentos, cartas e manuais necessários à segurança do vôo, pouso e decolagem; (grifo e negrito meu)

Para efeitos desta monografia, a expressão telecomunicações aeronáuticas será deferida tanto às atividades de comunicação de voz, quanto ao serviço de navegação aérea, que também se desenvolve por intermédio de ondas por radiodifusão.

A comunicação externa das aeronaves ocorre mediante o emprego, preponderantemente, da frequência em VHF (*Very High Frequency*), a mesma empregada pelas rádios em geral e, nisso se incluem, as rádios comunitárias. São frequências de 30 a 300 MHZ[19], as mais utilizadas pelas rádios FM, pela televisão e também, como dito, pela aviação.

Uma aeronave utiliza a comunicação em radiofrequência VHF desde o momento em que irá dar partida em seus motores, e por todo o restante de sua operação, tal como: taxiamento, decolagem, subida da aeronave, vôo em rota, momentos esses em que se torna necessário prover a vigilância do espaço aéreo, e, em especial, para a consecução de todos os procedimentos de descida e pouso[20].

---

[18] BRASIL, Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei federal nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

[19] CONTEÚDO aberto. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Very_High_Frequency>. Acesso em: 27nov 2010.

[20] COMANDO DA AERONÁUTICA. Instrução do Comando da Aeronáutica nº 102-11. Disponível em: <http://publicacoes.decea.gov.br/?i=publicacao&id=2576>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 261 13/09/2011 11:44:49

Assim, sem se comunicar com os órgãos de controle de tráfego aéreo, via rádio VHF, uma aeronave realiza uma operação insegura, pois poderá gerar perigosos conflitos de tráfego aéreo, tanto por eventual colisão com aeronaves, em vôo ou em solo, como também colisões com veículos que transitam nas áreas de pista.

Todas as formas de comunicações aeronáuticas citadas anteriormente estão previstas na Instrução do Comando da Aeronáutica ICA nº 100-12[21], emitida no ano de 2006, norma aeronáutica que prevê a comunicação bilateral (aeronave-órgão de controle), constando os momentos compulsórios de comunicação, assim como a fraseologia padrão e também as mensagens de emergência.

Importa ainda observar que a ausência de órgão de controle do espaço aéreo não elide a necessidade de comunicação de uma aeronave, pois os comandantes das aeronaves emitem mensagens "às cegas", ou seja, sem um destinatário expresso, numa frequência aeronáutica local. Desse modo, mesmo que não exista uma Torre de Controle, mensagens serão enviadas, a fim de se efetivar uma coordenação de tráfego entre as próprias aeronaves.

Elemento de relevantíssima importância é destacar que as mensagens de controle do espaço aéreo se tornam mais frequentes entre o solo e a altura de 2.000 Ft (dois mil pés). Nessa altura, os procedimentos de descida iniciam-se com maior precisão, assim como é o marco dimensional para o ingresso das aeronaves nos circuitos de tráfego de pouso e decolagens, nos vários aeroportos do mundo.

Aspecto que merece análise é a comunicação da aeronave com os órgãos de controle, quando a mesma esteja em rota, a grandes altitudes, tendo em vista que a potência dos rádios aeronáuticos é extremamente baixa, por volta de 15 watts, menor até que a potência de rádios comunitárias, que, como já visto, possuem potência de até 25 *watts*.

Observação que deve ser registrada, neste momento, é especificar que o alcance de uma estação emissora de radiodifusão não é definido simplesmente por sua potência. Como bem expressa a Apostila de Radiomonitoragem[22], do Instituto de Controle do Espaço Aéreo (ICEA), órgão do Comando da

[21] COMANDO DA AERONÁUTICA. Instrução do Comando da Aeronáutica nº 100-12. Disponível em: <http://www.fab.mil.br/portal/legislacoes/ica_100-012_160206.pdf>. Acesso em: 27 nov 2010.
[22] COMANDO DA AERONÁUTICA. Instituto de Controle do Espaço Aéreo. ***Apostila de Radiomonitoragem***. São José dos Campos: ICEA, 2005. p. 06.

Revista.indd 262 13/09/2011 11:44:49

Aeronáutica, vários fatores interagem para se mensurar, concretamente, a cobertura de uma estação, entre eles: sensibilidade do receptor, potência do sinal transmitido, visada entre o receptor e o transmissor, ganhos das antenas de transmissão, entre outros.

A baixa potência dos rádios aeronáuticos decorre da necessidade de que as aeronaves tenham pouco peso, permitindo uma maior carga útil a ser transportada, o que equivale a dotar de viabilidade técnica e econômica a atividade de transporte aéreo. Para compensar a baixa potência dos rádios aeronáuticos, tais equipamentos possuem uma maior sensibilidade, para que pequenas ondas, emitidas a grandes distâncias, sejam recebidas pelos aviões, tal característica, por sua vez, deixa a aviação ainda mais suscetível a quaisquer interferências externas, ainda que emitidas por estações de baixa potência.

Paralelamente, para que tal comunicação seja possível, o Sistema de Controle do Espaço Aéreo possui uma rede de antenas repetidoras, instaladas por todo o território nacional, que dão suporte às mensagens enviadas pelos rádios das aeronaves, como visto, de baixíssima potência.

O Brasil possui a responsabilidade de proporcionar o controle de um espaço aéreo muito maior que a área do seu território terrestre (8.5 milhões de km2), pois, em razão de acordos internacionais, o gerenciamento do tráfego aéreo dilata-se também em grande faixa do oceano atlântico sul, englobando uma área total de mais de 22 milhões de quilômetros quadrados[23].

Que fique bem claro: qualquer aeronave, para que possa pousar ou decolar, há que realizar a comunicação via rádio com os órgãos de controle, ou mesmo entre as aeronaves, a fim de que não ocorram colisões.

Observe que a velocidade de uma aeronave é extremamente elevada, sendo que as de uso comercial, quando em procedimento para pouso, operam na velocidade de cerca de 400 km/h (quatrocentos quilômetros por hora). Assim, dificilmente os pilotos conseguem, somente com a vigilância visual, evitar colisões entre as aeronaves. Muito importantes são as mensagens que os pilotos enviam ao controlador de vôo, ou mesmo

[23] COMANDO DA AERONÁUTICA. Departamento de Controle do Espaço Aéreo. *Gerenciamento do Tráfego Aéreo*. Disponível em: <http://www.decea.gov.br/espaco-aereo/gerenciamento-de-trafego-aereo>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 263 13/09/2011 11:44:49

"às cegas", que permitem uma estimativa de posição de cada aeronave, prevenindo-se, assim, eventuais situações de perigo.

No que tange à navegação aeronáutica, o uso do espectro eletromagnético é de vital importância, especialmente para as operações aéreas em condições de vôo por instrumento.

A operação aérea de vôo por instrumentos ocorre quando os níveis meteorológicos atingem parâmetros que a visualização de referências externas torna-se difícil, ou seja, o piloto pouco consegue ver do lado de fora da aeronave, prejudicando a sua orientação especial.

A condução controlada do aparelho se desenvolve pela monitoração dos instrumentos a bordo da aeronave, equipamentos esses que são alimentados exclusivamente por ondas em frequência modulada, emitidas por antenas aeronáuticas, sendo tais emissões da mesma característica daquelas emitidas pelas rádios comunitárias, rádios comerciais e estações de televisão.

Também a partir de 2.000 (dois mil pés), até o solo, é que o uso de tais sinais torna-se essencial para a decolagem ou o pouso seguro de uma aeronave. Sem dúvida que o pouso é a manobra mais sensível no uso de sinais eletromagnéticos, especialmente quando a operação ocorre em condições de vôo por instrumentos, como, por exemplo, a utilização de sistema de aproximação de precisão para pouso.

Os sistemas aproximação de precisão garantem um pouso seguro da aeronave, desde que os sinais estejam sendo emitidos de forma harmônica e fiel, ou seja, sem interferências externas.

O *Instrument Landing System* (Sistema ILS) provê tanto informações de rampa (profundidade) como de desvio lateral, chegando a fornecer sinais para pouso seguro até em situações que as condições de visibilidade externa sejam de 0 m (zero metros), no aeródromo de destino.

De todo o exposto, verifica-se que a aviação requer excelência na segurança do espectro eletromagnético, pois que tanto as comunicações da aeronave com outras aeronaves e com os órgãos de controle, como os sistemas de navegação aérea, que provêm uma operação segura, ainda que sob condições meteorológicas adversas, são elementos essenciais para uma operação aeronáutica segura e confiável.

Sinteticamente, a aviação está, constantemente, submissa ao espectro eletromagnético, tanto para comunicar-se, quanto para navegar, nada mais

Revista.indd 264 13/09/2011 11:44:49

que prover adequado tratamento ao direito de ir e vir, com segurança, direito esse tratado como fundamental pela Constituição Federal de 1988[24]:

> 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: (grifo e negrito meu)

2.2 Dos efeitos deletérios no uso indisciplinado das comunicações na aviação

O descontrole do uso do espectro eletromagnético traz consequências drásticas para a aviação, pois, como visto, a operação aeronáutica muito depende da confiabilidade dos sistemas de comunicação e navegação aérea.

Ordinariamente, muito se têm destacado sobre a influência negativa que as rádios clandestinas produzem no campo da aviação, quadro que muito tem prejudicado a operação aérea em vários aeródromos do país.

Ocorre que tal prejuízo, normalmente, tem sido conectado aos grandes aeródromos e às rádios de maior potência, situação que não reproduz a verdade técnica.

No que tange ao aspecto da ligação entre a ausência de perigo do uso clandestino dos sinais em FM (Frequência Modulada) e as cidades isoladas, sem aeródromo, importa relembrar, como exposto no tópico anterior, que o Brasil possui uma imensa rede de antenas repetidoras, instaladas por todo o território nacional, capaz de gerar uma cobertura de comunicação na ordem de 22 milhões de quilômetros quadrados, haja vista a competência do Brasil em prover o controle de tráfego aéreo de seu território e ainda de uma grande faixa do oceano atlântico sul.

Assim, cidades em que não existem aeroportos construídos podem ter, em suas proximidades, antenas repetidoras instaladas, que, por usa vez, são passíveis de receberem influência de uma rádio clandestina.

[24] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 08 ago 2010.

Revista.indd 265 13/09/2011 11:44:49

Desse modo, há que se registrar a existência, em áreas totalmente diversas das áreas de aeródromos, de antenas repetidoras aeronáuticas, equipamentos que podem sofrer influência de uso clandestino de sinais de radiodifusão.

Por outro lado, a inexistência de órgão de controle de espaço aéreo, num determinado aeródromo, não dispensa o controle de tráfego a ser realizado pelos próprios pilotos, entre as aeronaves, mediante comunicação por transmissão de mensagens "às cegas".

Como explicado no item anterior, a comunicação "às cegas" é muito empregada entre os pilotos para se transmitir informações de descida, decolagem, pouso, rota de saída, quando se opera em locais em que não exista um órgão de controle do espaço aéreo ativado.

Desse modo, tanto a inexistência de um órgão estatal de controle do espaço aéreo em um determinado aeródromo, como a própria ausência de um aeroporto em uma cidade, não são fatores fáticos a concluir que uma operação de radiodifusão clandestina não produzirá prejuízo à aviação.

A questão da potência e do alcance da rádio comunitária também merece especial análise. O Decreto 2.615[25], de 03 de junho de 1998, em seu artigo 6º traz o seguinte:

> Art. 6º A cobertura restrita de uma emissora do RadCom é a área limitada por um raio igual ou inferior a mil metros, a partir da antena transmissora, destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro, uma vila ou uma localidade de pequeno porte. (grifo e negrito meu)

Para que a dimensão de mil metros seja melhor analisada, para fins das ciências aeronáuticas, requer-se a sua conversão em pés (ft), sendo que um pé contém 30,48 centímetros, ou seja, 0,304 metros[26]. Nesse sentido, um mil metros equivale a 3.048 pés.

Pois bem. Os 25 (vinte e cinco) watts de potência máxima de uma rádio comunitária são capazes de produzir efeitos eletromagnéticos até cerca de

[25] BRASIL, Decreto nº 2.615, de 03 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2615.htm>. Acesso em: 27nov 2010.

[26] CONTEÚDO aberto. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Unidade_inglesa>. Acesso em: 27nov 2010.

Revista.indd 266 13/09/2011 11:44:49

3.000 ft (três mil pés), altura essa de grande importância para a aviação, visto que os principais procedimentos de pouso, tanto para a comunicação como para a navegação, possuem maior relevância para a segurança de voo justamente a partir de 2.000 ft (dois mil pés).

Aos dois mil pés, as aeronaves saem das órbitas de espera e iniciam os procedimentos de pouso, especialmente os de precisão, quando o aparelho se subordina de forma absoluta aos sinais eletromagnéticos, que conduzem o piloto à pista, objetivo físico esse que o comandante não visualiza, pois, a utilização dos sistemas de aproximação por precisão ocorre quando as condições meteorológicas não proporcionam a visualização das referências físicas externas à aeronave.

Questão que merece apontamento é o fato de que, nos momentos próximos ao pouso, como na rampa final de pouso em procedimento ILS, os equipamentos de proteção contra colisão da aeronave com obstáculos são desligados, pois a proximidade da aeronave com o solo pode gerar um sinal falso de colisão, desviando a atenção do Comandante, em momento de extremo cuidado, que á e a manobra de pouso.

Desse modo, com o desligamento de tais equipamentos de proteção, eventual interferência de rádios clandestinas na frequência ILS pode produzir a colisão da aeronave com obstáculos, em razão de possível alteração das ondas emitidas pelo ILS, como por o aparelho estar voando em momentos em que seu sistema de proteção contra colisões esteja desligado.

A interferência, que chegue a alterar 0,5º (meio grau) na rampa de pouso, em aeroportos como o de Congonhas, em São Paulo, em que o uso do solo se encontra desarmônico diante das normas aeronáuticas, pode gerar sérios acidentes, como a colisão da aeronave com prédios e antenas.

Ao nível de senso comum, acredita-se que tais sinais eletromagnéticos têm como ponto de emissão a área interna do aeroporto, de forma que se eventual rádio clandestina estiver localizada a mais de 1 km (um quilômetro) do centro do aeródromo, sua influência não afetaria tais antenas e equipamentos.

Mais uma vez, grande erro incide o leigo, pois algumas das antenas pertencentes aos equipamentos de auxílio a pouso por instrumentos estão instaladas a quilômetros do aeroporto, como os marcadores externos, pontos fixos que balizam a aproximação a média distância do aeroporto.

Revista.indd 267 13/09/2011 11:44:49

No campo das ciências aeronáuticas, relevante registrar a existência de quatro tipos de interferência que, sob o plano físico, podem ocorrer independente da intenção de emissor, segundo a Apostila de Radiomonitoragem, do Instituto de Controle do Espaço Aéreo - ICEA[27]: interferência co-canal, por harmônicos, por intermodulação e interferência por espalhamento.

A interferência por co-canal é a ocorrida quando uma estação utiliza a mesma frequência de outra estação, situação fortemente possível de incidência em questões de rádios comunitárias clandestinas, pois o próprio funcionamento da referida rádio ocorre à revelia do Poder Concedente, de forma que tal "rádio pirata" opera na frequência que bem desejar, facilitando conflitos de frequência.

A interferência por harmônicos é aquela em que uma rádio, por deficiência em seus filtros, acaba por interferir numa frequência harmônica, ou seja, uma estação que atue na frequência de 100 Mhz pode interferir em seus harmônico de 200 Mhz. No que tange às rádios comunitárias irregulares, se a própria operação ocorre sob a clandestinidade, não se pode assegurar que tal estação detenha os filtros necessários, podendo interferir não só na frequência que opera de forma ilegal, mas também em seus harmônicos.

A interferência por espalhamento, por sua vez, também decorre da deficiência de filtros, mas, ao invés de interferir em frequência harmônicas, prejudica as frequências próximas àquela que está sendo utilizada.

Existe, ainda, o fenômeno físico da "carona" eletromagnética, efeito que dilata o alcance de rádios comunitárias clandestinas. Tal fenômeno ocorre quando uma rádio opera sem a devida análise dos efeitos de sua transmissão e acaba por moldar-se à frequência próxima de outra estação emissora, fazendo surgir uma terceira frequência.

Segundo a Apostila de Radiomonitoragem[28], tal fenômeno denomina-se de Interferência por Intermodulação. Em palavras mais simples, uma estação de rádio comunitária clandestina, ainda que opere com baixa potência, ao atuar em frequência não previamente analisada pela ANATEL, pode se intermodular com as emissões de uma rádio regular, de

[27] COMANDO DA AERONÁUTICA. Instituto de Controle do Espaço Aéreo (ICEA). *Apostila de Radiomonitoragem*. São José dos Campos: ICEA, 2005. p. 06.

[28] Ibidem, p. 07.

Revista.indd 268 13/09/2011 11:44:49

maior potência, e criar uma terceira frequência. Esta terceira frequência, produzida pela operação irregular da rádio "pirata", receberá energia de tal combinação, fazendo com que o alcance da rádio clandestina seja bem maior que 1 km (um quilômetro), embora menor que o alcance da rádio regular, da qual se intermodulou.

Em fenômenos deste tipo, uma onda de rádio comunitária clandestina pode receber forte impulso e ultrapassar seus limitados mil metros de alcance, que, ordinariamente, os 25 (vinte e cinco) watts de potência permitem.

Portanto, é fácil concluir que a segurança da aviação está condicionada à segurança dos sinais eletromagnéticos aeronáuticos, tanto para a comunicação da aeronave, quanto para a sua navegação, de forma que eventual interferência externa pode causar grandes catástrofes.

3 Da Tipicidade Penal Do Crime

3.1 Da tipificação penal e as normas penais vigentes

Dois dispositivos legais trazem a tipificação do crime contra as telecomunicações, o art. 70 da Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962, lei essa que institui o Código Brasileiro de Telecomunicações, e o art. 183 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, norma essa que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, também denominada de Lei da ANATEL ou Lei das Telecomunicações.

O art. 70 da Lei 4.117/62 traz a seguinte tipificação[29]:

> Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos. (Substituído pelo Decreto-lei nº 236, de 28.2.1967)

[29] BRASIL, Lei Federal nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4117.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 269 13/09/2011 11:44:49

Já o art. 183 da Lei das Telecomunicações dispõe quanto ao ilícito penal da seguinte forma[30]:

> Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:
> Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ocorre que a lei das telecomunicações, em seu artigo 215, inciso I, traz uma regra expressa de desconflito de normas[31]:

> Art. 215. Ficam revogados:
> I - a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão;

Ocorre que o dispositivo que tipifica a exploração de rádio clandestina, ao mesmo tempo que é matéria de radiodifusão, também é matéria penal, podendo até ser considerado um crime especial, dentro das várias formas de exploração das telecomunicações.

Sendo assim, duas correntes jurisprudenciais principais se abrem para a correta tipificação da conduta de exploração clandestina de radiodifusão: uma que entende que o Código Brasileiro de Telecomunicações é a norma regente, e outra que compreende que a lei nova, a Lei 9.472/97, revogou a anterior quanto a este crime, passando a tipificá-lo.

O jurista José Paulo Baltazar Júnior[32] se orienta pelo entendimento de que o crime em tela deve ser regido pela Lei 4.117/62. Nesse sentido, o letrado magistrado se expressa:

> A primeira corrente, que adoto, é pela vigência do art. 70, mesmo após o advento da nova lei, considerando: a) que a CF, em seu art. 21, incisos XI e XII, *a*, diferencia

[30] BRASIL, Lei Federal nº 9.472, de 16 de junho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

[31] Ibidem.

[32] BALTAZAR JR, José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 2010. p. 572.

Revista.indd 270 13/09/2011 11:44:49

> os serviços de telecomunicações e radiodifusão, sendo aplicável a lei nova aos primeiros, e a antiga, aos segundos; b) a própria Lei 9.472/97, em seu artigo 215, ressalvou a vigência da Lei 4.117/62 quanto à matéria penal não tratada na lei nova e aos preceitos relativos à radiodifusão.

Mais à frente, o doutrinador[33] acima destacado inclui novo argumento para a defesa da vigência da Lei 4.117/62: a qualificação da conduta como crime de menor potencial ofensivo, por ter pena máxima de detenção até 2 (dois) anos, com isso, as medidas despenalizadoras da Lei 9.099/96 podem ser aplicadas, especialmente às condutas relativas às rádios comunitárias clandestinas, as maiores infratoras de tal conduta penal.

Há que se registrar que o art. 2º da Lei 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, portanto, posterior à lei das telecomunicações, traz interessante regra[34]:

> Art. 2º O Serviço de Radiodifusão Comunitária obedecerá ao disposto no art. 223 da Constituição, aos preceitos desta Lei e, no que couber, **aos mandamentos da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**, e demais disposições legais. (grifo e negrito meu)

Desse modo, no que tange aos delitos relacionados à rádio comunitária, em especial à sua exploração de forma clandestina, tudo está a indicar que a norma especial do Código das Telecomunicações é a norma tipificadora.

O Superior Tribunal de Justiça vinha trilhando este entendimento, como se verifica no julgado abaixo[35]:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. TELECOMUNICAÇÕES. RÁDIO CLANDESTINA. LEI N.º 4.117/62. DENÚNCIA REJEITADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PENA IN ABSTRATO.

[33] Ibidem, p. 573.

[34] BRASIL, Lei federal nº 9.612, de 19 de fevereiro de1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9612.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

[35] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria Penal. REsp nº 593310/RJ. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 23 de agosto de 2005. Lex: Jurisprudência do STJ, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp&processo=593310&b=ACOR>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 271 13/09/2011 11:44:49

> 1. Da consumação do fato tido por delituoso, até o presente julgamento, transcorreu período de tempo suficiente à configuração da prescrição, já que ausente qualquer marco interruptivo (art. 117, CP).
> 2. Declaração, de ofício, da extinção da punibilidade estatal pela prescrição da pretensão punitiva regulada pelo máximo da pena abstratamente cominada ao delito, nos termos do art. 107, inciso IV, c.c. o art. 109, inciso V, do Código Penal, julgando prejudicado o recurso especial.

Porém, não é este o atual entendimento da Terceira Seção do STJ. No conflito de Competência 101468/RS[36], a Corte de Uniformização de Jurisprudência de Leis Infraconstitucionais se manifestou no sentido de que a norma penal da Lei 4.117/62 ainda está vigente, mas apenas àqueles que exercem a atividade de radiodifusão de forma autorizada, porém, contrária aos preceitos legais, ficando a nova lei aplicável à exploração clandestina:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E VARA FEDERAL. PROCESSUAL PENAL. ESTAÇÃO DE RÁDIO CLANDESTINA. CONDUTA QUE SE SUBSUME NO TIPO PREVISTO NO ART. 183 DA LEI 9.472/97 E NÃO AO ART. 70 DA LEI 4.117/62. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM.
> PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL COMUM. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO FEDERAL DA 2A. VARA DE PELOTAS - SJ/RS, ORA SUSCITADO.
> 1. A prática de atividade de telecomunicação sem a devida autorização dos órgãos públicos competentes subsume-se no tipo previsto no art. 183 da Lei 9.472/97; divergindo da conduta descrita no art. 70 da Lei 4.117/62, em que se pune aquele que, previamente

[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. Matéria Processual Penal. CC 101468/RS. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 26 de agosto de 2009. Lex: Jurisprudência do STJ, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=cc&processo=101468&b=ACOR>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 272 13/09/2011 11:44:49

> autorizado, exerce a atividade de telecomunicação de forma contrária aos preceitos legais e aos regulamentos. Precedentes do STJ.
> 2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2a. Vara de Pelotas - SJ/RS, ora suscitado, em conformidade com o parecer ministerial.

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, realizou outra diferenciação entre a conduta do art. 70 da Lei 4.117/62 e a do art. 183 da Lei 9.472/97: a habitualidade do uso da telecomunicação clandestina[37]:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÕES CONTRA O DISPOSTO EM LEI. TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. ART. 70 DA LEI N° 4.117/62. IMPOSSIBILIDADE. HABITUALIDADE DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO ART. 183 DA LEI N° 9.472/97. ORDEM DENEGADA. 1. A diferença entre a conduta tipificada no art. 70 do antigo Código Brasileiro de Telecomunicações e a do art. 183 da nova lei de Telecomunicações está na habitualidade da conduta. 2. Quando a atividade clandestina de telecomunicações é desenvolvida de modo habitual, a conduta tipifica o disposto no art. 183 da Lei n° 9.472/97, e não o art. 70 da Lei n° 4.117/62, que se restringe àquele que instala ou utiliza sem habitualidade a atividade ilícita em questão. 3. A denúncia narrou o uso ilegal das telecomunicações de modo habitual pelo réu, sendo correta a tipificação que lhe foi dada. 4. Ordem denegada.

[37] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habaes Carpus. HC 93870/SP. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 20 de abril de 2010. Lex: Jurisprudência do STF, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=hc%2893870%2ENUME%2E+OU+93870%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 273 13/09/2011 11:44:49

3.2 Do princípio da insignificância no crime de telecomunicações clandestinas comunitárias e a segurança da aviação

O Princípio da Insignificância tem sido enormemente empregado, no campo criminal, para se aferir a tipificação material de condutas e, desse modo, atestar o real ataque ao bem jurídico protegido pela norma.

O Supremo Tribunal Federal tem elencado alguns elementos balizadores para a caracterização da atipicidade material de condutas, abaixo descritos no julgado *infra* destacado, do eminente Ministro Ricardo Lewandowski[38]:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE FURTO SIMPLES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RAZOÁVEL GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FURTO INSIGNIFICANTE. FURTO PRIVILEGIADO. DISTINÇÃO. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA NÃO EXAMINDA NO ACÓRDÃO QUESTIONADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DECLARAR A PRESCRIÇÃO.
> I – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige a ocorrência de conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade do agente, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva.
> (*Omissis*)

Ponto de maior relevância deste trabalho é a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicabilidade do Princípio da Insignificância às condutas de exercício da atividade de radiodifusão

[38] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habaes Carpus. HC 104117 / MT. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 26 de outubro de 2010. Lex: Jurisprudência do STF, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=hc%28104117%2ENUME%2E+OU+104117%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 274 13/09/2011 11:44:49

comunitária de forma clandestina, em especial, o HC 104530, que teve sua síntese publicada nas notícias do sítio eletrônico do referido tribunal[39], em 28 de setembro de 2010 e também no Informativo STF nº 602[40].

Antes de iniciar a análise de tal julgado, frente aos perigos que a atividade clandestina de radiodifusão comunitária imprime à aviação, urge considerar que o Superior Tribunal de Justiça não pactua do entendimento do Pretório Excelso, como se pode verificar no recente julgado sobre o tema[41]:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> 1. O princípio da insignificância se caracteriza pela intervenção do direito penal apenas quando o bem jurídico tutelado tiver sido exposto a um dano impregnado de significativa lesividade. Não havendo, outrossim, a tipicidade material, mas apenas a formal, a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por conseqüência, a intervenção da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima.
> 2. A conduta dos agravantes, além de se subsumir à definição jurídica do crime de instalação e funcionamento de emissora de rádio clandestina e se amolde à tipicidade subjetiva, uma vez que presente o dolo, ultrapassa também a análise da tipicidade material, uma vez que, além de existente o desvalor da ação – por terem praticado uma conduta relevante –, o resultado jurídico, ou seja, a lesão, também é relevante porquanto, mesmo tratando-se de uma rádio de baixa frequência, é

[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=162638&caixaBusca=N>. Acesso em: 27 nov 2010.

[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência do STF nº 602*. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=rádio comunitária &numero=602&pagina=1&base=INFO**>. Acesso em: 27 nov 2010.**

[41] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. Matéria Penal. AgRg no REsp nº 1101637 / RS. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 20 de maio de 2005. Lex: Jurisprudência do STJ, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1101637&b=ACOR>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 275 13/09/2011 11:44:49

imprescindível a autorização governamental para o seu funcionamento.
3. Agravo regimental improvido.

Sinteticamente, pode-se concluir, pelo julgado acima, que o STJ compreende que o tipo penal de exploração de radiodifusão clandestina, mesmo que comunitária, portanto, de baixa potência, detém subsunção do elemento fático ao tipo penal, cujo desvalor já foi aferido pelo legislador, sendo que a ausência de autorização estatal constitui elemento normativo, ou seja, a falta de autorização repercute de imediato na tipificação.

Em outras palavras, o perigo abstrato contido no tipo penal é relevante pela subsunção do fato ao tipo, especialmente pela ausência de autorização governamental, pois tal conduta traz efetivo perigo à sociedade, suficiente para que o fato esteja apto a ser tratado no campo do direito penal.

O STJ, portanto, não resume sua posição ao sustentar tão somente a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, modalidade de crime frequentemente questionada pelo Supremo Tribunal Federal; ao contrário, a Corte Especial das Leis Ordinárias entende que o uso de radiofrequências, sem autorização estatal, produz suficiente perigo à sociedade, tanto porque a conduta é relevante, pois dotada de vontade direta de não cumprir a norma, quanto em função de a lesão ao bem jurídico tutelado ser efetiva, pois fragiliza a segurança das telecomunicações, isso independente da potência empregada, justamente por haver, em todos os casos, a necessidade de autorização do Poder Concedente.

Sem dúvida que o STJ contém o melhor entendimento sobre a matéria, além de ser o tribunal com competência constitucional sobre uniformização jurisprudencial de leis ordinárias, mas também em vista de que a tentativa de buscar prova material de lesão ao bem jurídico, como tem compreendido o STF, requer uma busca incessante de provas, deixando ao relento a proteção ao espectro eletromagnético, que sempre é alvo de fragilização, quando ocorre o uso indisciplinado de meios de telecomunicações.

O HC 104530, da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, afastou a tipicidade material do delito de exploração clandestina de radiodifusão, por falta de ofensividade da conduta e pela baixa reprovabilidade social. Quanto ao primeiro argumento, a ausência de ofensividade, duas alegações

Revista.indd 276 13/09/2011 11:44:50

fáticas sustentam o julgado: o pequeno alcance da rádio comunitária e a localização da rádio clandestina estar longe dos grandes centros[42]:

> O ministro Ricardo Lewandowski (relator) concedeu a ordem ao entender que o crime é de bagatela e que, nessa hipótese, tal princípio pode ser aplicado "quando a conduta do agente é minimamente ofensiva, quando há ausência de risco social da ação, quando há reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e quando a lesão jurídica é inexpressiva". O relator também observou que a emissora tinha alcance de 30 metros e utilizava transmissor de 25 watts, considerado de baixa potência.
>
> Ponderou que o caso é excepcional diante das circunstâncias, uma vez que a rádio era operada no município de Inhacorá, pequena cidade localizada no interior gaúcho, na qual habitam cerca de duas mil pessoas. O município é distante de outras emissoras de rádio e televisão, bem como de aeroportos, "o que demonstra ser remota, se não impossível, a hipótese de interferência, de a rádio causar algum prejuízo para outros meios de comunicação". (grifos e negritos meus)

Já quanto ao segundo fundamento, o eminente relator considerou os benefícios que a atividade de radiodifusão clandestina produz à comunidade local, efeito esse capaz de afastar a reprovabilidade da conduta[43]:

> Ele ressaltou que a rádio comunitária é um meio "preciosíssimo de comunicação", pois pede ambulância para membros da comunidade, relata acidentes, previne incêndios, transmite mensagem de utilidade pública, entre outros.

[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=162638&caixaBusca=N>. Acesso em: 27 nov 2010.
[43] Ibidem.

Revista.indd 277 13/09/2011 11:44:50

As três principais alegações, potencialmente generalizadoras, merecem análise sob a óptica das ciências aeronáuticas. O primeiro elemento, o pequeno alcance da rádio, mensurado em 30 (trinta) metros, ao que tudo indica, consolida um grave engano.

Como conceber uma rádio que possui um alcance de trinta metros? Talvez suas informações mal cheguem até à próxima esquina, nem um rádio portátil detém diminuto alcance.

Vasculhando as normas, pode-se afirmar que a assessoria do Ministro enganou-se com um termo técnico existente no §1º do art. 1ª da Lei 9.612/98, que traz as características técnicas de potência e dimensão das rádios comunitárias, senão vejamos:

> § 1º Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP **e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros.** (grifo e negrito meu)

Pois bem, a expressão "altura do sistema irradiante não superior a trinta metros" significa a altura física da ANTENA de transmissão e não o alcance de um equipamento de telecomunicações de até 25 watts. Uma rádio com alcance de 30 (trinta) metros é contraditória com a própria expressão telecomunicações, que significa[44] "aquilo que permite comunicar à distância".

No que tange ao alcance das rádios comunitárias, mensurado pelo Decreto nº 2.615/98 como de até 1 Km (um quilômetro), este estudo já demonstrou que tal alcance equivale a 3.000 ft (três mil pés), altura essa que interfere nas operações aéreas mais sensíveis, como os procedimentos de pouso por precisão e as comunicações das aeronaves com os órgãos de controle, quando em pousos e decolagens.

Importante ainda lembrar que a potência de determinada estação não é o único fator a se considerar seu alcance[45], pois a sensibilidade da antena do receptor e alguns fenômenos físicos podem alterar tal área de

[44] CONTEÚDO aberto. In: The free dictionary: dicionário livre. Disponível em: <http://pt.thefreedictionary.com/telecomunica%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 27nov 2010.

[45] COMANDO DA AERONÁUTICA. Instituto de Controle do Espaço Aéreo (ICEA). *Apostila de Radiomonitoragem*. São José dos Campos: ICEA, 2005. p. 06.

Revista.indd 278 13/09/2011 11:44:50

cobertura, especialmente em operações clandestinas, em que a exploração ocorre sem prévia análise técnica e sem controle de qualidade pelo Poder Concedente. Em outras palavras, a operação clandestina ocorre sem que a frequência alocada seja previamente analisada e sem a garantia de que existam filtros adequados, para controlar as emissões.

O fato de a potência das rádios comunitárias ser limitada a 25 watts, para as ciências aeronáuticas, não exclui a capacidade de interferência, pois, como já visto, a potência dos rádios aeronáuticos é da ordem de 15 watts, sendo tal pequena potência compensada pela alta sensibilidade que as antenas das aeronaves possuem. Esta alta sensibilidade das antenas dos aviões é outro ponto que expõe a aviação a um maior perigo pelo uso clandestino de frequências de rádio, pois ondas eletromagnéticas emitidas sob baixa potência são facilmente captadas pelas sensíveis antenas das aeronaves, tanto as destinadas à comunicação como as pertencentes ao sistema de navegação aérea.

Superado o primeiro alicerce da decisão, resta perquirir sobre o tipo de município em que atua o explorador clandestino, pois, se distante de aeroportos, não trará perigo à aviação, segundo concluiu o relator do STF no HC 104530.

Ora, tal argumentação já foi afastada nos itens 2.1 e 2.2 deste trabalho, pois a rede de telecomunicações aeronáuticas abrange uma cadeia de antenas repetidoras, dispersas pelo território nacional e capazes de permitirem que os equipamentos de baixa potência instalados nas aeronaves (cerca de 15 watts) possam proporcionar comunicações a grandes distâncias, como as transmissões de mensagens durante a realização do vôo em altas rotas aéreas.

A inexistência de órgão de controle em determinado aeródromo também não é fato relevante para afastar o perigo de rádios clandestinas, pois, em aeroportos deste jaez, os aviadores executam a comunicação "às cegas", entre as aeronaves, transmissões essas também possíveis de serem inviabilizadas pelo uso indisciplinado do espectro eletromagnético.

A interferência por intermodulação[46] é outro efeito decorrente do uso clandestino do espectro eletromagnético, como já explanado no item 2.2, fenômeno que pode alterar a área de cobertura de uma estação clandestina, de forma que o presumido 1 km (um quilômetro) de alcance da norma

[46] Ibidem, p. 07.

Revista.indd 279 13/09/2011 11:44:50

torna-se irreal, se a frequência que a rádio clandestina se intermodulou for de alta potência.

Ou seja, a incidência do fenômeno de intermodulação, altamente provável em operações clandestinas, pois destituídas de prévia análise técnica pelo Poder Concedente, pode fazer com que se ultrapassem os limitados mil metros de alcance de um transmissor de baixa potência.

Desse modo, o pressuposto de baixo alcance de uma rádio comunitária não se aplica à rádio comunitária clandestina, pois esta última atua sem análise técnica de sua operação, e não se pode garantir que existam filtros adequados a evitarem a ocorrência de fenômenos físicos característicos de operações sem qualidade, como a intermodulação e a emissão de harmônicos.

A interferência por intermodulação é um dos motivos pelos quais a distribuição de frequências deve sofrer acurada análise pelo Poder Concedente, a fim de ser efetivamente controlado o espectro eletromagnético.

Aqui, também reside outro grande perigo: decisões judiciais[47] que autorizam determinado postulante a operar sua rádio comunitária, sem anuência do Poder Concedente, geralmente por demora na emissão da licença. Como demonstrado, a nova estação emissora, ainda que opere sob baixa potência (até 25 watts), poderá interferir em outras frequências, seja em conflito de mesma frequência, seja em frequências intermoduladas, quando mal se saberá o real alcance que tal estação desenvolverá.

Sem dúvida que a nova jurisprudência do STJ[48] sobre a matéria, em que se estabelece um prazo determinado para que a Administração Pública processe o pedido administrativo de exploração da rádio comunitária, ao invés de conceder a exploração à revelia do Poder Concedente, atende ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e não impõe o uso indisciplinado das frequências de radiodifusão, exaltando o Princípio

[47] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria Administrativa. REsp nº 531349 / RS. Relator Ministro José Delgado. Brasília, DF, 03 de junho de 2004. Lex: Jurisprudência do STJ, Brasília, DF. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp&processo=531349&b=ACOR>. Acesso em: 27 nov 2010.

[48] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria Administrativa. REsp nº 1123343 / RS. Relator Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 08 de junho de 2010. Lex: Jurisprudência do STJ, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp&processo=1123343&b=ACOR>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 280 13/09/2011 11:44:50

Constitucional da Separação de Poderes, além de garantir a segurança do espectro eletromagnético.

No que tange à alegação da baixa reprovabilidade da rádio comunitária clandestina, ínsita no HC 104530[49], em consequência dos benefícios sociais que ela produz à sociedade local, há que se considerar que a segurança das telecomunicações deve superar tais benefícios, pois o descontrole do espectro eletromagnético traz prejuízos a todo um sistema de transporte aéreo.

A instabilidade da comunicação e da navegação aéreas torna inexequível o transporte mais rápido e seguro que a humanidade detém, instrumento de benéfico de milhões de cidadãos, que não pode ser fragilizado pelo interesse de pequenas comunidades, no intuito de explorar, clandestinamente, o sistema de comunicações.

Baixa potência, cidades pequenas e distantes de grandes centros, inexistência de aeroportos, ausência de órgão de controle do espaço aéreo em determinado aeródromo não são, definitivamente, argumentos que tornam insignificante o emprego do espectro eletromagnético sem a adequada análise do Poder Concedente, pois o império do direito à informação estará colocando em real perigo a segurança do transporte aéreo, também direito fundamental dos cidadãos brasileiros, como determina o *caput* do art. 5º da Carta Republicana Brasileira de 1988[50].

Conclusão

A presente Monografia apresentou o especial tratamento que a Constituição Federal de 1988 deu ao direito à informação, com destaque à liberdade de produção intelectual e a impossibilidade de controle prévio de censura.

Por outro lado, demonstrou-se que a forma de divulgação da informação recebeu dispositivos especiais, em que o controle estatal possui conotação mais ativa, no entanto, com regramento em nível constitucional, a fim de que o sistema de comunicações detenha uma maior estabilidade jurídica,

[49] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=162638&caixaBusca=N>. Acesso em: 27 nov 2010.

[50] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm> Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 281 13/09/2011 11:44:50

com exceção da comunicação impressa, modalidade essa que ganhou maior liberalidade.

As rádios comunitárias foram adequadamente definidas, de acordo com a Lei 9.612/98, oportunidade em que seus caracteres dimensionais e suas finalidades legais, além de detalhadas, também foram analisadas sob a óptica da adequação, quando então se visualizou a coerência em que o legislador ordinário pátrio empregou para tanto estabelecer facilitações como restrições, no intuito de preservar o valor coletivista que tais estações possuem, bem como ampliar o acesso à sua instalação.

Ponto de extrema importância no regramento infraconstitucional foi a relativização da necessidade do consentimento afirmativo do Congresso Nacional, quando do licenciamento dos serviços de telecomunicações, ao se permitir a emissão e a operação de rádio comunitárias de forma precária, até a deliberação posterior do Poder Legislativo, numa clara demonstração de discriminação positiva, no entanto, sempre sob a coordenação técnica do Poder Concedente.

Em tópico posterior, apresentou-se a extrema subordinação que a aviação possui em relação ao espectro eletromagnético, em razão dos serviços de comunicação e navegação aéreas.

Clara tornou-se a ínsita relação entre a segurança do transporte aéreo e as comunicações entre as aeronaves e os órgãos de controle do espaço aéreo, bem como a sensível debilidade que possui a navegação aérea, em relação à radiodifusão, especialmente quando das operações de aproximação por precisão para pouso.

O uso indisciplinado do espectro eletromagnético foi destacado como fortemente perigoso para a aviação, sendo que fatores como inexistência de aeroporto nas proximidades da estação clandestina, ou mesmo ausência de órgão de controle de tráfego, ou distância razoável da pista e, até mesmo, a baixa potência de uma rádio, não são elementos seguros para afastar a interferência que uma rádio comunitária clandestina pode causar à aviação.

Efeitos físicos como a intermodulação, a existência de uma rede de antenas repetidoras, longe dos aeroportos e das cidades grandes, antenas especiais do sistema de aproximação de precisão, também distantes das pistas de pouso, são aspectos que tornam despiciendo querer formular premissas de insignificância quanto à emissão de ondas de radiodifusão sem controle estatal.

Revista.indd 282 13/09/2011 11:44:50

A tipificação da conduta de exploração clandestina das telecomunicações foi objeto de análise específica, onde se constatou que o Superior Tribunal de Justiça entende que a exploração da radiodifusão, fora das especificações de sua autorização, incide-se no delito do art. 70 da Lei 4.117/62[51], ao passo que se a operação for clandestina, tipifica-se pelo art. 183 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997.

Já o Supremo Tribunal Federal parte para outro critério de diferenciação: a habitualidade. Nesse sentido, se houver a exploração não habitual, ocorre o crime do art. 70 da Lei 4.117/62, ao passo que se houver habitualidade na operação clandestina, tipifica-se pelo art. 183 da Lei 9.472[52], de 16 de julho de 1997, pois detém pena mais severa.

Ponto de maior envergadura deste trabalho monográfico é a questão da incidência do Princípio da Insignificância à conduta de operação clandestina de rádios comunitárias. Inicialmente, apresentou-se a posição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[53], que não visualiza a bagatela em tal conduta, justamente por haver clara subsunção do fato ao tipo penal, bem como a ausência de autorização governamental, além de ser elemento integrante do tipo, também produz lesão ao bem jurídico tutelado, tanto pelo dolo em operar clandestinamente, quanto por colocar em perigo as comunicações em geral.

Já o Supremo Tribunal Federal[54] caminha em direção ao crime de bagatela, fundado na pequena ofensividade e na ausência de reprovabilidade social, tendo em vista o valor social das rádios comunitárias.

Porém, demonstrou-se que ambos os fundamentos do *decisum* incorrem em forte engano. Primeiramente, em razão de que a baixa ofensividade foi baseada no pequeno alcance das rádios comunitárias, 30 (trinta) metros,

---

[51] BRASIL, Lei Federal nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4117.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

[52] BRASIL, Lei Federal nº 9.472, de 16 de junho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

[53] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. Matéria Penal. AgRg no REsp nº 1101637 / RS. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 20 de maio de 2005. Lex: Jurisprudência do STJ, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1101637&b=ACOR>. Acesso em: 27 nov 2010.

[54] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=162638&caixaBusca=N>. Aceso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 283 13/09/2011 11:44:50

e na localização da rádio clandestina estar em cidade distante dos grandes centros e aeroportos.

Ao que tudo indica, o alcance de 30 (trinta) metros, constante do julgado, decorreu de equívoco interpretativo, pois quando a Lei 9.612/98[55], em seu §1º do art. 1, expressa que "altura do sistema irradiante não superior a trinta metros", significa que a altura física da antena é que não pode ultrapassar trinta metros e não que o alcance da estação seja de até tal diminuta medida.

No que tange à localização da rádio estar em cidade distante dos grandes centros e aeroportos, tendo por base a potência de apenas 25 watts, incide flagrante inconsistência com as ciências aeronáuticas. Ocorre que o sistema de telecomunicações não está instalado apenas aos arredores doas aeroportos, pois existe uma rede de antenas repetidoras de comunicações aeronáuticas, espalhadas por todo o território nacional. Além disso, a potência não é o único elemento a indicar a cobertura de uma estação de rádio, fatores como a sensibilidade do receptor e fenômenos físicos como a intermodulação, podem dilatar o alcance de uma estação por radiodifusão.

Em especial, há que se considerar que as aeronaves são equipadas com rádios de baixíssima potência, justamente para evitarem o transporte de rádios pesados, no entanto, a sensibilidade de suas antenas é gigantesca, para que possam transmitir comunicações a enormes distâncias, como em seus voos em rota, de elevada altitude.

No que tange à baixa reprovabilidade social, em função dos relevantes serviços que a rádio comunitária clandestina presta à sociedade local, após a acurada análise aeronáutica dos efeitos deletérios da operação clandestina de estações radiodifusoras, há que se considerar o afetamento direto da segurança do transporte aéreo, tanto por possibilidade de colisões entre aeronaves, quando da falha de comunicações, como também na eventual instabilidade dos procedimentos de aproximação para pouso, em situações meteorológicas desfavoráveis, cenário que traz a perspectiva de colisão com obstáculos existentes nos arredores dos aeroportos.

Diante do exposto, pode-se compreender que a aviação requer, para seu adequado desempenho, alta disciplina no uso do espectro eletromagnético, bem jurídico tutelado pelo direito penal, em franco cumprimento do direito fundamental à segurança pública do transporte aéreo, previsto no *caput* da

[55] BRASIL, Lei federal nº 9.612, de 19 de fevereiro de1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9612.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 284 13/09/2011 11:44:50

norma constitucional brasileira, e inalienável, mesmo que diante do direito à informação, direito esse que recebeu limitações constitucionais, quando de sua transmissão por meio das telecomunicações.

Portanto, não há espaço para a aplicação do Princípio da Insignificância, quando da exploração das telecomunicações por rádio comunitária clandestina, exatamente porque a aviação possui elevada dependência da segurança do espectro eletromagnético, não limitado às áreas próximas aos grandes centros os aos aeroportos, pois os efeitos físicos do uso desautorizado de radiofrequências são imensuráveis, bem como o sistema de telecomunicações aeronáuticas não se limita a tal região, mas alastra-se por todo o território nacional.

Por fim, pode-se concluir que a clandestinidade não tem espaço no ramos das telecomunicações, ainda que sob relevantes serviços comunitários, pois a segurança do transporte aéreo é um direito fundamental e, mais que isso, altamente sensível à indisciplina do uso do espectro eletromagnético. Não há justificativa social capaz de consolar as famílias que perdem seus entes queridos num fatal acidente aeronáutico.

Referências

ANDRADE, Manoel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1978

BALTAZAR JR, José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 2010.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em 27 nov 2010.

BRASIL, Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei federal nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

BRASIL, Lei Federal nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4117.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 285 13/09/2011 11:44:50

BRASIL, Lei Federal nº 9.472, de 16 de junho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

BRASIL, Lei federal nº 9.612, de 19 de fevereiro de1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9612.htm>. Acesso em: 27 nov 2010.

BRASIL, Decreto nº 2.615, de 03 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2615.htm>. Acesso em: 27nov 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria Administrativa. REsp nº 531349 / RS. Relator Ministro José Delgado. Brasília, DF, 03 de junho de 2004. Lex: Jurisprudência do STJ, Brasília, DF. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp&processo=531349&b=ACOR>. Acesso em: 27 nov 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria Administrativa. REsp nº 1123343 / RS. Relator Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 08 de junho de 2010. Lex: Jurisprudência do STJ, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp&processo=1123343&b=ACOR>. Acesso em: 27 nov 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria Penal. REsp nº 593310/RJ. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 23 de agosto de 2005. Lex: Jurisprudência do STJ, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp&processo=593310&b=ACOR>. Acesso em: 27 nov 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. Matéria Processual Penal. CC 101468/RS. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 26 de agosto de 2009. Lex: Jurisprudência do STJ, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=cc&processo=101468&b=ACOR>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 286 13/09/2011 11:44:50

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. Matéria Penal. AgRg no REsp nº 1101637 / RS. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 20 de maio de 2005. Lex: Jurisprudência do STJ, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1101637&b=ACOR>. Acesso em: 27 nov 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=162638&caixaBusca=N>. Aceso em: 27 nov 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência do STF nº 602*. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=rádio comunitária &numero=602&pagina=1&base=INFO>. Acesso em: 27 nov 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habaes Carpus. HC 93870/SP. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 20 de abril de 2010. Lex: Jurisprudência do STF, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=hc%2893870%2ENUME%2E+OU+93870%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 27 nov 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habaes Carpus. HC 104117 / MT. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 26 de outubro de 2010. Lex: Jurisprudência do STF, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=hc%28104117%2ENUME%2E+OU+104117%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 27 nov 2010.

COMANDO DA AERONÁUTICA. Departamento de Controle do Espaço Aéreo. *Gerenciamento do Tráfego Aéreo*. Disponível em: <http://www.decea.gov.br/espaco-aereo/gerenciamento-de-trafego-aereo>. Acesso em: 27 nov 2010.

COMANDO DA AERONÁUTICA. Instrução do Comando da Aeronáutica nº 100-12. Disponível em: <http://www.fab.mil.br/portal/legislacoes/ica_100-012_160206.pdf>. Acesso em: 27 nov 2010.

Revista.indd 287 13/09/2011 11:44:50

COMANDO DA AERONÁUTICA. Instrução do Comando da Aeronáutica nº 102-11. Disponível em: <http://publicacoes.decea.gov.br/?i=publicacao&id=2576>. Acesso em: 27 nov 2010.

COMANDO DA AERONÁUTICA. Instituto de Controle do Espaço Aéreo. *Apostila de Radiomonitoragem*. São José dos Campos: ICEA, 2005. p. 06.

CONTEÚDO aberto. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Very_High_Frequency>. Acesso em: 27nov 2010.

CONTEÚDO aberto. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Unidade_inglesa>. Acesso em: 27nov 2010.

CONTEÚDO aberto. In: The free dictionary: dicionário livre. Disponível em: <http://pt.thefreedictionary.com/telecomunica%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 27nov 2010.

CUNHA JR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Revista.indd 288 13/09/2011 11:44:50

Organizações Sociais, Serviços Públicos e Contratos de Gestão (Adin Nº 1923)

Marcos André Couto Santos

Procurador do Estado de Pernambuco, Mestre em Direito Público pela UFPE, Professor Universitário do Curso de Direito da FBV, Professor de Cursos de Pós-Graduação em Direito e Advogado

RESUMO: O objetivo do presente artigo é tratar das Organizações Sociais no Brasil (Lei Federal nº 9.637/98), que, por meio de Contratos de Gestão, firmam parcerias com a Administração Pública Federal, com o objetivo de prestar serviços públicos não exclusivos no Brasil, podendo, para tanto, receber verbas orçamentárias, servidores públicos cedidos e bens públicos em permissão de uso. Para tanto, são analisadas as críticas doutrinárias existentes em relação a estas Organizações Sociais, à forma de contratação destas entidades pelo Poder Público com dispensa de licitação (art. 24, XXIV, da Lei Federal nº 8.666/93), bem como os argumentos e o início do julgamento do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, que questiona a constitucionalidade destas Organizações Sociais e sua relação com o Poder Público.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Administração Pública e os serviços públicos – "Reforma do Aparelho do Estado". 2 Organizações Sociais e os serviços públicos. 3 Contratos de Gestão e Organizações Sociais – Leis Federais nº 9.637/98 e nº 9.648/98. 4 A crítica doutrinária, a ADIN nº 1923 e o julgamento perante o STF. 5 O futuro da prestação dos serviços públicos não exclusivos: Um novo modelo de gestão pública? Conclusão. Referências bibliografias. Documentos pesquisados.

Revista.indd 289 13/09/2011 11:44:50

Introdução

Recentemente[1], o Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, ajuizada no ano de 1998, cujo objeto é a declaração de inconstitucionalidade da íntegra da Lei Federal nº 9.637/98 e do art. 24, XXIV, da Lei Federal nº 8.666/93, acrescido pela Lei Federal nº 9.648/98, que tratam das organizações sociais e dos contratos de gestão na prestação de serviços públicos.

Tal temática é extremamente relevante porque as Organizações Sociais e os Contratos de Gestão foram previstos, na referida Lei Federal nº 9.637/98, como instrumentos de deslocamento da prestação de serviços públicos para iniciativa privada, dentro da denominada "Reforma do Aparelho do Estado"[2], realizada na gestão do então Presidente Fernando Henrique Cardoso.

No presente trabalho, objetiva-se demonstrar o que sejam estas Organizações Sociais, os Contratos de Gestão e a dinâmica relacional entre o Poder Público e as destacadas organizações sociais, estabelecendo os aspectos positivos e negativos desta forma de gestão pública no plano doutrinário e jurisprudencial, especialmente diante dos questionamentos contidos na ADIN nº 1923.

Para tanto, inicia-se detalhando a importância da Administração Pública e dos serviços públicos, especialmente quando da tentativa de implementação da "Reforma do Aparelho do Estado" ao longo dos anos 1990.

Posteriormente, são caracterizadas as organizações sociais, com base em breve detalhamento de elementos contidos na Lei Federal nº 9.637/98.

Na sequência, são destacados os Contratos de Gestão e a sua dinâmica na relação entre as organizações sociais e a Administração Pública.

Neste momento, restam especificadas as críticas formuladas pela doutrina pátria em relação às organizações sociais e aos contratos de gestão, bem como são destacados aspectos da ADIN nº 1923 e seu andamento processual atual.

---

[1] Em Sessão Plenária do STF, do dia 31/03/2011, o Min. Rel. Ayres Britto proferiu o seu voto em sede da ADIN nº 1.923.

[2] Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf> Acesso em: 03 abr. 2011.

Revista.indd 290 13/09/2011 11:44:50

Por último, é externado nosso entendimento pessoal acerca da temática relacionada à prestação de serviços públicos por Organizações Sociais, como entes do Terceiro Setor[3], dentro de um novo modelo de Gestão Pública.

Pretende-se, assim, destacar os aspectos relevantes da relação Administração Pública e sociedade, por meio do estudo das organizações sociais na prestação de serviços públicos.

1 Administração Pública e os serviços públicos

Na atualidade, a razão de ser da Administração Pública[4] é atender as necessidades básicas da população, para fins de viabilizar a efetivação de uma cidadania real, com a garantia da implementação dos direitos fundamentais em sentido amplo[5] e a busca permanente do respeito à dignidade da pessoa humana[6] – (valor fonte maior da ordem constitucional posta – art. 1º, III, da CF/88).

Para cumprimento desta missão constitucional, a Administração Pública se organiza institucionalmente (burocracia estatal), obtém recursos financeiros (especialmente por meio da arrecadação de tributos), elabora Políticas Públicas e promove a sua execução (planos de governo baseados em leis).

Todo este esforço da Administração Pública tem como finalidade última efetuar a prestação de adequados serviços públicos à sociedade.

---

[3] No presente trabalho, Terceiro Setor é entendido unicamente como as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, que exerçam atividades de interesse coletivo, com fomento do Estado.

[4] Também, no presente trabalho, Administração Pública se refere ao Poder Executivo, que aplica a legislação e implementa Políticas Públicas em benefício da sociedade.

[5] Novamente, para os fins do presente trabalho, os direitos fundamentais em sentido amplo são aqueles contidos ou não nas Cartas Constitucionais (materialmente constitucionais), quer sejam individuais, coletivos, difusos, políticos, sociais, econômicos e culturais. Sobre direitos fundamentais: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

[6] Acerca da dignidade da pessoa humana: SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 153, p. 163-191, jan./mar, 2002; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Revista.indd 291 13/09/2011 11:44:50

O conceito jurídico de serviço público variou muito ao longo do tempo, havendo, inicialmente, o entendimento de que todo o serviço prestado pela Administração Pública seria um serviço público.

Com a evolução conceitual, percebeu-se que serviço público é um conceito polissêmico, devendo ser especificado diante das peculiaridades de atuação da Administração Pública como um todo. Veja-se a clássica lição de Helly Lopes Meirelles[7]:

> "O conceito de *serviço público* não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção *orgânica*, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação *formal*, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito *material*, visando a definilo por seu objeto. Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas."

De qualquer forma e para fins meramente operacionais, coadunamos como o conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que destaca serviço público como "(...) toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público."[8]

No presente trabalho, interessa na realidade distinguir os serviços públicos exclusivos dos serviços públicos não exclusivos.

Os serviços públicos exclusivos são aqueles que só podem ser prestados diretamente pela Administração Pública, dizendo respeito a atividades estatais próprias – *ius imperium* (por exemplo: serviços de fiscalização, serviços de vigilância sanitária, serviços policiais, serviços de emissão de moedas, entre outros). Também há, ainda, os serviços públicos exclusivos que podem ser concedidos ou delegados pelo Poder Público a particulares por meio da realização de procedimentos licitatórios (por exemplo: serviços

[7] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 294

[8] - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 99.

Revista.indd 292 13/09/2011 11:44:50

de manutenção de estradas, serviços de prestação de água, energia elétrica e telefonia, são os casos de concessão de serviço público).

Já, os serviços públicos não exclusivos são aqueles prestados pela Administração Pública, diretamente ou por empresas criadas para este fim (empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações), mas que também podem ser prestados por particulares, dentro dos limites previstos na Constituição Federal (por exemplo: serviços de saúde, de educação, de previdência social, de assistência social, de proteção ambiental e outros - arts. 196, 199, 204, 208, 209, 201, § 8º, 204, 225, todos da CF/88). Atente-se à lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[9]:

> "Outros serviços públicos podem ser executados pelo Estado ou pelo particular, neste último caso mediante autorização do Poder Público. Tal é o caso dos serviços previstos no título VIII da Constituição, concernentes à ordem social, abrangendo saúde (arts. 196 e 199), previdência social (art. 201, § 8º), assistência social (art. 204) e educação (arts. 208 e 209)."

Como é notório, cada vez mais a sociedade exige melhoria da qualidade dos serviços públicos, sejam eles exclusivos ou não, do atendimento e dos resultados das prestações fornecidas pelo Poder Público.

Realmente, as demandas sociais são crescentes, com exigências contínuas de ampliação e melhoria dos serviços públicos prestados, objetivando a efetivação da cidadania, dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Ao longo do tempo, percebeu-se que o Poder Público passou a não dar conta da imensa estrutura burocrática criada para prestar todos os serviços públicos a seu cargo, restando evidenciado que a qualidade de muitos dos serviços oferecidos foi ficando deveras baixa; não havendo instrumentos jurídicos objetivos para cobrança de resultados e de eficiência em benefício da população.

Em decorrência desta aparente falência dos serviços públicos e acompanhando uma tendência mundial do final do século XX, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso propôs, então, a realização de

[9] DI PIETRO, *Idem*, p. 107.

Revista.indd 293 13/09/2011 11:44:50

uma "Reforma do Aparelho do Estado"[10], que foi capitaneada pelo então Ministro Bresser Pereira.

Por intermédio da destacada "Reforma do Aparelho do Estado", buscou-se criar leis e novos instrumentos jurídicos a viabilizar uma Administração Pública mais gerencial e eficiente, voltada à implementação de resultados.

Para tanto, houve modificações na Constituição Federal de 1988 (Emenda Constitucional nº 19/98 e nº 20/98 – Reformas Administrativa e da Previdência), previsão de novas figuras e instrumentos jurídicos por meio de leis (Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Contratos de Gestão e Termos de Parceria - Leis Federais nº 9.637/98 e nº 9.790/99) e alterações de normas e procedimentos já existentes.

Por meio da "Reforma do Aparelho do Estado", a então Administração Pública Federal da era Fernando Henrique Cardoso pretendia otimizar a gestão pública, fazendo com que o Poder Público atuasse com mais efetividade e qualidade, por meio da descentralização de ações para os governos locais e firmando com a sociedade civil organizada (Terceiro Setor) acordos/contratos que auxiliassem na prestação de serviços públicos de relevante interesse social. Vejam-se os objetivos contidos no documento "Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado"[11]:

"6.1 Objetivos Globais:

> * Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos.
> * Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada.
> * Transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União.

[10] Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf> Acesso em: 03 abr. 2011.

[11] Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf> Acesso em: 03 abr. 2011.

Revista.indd 294 13/09/2011 11:44:50

> * Transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União."

Como se observa, a partir do final da década de 1990, houve uma aproximação maior entre a Administração Pública e a sociedade civil organizada na busca da prestação de serviços públicos não exclusivos, através de novos instrumentos jurídicos – Contratos de Gestão e Termos de Parceria. No plano doutrinário, tal situação representou a aplicação do princípio da subsidiariedade, por meio do qual o Poder Público deveria descentralizar sua atividade administrativa, e até mesmo somente atuar diretamente nas áreas e serviços em que o Setor Privado não conseguisse de forma autônoma realizar e prestar em benefício da coletividade.

Nos planos político, jurídico e social, houve muitas críticas acerca de tal postura governamental; certos grupos entendendo que a "delegação" de serviços públicos não exclusivos a particulares, com a retirada, muitas vezes, da atuação do Poder Público em algumas áreas, representaria uma verdadeira "privatização do Estado", dentro de uma questionável postura de caráter neoliberal, condutora do esvaziamento da atuação da Administração Pública, com desrespeito às necessidades da população mais carente.

No nosso entender, tal perspectiva não restou comprovada no tempo, tendo em vista que, mesmo com as alterações advindas com a "Reforma do Aparelho do Estado", o Poder Público/Administração Pública não se isentou da prestação dos serviços públicos não exclusivos (por exemplo: saúde, educação, cultura, proteção ambiental), apenas passou a contar com uma colaboração mais efetiva da sociedade civil organizada (Terceiro Setor), lastreado nos princípios constitucionais da solidariedade e da participação coletiva na gestão pública.

Sem nenhuma dúvida, afigura-se faticamente impossível que a Administração Pública consiga prestar com qualidade, presteza e organização toda a gama de múltiplos e variados serviços públicos não exclusivos cada vez mais exigidos pela sociedade; sendo assim, muito bem vinda a colaboração efetiva e permanente do denominado Terceiro Setor na construção de um Regime Democrático, baseado nos valores da cidadania, dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Revista.indd 295 13/09/2011 11:44:50

2 Organizações Sociais e os serviços públicos

No âmbito da tão discutida "Reforma do Aparelho do Estado" do final da década de 90, foi sancionada e entrou em vigor a Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, dispondo sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e criando o Programa Nacional de Publicização.

Por meio da destacada lei, ficou previsto que o Poder Executivo Federal poderia qualificar como **ORGANIZAÇÕES SOCIAIS** pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades fossem dirigidas à prestação de serviços públicos não exclusivos relacionados ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, com base no atendimento de requisitos previstos na destacada Lei Federal nº 9.637/98 (arts. 1º, 2º, 3º e 4º).

Estas pessoas jurídicas privadas, qualificadas pela Administração Pública de organizações sociais, firmariam, então, **CONTRATOS DE GESTÃO** com o Poder Público, com vista à formação de parcerias para fomento e execução de atividades relativas aos setores acima destacados (art. 5º, da Lei Federal nº 9.637/98).

Para cumprir as metas previstas nos Contratos de Gestão, as pessoas jurídicas privadas, qualificadas como organizações sociais, poderiam receber recursos orçamentários e bens públicos (art. 12, da Lei Federal nº 9.637/98), terem cedidos em seu favor servidores públicos com a manutenção do pagamento destes pela Administração Pública (art. 14, da Lei Federal nº 9.637/98), e, ainda, estas pessoas jurídicas seriam consideradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais (art. 11, da Lei Federal nº 9.637/98).

Portanto, resta evidenciado que as entidades qualificadas como organizações sociais passaria a perceber dinheiro público, servidores públicos e até benefícios fiscais, para que pudessem efetivar os Contratos de Gestão firmados com a Administração Pública.

A razão de ser das Organizações Sociais ficou bem esclarecida no âmbito do Projeto de "Reforma do Aparelho do Estado". Atente-se:

> "O Projeto Organizações Sociais, no âmbito do Programa Nacional de Publicização (PNP), tem como objetivo permitir a publicização de atividades no setor

Revista.indd 296 13/09/2011 11:44:50

> de prestação de serviços não-exclusivos, baseado no pressuposto de que esses serviços ganharão em qualidade: serão otimizados mediante menor utilização de recursos, com ênfase nos resultados, de forma mais flexível e orientados para o cliente-cidadão mediante controle social.
> As atividades estatais publicizáveis, aquelas não-exclusivas de Estado, correspondem aos setores onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações privadas, tais como educação, saúde, cultura e proteção ambiental.
> Organizações Sociais (OS) são um modelo de organização pública não-estatal destinado a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica. Trata-se de uma forma de propriedade pública não-estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público.
> As OS são um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade. O Estado continuará a fomentar as atividades publicizadas e exercerá sobre elas um controle estratégico: demandará resultados necessários ao atingimento dos objetivos das políticas públicas. O contrato de gestão é o instrumento que regulará as ações das OS."[12]

Como se observa, por meio da contratação das organizações sociais, a Administração Pública pretendia a melhoria da qualidade dos serviços públicos principalmente nas áreas de educação, de desenvolvimento científico/tecnológico, de cultura, de proteção ambiental e de saúde pública, por meio da "delegação" de atribuições através dos Contratos de Gestão.

Enfim, as organizações sociais são entes privados (não pertencem à Administração Pública), que adquirem esta qualificação com o objetivo de prestar serviços públicos não exclusivos definidos na Lei Federal nº 9.637/98, com base em Contratos de Gestão firmados com o Poder Público;

[12] Cadernos MARE da reforma do estado - vol. 2. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno02.PDF> Acesso em: 03 abr. 2011.

Revista.indd 297 13/09/2011 11:44:50

sendo que estas organizações sociais reconhecidas inicialmente no âmbito federal, também passaram posteriormente a ter o reconhecimento perante várias Administrações Públicas Estaduais e Municipais, com base na aprovação de leis estaduais[13] e municipais específicas.

3 Contratos de Gestão e Organizações Sociais – Leis Federais nº 9.637/98 e nº 9.648/98

Os Contratos de Gestão, previstos no art. 5º da Lei Federal nº 9.637/98, são, assim, os instrumentos pelos quais as organizações sociais se comprometem à prestação dos serviços públicos não exclusivos destacados na legislação referida.

O contrato de gestão deve ser elaborado com a discriminação detalhada das atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social (art. 6º, da Lei Federal nº 9.637/98), devendo ser aprovado pelo Poder Público e restar lastreado nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade (art. 7º, da Lei Federal nº 9.637/98).

Ainda restou estabelecido, no art. 8º, da Lei Federal nº 9.637/98, que o contrato de gestão deve prever ao menos: "*I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; e II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.*" – (itálicos nossos)

A execução do contrato de gestão será fiscalizado pelo Poder Público, devendo ser demonstrado pela organização social o cumprimento das metas, com o detalhamento dos resultados alcançados, acompanhado da respectiva prestação de contas que será submetido à análise da Administração Pública competente (art. 8º, da Lei Federal nº 9.637/98).

[13] No Estado de Pernambuco, foi promulgada a Lei Estadual nº 11.743/2000, prevendo a qualificação de organizações sociais ou sociedades civis de interesse público para entes privados sem fins lucrativos, que atuarem no fomento de serviços públicos não exclusivos.

Revista.indd 298 13/09/2011 11:44:50

Percebe-se, assim, que o Contrato de Gestão exige o atingimento de metas, a consecução de resultados e a prestação do serviço público com qualidade e adequação por parte da organização social. Bem claro, o estudo sobre a "Reforma do Aparelho do Estado" quanto à relevância do Contrato de Gestão:

> "O contrato de gestão, enquanto instrumento-chave que regula o relacionamento entre ministérios e entidades (estatais ou não-estatais) executoras de atividades sob sua supervisão, destina-se, principalmente, a:
> * clarificar o foco da instituição, interna e externamente;
> * oferecer uma base para se proceder à comparação entre o atual desempenho da instituição e o desempenho desejado;
> * definir níveis de responsabilidade e reponsabilização;
> * possibilitar os controles social, por resultados e por comparação com outras instituições.
>
> O contrato de gestão, assim como a conclusão das avaliações do desempenho da instituição, deverá ser tornado público, a fim de se consolidar como o instrumento de acompanhamento e avaliação do desempenho da instituição, tanto por parte do ministério supervisor, do Legislativo e do Judiciário, quanto da sociedade.
>
> Como instrumento de acompanhamento, o contrato de gestão permitirá a definição e a adoção de estratégias de ação que se mostrem necessárias para oferecer à instituição melhores condições para o atingimento dos objetivos e metas acordados. Além disso, o acompanhamento do desempenho institucional pelo contrato de gestão permitirá que se redefinam os objetivos e metas pactuados, caso as circunstâncias em que atua a instituição sofram alterações que justifiquem uma redefinição. Por outro lado, o contrato também se prestará à avaliação do desempenho dos gestores da instituição."[14]

[14] Cadernos MARE da reforma do estado - vol. 2. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno02.PDF> Acesso em: 03 abr. 2011.

Revista.indd 299 13/09/2011 11:44:51

No exercício da fiscalização por parte do Poder Público, restou ainda previsto que qualquer irregularidade detectada na gestão da organização social, especialmente relacionada à malversação dos bens públicos ou dos recursos de origem pública, gerará a adoção de medidas administrativas e judiciais necessárias por parte dos órgãos competentes (Ministério Público, AGU e Procuradorias), com ciência ao Tribunal de Contas da União (arts. 9º e 10º, da Lei Federal nº 9.637/98).

Ainda, no caso de desvios ou descumprimento das obrigações contidas no contrato de gestão e com base em regular processo administrativo – ampla defesa e contraditório, o Poder Público poderá desqualificar a pessoa jurídica privada como organização social, com a reversão dos bens e dos valores públicos empregados na organização social, sem prejuízo da aplicação de outras sanções cabíveis (art. 16, da Lei Federal nº 9.637/98)

Inclusive, José dos Santos Carvalho Filho[15] destaca a necessidade de respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública, quando da elaboração do Contrato de Gestão, com o estabelecimento de métodos claros de avaliação de desempenho e de aferição de metas a serem alcançadas, para fins de garantia a qualidade do serviço público prestado pela Organização Social:

> "Nos contratos de gestão, devem ser observados os princípios da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da economicidade, que, como sabemos, incidem sobre todas as atividades da Administração. Devem ainda ser definidos, com a maior precisão possível, os direitos e obrigações das partes, e principalmente é necessário especificar o programa de trabalho sugerido pela organização, bem como os prazos de execução das atividades e as metas a serem alcançadas. Urge também fixar o método de avaliação de desempenho a ser adotado não só tem termos de qualidade como também de produtividade."

Resta relevante atentar que muitos autores consideram que o pacto firmado entre a Administração Pública e as organizações sociais não

[15] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 275.

Revista.indd 300 13/09/2011 11:44:51

deveria ser considerado um "Contrato de Gestão" por não haver interesses contrapostos e finalidade lucrativa nas avenças formalizadas; restando, portanto, mais adequado considerar que o Poder Público e estas organizações sociais firmam na realidade "Convênios" para atendimento de interesses mútuos e compartilhados. Veja-se lição doutrinária neste sentido:

> "a doutrina tem colocado em dúvida a natureza efetivamente contratual desse instrumento (jurídico? - *Contrato de Gestão*), catalogando-o como ´falso contrato´ ou ´contrato discutível´, dadas as dificuldades extremas em identificar elementos indispensáveis à figura contratual, como as declarações de vontade em *consenso*, a configuração de acordo de *vontades opostas*, *sinalagmático* e *comutativo* e outros aspectos, sem o que o negócio jurídico ´contrato´ não se caracteriza."[16]

Com o devido respeito, somos da opinião de que a utilização da terminologia "Contrato de Gestão" ou "Convênio" em nada modifica a essência jurídica do pacto firmado; restando, portanto, tal crítica frágil e de caráter apenas formal.

Por último, para escolha da organização social que irá firmar o contrato de gestão, como objetivo de prestação de serviços públicos não exclusivos, foi considerado ser dispensável a realização de procedimento licitatório, conforme acréscimo à Lei Federal nº 8.666/93, promovida pela Lei Federal nº 9.648/98, o que vem sendo muito discutido no plano doutrinário como será destacado no presente trabalho, *in verbis*:

> "Art. 24. É dispensável a licitação:
> (...)
> XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas

[16] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 715. Ainda, sobre a caracterização dos Contratos de Gestão como verdadeiros convênios, diante da inexistência de contraposição de interesses entre as partes, mas sim uma cooperação entre os pactuantes, visando a objetivos de interesses comuns: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 274. Também, aprofundando questionamentos acerca da adequação e coerência dos Contratos de Gestão: ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 713-718.

Revista.indd 301 13/09/2011 11:44:51

> no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)"

Enfim, diante do previsto na legislação aplicável, o Contrato de Gestão é o instrumento jurídico que viabiliza a colaboração entre o Poder Público e as organizações sociais, para fins de garantia da prestação de serviços públicos não exclusivos por estes entes do terceiro setor, nos termos previstos na Lei Federal nº 9.637/98.

4 A crítica doutrinária, a ADIN nº 1923 e o julgamento perante o STF

O advento das organizações sociais e a previsão dos Contratos de Gestão, por meio da Lei Federal nº 9.637/98, geraram muita polêmica no meio jurídico; havendo variadas críticas sobre a forma de transpasse de serviços públicos aos entes qualificados como organizações sociais. A seguir, destacam-se as principais críticas[17] a respeito.

A primeira crítica da doutrina é apontada por Arianne Brito Rodrigues Cal[18], quando estabelece ser um Ato Administrativo de caráter discricionário o reconhecimento pelo Poder Público de uma pessoa jurídica de direito privado como organização social. Atente-se:

> "As Organizações Sociais têm sido alvo de inúmeras críticas por parte dos doutrinadores a começar pelo próprio critério de qualificação utilizado, pois conforme já salientado, fica a cargo do Chefe do Poder Executivo e, uma vez cumpridos os requisitos para a qualificação, este tem a liberdade de qualificá-las ou não como organizações sociais. A autoridade, no caso, se manifesta quanto à conveniência e oportunidade para a qualificação, e o critério é puramente discricionário.

[17] Sobre uma análise breve das principais críticas existentes: ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 117-118; Para uma análise mais detalhada e específica: FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e Terceiro Setor**. Curitiba: Juruá, 2009.

[18] CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52-53.

Revista.indd 302 13/09/2011 11:44:51

> Além do que, é sabido que para qualquer Contrato celebrado pela Administração Pública, por mais insignificante que seja, são feitas inúmeras exigências para a celebração do mesmo. Todavia, para as Organizações Sociais as exigências são pouquíssimas em relação aos benefícios que a entidade obterá uma vez assim qualificada."

Realmente, tal discricionariedade agride os princípios da isonomia e da impessoalidade, retores da atuação da Administração Pública, acabando por estabelecer preferências entre os administrados sem justificativas plausíveis.

Quanto aos bens públicos e aos serviços públicos transpassados para as organizações sociais, Odete Medauar[19] se preocupa com a preservação do patrimônio público e com a gratuidade e universidade dos serviços a serem prestados:

> "As organizações sociais vêm gerando dúvidas e críticas, em virtude, principalmente, da preocupação com a preservação do patrimônio público e com a gratuidade e universalidade de acesso a serviços públicos nas áreas acima indicadas."

Ora, com a devida vênia, tal preocupação da autora não tem fundamento. Isto porque os serviços atribuídos às organizações sociais continuam sendo serviços públicos e gratuitos de amplo acesso à população (arts. 1º, 5º, 6º e 7º, da Lei Federal nº 9.637/98); havendo, também, dispositivos legais específicos acerca da proteção aos bens públicos fornecidos às organizações sociais por meio de permissão de uso (arts. 9; 10; 16, §§ 1º e 2º).

Já Celso Antônio Bandeira de Mello[20] assevera não haver, na Lei Federal nº 9.637/98, a exigência de comprovação de qualificação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie para atribuir a condição de organização social a ente privado. Atente-se:

---

[19] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 97.

[20] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 221-222.

Revista.indd 303 13/09/2011 11:44:51

> "Na lei disciplinadora das organizações sociais chamam atenção alguns pontos nos quais se patenteiam inconstitucionalidades verdadeiramente aberrantes.
> O primeiro deles é que, para alguém qualificar-se a receber bens públicos, móveis e imóveis, recursos orçamentários e até servidores públicos, a serem custeados pelo Estado, não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione) ou do Ministro da Administração (Ministério que já não mais existe, por força da Medida Provisória 1.795, de 1.1.99, hoje 2.216-37, de 31.8.2001, e cujas atribuições passaram para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão).
> (...)
> Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio)."

Realmente, a Lei Federal nº 9.637/98 restou silente quanto à necessidade de comprovação de qualificação técnica e capacidade econômica pelos entes que querem se qualificar como organizações sociais; deveriam realmente ser exigidas comprovações desta matiz, especialmente considerando que estas entidades vão prestar serviços públicos para sociedade em geral.

Ainda, continuando suas críticas, Celso Antônio Bandeira de Mello[21] destaca ser inconstitucional a dispensa de licitação para contratação de organizações sociais, por meio da formalização de Contratos de Gestão:

> "A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia. Por isto é inconstitucional a disposição do art. 24, XXIV, da Lei de Licitações (Lei

[21] MELLO, *Idem*, p. 222-223.

Revista.indd 304 13/09/2011 11:44:51

> 8.666, de 21.6.93) ao liberar de licitações os contratos entre o Estado e as organizações sociais, pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens; inclusive a de receber bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação."

Por fim, o eminente administrativista critica o transpasse de serviços públicos às organizações sociais, por entender existir agressão clara à Constituição; defendendo, ainda, não ser possível a cessão de servidores públicos para desempenharem obrigatoriamente suas funções no âmbito das destacadas organizações sociais. Vejam-se seus argumentos:

> "Assim, os serviços transpassáveis a organizações sociais são serviços públicos *insuscetívies de serem dados em concessão ou permissão* (sic. art. 175, da Constituição). Logo, como sua prestação se constitui em ´dever do Estado´, conforme os artigos citados (arts. 205, 206 e 208), este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de ´adjudicá-los´ a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir completamente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou.
>
> Ademais, independentemente disto, como é óbvio, também não podem – o que já se sublinhou – receber bens públicos, dotações orçamentárias e servidores públicos, a custa do erário, sem um *processo regular* em que se assegure igualdade a quaisquer interessados em obter tais benesses, cuja habilitação patrimonial, financeira e técnica seja previamente comprovada, assegurando-se direito de recurso conta a decisão dos Ministros outorgantes. A ser de outro modo, a qualificação social seria um gesto de ´graça´, uma outorga imperial resultante tão só do soberano desejo dos outorgantes, o que, a toda evidência, é incompatível com as concepções do Estado moderno.
>
> Acresce que a possibilidade aberta pela lei de que

Revista.indd 305 13/09/2011 11:44:51

> servidores públicos sejam, como é claro a todas as luzes, cedidos a organizações sociais a expensas do Poder Público aberra dos mais comezinhos princípios de Direito. Tais servidores jamais poderiam ser obrigados a trabalhar em organizações particulares. Os concursos que prestaram foram para entidades estatais, e não entidades particulares. Destarte, pretender impor-lhes que prestem seus serviços a outrem violaria flagrantemente seus direitos aos vínculos de trabalho que entretêm. Mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares."[22]

Anuímos com o dileto doutrinador quanto à questão do deslocamento de servidores públicos para os quadros de uma organização social. Realmente, a organização social deveria ter seu quadro próprio de empregados, não devendo se valer de servidores públicos para realizar as funções/tarefas a seu cargo.

Entretanto, com a devida vênia e de forma diversa do argumentado pelo eminente administrativista, pensamos que os serviços públicos não exclusivos podem ser transpassados para que restem prestados pelas organizações sociais, desde que haja fiscalização e controle permanentes do Poder Público. Com base nos arts. 196, 199, 204, 208, 209, 201, § 8º, 204, 225, todos da CF/88, os serviços referidos no art. 1º, da Lei Federal nº 9.637/98 podem ser prestados tanto pelo Poder Público, quanto pela Iniciativa Privada.

Em relação à necessidade ou não de licitação para contratação das organizações sociais, entendemos que, por se tratar o "Contrato de Gestão" mais um Convênio[23] do que um Contrato, como anteriormente já

[22] MELLO, *Idem*, p. 222-224.

[23] Ronny Charles bem destaca: "O modelo licitatório previsto na Lei nº 8.666/93 não é totalmente compatível com esse tipo de parceria, pois, quando de sua criação, a norma primordialmente visou a regrar relações de outra natureza, em que os interesses eram contrapostos e ensejavam um ambiente de disputa. É necessária a concepção de modelos próprios que, acreditamos, concentrem as amarras necessárias à utilização dos recursos públicos no efetivo controle social, permitindo a fiscalização da legalidade e da moralidade, não obstante evite excessivas burocracias formais, frustradoras da eficiência. (...) Em termos práticos, as atividades resultantes dos termos de parceria e contratos de gestão, pelas OSCIP´s e OS´s, parecem mais com convênios, comumente realizados entre órgãos públicos (com transferência de recursos e existência de interesses e objetivos comuns), que com as

Revista.indd 306 13/09/2011 11:44:51

demonstrado, a licitação pode ser dispensável, desde que reste comprovado ser vantajosa a contratação para o Poder Público, não haja outros interessados para prestar o serviço público almejado, e ficar evidenciado ser a contratação o instrumento jurídico mais adequado para melhoria da prestação do serviço público, com maior qualidade e menores custos.

Portanto, evidencia-se que, para formalização do Contrato de Gestão, o Poder Público deve, ao menos, adotar um procedimento administrativo específico, com a finalidade precípua de demostrar a pertinência e adequação da contratação, com respeito aos princípios retores da atuação da Administração Pública[24].

Já, corroborando com as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, a Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro[25] defende ser até mesmo imoral a contratação de organizações sociais para prestação de serviços púbicos. Atente-se à visão da doutrinadora:

> "No livro Parcerias na administração pública, destacamos o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão. Em primeiro lugar, porque fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fuga ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a idéia é de que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercer a mesma atividade que antes

contratações mercantis realizadas pelos entes estatais." (TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 138).

[24] Tal entendimento restará aprofundado a seguir e no próximo tópico do presente trabalho.

[25] DI PIETRO, *Op. Cit.*, p. 420-421.

Revista.indd 307 13/09/2011 11:44:51

> exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de ´amarras´ da Administração Pública.
> Vale dizer que os riscos e as falhas são exatamente os mesmos apontados com relação às entidades de apoio analisadas no item 11.3. Trata-se de entidades constituídas *ad hoc*, ou seja, com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais e continuarem a fazer o que faziam antes, porém com nova roupagem. São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público."

No nosso entender, não assiste razão nos argumentos da eminente doutrinadora. O Regime Jurídico de Direito Público resta em parte mantido e aplicado em relação às contratações das organizações sociais, que devem cumprir o estabelecido nos Contratos de Gestão, sendo destas organizações exigidas a qualidade dos serviços prestados.

Por cautela, não se pode afastar a legislação aplicável e considerar imorais as contratações de organizações sociais apenas diante de desvios fáticos e pontuais, decorrentes principalmente da falta de operacionalidade e da fiscalização do Poder Público.

Por último, cabe ressaltar a tese de doutoramento de Luciana de Medeiros Fernandes[26], em que a dileta doutrinadora efetua detalhado estudo, defendendo que as Organizações Sociais, delineadas nos moldes previstos na Lei Federal nº 9.6376/98, não atenderiam aos princípios constitucionais retores da Administração Pública brasileira, representando uma verdadeira agressão à gestão da coisa pública. Senão, atente-se para a conclusão da autora:

> "(...) entende-se que a lei das organizações sociais é inconstitucional, especialmente ao desobrigar o Estado de cumprir com deveres constitucionais, privatizando serviços públicos de marcada essencialidade, inclusive com extinção dos entes públicos prestadores,

[26] FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e Terceiro Setor**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 480.

Revista.indd 308 13/09/2011 11:44:51

> colocando em seu lugar frágeis pessoas jurídicas de direito privado, sem qualquer existência anterior, a desempenhar exatamente as mesmas atividades, com a utilização dos mesmos recursos materiais e humanos, mas com um regime mais ´suave´ ou ´flexível´, que o de direito público. Exatamente o elastério constante da lei referenciada, bem como as suas significativas lacunas, incompatíveis com a gestão da coisa pública, violam todos os princípios constitucionais relativos à Administração Pública, constantes da CF, art. 37, caput, bem como os preceitos fundamentais implícitos, a exemplo da razoabilidade;"

Com a devida vênia, a perspicaz análise da dileta doutrinadora acaba se apoiando em uma visão unilateral, tomando as Organizações Sociais como substitutas totais da Administração Pública na prestação de serviços públicos.

No nosso entendimento, com o respeito necessário e as nossas homenagens à brilhante professora e doutrinadora, não se deve interpretar a Lei Federal nº 9.637/98 de uma forma literal e pontual, restringido sua aplicação ao entendimento de que a criação de Organizações Sociais implica a "privatização" estrita de serviços públicos. Na realidade, a interpretação da Lei Federal nº 9.637/98 deve ser feita de forma integrada ao conjunto de valores e princípios constitucionais retores da relação Poder Público e sociedade, que norteiam a convivência social atual lastreada no novo constitucionalismo.

Nestes termos, deve-se fazer uma interpretação conforme a Constituição das diversas normas postas que caracterizam as Organizações Sociais, a fim de estabelecer parâmetros relacionais adequados de subsidiariedade, de complementariedade e de cooperação entre o Poder Público e as Organizações Sociais, seja para não esvaziar a Administração Pública de suas obrigações e responsabilidades, seja para não desvalorizar e relegar a implantação das Organizações Sociais; tornando, assim, as Organizações Sociais mais um instrumento jurídico que possa ser utilizado, com o devido controle e fiscalização estatal, na melhoria da prestação de serviços públicos, com eficiência e economicidade em benefício de toda a sociedade.

Além das críticas doutrinárias, existe, ainda, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, proposta

Revista.indd 309 13/09/2011 11:44:51

no final do ano de 1998 pelo PDT e PT, procurando ver declarada a inconstitucionalidade total da Lei Federal nº 9.673/98 e do inciso XXIV, do art. 24, da Lei Federal nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei Federal nº 9.648/98.

Em apertada síntese, os argumentos colacionados contra as Leis Federais nº 9.673/98 e nº 9.648/98, em sede da petição inicial da ADIN nº 1923, são os seguintes: **1-)** Não se poderia haver a dispensa de licitação para contratação das organizações sociais; **2-)** Os serviços públicos de saúde, de educação, de cultura, de proteção do meio ambiente, de pesquisa científica e de desenvolvimento tecnológico não podem ser atribuídos a entes privados por serem serviços públicos inerentes às funções do Estado, sob pena de agressão a vários dispositivos constitucionais; **3-)** O princípio da impessoalidade teria sido ferido ao permitir o uso de bens públicos sem licitação, não havendo também a fixação devida da remuneração dos gestores/administradores destas organizações sociais; e **4-)** A cessão de servidores públicos para organizações sociais não tem amparo constitucional.

Em agosto de 2007, ou seja, quase 10 (dez) anos após a entrada em vigor da legislação que trata das organizações socais e do ajuizamento da ADIN nº 1923, foi indeferido o pedido de liminar, principalmente sob o argumento de que não haveria mais o *periculum in mora* a justificar a concessão da medida acautelatória.

> "EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA.

Revista.indd 310 13/09/2011 11:44:51

> 1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.
> 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao fumus boni iuris. O periculum in mora não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.
> 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar.
> 4. Medida cautelar indeferida."[27]

Agora, no final do mês de março de 2011, iniciou-se o julgamento do mérito da ADIN nº 1923, tendo o Ministro Relator Ayres de Brito exarado seu voto, no sentido da procedência parcial da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Veja-se a conclusão do voto exarado:

> 43. Ante o exposto, voto pela **procedência parcial** desta ação direta. Isto para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.637/98: a) o fraseado *"quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social"*, contido no inciso II do art. 2º; b) a expressão *"com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria"*, contida no § 2º do art. 14; c) os arts 18, 19, 20, 21 e 22, com a modulação proposta no parágrafo anterior. Interpreto ainda, "conforme à Constituição" os arts. 5º, 6º e 7º da Lei 9.637/98 e o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, para deles afastar qualquer

[27]ADI 1923 MC / DF - DISTRITO FEDERAL - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU (ART.38,IV,b, DO RISTF), Julgamento: 01/08/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJe-106, DIVULG-20-09-2007, PUBLIC-21-09-2007, DJ 21-09-2007 PP-00020, EMENT VOL-02290-01 PP-00078, RTJ VOL-00204-02 PP-00575.

Revista.indd 311 13/09/2011 11:44:51

> interpretação excludente da realização de um peculiar proceder competitivo público e objetivo para: a) a qualificação de entidade privada como "organização social"; b) a celebração do impropriamente chamado "contrato de gestão

Em sede do detalhado voto[28] exarado pelo Ministro Relator Ayres de Brito, restou evidenciado o seguinte:

> **1-)** Em seu voto, o Ministro Relator entendeu que as organizações sociais não poderiam absorver na integralidade todo o patrimônio, os servidores públicos e a prestação de serviço público prestado pelo Poder Público Federal, como restou destacado nos arts. 18 a 22, da Lei Federal nº 9.637/98, o que resta considerado inconstitucional;
> **2-)** Entretanto, as organizações sociais poderiam, na visão do eminente Relator, atuar em parceria e colaboração com o Estado, para fins de prestar serviços públicos de relevância pública e não exclusivos do Estado previstos no art. 1º da Lei 9.637/98, podendo, para tanto, receber recursos do Poder Público, restando autorizada pela Constituição este tipo de parceria do Setor Público com o Setor Privado;
> **3-)** O Ministro Relator decidiu que o Contrato de Gestão na realidade é um Convênio, não havendo necessidade de processo licitatório para formalização de convênios e até mesmo para efetivação de permissão de uso de bem público; não ocorrendo, assim, inconstitucionalidade a ser impingida ao inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98;
> **4-)** Mesmo estabelecendo não haver necessidade de procedimento licitatório, o eminente Ministro Relator defendeu a necessidade de abertura de processo administrativo que "demonstre, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada se revele como de superior qualidade frente à atuação isolada

[28] Íntegra do voto do Min. Relator Ayres de Brito. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf. Acesso em: 03 abr. 2011.

Revista.indd 312 13/09/2011 11:44:51

> ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão; b) não libera a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e, por conseguinte, da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua específica habilitação para determinado ´contrato de gestão´; c) não afasta a motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, e não outra, se outra houver com idêntica pretensão de emparceiramento com o Poder Público; d) não dispensa a desembaraçada incidência dos mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em concreto regime de parceria com a iniciativa privada.";
> **5-)** Ainda, no seu voto, o douto Relator destacou que o Ato Administrativo de atribuição da condição de organização social a um ente privado não é um ato de caráter discricionário do Administrador Público, sujeito a juízo de conveniência e oportunidade, sob pena de ofensa aos princípios da isonomia e da imparcialidade retores da Administração Pública; sendo, portanto, inconstitucional a expressão "quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social", destacada no inciso II, do art. 2º da Lei 9.637/98,
> **6-)** Por fim, o eminente Ministro Relator entendeu serem inconstitucionais parte do § 1º e do § 2º, do art. 14, da Lei 9.637/98, que permitem o pagamento de vantagem pecuniária e adicionais de direção/assessoria a servidor público cedido e à sua disposição de organização social, por agredirem os arts. 37, X e 169, § 1º, da CF/88.

Após o voto do Ministro Relator, o eminente Ministro Luiz Fux pediu vista dos autos para melhor apreciação, suspendendo o curso do julgamento da ADIN nº 1923.

No presente momento, como se observa do voto do Ministro Relator Ayres de Britto, há uma tendência à manutenção da maior parte dos dispositivos da Lei Federal nº 9.637/98, relacionada à caracterização de entidades como organizações sociais e à dinâmica de formalização dos

Revista.indd 313 13/09/2011 11:44:51

Contratos de Gestão, desde que estas entidades não substituam de forma integral a prestação de serviços públicos a cargo da Administração Pública.

Agora, em respeito à segurança jurídica e para fins de balizamento do relacionamento entre as Organizações Sociais e o Poder Público na prestação de serviços públicos, resta acompanhar e esperar para que haja um breve desfecho do julgamento desta ADIN nº 1923, que já se encontra há mais de 10 (dez) anos em tramitação no STF.

5. O futuro da prestação dos serviços públicos não exclusivos: Um novo modelo de gestão pública?

Mesmo considerando todas as críticas presentes na doutrina pátria e os argumentos destacados na petição inicial da ADIN nº 1923, não entendemos que a dinâmica de atuação das denominadas Organizações Sociais, mediante Contratos de Gestão, previstas nas Leis Federais nº 9.637/98 e nº 9.648/98, sejam totalmente inconstitucionais. Senão, veja-se:

Sem apego a sempre presente discussão quanto a "políticas neoliberais", o fato é que a Administração Pública deve atuar em conjunto com a sociedade civil organizada (Terceiro Setor), para promover uma melhora contínua da prestação dos seus serviços públicos, especialmente os voltados ao atendimento das necessidades das classes sociais mais carentes.

Esta cooperação entre a Administração Pública e sociedade se lastreia nos princípios da solidariedade, da participação social na gestão pública, da democratização, representando a superação da clássica dicotomia, atualmente bastante enfraquecida, da esfera pública x esfera privada.

A idéia de compartilhamento da prestação de serviços públicos não exclusivos entre os Setores Públicos e Privados é deveras relevante, gerando, inclusive, maior responsabilização da sociedade organizada na busca de uma melhoria contínua da qualidade dos serviços públicos.

Com a devida vênia, não se está, aqui, a defender a ausência do Poder Público na prestação dos serviços públicos (por exemplo: saúde, cultura e educação), mas, sim, o fortalecimento da prestação destes serviços por meio da atuação das organizações sociais subsidiadas pela Administração Pública.

A busca da qualidade, dos resultados e da melhoria contínua da prestação dos serviços públicos à comunidade deve ser uma busca constante da

Revista.indd 314 13/09/2011 11:44:51

Administração Pública, devendo ela se utilizar de todos os instrumentos de caráter jurídico, político e social para conseguir prestar à sociedade todos os serviços necessários à garantia da dignidade da pessoa humana.

Infelizmente, as críticas direcionadas a algumas organizações sociais, relacionadas aos desvios de dinheiro público e ao não atendimento fático de seus compromissos institucionais, não podem ser generalizadas para todos estes entes do terceiro setor.

Ao contrário, o verdadeiro culpado pela perpetuação destes tipos de desvios é o próprio Poder Público que não promove uma real, adequada e efetiva fiscalização, nos termos inclusive delineados na própria Lei Federal nº 9.637/98. O entendimento de José dos Santos Carvalho Filho[29] flui muito neste sentido:

> "O novo sistema, como se pode observar, tem na parceria entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos o seu núcleo jurídico. A descentralização administrativa nesse tipo de atividade pode propiciar grande auxílio ao governo, porque as organizações sociais, de um lado, têm vínculo jurídico que as deixa sob controle do Poder Público e, de outro, possuem a flexibilidade jurídica das pessoas privadas, distante dos freios burocráticos que se arrastam nos corredores dos órgãos públicos. Não obstante, entendemos que o sucesso do empreendimento depende de fator que, segundo temos observado, tem estado ausente ou deficiente nas atribuições do Poder Público, qual seja, o da fiscalização das entidades e do cumprimento de seus objetivos. Sem fiscalização, é fácil vislumbrar situações de descalabro administrativo, de desfiguração dos objetivos e, o que é pior, de crimes financeiros contra o governo."

Ao nosso sentir, as únicas críticas às Leis Federais nº 9.637/98 e nº 9.648/98 que subsistem dizem respeito à necessidade de maior respeito aos princípios constitucionais da isonomia e da ampla competividade, na interpretação dos dispositivos desta legislação federal. Senão, explica-se:

[29] CARVALHO FILHO, *Op. Cit.*, p. 275.

Revista.indd 315 13/09/2011 11:44:51

Primeiro, a qualificação de organização social deve ser atribuída a **QUALQUER** pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que preencham os requisitos exigidos na Lei Federal nº 9.637/98 (arts. 1º, 2º, 3º e 4º). Inclusive, entende-se, - com a devida vênia -, que não deveria haver a participação do Poder Público no Conselho de Administração destas entidades, como resta delineado no art. 3º, I, "a", da Lei Federal nº 9.637/98, por isto implicar em quebra da isonomia em caso de haver outras entidades interessadas em obter a qualificação de organização social, além de uma ingerência indevida do Poder Público na administração da organização social.

Da mesma forma, o ato administrativo do Ministro de Estado ou do titular do órgão supervisor/regulado de atribuição da condição de organização social a pessoa jurídica de direito privado não deve ser considerado um ATO DISCRICIONÁRIO, sujeito a juízo de mera conveniência ou oportunidade, sob pena de haver também a quebra do princípio da isonomia que garante tratamento igualitário a todos e de afronta ao princípio da imparcialidade.

Neste sentido, com base nos valores e princípios constitucionais postos, não há como prevalecer no ordenamento jurídico pátrio o inciso II, do art. 2º, e a alínea "a", do inciso I, do art. 3º, da Lei Federal nº 9.637/98, que se apresentam flagrantemente inconstitucionais; devendo o ato administrativo de reconhecimento da condição de organização ser um ATO VINCULADO, que poderá ser usufruído por qualquer ente privado que preencha os requisitos legais pertinentes, não devendo haver a participação do Poder Público no Conselho de Administração das organizações sociais.

Segundo, para fins de efetuar a contratação de uma organização social, o Poder Público deve proceder, pelo menos, a um chamamento público e avaliar as propostas/programas de trabalho mais adequadas, caso existam várias organizações sociais em atuação.

Tal orientação, inclusive, não vai de encontro ao art. 24, XXIV[30], da Lei Federal nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei Federal nº 9.648/99, tendo

[30] Marçal Justen Filho defende o contrário, entendendo o seguinte: "Não é possível que as contratações de gestão façam-se às ocultas, sem cumprimento do requisito da publicidade. Para tanto, o Estado terá o dever de estabelecer as condições básicas previstas para o contrato de gestão. Em última análise, a existência de um único interessado somente poderá ser apurada mediante a realização de procedimento de natureza seletiva, ao qual tenham acesso todos os possíveis interessados. A inexigibilidade poderá decorrer, porém, de peculiaridades da atividade objeto do contrato de gestão, em que a competição não possa ser selecionada por critérios objetivos." (JUSTEN FILHO, Marçal.

Revista.indd 316 13/09/2011 11:44:51

em vista que, nas hipóteses de dispensa de licitação, resta a necessidade do Gestor Público destacar as razões de escolha do ente a ser contratado e do preço acordado, nos termos dos incisos, do parágrafo único, do art. 26, da Lei Federal nº 8.666/93[31].

Já, por meio do Decreto Federal nº 6.170/2007, restou previsto que a União Federal somente poderá efetuar a contratação de serviços de entidades privadas sem fins lucrativos, caso haja no mínimo a cotação prévia de preços no mercado, para fins de averiguação da vantajosidade em favor do Poder Público. No entender de Ronny Charles[32], este recente decreto se aplica nas contratações das organizações sociais, por meio de Contratos de Gestão, representando um avanço mesmo que tímido, atente-se:

> "Mesmo que timidamente, ao menos avançamos para um critério seletivo objetivo, e não apenas habilitatório (sic. *Decreto Federal nº 6.170/2007*), coibindo o enorme rastro de corrupção e quebra do princípio da impessoalidade administrativa que se formou no âmbito dessas transferências de recursos, fazendo com que uma minoria de entidades do terceiro setor, com seus aliados políticos, maculassem o importante trabalho feito pelas demais entidades, sejam OSCIP´s, ONG´s ou OS´s, provenientes da sociedade civil e com valorosos trabalhos comunitários."

Assim sendo, em respeito aos princípios da isonomia, da imparcialidade e da ampla competitividade, deve-se interpretar conforme a constituição o art. 24, XXIV, da Lei Federal nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei Federal nº 9.648/99, para fins de exigir a realização de um procedimento seletivo prévio, mesmo que não tenha o caráter formal de uma licitação,

---

Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 333-334).

[31] "Art. 26. o*missis* (...) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço; IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados." – (Lei Federal nº 8.666/93 e alterações normativas posteriores)

[32] TORRES, *Op. Cit.*, p. 140.

Revista.indd 317 13/09/2011 11:44:51

para fins de escolha da melhor proposta e da mais adequada organização social que irá prestar o serviço público almejado.

Terceiro, entende-se que a legislação atualmente existente, em relação às organizações sociais, pode ser aprimorada, com o estabelecimento de critérios mais rígidos para seleção das organizações sociais que irão firmar Contratos de Gestão com o Poder Público, e com o detalhamento de como serão aferidos os resultados e as metas a serem alcançadas na execução dos Contratos de Gestão.

Também, a legislação deveria ser adensada, com a previsão de critérios objetivos de como devem ser calculados e/ou previstos os valores a serem repassados do orçamento público para as organizações sociais, com um maior detalhamento das formas de controle e de fiscalização a serem adotadas pelo Poder Público.

Resta, ainda, destacar que o fato de um serviço público estar sendo prestado por uma organização social, por meio de Contrato de Gestão, não exime o Poder Público de sua responsabilidade de controle, de fiscalização e de manutenção da qualidade do serviço prestado pelo Terceiro Setor, tendo em vista que este é o verdadeiro titular do serviço público, mesmo do não exclusivo.

No nosso entender, não há "privatização" de serviços públicos, nem tampouco "terceirização" de atividades de responsabilidade do Poder Público, nem mesmo negligência quanto ao atendimento aos interesses da sociedade na contratação de organizações sociais, quando elas atuam em complementação à prestação de serviços públicos pelo Estado[33].

Assim sendo, com as devidas adequações e interpretações à luz das normas, princípios e valores constitucionais, entendemos que a parceria entre a Administração Pública e o Terceiro Setor (sociedade civil organizada) abre um novo âmbito para implementação de uma nova gestão pública no Brasil, compartilhada com toda a sociedade, na busca da maior eficiência possível na prestação dos serviços públicos à população.

[33] Inclusive, já há exemplos no Brasil da aparentemente adequada aplicação dos Contratos de Gestão, com a melhoria na prestação de serviços públicos, como se infere do que está ocorrendo no Estado de Pernambuco em relação aos serviços prestados na rede hospitalar pública estadual recém instalada (Hospital Metropolitano Norte Miguel Arraes de Alencar e algumas Unidades de Pronto Atendimento – UPAs), geridas dentre outros pela Fundação Professor Martiniano Fernandes – IMIP HOSPITALAR.

Revista.indd 318 13/09/2011 11:44:51

Conclusão

Ao findar do presente trabalho, espera-se ter caracterizado as Organizações Sociais no âmbito de um novo paradigma relacional entre o Poder Público e a sociedade organizada (Terceiro Setor); demonstrando que a coalizão de esforços dos Setores Públicos e Privados é algo extremamente benéfico para o atendimento das necessidades da população, especialmente quanto à prestação dos serviços públicos não exclusivos de grande interesse coletivo, rumo à promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Frise-se que esta relação Administração Pública e sociedade deve ser continuamente aprofundada, possibilitando a efetivação de um ambiente democrático de acesso ampliado e de qualidade aos serviços públicos.

Neste sentido, as organizações sociais, desde que devidamente selecionadas com base em critérios públicos, objetivos e imparciais, e estando permanentemente fiscalizadas pelos agentes do Poder Público competente, podem servir como via de melhoria na prestação dos serviços públicos não exclusivos no Brasil.

Novamente, resta destacar que não se está defendendo o esvaziamento das funções/poderes/atribuições do Estado/Poder Público. Ao contrário, tenciona-se que a atuação da Administração Pública seja cada vez mais melhorada, especialmente no âmbito da prestação de serviços públicos, com a utilização subsidiária de vários instrumentos, dentre os quais se evidencia o apoio do Terceiro Setor (no presente caso estudado: as Organizações Sociais).

Note-se, também, que a atuação das Organizações Sociais, por intermédio dos Contratos de Gestão, visa atender apenas a algumas áreas do serviço público (educação, tecnologia, meio ambiente, cultura e saúde), tendo interpretação restritiva por flexibilizar em parte o Regime de Direito Público; não eximindo, neste aspecto, as responsabilidades inerentes do Poder Público, verdadeiro titular do serviço público a ser prestado.

Enfim, mesmo considerando as críticas existentes, resta a expectativa de que o Pretório Excelso – STF, ao apreciar a constitucionalidade das Leis Federais nº 9.637/98 e nº 9.648/98, promova uma adequada interpretação lastreada na Constituição Federal, decidindo por valorizar as Organizações Sociais, como mais um instrumento de melhoria da gestão pública brasileira em benefício de toda a sociedade.

Revista.indd 319 13/09/2011 11:44:51

Referências bibliográficas

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e Terceiro Setor**. Curitiba: Juruá, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

Revista.indd 320 13/09/2011 11:44:51

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 153, p. 163-191, jan./mar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

Documentos pesquisados

Cadernos MARE da reforma do estado - vol. 2. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno02.PDF> Acesso em: 03 abr. 2011.

Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf> Acesso em: 03 abr. 2011.

Revista.indd 321 13/09/2011 11:44:51

Da classificação dos direitos coletivos ao reconhecimento da "prescrição" dos direitos individuais homogêneos: equívocos teóricos e o precedente dos expurgos inflacionários

Mateus Costa Pereira[1]
Lucas Buril[2]

RESUMO: Os direitos coletivos e especialmente sua tutela em juízo, são cercados por construções inadequadas às suas finalidades, com base no ranço individualista que permeia o processo civil clássico. Defende-se, ab initio, a superação do vetusto dogma da summa divisio público-privado, inadequado à descrição do fenômeno jurídico, especialmente sob o viés dos direitos fundamentais, e, ao depois, a imprestabilidade da conceituação erigida no Código de Defesa do Consumidor à efetividade dos direitos coletivos. Por fim, foca-se na ponderação dos direitos individuais homogêneos, objetivando desmistificá-los, porquanto medida indispensável à sua correta abordagem; comprovando-se sua utilidade em análise de relevante precedente do STJ sobre o reconhecimento da prescrição sobre ação coletiva atinente aos expurgos inflacionários.

SUMÁRIO: Introdução. 1 - Da summa divisio direito público e privado... direito coletivo e individual. 2 – As categorias dos direitos coletivos. 2.1 - O critério tripartite adotado pelo CDC. 2.2 - Crítica à rígida classificação legal. 3 - Direitos transindividuais e direitos individuais. 3.1 – Noções Gerais. 3.2 - Direitos individuais homogêneos e ação material coletiva. 3.3 - Demandas pseudoindividuais. 3.4 - Tutela coletiva dos proprietários de poupança quanto aos expurgos inflacionários. Referências

[1] Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Professor da graduação e pós-graduação da Universidade Católica de Pernambuco. Professor de Processo Civil e Processo Coletivo da Faculdade Boa Viagem – FBV. Advogado.

[2] Graduando em Bacharelado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

Revista.indd 322 13/09/2011 11:44:52

Introdução

As demandas coletivas se configuram, hodiernamente, não só uma carência da sociedade, dita de massa e sustentável, mas, sobretudo, uma realidade. As ações coletivas se proliferam nos fóruns, notadamente pela atuação do *parquet*, reclamando um estudo detido, idôneo a potencializar a utilidade pragmática desse instituto. As ações coletivas nasceram para a efetividade.

Conquanto as falhas judiciais e a resistência de determinadas searas sociais – nomeadamente o Poder Público e as grandes empresas –, os quais tiveram êxito em pontuados retrocessos na regulação das ações coletivas, a disciplina legislativa brasileira, na espécie, é avançadíssima: tem potência para desfazer o abarrotamento do Judiciário; inibir condutas levianas arraigadas no proceder das grandes empresas (que reiteradas vezes, deliberadamente, lucram com ilícitos); e resolver mazelas que vulneram os direitos mais essenciais de parcelas ou, até mesmo, de toda a sociedade.

Neste trabalho, tentamos destrinchar o baralhamento de conceitos e equívocos conceituais, que ocorrem comumente na doutrina, na prática e, inclusive, na lei. Parte-se de abordagem teórica, imprescindível para a adequada compreensão e tratativa da matéria, com fito em aclarar as erronias cometidas diuturnamente nos bojos processuais, que, infortunadamente, abatem os valorosos escopos das ações coletivas; como há de se perceber, ainda, em análise de um emblemático caso concreto.

1. Da *summa divisio* direito público e privado... direito coletivo e individual

Ao ensaiar os primeiros passos pelo universo jurídico, o acadêmico é introduzido sobre as famosas dicotomias jurídicas, quais sejam, em direito: positivo/natural, objetivo/subjetivo e público/privado. Segundo Nelson Saldanha, essa vocação para dualismos é própria do pensar ocidental;[3] e, permita-se o acréscimo, sobre apresentar uma imagem inicial da "roseira", oculta seus "espinhos", agrilhoando o acadêmico a uma visão de mundo –

[3] SALDANHA, Nelson. *Velha e nova ciência do direito:* e outros estudos de teoria jurídica. Recife: Editora Universitária, 1974, p. 140 e ss.

Revista.indd 323 13/09/2011 11:44:52

paradigma[4] – que já deveria ter sido superado.[5] Explique-se.

No que respeita à dualidade positivo/natural, sabe-se que uma das maiores utopias da ciência jurídica foi a existência de um direito natural, a ponto de Tobias Barreto considerar seus caudatários figuras anacrônicas e teimosas;[6] sem embargo, ainda que não se compartilhe da visão crítica do mestre, consigne-se, em novo diálogo com Nelson Saldanha, que, hoje em dia, a discussão acerca da existência de um direito superior e anterior à ordem jurídica se encontra esvaziada.[7] Quanto ao direito objetivo/subjetivo, cediço que há direitos cuja titularidade não pertence a um sujeito determinado, senão o oposto, e cujo objeto não permite fracionamento. Todavia, por força de um ranço individualista que inviabilizaria a adequação dessa realidade aos conceitos tradicionais, os direitos coletivos seriam, inicialmente, rotulados de meros "interesses".[8] Por último, sobre a dicotomia público/privado, as críticas se alongam nas linhas que seguem.

Sabe-se que a divisão do direito em dois grandes quadrantes, um público e outro privado – melhor dizer, a semente do tema[9] –, remonta ao Direito Romano. Sucede que, conforme anotado por Poletti, ao tempo

---

4 Sobre paradigmas, adotamos o conceito de Edgar Morin: "princípios ocultos que governam a nossa visão das coisas e do mundo sem que disso tenhamos consciência". MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo.* 4. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 15

5 Na censura de Miaille: "Esta classificação constitui aquilo que os professores de direito continuam a chamar, com o gosto do arcaísmo que convém, uma «summa divisio». Ela é mesmo de tal modo importante que não há nunca nas introduções ao direito, ocasião de a pôr verdadeiramente em causa. Não é que ela não seva objecto de críticas, como veremos mais adiante, mas surge na sua implicidade última como de tal modo evidente, de tal modo «natural», que ninguém se aventura a fazer-lhe uma crítica *radical*". MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito.* 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 151.

6 De sua época Tobias Barreto já se rebelava contra a doutrina dum direito natural. Admitia, no entanto, a existência de leis naturais que não se confundiriam à ilusão do direito natural. Vejamos a crítica: "E' precizo uma vez por todas acabar com semelhantes antigalhas. O direito é uma obra do homem, ao mesmo tempo uma causa e um effeito do desenvolvimento humano. A historia do direito é uma das formas da historia da civilisação.
"Os teimosos theoristas de um *direito natural* são figuras anchronicas, estão fora de seu tempo. Se elles possuissem ideias mais claras sobre a historia do *tal direito*, não se arrojariam á tê-lo, ainda hoje, na conta de uma lei suprema, preexistente á humanidade e ao planeta que ella habita". BARRETO, Tobias. *Questões vigentes de philosofia e de direito.* Pernambuco: Liv. Fluminense, 1888, p. 132-133.

7 SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 200.

8 GIDI, Antônio. *Coisa julgada* e *litispendência* nas *ações coletivas*. São Paulo: Saraiva,1995, p. 17.

9 SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 140.

Revista.indd 324 13/09/2011 11:44:52

dos romanos, não é possível dissertar o Estado no sentido moderno da palavra.[10] Nessa esteira, impende registrar que a forma como a partição em comento é tratada na atualidade descende do renascimento jurídico e, nele, da recepção do Direito Romano.[11] Anote-se, pois, que um cuidado metodológico torna o tema impraticável fora da perspectiva do Estado moderno e a sua vocação centralizadora.[12] Devemos a Kelsen a identificação desse resgate histórico, tributando ao fenômeno da recepção do Direito Romano a revisitação do tema.

A *summa divisio* clássica foi retomada ao tempo do Estado Absolutista e dele sofreu maiores influxos; naquela época, o Estado era encarado na pessoa do Rei, o qual fazia as leis, mas a elas não se submetia. Impende registrar que essa divisão pressupõe outra, ainda anterior, entre a Sociedade e o Estado. Não é difícil compreender porque um dos maiores críticos da *summa divisio* público e privado fora Kelsen, o qual, censurando a ideologia a ela subjacente, defendia que todo direito era público, haja vista que, para ele, Estado e Direito se confundiam.[13] Em Kelsen, todo direito teria *origem* e *validez* pública, dado que todo ele encontra princípio e eficiência no poder estatal.[14] Na esteira do normativismo jurídico, o Direito seria uma pirâmide jurídica escalonada de normas, sem que fosse possível apartá-lo nos referidos quadrantes. Inclusive, o maior crítico também foi o responsável em identificar que esse resgate histórico da distinção devia ser tributado à recepção do direito romano.[15]

De toda sorte, a *summa divisio* tradicional ainda ganha maior referência no Estado Liberal, dado que se acentua a separação entre o Estado e a

---

10 POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito.* 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 251.

11 "Temos de qualquer modo um ponto de contacto entre o "republicismo" romano e o estatismo com que o direito da época moderna européia começou, e este está ligado à retomada da distinção em causa". SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 145.

12 SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 145.

13 POLETTI, Ronaldo, op. cit., p. 250. Na arguta observação de Miaille: "Na realidade... a separação público-privado é objectiva na sociedade capitalista: ela fala-nos de organização concreta e real sociedade. Ela não tem, pois, senão uma existência fantasmática ou puramente ideológica: participa não apenas ideologicamente mas também institucionalmente no funcionamento da sociedade burguesa". Op. cit., p. 152.

14 MACHADO PAUPÉRIO, A. *Introdução ao estudo do direito.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 89.

15 SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 142-143.

Revista.indd 325 13/09/2011 11:44:52

Sociedade, vez que o primeiro, situemos o raciocínio na perspectiva dos direitos fundamentais, pautando sua atuação em uma isonomia estritamente formal, não poderia, em nome das liberdades públicas, interferir nas relações privadas. Era a supremacia do princípio da legalidade e a defesa da autonomia privada, preconizando uma atuação repressiva do Estado, isto é, para restaurar uma eventual isonomia quebrada.

A dicotomia direito público e privado se assenta em diferentes critérios – havendo quem, como Holiger, já tenha catalogado mais de cem (!). Sucede que esses critérios, uns mais e outros menos conhecidos, revelam-se, na íntegra, insatisfatórios,[16] afigurando-se lamentável a sua permanência.[17] Permita-se uma suma dos mais disseminados: o critério do interesse ou utilidade, o qual, originário do Direito Romano tem por alicerce o prisma normativo,[18] laborando com o interesse tutelado (regulamentado) pelas leis, isto é, se do Estado (direito público) ou se dos particulares (privado);[19] um segundo, seria do poder de *imperium* presente em algumas relações jurídicas, isto é, a supremacia do interesse público que dita uma relação de subordinação entre o Estado e os particulares, e as relações de coordenação entre os particulares, dado que estariam equilibrados[20]; outrossim, o critério da "patrimonialidade", a partir do qual apenas as regras de direito privado teriam conteúdo patrimonial.[21]

---

16 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 310. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito.* 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 403.

17 MIAILLE, Michel, op. cit., p. 153.

18 Nos conhecidos dizeres de Ulpiano: "[...]. *jus publicum est quod ad statum rei romanae spetat, privatum quod ad singulorum utilitatem, sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*. (O direito público é o que diz respeito ao Estado moderno; o privado atende ao interesse de cada um, isto porque há coisas de interesse público, outras, de interesse privado)". GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito.* 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 145.

19 Sem maiores embaraços é possível verificar quão falho é o critério mencionado. Não raro é difícil afirmar que um dado texto normativo tutele apenas o interesse do Estado ou do particular. Pense-se no direito das famílias, e a nobre instituição do casamento. Em mutação oriunda da crítica, o critério seria repensado para o do *interesse preponderante.* Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito.* 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 229.

20 Paulo Dourado de Gusmão, endossando o pensamento de Ferrara, entende que esse seria o ponto fundamental da distinção. Op. cit., p. 146. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais bem demonstra que há inúmeras relações desiguais entre os particulares, reclamando-se uma intervenção do Estado para garantir o equilíbrio de fato.

21 Nesse critério sobressai o compromisso com o paradigma liberal-individualista. Cediço que

Revista.indd 326 13/09/2011 11:44:52

Como afirmado supra, nenhum desses critérios distintivos é infenso à crítica. Mesmo em Kelsen, um exame mais acurado da questão levaria à constatação de que, nas relações jurídicas públicas, inexiste participação do particular à criação da regra jurídica, ao passo que, nas relações privadas, aos sujeitos integrantes da relação caberia a disciplina das regras que os vinculariam.[22] Sucede que, nas palavras do próprio jusfilósofo austríaco, mesmo no terreno do direito privado, há vários casos em que a vinculação é heterônoma, isto é, provinda diretamente da lei, e não fruto da autonomia das partes; de sua época ilustrava com o direito de família ("das famílias").[23] Outrossim, o critério também não ostenta qualquer robustez, bastando recordar a predisposição de cláusulas constante dos pactos de adesão, ou seja, a ausência do caráter democrático diante da presença do autocrático. Reitere-se que, para Kelsen, em última instância, todo direito seria público.

Levada ao extremo, dentro da rigidez preconizada, a partição não se confirma. Assim, perceba-se que o direito público era subdividido em interno e externo; quanto ao direito privado, sempre existiu o problema de um "direito privado não-interno", isto é, o Direito Internacional Privado.[24] No particular, parcela da doutrina ora o alocava como público, ora como privado. Também o enquadramento do direito do trabalho gerou dificuldades. Ademais, se colocamos a dicotomia frente a ramos do direito de reconhecimento tardio, figurem-se como exemplos o direito do consumidor (normas de proteção), e da criança e do adolescente, a rigidez não apenas é enfraquecida como a sua própria utilidade prática desmentida. Tudo isso sem contar na hipertrofia de ramos do direito público, ensejando um desequilíbrio com o quadrante "estritamente" privado. D'outro giro, acredita-se que o surgimento de um terreno ou "direito misto", sobre não resolver o problema, antes o notabilizaria.

Nada obstante, nossos centros de ensino ainda perseveram em reproduzir a *summa divisio* tradicional sem maiores censuras, leia-se, sem desnudar o compromisso racional e ideológico que está subjacente.

a pretendida mercificação dos direitos privados há muito que foi abandonada. Direitos da personalidade, por exemplo, não comportam mensura pecuniária.

22 KELSEN, Hans, op. ult. cit., p. 311.

23 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 205.

24 SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 147.

Revista.indd 327 13/09/2011 11:44:52

Com a palavra, Michel Miaille:

> A distinção-oposição entre direito público e privado não é, pois, «natural»: não é ideológica em si, traduz uma certa racionalidade, a do Estado burguês. Assim, podem ser postas em funcionamento a ideologia e as instituições deste Estado como instância autónoma na formação social. A classificação não é estritamente e vagamente histórica: está ligada à história do modo de produção capitalista...[25]

Dentro da mencionada vocação, seguimos repetindo algo que é alçado à condição de *prius* ou mesmo de uma evidência,[26] desenrolando-se "sempre de uma maneira perfeitamente positivista, como se se tratasse de apresentar assim a coisa mais simples do mundo".[27] Isso, sem olvidar o véu que se ergue para despistar os sintomas da economia capitalista no Direito, mimeticamente tratada como movimento, pendular, ora de sua publicização, ora de sua privatização.[28] Em ensaio sobre o tema, colhe-se o vaticínio de Nelson Saldanha:

> Distinção, portanto, tornada necessária por um dos movimentos do "renascimento" jurídico ocidental, e assimilada pelo evolver das instituições e das teorias do período de desdobramento da ciência jurídica moderna. Função, portanto, de um dos leitos em que correu esse desdobramento. Confirmada positivamente pela presença de duas órbitas crescentes dentro dos ordenamentos: a privada codificadora e a pública constitucionalista. Posta em crise pelas contradições entre estas duas órbitas, se bem filhas ambas do mesmo

25 MIAILLE, Michel, op. cit., p. 159.

26 SALDANHA, Nelson, op. ult. cit., p. 139.

27 MIAILLE, Michel, op. cit., p. 152.

28 Sobre o tema, com alguma semelhança, cf. MIAILLE, Michel, op. cit., p. 155-156. Esse autor conclui pelo "primado do direito privado".

Revista.indd 328 13/09/2011 11:44:52

> racionalismo revolucionário-liberal, bem como por alterações recentes na simetria dos "ramos" respectivos e pela aparição de disciplinas novas com tendências e abrigar-se **antiliberalmente** na órbita do direito público. Distinção, pois, a ser revista, dentro das tarefas que a teoria jurídica dos novos tempos se há de impor.[29]

A evolução da ciência jurídica já deveria ter sepultado essa distinção estanque. Ladeando os já mencionados obstáculos metodológicos, decerto que um dos casos mais emblemáticos é o dos direitos coletivos. Aliás, na medida em que são reconhecidos direitos que transcendem a figura do indivíduo, também não restou imune de ataques a dualidade do direito entre subjetivo e objetivo – daí porque os direitos transindividuais, inicialmente, seriam rotulados de meros *interesses* –, partindo, agora, para a derrocada da *summa divisio* tradicional, sustentando-se que o advento da Constituição Federal teria enraizado uma nova dicotomia entre nós. Faz-se salutar maior elucidação.

O novo pensar, ainda que persista em um modelo dual, tem alicerce no próprio texto constitucional. Para Assagra de Almeida seria uma *summa divisio* constitucionalizada relativizada entre direitos coletivos e individuais. Sua nota de relativa se deve ao fato de que não opera com compartimentos estanques. Inverte-se a noção entre público e privado – que, no paradigma anterior, e na esteira da influência do Estado Absoluto e do Estado Liberal, apresentava uma necessária contraposição entre direitos coletivos e particulares –, de modo que o direito público seria um capítulo do direito coletivo, mas também se manifestaria no direito individual (direito processual civil individual[30]).

---

29 SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 151.

30 "O Estado Democrático de Direito, na hipótese, especialmente o brasileiro (art. 1º da CF/88), dentro da sociedade, regido pela Constituição, tem função de proteção e de efetivação tanto no Direito Coletivo, quanto do Direito Individual. É um Estado, portanto, da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo. Por isso se conclui que há dimensões do que é denominado, pela concepção clássica, de "Direito Público" também dentro do Direito Individual, como é o caso do Direito Processual Civil de concepção individualista". ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*: superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 441.

Revista.indd 329 13/09/2011 11:44:52

Pensar de modo diverso seria estacionar o pensamento em uma visão de mundo ultrapassada, cuja falta de consciência grassa uma mentalidade (paradigma) arraigada *na* e *pela summa divisio* clássica, no qual o Estado ainda ostentava uma necessária posição de prevalência nas relações com seus "súditos". O compromisso ao paradigma liberal-individualista estaria repercutindo em posicionamentos jurisprudenciais, com reflexos que também se manifestam em nossa organização judiciária, o que se nota diante da inexistência de juízos especializados acerca do processo coletivo. Por fim, em uma viragem do pensamento, consigna que não haveria uma primazia do direito Coletivo sobre o Individual, dado que ambos são reputados fundamentais.[31]

Demonstrada a insubsistência lógica da distinção anterior, sem descurar sua importância do ponto de vista histórico, sem dúvida que, diante dos avanços logrados, não podemos perseverar na distinção proposta. Quiçá uma distinção entre direitos coletivos e individuais também não seja a melhor, dado que, não raro, afigura-se difícil determinar a zona fronteiriça entre esses outros quadrantes; ademais, tudo o que é coletivo, também o é individual, mas sem o sê-lo isoladamente. Basta figurar a situação dos direitos difusos, os quais possuem um caráter essencialmente inclusivo: pertencem a todos, indistintamente.[32]

Sem embargo, o grande mérito dessa nova *summa divisio* seria não trabalhar com compartimentos estanques,[33] acautelando-se de futuros problemas como a irredutibilidade aos conteúdos práticos, o que a anuncia com vantagens práticas à *summa divisio* consagrada. Ademais, veja-se que também está protegida contra as críticas da pretensão de universalidade dos apriorismos jurídicos, uma vez que referida à historicidade jurídica brasileira.

---

31 ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. ult. cit., p. 418.

32 VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, *passim*.

33 Com Machado Paupério: "Em síntese, a tendência primacial do direito moderno é para, cada vez mais, atenuar e talvez mesmo suprimir qualquer rígida separação, ainda porventura existente, entre direito público e direito privado, própria da era do individualismo jurídico, felizmente já hoje de todo superada". op. cit., p. 93.

Revista.indd 330 13/09/2011 11:44:52

2. As categorias dos direitos coletivos.

2.1. O critério tripartite adotado pelo CDC.

Em Itália, a partir da década de setenta, com inspiração nas *class actions* norte-americanas, iniciou-se uma série de estudos acerca dos direitos transindividuais e, especialmente, sua tutela judicial, revelando-se pioneiro, nesse particular, o estudo intitulado *"I limiti soggettivi del giudicato e le class actions"* de Michele Taruffo, com a publicação, em seguida, por vários outros autores de livros e artigos quanto ao mesmo tema.[34]

Os autores brasileiros, em leitura do pensamento italiano, iniciaram a publicação de escritos sobre os direitos coletivos, com os textos de José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Junior.[35] Encetava-se o debate em local propício ao desenvolvimento das ações coletivas, o que constituiu verdadeiro gérmen da legislação que, hoje, propicia vivacidade à tutela coletiva no sistema brasileiro, e que, destaque-se, até então não foi alcançado no direito italiano.[36]

A construção legislativa brasileira se deu por grande esforço, dentre outros, desses doutrinadores, e com apoio institucional do Ministério Público – inclusive, o projeto da LACP foi encaminhado pelo então

---

34 Dentre os quais, destacam-se: CAPPELLETTI, Mauro. *"Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile"*, Rivista di Diritto Processuale 30 : 361, 1975; VIGORITI, Vicenzo. *"Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*. Milano : Giuffrè, 1979; DENTI, Vittorio (ed.), *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*. Padova : CEDAM, 1976; GAMBARO, Antonio (ed.), *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano : Giuffrè, 1976. Cfr. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 8, n. 3.

35 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil, v. 4*. Salvador : *Jus*PODIVM, 2009, p. 28.

36 Nesse sentido, interessante destacar que se introduziu na Itália modelo de processo coletivo objetivando a tutela dos direitos individuais homogêneos do consumidor – *Azioni di serie Risarcitori dei consumatori* –, no entanto, de forma tímida e, parece, ineficaz. Sobre a inovação, consultar PISANI, Andrea Proto. *"Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie Risarcitorie dei consumatori"*. *RePro*. São Paulo : RT. Ano 35, n. 168, out. 2010. Há clara inspiração no vetusto procedimento americano das *Spurius class actions*, extinta com a reforma de 1966 à *Rule 23*, baseada, como no procedimento italiano, na adesão dos membros do grupo à lide em trâmite, instaurada por um indivíduo, outorgando-os a qualidade de *"parte sostanziale, come tale soggeta alla emenanda sentenza, ma non di parte processuale"* (p. 201).

Revista.indd 331 13/09/2011 11:44:52

Procurador Geral de Justiça de São Paulo –, levando ao rápido trâmite do projeto culminou na Lei 7.347/85, a denominada Lei de Ação Civil Pública, complementada, em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078), formando o núcleo essencial do microssistema processual coletivo.

O breve escorço histórico é suficiente para demonstrar – algo que é de brando reconhecimento – a intensa influência da doutrina de vanguarda, com subsídio nas ideias dos autores italianos, na construção legislativa do sistema processual coletivo, fazendo notar a presença de academicismos em certos pontos das referidas leis. Assim ocorre no parágrafo único do artigo 81 do CDC, ao adotar a estrutura tripartite para os direitos coletivos em sentido lato.

Consoante essa perspectiva doutrinária, positivada no sobredito dispositivo normativo, os direitos coletivos possuem sentido lato, que se subdivide em três espécies, quais sejam, os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. O legislador não só cuidou de categorizá-los, como, adotando uma técnica perigosa, também se avocou a tarefa de defini-los.

Nessa esteira, o art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC divisa como direitos difusos "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato", adita a doutrina que tal espécie de direito transindividual não só é de titularidade de pessoas indeterminadas, mas, mais precisamente, indetermináveis.

Na literalidade, o "vocábulo 'difuso' significa derramado, estendido; disseminado; divulgado; generalizado, fluido".[37] Um aspecto distintivo dos direitos difusos, como nota Venturi, é que são "absolutamente inclusivos", sendo inviável "excluir quem quer que seja" do proveito de um processo que os tutele,[38] é lídimo arguir, portanto, que pertencem a todos e a ninguém.[39]

---

37 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. Belo Horizonte : Del Rey, 2008, p. 481.

38 VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. cit., p. 53-4.

39 Já anotava, nesse sentido, Cappelletti: "Nossa época, já tivemos oportunidade de ver, traz prepotentemente ao palco novos interesses 'difusos', nos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: desses ninguém é titular, ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe ou categoria, deles são titulares. A quem pertence o ar que respiro? O antigo ideal da iniciativa processual monopolística centralizada nas mãos de um único sujeito, a quem o direito subjetivo 'pertence', se revela impotente diante de direitos que pertencem, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém". CAPPELLETTI, Mauro. "Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil". *RePro*, São Paulo : RT, n. 5, jan./mar. 1977. p. 135.

Revista.indd 332 13/09/2011 11:44:52

No tangente aos direitos coletivos *stricto sensu*, o diploma consumerista elencou-os como "os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base".

Segundo o texto da lei, a distinção entre as categorias dos direitos difusos e coletivos reside no fato de que nestes há vínculo jurídico prévio, enquanto naqueles o liame ocorre por circunstâncias fáticas; de um lado, uma ligação prévia (jurídica); n'outro, posterior (fática). Outro ponto que a doutrina majoritária costuma abordar, buscando distanciar os direitos essencialmente coletivos, é o subjetivo, consoante se aduz, os titulares de direitos coletivos são relativamente indetermináveis, ou ainda, possíveis de determinar, possibilidade essa que não se dá na tutela dos direitos difusos.

Não se deve confundir os direitos coletivos com os individuais homogêneos – esses surgem, ainda que em tautologia, de diversos direitos individuais que se assemelham objetivamente –, já que aqueles são caracterizados pela natureza transindividual. Assim, os direitos de grupo são ontologicamente coletivos, logo incindíveis, advindos não da mera soma de direitos individuais, mas de sua síntese.[40]

No que toca aos direitos individuais homogêneos, definidos no art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC, como os "decorrentes de origem comum", limita-se, nesse momento, a esclarecer que não se trata de direitos essencialmente transindividuais, mas de tutela coletiva de direitos individuais, que, por sua proporção - objetivando economia processual, acesso à ordem jurídica justa e efetivação do direito material[41]

---

[40] Consoante repetida lição: *"L'interesse collettivo ha strutura unitaria, è ancora sintesi e combinazione ne indivisibile di tutti gli interessi singoli che le contrappongono". Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*. Milano : Giuffrè, 1979, p. 48. Assim também MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, v. 5*. São Paulo: RT, 2009, p. 299; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. cit., p. 481; VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 57. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. Tese de doutoramento pela UFRGS. Porto Alegre, 2005, p. 26. MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.* 5.ª ed. São Paulo : RT, 2001, p. 55-6. Ligeiramente contrário, conceituando-os "como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas", MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos e coletivos em juízo*. 20.ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 50.

[41] Aspecto muito relevante, que vale ressaltar, é que a tutela coletiva dos direitos não é mais proveitosa por aquinhoar aqueles que, ainda que lesados, não chegam ao judiciário – a despeito

Revista.indd 333 13/09/2011 11:44:52

- tem instrumento peculiar. Ressaltando essa particularidade, afirma-se que "são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas, por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais".[42] São direitos, inclusive, que poderiam ser buscados individualmente em litisconsórcio facultativo por afinidade de questões.

Por derradeiro, oportuno relevar que, em doutrina, há incontáveis digressões quanto aos critérios para identificação *in concreto* dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos – o que assoalha à insuficiência da conceituação legal –, ora apontando para a causa de pedir, ora para a tutela pleiteada *in casu* e, ainda, para a conjugação dos dois critérios.[43] Como se tentará demonstrar, não é necessário categorizar um direito, mormente conceituá-lo, para que seja prestada a sua tutela de forma eficaz.

2.2. Crítica à rígida classificação legal.

Alhures, expôs-se que a tripartição dos direitos coletivos adotada pelo CDC, com o aval da doutrina majoritária, é proveniente de importação do pensamento italiano em análise das *class actions*, transformado em lei por meio de seus autores intelectuais. Conquanto os conceitos *sub examine* tenham sido talhados com excelência, há a positivação de definições conceituais, o que, consoante nos informa velho brocardo – *in iure civili*

---

de que tal virtude seja louvável e imprescindível, mormente no Brasil, país de proporções continentais e de disparidades igualmente colossais –, do que por, com fulcro no princípio da tutela integral, impedir o proveito econômico de ilícitos que, senão pelo processo coletivo, resultariam impunes, *v.g.* nos casos de danos de bagatela, e, portanto, inalcançáveis pelo Direito. Essa é a função de *deterrence* (dissuasão ou desencorajamento), o que dá certo aspecto inibitório às ações coletivas, na medida em que objetiva modelar a atuação social prospectivamente. Sobre o tema GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, especialmente p. 29-39.

42 BENJAMIN, Antônio Herman Homen. "A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor". *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. MILARÉ, Edis (coord.). São Paulo : RT, 1995, p. 96.

43 Delineando esta controvérsia acuradamente, e propondo o critério "misto" DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso...* v.4, cit., p. 83-6.

Revista.indd 334 13/09/2011 11:44:52

omnis definitio periculosa est –, não é prática salutar à técnica legislativa.[44]

Ademais, acontece que "esses conceitos simplesmente não existem nos Estados Unidos, que era a realidade que os autores italianos queriam originalmente retratar. Nenhum trabalho doutrinário, nenhuma decisão norte-americana sequer menciona expressões como 'difuso', 'coletivo' e muito menos 'individuais homogêneos'".[45]

Com efeito, noticia Antonio Gidi, a *Rule 23*, da *Federal Rules of Civil Procedure*, "lei" editada originalmente em 1938, estava sujeita a uma classificação tripartite das ações (*true, hybrid e spurious class actions*), com fulcro em criação acadêmica de seu idealizador, James Moore. Esse ranço academicista constituiu um dos motivos determinantes da reforma perpetrada a esta norma em 1966.[46]

Como se percebe, a legislação brasileira foi arquitetada, pode-se dizer, por via de uma leitura da leitura italiana das *class actions* estadunidenses, sem qualquer diálogo com a fonte primária. Empreendeu-se, em outros dizeres, um exame oblíquo do verdadeiro manancial.

A despeito desta inexplicável incoerência, passamos à análise da pertinência do conceito *per se*.

A princípio, o operador deve ter em mente que à tutela jurisdicional dos direitos coletivos é imperativo o norte pela primazia do conhecimento do mérito e pela inafastabilidade da tutela dos direitos meta-individuais. Sucede que, alguns autores verberam, sem razão, que somente os direitos coletivos que sejam passíveis de justaposição a alguma das discriminações legais podem ter sua tutela prestada.[47]

O referido entendimento vulnera frontalmente o escopo do processo coletivo e a magnitude inerente a esses direitos, sendo por demais reducionista e incorrendo em despropositado formalismo. Nessa esteira, pedimos *venia* para a transcrição de excerto de salutar preleção de Elton Venturi:

> Uma vez garantida a ampla tutela jurisdicional de quaisquer direitos subjetivos, sejam de natureza individual ou meta-individual, não é

44 Assim também GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. cit., p. 204.

45 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. cit., p. 202.

46 *A Class Action...* cit., p. 55-7.

47 (autores que esposam esse entendimento)

Revista.indd 335 13/09/2011 11:44:52

> admissível que o emprego das ações coletivas sofra restrições advenientes do apego a um exacerbado *conceitualismo*. O que se deve inferir é que os direitos meta-individuais não são passíveis de proteção jurisdicional pelo fato de serem tipificados e conceituados como difusos, coletivos e individuais homogêneos pela legislação infra-constitucional (Código de Defesa do Consumidor), mas sim pelo fato de constituírem direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, cuja necessidade de tutela avulta em função de sua relevância social.[48]

Daí se infere que é inadmitida a interpretação do parágrafo único do art. 81 do CDC que resulte em limitação à "tutelabilidade" de direitos coletivos, seja por não se subsumirem à receita legal, ou seja, por caberem em mais de uma das categorias.[49] Interpretação em contrário estaria a ferir a garantia constitucional de acesso à justiça, prevista no art. 5.º, XXXV, da Constituição da República. Já na perspectiva desenhada, resta, *ex positis*, descaracterizada qualquer serventia da tripartição à admissibilidade do processo coletivo. Mas a crítica não pára por aí.

No que se refere às sequelas do conceito no procedimento, o grande alicerce que se erige à mantença das três espécies de direitos coletivos é a distinção no que toca aos regimes da coisa julgada, estabelecida no art. 103 do Código Consumerista e ao *right to opt out*. Essa perspectiva está baseada em erronia, concernente ao contraste dos titulares dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

---

48 *Processo civil coletivo*, cit., p. 89.

49 Nesse sentido: "É um erro acreditar que uma mesma situação fática não possa resultar em violação a interesses difusos, coletivos e individuais simultaneamente. A separação, ou melhor, a categorização dos interesses coletivos *lato sensu* em três espécies diferentes é apenas metodológica. (...) No mundo fenomenológico as relações causais estão tão intimamente ligadas que um único fato pode gerar consequências de diversas ordens, de modo que é possível que dele advenham interesses múltiplos. É o caso, por exemplo, de um acidente ecológico que resulta em danos difusos ao meio ambiente, à saúde pública e, ao mesmo tempo, em danos individuais homogêneos aos moradores da região". AgRg no REsp 1154747/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010.

Revista.indd 336 13/09/2011 11:44:52

Como é consabido, "conceito" é tido por descrição de certo fenômeno da realidade, representando-o mediante abstração; no estudo em tela, de fenômeno jurídico, e mais especificamente, dos direitos transindividuais ou dessa forma tratados.

Na percepção dos direitos transindivinduais (difusos e coletivos), a doutrina agrega a identificação de titulares individualizados à sua definição e distinção: nos direitos difusos são indeterminàveis *sujeitos,* nos coletivos os *particulares* que participam de certa classe ou possuam relação jurídica com o suposto ofensor. Pragmaticamente, no entanto – o que reflete no plano conceitual –, é completamente insignificante divisar a forma ou organização dos indivíduos: os direitos meta-individuais (difusos ou coletivos) pertencem, por ficção jurídica, a um grupo, sendo dispensável, até mesmo um equívoco, buscar sua legitimidade subjetiva nos particulares e sua respectiva organização.

Os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são ontologicamente transindividuais: trata-se de direito, pretensão e *ação material* de direito coletivo – o tema merecerá uma análise mais arguta em item específico sobre os direitos individuais homogêneos. Qualquer esforço pra transplantar quaisquer desses momentos eficaciais, ainda que tão-só no aspecto subjetivo, ao paradigma individualístico (atribuindo-os a particulares) é eivado de grave equívoco metodológico – especialmente no que tange à fórmula de seus conceitos.[50]

Por consectário, os direitos transindividuais não são passíveis de partição útil, exceto por abstração, em desprezo de suas peculiaridades, e em detrimento do processo coletivo, porquanto só constituirá óbice à sua atuação e exigirá esforço intelectual dispensável do operador.

Há de se ressaltar que a incapacidade desses conceitos para descrever os direitos coletivos já vem sendo destacada há muito. Barbosa Moreira,

---

[50] Outro ponto distintivo que se costuma arguir; especialmente em MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos,* cit., p. 91-7; é a intensa litigiosidade interna dos direitos difusos, definida como sua característica de que dentre os seus "titulares" podem existir diversos, até controversos, interesses. Nos parece que não há relevância nesse ponto: de antemão, a questão fica prejudicada quando se atina para que o titular é um grupo, por ficção jurídica, e, outrossim, mesmo tratando-se de direito coletivo *stricto sensu*, ou até de individuais homogêneos podem existir controvérsias entre os "titulares" do direito, esse aspecto extrapola a seara do jurídico e é influenciado pela conotação econômica, política, ideológica, dentre outras. Mais uma vez, de maneira supérflua, a doutrina procura aprisionar a riqueza fática em conceitos abstratos e imprestáveis à descrição da fenomenologia jurídica, ensejando contradições e equívocos pragmáticos.

Revista.indd 337 13/09/2011 11:44:52

tratando dos direitos difusos e coletivos, já asseverava que "na realidade objetiva a passagem de um a outro se faz, com freqüência, por graus insensíveis, e que a riqueza policrômica das situações da vida em sociedade não se deixa aprisionar num espectro intencionalmente esquemático, como o que acima se esboçou".[51] Essa mesma orientação é esposada por diversos outros autores,[52] até mesmo italianos.[53]

Do ponto de vista conceitual, destarte, não resta imprecisão de que os tipos estabelecidos são de tão escasso proveito ao desiderato de perfilhar o fenômeno fático, quanto inúteis ao *iter* processual coletivo. Sucede, no entanto, mera afeição da doutrina ao intentar mantê-los,[54] inclinação que, acaso não fulcrada em comodidade, parece-nos incompreensível.[55]

---

51 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. *RePro*. São Paulo : RT, n.º 28, ano 7, out/dez. 1982, p. 7-19.

52 A doutrina, com achegas à unanimidade, compreende dessa forma. Exemplificativamente, MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses...* cit., p. 55, aduz que a distinção não deve "levar à equivocada impressão de que, nos interesses difusos ou nos interesses individuais homogêneos, não exista uma relação jurídica subjacente, ou ainda a de que, nos interesses coletivos, não haja uma situação de fato anterior, ou, enfim, a de que, nos interesses individuais homogêneos, prescinda-se de uma situação de fato comum, ou de uma relação jurídica básica, que una todo o grupo lesado. Ao contrário. No tocante a quaisquer interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), sempre haverá uma relação fática e jurídica subjacente". ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo,* cit., p. 32, nesse mesmo sentido, aduz: "Nem sempre são perceptíveis com clareza as diferenças entre os direitos difusos e os direitos coletivos, ambos transindividuais e indivisíveis, o que do ponto de vista processual, não tem maiores consequências, já que, pertencendo ambos ao gênero de direitos transindividuais, são tutelados judicialmente pelos mesmos instrumentos processuais. Pode-se, pois, sem comprometer a clareza, identificá-los em conjunto, pela sua denominação genérica de direitos coletivos ou de direitos transindividuais". Compartilham a mesma conclusão GIDI, Antonio. *Rumo...* cit., p. 201-14. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Fredie. *Curso...*, cit., p. 27. VENTURI, Elton. *Processo*... cit., p. 84-93.

53 *"Nella giurisprudenza amministrativa recente non si distingue in modo netto tra interessi diffusi e interessi collettivi*" ALPA, Guido. Interessi Diffusi. *RePro*. São Paulo: RT, n.º 81, jan/mar, 1996, p. 146-159. Anteriormente, PISANI, Andrea Proto. *Appunti preliminari per uno Studio sulla tutela giurisdizionale de degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*. Padova : CEDAM, 1976, p. 263: *"Cosa sia poi questa figura dell'interesse collettivo, come essa si distingua o interferisca con gli interessi pubblici generali, con le figure del direitto soggetivo e dell'interessi legittimo, è tuttira estremamente oscuro, cosí come è ancora poco chiaro se le due espressioni interessi collettivi e interessi diffusi siano adoperate come sinonimo o no"*.

54 No mesmo sentido GIDI, Antonio. *Rumo...* cit., p. 217-21.

55 Há precedentes em sentido similar ao aqui esposado: "A ação civil pública é instrumento de defesa dos interesses sociais, categoria que compreende o interesse de preservação do patrimônio

Revista.indd 338 13/09/2011 11:44:52

Poder-se-ia antagonizar a tese esposada por intermédio das diferenças procedimentais, o que, no entanto, não procede, salvo se se admitir a absurda contradição à sistemática processual coletiva. Os dois pontos do procedimento que revelam discrepâncias são: *a)* o *right to opt out* - "o direito de se excluir da incidência do processo coletivo, podendo propor, querendo, sua própria demanda individual"[56] - que é aplicável exclusivamente nos processos que cuidem de direito coletivo *stricto sensu*; e *b)* a já ventilada coisa julgada, também nessa espécie, que é *ultra partes,* enquanto nos direitos difusos ou individuais homogêneos é *erga omnes*.

Parece-nos que a regra da exclusão de determinado sujeito dos efeitos da coisa julgada não se revela congruente com o regime dos direitos transindividuais, que são ditos indivisíveis. O próprio Código Consumerista os versa como incindíveis na definição positivada no art. 81, parágrafo único, II; seria, no mínimo, um grande contra-senso admitir, nesses mesmos direitos, a possibilidade de partição, no que se refere à coisa julgada, quanto aos sujeitos que exercessem o *right to opt out*, eis que, com isso, se estaria a perspectivar um direito, dito uno, tutelado em várias partes, particularmente, justamente como um direito individual, ou, ainda, um direito de grupo pleiteado por um indivíduo. Caso seja viável, *in concreto*, o exercício deste direito, decerto que de direito coletivo não se estará tratando, mas tão-só de um dos pontos obscuros a que nos conduz a conceituação legal, que leva o operador, em diversos casos, a tratar direitos individuais homogêneos como se coletivos fossem.[57]

A incoerência no tratamento da coisa julgada no processo coletivo é ainda mais estridente. Por que seria lídimo afirmar que a *res iudicata*

público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, expressões que, na lição de Miguel Reale (Questões de Direito Público, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 132). 'compõem uma díade incindível', enquanto bens pertencentes a toda a comunidade, 'a todos e a cada um, como um bem comum, não individualizável, isto é, sem haver possibilidade de distinção formal individualizadora em termos de direitos subjetivos ou situações jurídicas subjetivas' (Ilmar Galvão, A ação civil pública e o Ministério Público, in Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública, São Paulo, Arnoldo Wald, 2003, p. 2002.)". STJ - REsp 786328 / RS; Rel. Ministro Luis Fux, Primeira Turma, julgado em 18/10/2007.

56 GIDI, Antonio. *Rumo...* cit., p. 303.

57 Interessante notar; em MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos e coletivos em juízo*, cit., p. 52-3; que se costuma exemplificar "com uma ação coletiva que vise a nulificação de cláusula abusiva em contrato de adesão", hipótese, nos parece, que revela claramente direito individual homogêneo, eis que plenamente divisível e, inclusive, disponível, o que não é coeso com a natureza dos direitos essencialmente transindividuais.

Revista.indd 339 13/09/2011 11:44:53

em processo que tenha por objeto direito individual homogêneo (sujeitos determinados ou determináveis) seria diferente do que trate de direito coletivo *stricto senso* (sujeitos determináveis)? Inclusive, conforme positivado, mais abrangente no primeiro caso, que é dita *erga omnes*, enquanto no segundo é *ultra partes*.

Limitando a análise aos direitos coletivos *stricto senso*, acrescente-se, a própria perspectiva da coisa julgada como *ultra partes* não é abonada pelo que de fato sucede. A disposição merece ser desconsiderada, por sua improficuidade à tratativa da espécie e, se considera *in litteris*, vulnerar a teleologia das ações coletivas, amortizando a sua efetividade, por duas razões: a uma, leva à possível confusão entre legitimação ativa de determinado ente de classe com a titularidade do direito, que é de um grupo, bem mais amplo do que o número de participantes do ente representativo;[58] a duas, motivo sobressalente, os contornos do grupo representado em juízo não podem ser desenhados com precisão, a todo momento novos participantes passam a lhe integrar e deixam-no, o que leva à conclusão da insuficiência do critério *ultra partes* à descrição da *res iudicata* coletiva, e, mais uma vez, repete-se, não se deve fazer uso de perspectivas individiualísticas para determinar institutos do processo coletivo.[59]

> Bem pensadas as coisas, a coisa julgada é *erga omnes* ou *ultra partes* porque a situação jurídica litigiosa é coletiva. Como se trata de situação jurídica titularizada por um grupo, todo o grupo, e por conseqüência os seus membros, fica vinculado à coisa julgada. A coisa julgada diz respeito apenas à relação jurídica discutida, que, pelas suas

58 Esse alarido já foi positivado, no art. 2.º-A da Lei 9.494: "A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator". O absurdo foi incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001, e modifica a LACP.

59 Esse meio de pensar a tutela coletiva já vem ocasionando diversos problemas, constatados na pragmática: os pretórios nacionais vêm demonstrando preocupação em identificar quem seriam os filiados da respectiva associação ou sindicato ao tempo da propositura da ação, bem como de sua execução; outrossim, também dá ensejo à lamentável tentativa de restringir o alcance da decisão ao grupo; outrossim, também é a *ratio essendi* da lamentável tentativa de restringir o alcance da decisão ao grupo "representado" pelo autor intelectual, e não a toda categoria.

Revista.indd 340 13/09/2011 11:44:53

> peculiaridades, é uma relação jurídica de grupo. A premissa ajuda a compreender a razão pela qual a distinção entre *ultra partes* e *erga omnes*, no caso, é um tanto cerebrina: a coisa julgada atingirá todo o grupo, e seus membros: se o grupo é composto por pessoas indeterminadas, direito difuso, ou se ele é composto por pessoas determináveis, direitos coletivos, é dado sem maior importância, pois a coisa julgada sempre vinculará o grupo e seus membros.[60]

Parece-nos que a coisa julgada no processo coletivo vem sendo analisada a partir de critérios que só são aplicáveis ao processo clássico, a sua extensão subjetiva é peculiar, pela própria titularidade dos direitos transindividuais. Por conseguinte, atribuída a titularidade desses novos direitos a um grupo, não é correto adjetivar o regime da coisa julgada consoante sua extensão a indivíduos. Está aí mais um ponto que merece análise mais aprofundada, o que não se fará nesta sede, pelos limites deste trabalho.

Finalmente, é relevante frisar que o Código Modelo de Processo Coletivo adota a bipartição dos direitos coletivos, eliminando a distinção entre os direitos essencialmente coletivos, nos seguintes termos: "Art. 1.º Cabimento da ação coletiva – A ação coletiva será exercida para a tutela de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base; II – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe".

3. Direitos transindividuais e direitos individuais

3.1. Noções gerais

Os direitos individuais homogêneos têm sua previsão de tutela inaugurada no Código de Defesa do Consumidor, permitindo que, por

60 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* cit., p. 356.

Revista.indd 341 13/09/2011 11:44:53

ficção jurídica,[61] sejam os direitos subjetivos individuais com espectro coletivo – aqueles que se repetem centenas, milhares, ou centenas de milhares de vezes, com mera modificação do titular – tutelados em um só processo. A criação foi inspirada também nas *class actions* norte-americanas, mais especificamente nas *class actions for damages*, e, por suas peculiaridades, à *issue class action*.[62]

Costuma-se dizer que a tutela desses direitos é ambivalente, ou seja, os direitos individuais homogêneos podem ser protegidos de forma partida, mediante a proposição das demandas individuais por cada um de seus titulares, ou é possível que em uma demanda todo o feixe de pretensões individuais seja tutelado, integralmente, por iniciativa de um dos legitimados do art. 82 do CDC, com liquidação e execução coletiva ou não.[63] Dada a inexistência de "atributos essenciais em torno dos quais seja lícito reunir uma categoria específica denominada direitos individuais homogêneos, distinta e autônoma em relação aos direitos individuais,

---

61 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* cit., p. 76-77.

62 Cfr. GIDI, Antonio. *A class action...* cit., p. 161. E adverte: "As ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos são conhecidas, na doutrina brasileira, como 'as *class actions* brasileiras'. A impropriedade é manifesta. Em primeiro lugar, no direito americano, como vimos, há outros tipos de *class actions*, além das previstas na *Rule 23(b)(3)*. Ademais, todas as três espécies de ação coletiva existentes no direito brasileiro são influenciadas pelas *class actions* americanas, ainda que essa influência tenha ocorrido apenas indiretamente, através da doutrina italiana. Assim, não há razão para reservar esse 'privilégio' às ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos. Todas as ações coletivas brasileiras podem ser chamadas '*class actions* brasileiras'.

As ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos são comparáveis às *class action for damages* porque em ambas a única relação que há entre os membros do grupo é a existência de uma questão comum. Todavia, a ação coletiva brasileira limita-se a se uma ação coletiva parcial (*issue class action*) e não uma *class action* plena, uma vez que se limita a fixar a responsabilidade civil do réu pelos danos causados (CDC, art. 95), deixando a liquidação dos danos individuais a ser apurada em ação individual (CDC, art. 97). Para que o membro do grupo possa receber a indenização deve promover ação individual, ainda que a execução possa ser coletiva (CDC, art. 98)".

63 Nesse sentido: "Nos interesses individuais homogêneos, conduzidos coletivamente por força da origem comum, cada membro do grupo é titular de direitos subjetivos clássicos, divisíveis por natureza, tanto assim que cada um pode levar a juízo a sua demanda a título individual. E no processo coletivo, a solução não é necessariamente para todos, uma vez que cada qual pode ver sua demanda acolhida ou rejeitada por circunstâncias pessoais. Cuida-se agora de um feixe de interesses que podem ser tratados coletivamente, firme restando a coexistência da tutela tradicional, a título individual. Se se tratasse de litisconsórcio, estaríamos perante o litisconsórcio comum e facultativo. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000, p. 20.

Revista.indd 342 13/09/2011 11:44:53

na realidade o problema desloca-se da viabilidade de se conceituá-los (descobrir o que são) para a análise do que representam no contexto social, e, por consequência, do exame das vantagens ou desvantagens da admissão judicial de demandas coletivas reunindo pretensões individuais em função da conexão objetiva pela causa de pedir ou pedido".[64]

Vale relevar, na questão, que a tutela coletiva dos direitos é superior à individual. Com a defesa pela via coletiva, tem-se um acesso à justiça efetivo, eis que, no mais das vezes, os titulares dos direitos ofendidos coletivamente não possuem a consciência dos seus direitos, ou, mesmo se assim não for, o descrédito do Poder Judiciário leva à inação de parcela considerável dos titulares; outro ponto relevante, nesse passo, é que a propositura das diversas demandas individuais acarreta grande congestionamento das Cortes, e pode levar à irrupção de decisões conflitantes, o que enseja, mais uma vez, a perda de confiança na judicatura, pela afronta à segurança jurídica e à isonomia.[65]-[66] Mais um benefício, é que, com a demanda coletiva, retira-se a vantagem dos nomeados *litigantes habituais*, tornando o conflito judicial mais paritário e reduzindo as chances de vitória por envergadura na condução processual.[67] N'outra perspectiva, ainda mais significativa, a

---

64 VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit., p. 61-62.

65 "...é preciso enfatizar a importância da ação coletiva como instrumento útil para solver judicialmente questões que atingem um número infindo de pessoas, a todas lesando em pequenas quantidades, razão pela qual dificilmente serão propostas ações individuais para combater a lesão. Se o forem, apenas concorrerão para o aumento insuperável das demandas, a demorar ainda mais a prestação jurisdicional e concorrer para a negação da Justiça pela lentidão, de que tanto reclama a sociedade. A ação coletiva é a via adequada para tais hipóteses, e por isso deve ser acolhida sempre que presentes os pressupostos da lei, que foi propositada e significativamente o de liberar o sistema dos entraves da ação individual, pois pretendeu introduzir no nosso ordenamento medida realmente eficaz". REsp n.º 235.422-SP, rel. Min. Rosado de Aguiar, 4.ª Turma - STJ, julgado em 19.10.2000; DJU, 18.12.2000, p. 202.

66 Aplicável a seguinte preleção: "A necessidade de se manter coerência, ordem e unidade no sistema, impondo que casos idênticos sejam solucionados da mesma maneira, privilegia os princípios da isonomia e da legalidade, conferindo maior previsibilidade para casos similares ou idênticos e afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do julgador.". CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Regime processual das causas repetitivas. *RePro*. São Paulo : RT, Ano 34, janeiro, 2010, p. 142-143

67 "Considerando as diferenças existentes na dimensão e nos recursos financeiros e, ainda, no direito aplicável, há os que se socorrem, repetidas vezes, da Justiça, envolvendo-se, ao longo do tempo, em litígios similares, enquanto há os que recorrem aos órgãos jurisdicionais, ocasional ou esporadicamente. Aqueles são os chamados litigantes habituais ou litigantes freqüentes, ao passo que estes últimos são os litigantes eventuais ou litigantes esporádicos. Conforme demonstram Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão, João Pedroso e Pedro Lopes

Revista.indd 343 13/09/2011 11:44:53

repressão ao enriquecimento ilícito daquele que comete contrafação de repercussão coletiva, na medida em que o art. 100 do CDC determina que "Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida". A justiça a conta-gotas do processo civil clássico não se coaduna com a dimensão constitucional dada à tutela desses direitos.

Além disso, existem casos em que a tutela coletiva dos direitos individuais é, propriamente, o único meio de efetivação desses direitos. Essas situações são vislumbradas nos casos que a doutrina cunhou como "danos de bagatela": quando a vulneração do direito se dá em pequeníssimas porções, gerando prejuízos individuais que não podem ser demandados individualmente, já que a falta de qualquer proveito econômico ao proponente implicaria falta de interesse de agir, e, conquanto o valor individual seja irrisório, a proporção do dano é gigantesca se perspectivado em sua integralidade. Ainda que se entenda presente o *interesse*, é, no mínimo, ingênuo acreditar que alguma ação individual será proposta.[68] Nessas conjecturas, muito presentes na sociedade de massa e complexa hodierna, a ação coletiva nos parece o único meio eficaz para a tutela dos direitos.[69] Insista-se: se o valor é ínfimo do ponto de vista de cada um dos lesados, mas alcança cifra considerável na perspectiva das milhares de lesões perpetradas, a via coletiva se impõe como o acesso

---

Ferreira, o que faz com que um litigante seja frequente ou habitual não é apenas o tipo de litígio que o envolve, mas também sua dimensão e os recursos disponíveis que tornam menos custosa e mais próxima sua relação com os órgãos judiciais. O litigante habitual é o que tem tido e prevê que vai ter litígios frequentes, que corre poucos riscos relativamente ao resultado de cada um dos casos e que tem recursos suficientes para perseguir os seus interesses de longo prazo". CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Regime processual das causas repetitivas*... cit., p. 146.

68 GIDI, Antonio. *A class action*... cit., p. 206-207.

69 O benefício é bem reconhecido na doutrina estadunidense: *"The class action has many uses. The most compelling occurs when someone inflicts a small harm on each member of a large group of people. In such a case, any one victim would have to spend more money to hire a lawyer than he could recover by winning the lawsuit, so he would not sue. The class action enables the claims of all the individual victims to be aggregated, thereby spreading the lawsuit's cost among all class members and creating a potential recovery that is large enough to make the suit economically viable. Although each individual who is harmed wins only a small amount, the public benefit is substantial. The cost of a large public harm are borne by the person or firm responsible for it, and incentives to commit future transgressions are removed. In this way, the class action provides for the private enforcement of laws that are aimed at protecting the public"*. FISS, Owen; BRONSTEEN, John. *The class action rule.* Notre Dame Law Review. 2002-2003, p. 1419.

Revista.indd 344 13/09/2011 11:44:53

privilegiado à justiça, garantindo a aplicação autoritativa do direito material em situações jurídicas que, certamente, não seriam levadas ao Judiciário.

3.2. Direitos individuais homogêneos e ação material coletiva

A par das considerações tecidas acerca dos direitos individuais homogêneos – cujo fenômeno é mais facilmente compreendido com a inversão dos termos: questões homogêneas dentre os direitos individuais (particulares) –, impende anotar, nesse momento, e na contramão da unanimidade da doutrina, que **não** se trata de uma categoria instituída pelo advento do CDC. No particular, rogando as vênias necessárias, acredita-se que a posição da doutrina brasileira carece de apuro conceitual, e cerra os olhos para uma realidade inocultável, qual seja, a da *ação material*. Sem apego a meros academicismos, vejamos os desdobramentos práticos.

Cediço que a nota da transindividualidade que substancia os direitos difusos e coletivos em sentido estrito embasa a afirmação de ser uma "tutela de direitos coletivos". De seu turno, quanto aos direitos individuais homogêneos haveria, propriamente, uma tutela coletiva de situações particulares. Como afirmado alhures, cuida-se de dispensar um tratamento uniforme a inúmeras situações individuais que se manifestam com uma homogeneidade que viabiliza o tratamento molecular. Aqui, e de uma forma bastante nítida, a tutela coletiva concretiza aspirações de diferentes ordens: acesso à justiça, aplicação autoritativa do direito material e economia processual.

Oportunamente, referimos que os direitos individuais homogêneos comportam, por hipótese de não ser proposta uma demanda coletiva, a formação de um litisconsórcio facultativo por afinidade de questões (art. 46, IV, CPC/73). Em outros dizeres, havendo um liame fático, ainda que tênue, entre os particulares (legitimados ordinários), estes poderão ajuizar uma única ação mediante um cúmulo subjetivo, no qual são deduzidas várias pretensões individuais em um único processo. Decerto que os institutos não se confundem; na ação coletiva, sem embargo das divergências doutrinárias, a natureza da legitimação é extraordinária. Não por outro motivo se afirma que os direitos individuais homogêneos são passíveis de tutela jurisdicional ambivalente, isto é, pela via individual (com ou sem

Revista.indd 345 13/09/2011 11:44:53

formação de litisconsórcio) ou pela via coletiva.[70]

Ora, se a tutela jurisdicional é ambivalente, decerto que não é possível anuir com o entendimento de que essa categoria teria sido inaugurada pelo CDC, sob pena da assertiva guardar uma contradição em seu bojo. Vejamos. Se os direitos individuais homogêneos já poderiam ser tutelados mediante ações individuais, cujos particulares poderiam se reunir ou não em consórcio – facultativo, isto é, de acordo com a sua conveniência –, é indiscutível que não se trata de uma inovação legislativa da década de 90. Todavia, essa afirmação merece cautela a fim de não induzir o leitor à crença de que o panorama não teria sido alterado a partir do CDC.

A legislação consumerista teve o grande mérito de instituir uma *ação material* coletiva para tratar de direitos individuais.[71] Tal se deve porque, diferentemente dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito (transindividuais), no qual há *direito, pretensão* e *ação material coletiva* – "categorias eficaciais coextensivas da relação jurídica com as quais mantém estreita relação"[72] – no que respeita aos individuais homogêneos, existem *direitos* e *pretensões individuais*, dos quais não seria possível se chegar a uma *ação material* coletiva, senão por ficção, como fez o legislador em 1990. Façamos uma digressão sobre o tema.

Muito embora abordado por doutrinadores de escol, o tema da *ação material* vem sendo descurado pela moderna processualística. Desde o século passado e as discussões travadas em torno do conceito de ação – repise-se a famosa polêmica entre Windscheid e Müther, do qual ficou o legado da *pretensão* (direito material) e da ação enquanto direito de acionar o Estado –,[73] e imbuídos da preocupação de dignificar o direito processual,

---

70 Por certo que também na ação coletiva será possível a intervenção de particulares (intervenções na modalidade de assistências litisconsorciais).

71 Entre nós, o grande responsável em desenvolver esse raciocínio foi Roberto Campos Gouveia Filho, em debate travado via mensagem eletrônica com Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha e Mateus Pereira.

72 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da ação de direito material.* Salvador: JusPodivm, 2008, p. 110.

73 Em rápida síntese sobre a polêmica, revisitando a *actio* do Direito Romano, Windscheid – expoente do pandectismo – pretendeu demonstrar que **não** haveria uma coincidência entre a *actio* romana e a *Klage* germânica. Sua teoria revolveu a doutrina da época, dado que o tema persistia com relativa tranqüilidade. De seu turno, Müther defendia a correspondência. Cf. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 94. CARREIRA ALVIM, J. E. *Teoria*

Revista.indd 346 13/09/2011 11:44:53

nós, processualistas, viramos as costas para muitos institutos do direito material fundamentais à compreensão processo. Ora, não se nega a autonomia do processo conquistada pelo contributo, principalmente, de Oskar Büllow (1868) e de Adolf Wach em (1885 e 1888). Sucede que a única forma de explicar determinados fenômenos jurídicos e do processo, como a ação cautelar autônoma, o monopólio da Jurisdição e a vedação à autotutela e, assim nos parece, a "tutela coletiva de direitos", é mediante o estudo da *ação material,* brilhantemente desenvolvida por Pontes de Miranda, cujo estudo seria retomado com maestria por outros autores mencionados ao longo do texto.

Pois bem.

Para situar o conceito de *ação material,* é indispensável, antes, identificar os conceitos de *direito* e *pretensão.* Hoje, sem negar o contributo, sabe-se que o direito objetivo é mais amplo que o subjetivo, não podendo ser encarado, apenas, como o "interesse juridicamente protegido" (Ihering), tampouco como "um poder da vontade" (Savigny); ambas se apresentam insuficientes à explicação do fenômeno na íntegra.[74] Conforme a lição da doutrina mais autorizada sobre a matéria, a *pretensão* é encarada como o grau de *exigibilidade* de um direito, isto é, o poder de exigir o seu cumprimento.[75] Se o *direito* tem como situação passiva correspondente o *dever,* à *pretensão* corresponde a *obrigação.* Bom. Na medida em que a *pretensão* é exigida e o devedor ou responsável pela obrigação, premido pelo credor, não a satisfaz, surge a *ação material*, isto é, novo poder que se agrega à *pretensão,* mas que

geral do processo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 117. Sabe-se hoje, no entanto, que se um analisava o fenômeno do ponto de vista do direito material, o outro o fazia do prisma processual. Assim, suas doutrinas, sobre não se excluírem, antes se afinam.

74 Figure-se o exemplo dos incapazes, não explicado pela doutrina de Savigny, bem assim o exercício do direito sem que haja qualquer interesse; ou mesmo as situações em que haveria proteção do interesse sem que ocorra a subjetivação do direito. cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação cautelar inominada no direito brasileiro.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 135.

75 Consoante: "...a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa". MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, t. V*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 503-504. Também em *Tratado das ações, t. I*. Campinas : Bookseller, 1998, p. 68. Também nesse sentido: "...no vencimento da dívida nasce em favor do credor a *pretensão* ao cumprimento da *obrigação* em que se transforma o dever. Portanto, deixa de haver apenas direito (subjetivo) e dever, passando a existir *pretensão* do credor e *obrigação* do devedor ao cumprimento. A *pretensão*, como se vê, constitui o *grau de exigibilidade do direito* (subjetivo) e a *obrigação* de submissão ao adimplemento. O direito, enquanto sem pretensão, não é exigível; existe apenas *in potentia*". MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 3.ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 185.

Revista.indd 347 13/09/2011 11:44:53

permite o *agir* para a satisfação,[76] tendo como situação jurídica passiva a de *acionado*. No escólio de Marcos Bernardes de Mello, a "*impositividade do direito* está na *ação,* que apenas surge, em regra, se ocorre descumprimento da obrigação".[77] Somente nesse sentido pode-se falar que a *ação* é uma emanação do direito, algo que, destaque-se, não pode ser confundido com o direito abstrato de ação (= pretensão à tutela jurídica), o qual, por força da gradual evolução do direito processual, é subjetivo e público.[78] Há uma coextensão – não necessária – entre *direito, pretensão* e *ação*;[79] categoriais eficaciais que pertencem ao direito material.[80]

Se a todos fosse lícito *agir* à satisfação de nossas *pretensões,* sem dúvida que o caos se instalaria na Sociedade. Para evitar esse estado de natureza hobbesiano, o Estado, na medida em que monopolizou o exercício da

---

76 "Chegamos, assim, ao conceito de ação de direito material, que é o *agir contra o obrigado omisso,* contra o obrigado inadimplente. Tendo-se presente o conceito de pretensão, como *exigibilidade*, acrescentemos a ele o "agir para a satisfação", de modo que ocorra exigência + *atividade* de quem exige e teremos o conceito de ação material (*actio*)". SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação cautelar inominada no direito brasileiro.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 137.

77 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, 1ª parte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 185.

78 Sabe-se que devemos à Wach a noção de "pretensão à tutela jurídica". Sucede que esse autor, fiel ao concretismo, acreditava que o preenchimento das condições da ação – cujo DNA lhe pertence – levaria a um julgamento favorável. Em Wach, a pretensão à tutela jurídica é a obtenção do resultado positivo ao autor. Daí porque, segundo MARINONI, Wach não acatou a tese do direito de agir contra o Estado – adotado por Plòsz e Degenkolb -, "construindo a teoria da pretensão à tutela jurídica, que unia elementos de direito material e processual". MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil:* teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2007, v. 1, p. 168. Inclusive, na crítica reservada ao autor alemão por Fábio Luiz Gomes: "Ora, a propositura de uma demanda por quem seja titular de um direito próprio (legitimidade), direito esse que tenha sido violado ou esteja ameaçado de violação (interesse/necessidade da tutela), e que contenha pedido expressamente previsto no ordenamento jurídico "concreto", deverá necessariamente ser julgada procedente! Sem explicação restaria, portanto, o fenômeno da "ação" improcedente". SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 96.

79 Não é o momento de apresentar todas as nuances do tema. Consigne-se, no entanto, que essa coextensão é "não necessária", haja vista que pode existir *direito* sem *pretensão*, chamados de direitos mutilados, como é o caso da dívida do jogo ou mesmo os *direitos* que tiveram sua *pretensão* e *ação* prescritas. Por outro lado, há *ação,* sem que haja direito, figurando como exemplo típico a ação popular, o *habeas corpus* em favor de terceiro, a ação civil pública, a ação de interdição por insanidade física ou mental. Sobre o tema, cf. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, 1ª parte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 183.

80 MELLO, Marcos Bernardes, op. cit., p. 187.

Revista.indd 348 13/09/2011 11:44:53

Jurisdição, vedou a autotutela – tipificada entre nós como o exercício arbitrário das próprias razões. Essa proibição consistiu na impossibilidade do exercício da *ação material*, ditando-se, como regra, o caminho da ação processual para o seu exercício. Em outras palavras, a *ação* de direito material é, normalmente, veiculada mediante uma ação processual.[81]

Todavia, o legislador também fez algumas concessões, facultando o *agir* fora da jurisdição em alguns casos isolados, bastando figurar: a legítima defesa (art. 188, I, CC, e art. 23, CP), inclusive da posse (desforço pessoal imediato contra violação da posse (art. 1.210, §1º, CC)); a possibilidade de venda, pelo credor pignoratício, do bem empenhado para pagar-se, quando, inadimplida a dívida garantida pelo penhor (art. 1.433, IV, CC); a pretensão à compensação etc.[82]

No plano da lógica deôntica: somente é passível de proibição um dado existente na realidade. Eis o motivo pelo qual é irrefutável a existência da *ação material.* Aqui, sim, sob pena de comprometer a autonomia conquistada, impende não baralhar os conceitos. A ação processual não tem sua gênese da vedação à *ação material*. O que existe, na preleção de Ovídio Baptista, é a "interferência do Estado, que, ao proibir o exercício privado da ação [material], *angularizou* a relação de direito material existente entre o titular do direito e o obrigado, interpondo entre eles a figura do juiz e o processo".[83]

Em arremate, existe uma *ação material* coletiva para tratar das situações homogêneas dentre os direitos particulares e, somente a partir dela – autêntica inovação do CDC –, instituída por ficção – dado inexistirem *direitos* e *pretensões* coletivas no particular – é viabilizado o tratamento molecular à plêiade de situações jurídicas individuais que se assemelham. Daí porque sustentamos a ocorrência de um equívoco doutrinário, descurando um instituto fundamental do direito material, caríssimo ao processo. Algo que, inclusive, consoante já nos manifestamos em outra

---

81 "[...]. Daí ser perfeitamente apropriado dizer-se que alguém exercer "ação" [de direito processual] sem ter ação [de direito material]. Não se pode eliminar essas duas realidades, que são uma decorrência do fato histórico do monopólio, pelo Estado, da função de distribuir justiça. Esse monopólio, contudo, não eliminou, inteiramente, a possibilidade de exercer-se a ação por outra via que não seja a "ação" processual". SILVA, Ovídio A. Baptista da, op. ult. cit., p. 138; MELLO, Marcos Bernardes, op. cit., p. 187.

82 MELLO, Marcos Bernardes, op. cit., p. 188.

83 SILVA, Ovídio A. Baptista da, op. ult. cit., p. 139.

Revista.indd 349 13/09/2011 11:44:53

sede, e novamente na esteira de Ovídio Baptista da Silva, não é de causar surpresa[84].

3.3. Demandas pseudoindividuais

Um problema de ordem prática se revela com as denominadas "ações pseudoindividuais",[85] tidas por aquelas em que "o resultado de uma demanda individual gerasse necessariamente efeitos sobre toda uma comunidade"[86]. Ou seja, apesar de ser uma ação individual, pela indivisibilidade do objeto e sua repercussão coletiva, a *res in iudicio deducta* é típica de uma ação coletiva.

Elucidando o tema, as palavras de Kazuo Watanabe:

> A *ação coletiva* ajuizada com o escopo de se exigir a cessação da poluição ambiental praticada por uma indústria é apta a tutelar os interesses de toda a coletividade (interesses difusos, portanto). A *ação individual* que viesse a ser proposta por uma vítima, por exemplo, um morador da vizinhança, reclamando a indenização pelos danos individualmente sofridos em virtude da mesma poluição combatida na ação coletiva, veicularia uma pretensão individual própria e inconfundível com a pretensão coletiva. Seria inegável, nessa hipótese, a presença do requisito da compatibilidade entre a pretensão própria e inconfundível com a pretensão coletiva. Seria inegável, nessa hipótese, a presença do requisito da compatibilidade entre a pretensão coletiva e a individual. Mas, se na *ação individual*

84 GOUVEIA FILHO, Roberto Campos P.; PEREIRA, Mateus Costa. "Ação Material e Tutela Cautelar". In: *Teoria Quinária da Ação:* estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento. Eduardo José da Fonseca Costa; Luiz Eduardo Ribeiro Mourão; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (Orgs.). Salvador: JusPodivm, 2010, p. 563-594.

85 Percebeu o tema, pela primeira vez, WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *RePro*. São Paulo : RT, ano 31, setembro/2006, p. 28-35.

86 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* cit., p. 94.

Revista.indd 350 13/09/2011 11:44:53

> fosse veiculada a pretensão à cessação da poluição, teria ela escopo coincidente com o da *ação coletiva*. Suponhamos, para salientar bem essa distinção, que outros moradores ajuizassem também ações individuais com a mesma finalidade, qual seja a de cessação da poluição. Todas elas estariam reproduzindo a mesma pretensão veiculada na *demanda coletiva*. São *individuais* apenas no sentido de que são propostas por indivíduos, mas a *pretensão é de alcance coletivo*, pois beneficia a totalidade das pessoas que se encontram na mesma situação, e não somente o autor da ação. Em semelhante situação, seria suficiente uma só demanda, seja individual ou coletiva.[87]

A problemática remete ao litisconsórcio unitário, já que, na espécie, verifica-se uma ação individual, em que, por força do direito em análise, poderá determinar uma mudança na esfera individual de diversos outros indivíduos, que não tiveram sequer participação no processo. No pleito individual, a relação jurídica é una, que, nada obstante diversos sujeitos interessados alheios à demanda, é levada a cabo por um só sujeito, quando poderia conduzir a um litisconsórcio multitudinário.

Com efeito, em hipótese de tramitação dessas diversas ações – várias individuais e a coletiva –, é possível que se dêem julgamentos, inclusive, contraditórios, o que, pragmaticamente, é inaceitável, ante o supramencionado objeto incindível dos processos. Assim, a ocorrência de multiplicidade pode, efetivamente, levar a "um *bis in idem*, que poderá dar origem a conflitos práticos, e não apenas lógicos, de julgados, o que o nosso ordenamento jurídico não tolera (daí, os institutos da litispendência e da coisa julgada)".[88] Essa situação reclama sistematização, objetivando sejam evitados prejuízos ou incoerências.

A solução é espinhosa. De fato, algumas hipóteses nem mesmo ao processo coletivo pertencem, como a do sócio que intenta anular assembleia

---

87 *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*, cit., p. 29.

88 WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*, cit., p. 30

Revista.indd 351 13/09/2011 11:44:53

geral, o que gera, inequivocamente, repercussão nos demais membros da sociedade empresária, caso que já atormenta os processualistas há tempos.

No entanto, como na tutela inibitória de lesão ao meio-ambiente, a problemática aflige ao processo coletivo levando alguns autores a negar a possibilidade de demandas individuais, e outros, a professar a inafastabilidade da jurisdição, concluindo pela possibilidade de concorrência de ações coletivas e individuais.

Deste modo, há quem alegue ser inadmissível o ajuizamento de demandas individuais por ser o objeto, a despeito da quantidade de interessados, único e impartível. Admitir o contrário ofenderia a segurança jurídica e isonomia, por viabilizar a existência de decisões contraditórias, o que é pragmaticamente inconcebível.[89] Outro fundamento, bastante relevante, é levantado no sentido de que "não há sequer a viabilidade de serem admitidas ações individuais que tenham como pretensão a tutela de direitos difusos e coletivos, em face da falta de legitimação ativa *ad causam* individual para a proteção dos mencionados direitos supra-individuais",[90] extirpando o problema em sua gênese.

No sentido contrário, invoca-se o acesso à justiça, que proíbe a afastabilidade da jurisdição, salvo nos casos expressamente previstos em lei – o que não ocorre no presente. Ainda que se reconheça a superioridade da tutela coletiva, impende sejam admitidas as demandas individuais, e, em caso de concomitância de ações coletivas e individuais, permitir-se-ia a suspensão dessas.[91]

---

89 Assim: "A solução que seria mais apropriada, em nosso sentir, na conformidade das ponderações acima desenvolvidas, seria a proibição de demandas individuais referidas a uma relação jurídica global incindível". E em seguida ameniza a solução: "Porém, a suspensão dos processo individuais poderá, em termos práticos, produzir efeitos bem próximos da proibição, se efetivamente for aplicada pelo juiz da causa". WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*, cit., p. 25.

90 VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit., p. 345-346. No mesmo sentido: "O que parece, entretanto, inadmissível, em sede de interesse difusos e coletivos, é a possibilidade ventilada pelo art. 104, de cabimento e coexistência de ações coletivas e individuais, como se o objeto em questão estivesse sujeito ao desmembramento". MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas*, cit., p. 261

91 Assim DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso...* v.4, cit., p. 95-96. Convergindo: Em nosso atual desenho jurídico-político o exercício dos pleitos individuais não pode ser obstado, ainda que se considere que a jurisdição coletiva opera de modo *molecular*, compreensivo das *demandas – átomo*, numa aplicação do aforismo pelo qual *o que se afirma do todo está afirma em relação às partes componentes*. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e*

Revista.indd 352 13/09/2011 11:44:53

A solução dos Códigos de Processo Coletivo vem sendo no sentido de suspender as demandas individuais (art. 20 do CBPC-GIDI e 7.º do CBPC-IBDP).

3.4. Tutela coletiva dos proprietários de poupança quanto aos expurgos inflacionários

Parece-nos oportuno, em congruência ao exposto, trazer à análise um precedente do Superior Tribunal de Justiça, que cuida da prescrição de direitos individuais homogêneos tutelados em ação coletiva.

Trata-se do Recurso Especial n.º 1.070.896, proveniente de Santa Catarina, processado sob a relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão. O processo originou-se com a propositura de Ação Civil Pública por associação de defesa dos consumidores, objetivando pagamento aos poupadores das diferenças decorrentes dos denominados "expurgos inflacionários" estabelecidos pelos Planos Bresser e Verão, nos anos de 1987 e 1989. O pleito foi julgado improcedente na primeira instância, apresentado recurso pela parte autora e pelo Ministério público, ambos desprovidos pelo tribunal *a quo*, daí a interposição do apelo especial pelo MP, que tampouco obteve êxito.

A decisão foi ementada nos seguintes termos, *in verbis*:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECORRENTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. POUPANÇA. COBRANÇA DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS BRESSER E VERÃO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. 1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microssistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65. 2. Embora o direi-to subjetivo objeto da presente

coisa julgada: *teoria geral das ações coletivas*. 2.ª ed. São Paulo : RT, 2007, p. 511.

Revista.indd 353 13/09/2011 11:44:53

> ação civil pública se identifique com aquele contido em inúmeras ações individuais que discutem a cobrança de expurgos inflacionários referentes aos Planos Bresser e Verão, são, na verdade, ações independentes, não implicando a extinção da ação civil pública, que busca a concretização de um direto subjetivo coletivizado, a extinção das demais pretensões individuais com origem comum, as quais não possuem os mesmos prazos de prescrição. 3. Em outro ângulo, considerando-se que as pretensões coletivas sequer existiam à época dos fatos, pois em 1987 e 1989 não havia a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública decorrente de direitos individuais homogêneos, tutela coletiva consagrada com o advento, em 1990, do CDC, incabível atribuir às ações civis públicas o prazo prescricional vintenário previsto no art. 177 do CC/16. 4. Ainda que o art. 7º do CDC preveja a abertura do microssistema para outras normas que dispõem sobre a defesa dos direitos dos consumidores, a regra existente fora do sistema, que tem caráter meramente geral e vai de encontro ao regido especificamente na legislação consumeirista, não afasta o prazo prescricional estabelecido no art. 27 do CDC. 5. Recurso especial a que se nega provimento.

A decisão é lamentável. Está, *data maxima venia*, na contramão da tutela coletiva dos direitos, apequenando-a, e negando seus alicerces fundamentais; outrossim, representa uma confusão espúria de institutos básicos do Direito, cujo manuseio destoa da técnica. Como veremos adiante, trata-se de um precedente perigoso, que merece ser superado totalmente (*overruling*) com a maior brevidade possível (*antecipatory overruling*).

A primeira *ratio decidendi*, a guiar o julgamento, pautou-se em que "a Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microssistema de tutela dos direitos difusos, motivo pelo qual, à míngua de previsão do

Revista.indd 354 13/09/2011 11:44:53

prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da *analogia legis*, recomendando-se a aplicação do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65".

De antemão, é relevante asseverar que o prazo aplicado – art. 21 da Lei da Ação Popular – não é prescricional, mas decadencial. O erro é crasso.

A prescrição tem por efeito *encobrir* a pretensão – e também a *ação* de direito material –, ou seja, afeta o poder jurídico de exigir que o sujeito passivo cumpra a sua obrigação e também a impositividade.[92] Conforme exposto alhures, na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, apresentam-se *direitos* e *pretensões* individuais, e *ação* coletiva (tudo isso, repise-se, no plano do direito material). A *pretensão* – e a prescrição, por conseguinte – é, portanto, a dos direitos substanciais em questão; não existe e nem deve existir, por ser totalmente imprestável à tutela desses direitos, uma *pretensão* coletiva, enquanto coextensão eficacial de direitos individuais homogêneos.

Destarte, não há que se falar, *in casu*, no comprometimento da exigibilidade de um ponto de vista coletivo: a prescrição dos direitos à cobrança dos expurgos inflacionários decorrentes dos Planos Bresser e Verão é questão solidificada na remansosa jurisprudência da Corte, que assinala o prazo de vinte anos.[93] Infelizmente, o Superior Tribunal não atinou para essas importantes distinções, e reconheceu que a *pretensão* estaria encoberta, que é material, por conta da aplicação analógica de prazo decadencial para propositura de ação, aqui no sentido processual, ensejando julgamento totalmente absurdo: deu-se a extinção do processo *com resolução do mérito* (art. 269, IV, do CPC) a partir da aplicação de um

---

92 Encobre, e não extingue. Daí Marcos Bernardes de Mello dizer que o legislador incorreu em erro crasso no art. 189 do CC, ao dispor que a extinguiria. Op. cit., p. 186.

93 "Segundo o entendimento consolidado desta Corte, 'nas ações em que são impugnados os critérios de remuneração de cadernetas de poupança e são postuladas as respectivas diferenças, a prescrição é vintenária, já que se discute o próprio crédito e não os seus acessórios'. (REsp nº 433.003/SP, Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 26/8/2002). STJ – Quarta Turma, AgRg no Ag 1149853-PB, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 24/08/2010, DJe 10/09/2010. Assim também, todos do STJ: REsp 433003-SP, AgRg no Ag 1070056-MG, AgRg no REsp 1073190-MG, AgRg no Ag 1039367-RS, AgRg no Ag 1165081-RS, AgRg no Ag 1303420-PR, EDcl no AgRg no REsp 1055763-MG, AgRg no Ag 1227662-SP, AgRg no REsp 1140247-RS.

Revista.indd 355 13/09/2011 11:44:53

prazo de *remédio processual*. Criou-se uma prescrição que é processual, o que, é absurdo.[94]

Nesse sentido, Pontes de Miranda já alertava: "estudos superficiais puseram as pretensões no direito processual. As consequências seriam embaraçantes. No direito dos Estados, há dois sistemas de direito, a pretensão teria de ficar aos legisladores do direito processual, o que seria absurdo. No direito internacional privado, a pretensão seria a da *lex fori* e nunca a da lei pessoal ou outra que tivesse de ser aplicada pelo juiz estrangeiro. Portanto, a prescrição seria processual e processuais seriam os prazos preclusivos[95] impostos, solução abertamente contrária aos sistemas de direito"[96].

O erro é ainda mais infeliz, porque, na espécie, a prescrição é uma questão comum: a exigibilidade desses direitos surgiu na data em que determinada correção deveria ter sido aplicada e não o foi, é, consequentemente, uniforme para todo o grupo, formado por milhares de poupadores, com diversos processos individuais, a abarrotar o Judiciário.

Outrossim, ainda que se figure o prazo como decadencial, a impropriedade é manifesta. Como é cediço, a Ação Popular é "instrumento que não tem por finalidade precípua a defesa de direitos individuais, mas a proteção da cidadania e do interesse público",[97] ou seja, direitos eminentemente transindividuais. No caso, foram veiculados direitos individuais homogêneos, e o processo, como assentado doutrinariamente, é instrumento, merecendo, portanto, a devida adequação ao direito material *sub judice*, conformando o procedimento às suas peculiaridades, para que, só assim, possa se falar em tutela adequada.[98] Não foi o que o STJ fez.

---

94 Cumpre-nos, por justiça, deixar registrado que o ponto não passou despercebido por todos os ministros da Turma, o Excelentíssimo Min. João Otávio de Noronha, após considerar que "lamentavelmente, ainda se confunde prescrição e decadência", destaca: "Tenho a mais plena convicção de que o prazo para ajuizamento de ações coletivas pelos entes legitimados é um prazo decadencial. É um prazo de caducidade, porque não veicula pretensão no plano material, tão-só no plano processual, qual seja, exigir a tutela do Estado". Apesar das considerações, conclui, com erro, pela ocorrência da decadência.

95 Leia-se "decadenciais", o autor optava por chamá-los de preclusivos.

96 *Tratado das ações,* cit., p. 105.

97 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso...* cit., p. 275.

98 Assim, a lição do mestre italiano: "*Perché sia assicurata la tutela giurisdizionale di una determinata situazione di vantaggio violata, non basta que a livello di diritto processuale sia predisposto un procedimento quale che sia, ma è necessário che il totalare della situazione*

Revista.indd 356 13/09/2011 11:44:53

A aplicação do prazo quinquenal é equivocada, fere de morte o princípio da tutela integral – característico do processo coletivo –, apequenando o alcance da tutela coletiva, eis que, nada obstante o "trancamento" da via coletiva, na hipótese, são admissíveis demandas individuais. O *decisum* vulnera a própria razão de ser da tutela dos direitos individuais homogêneos: proporcionar a solução integral de uma macrolide, em um só processo, proporcionando acesso à justiça e efetivação do direito material, rechaçando a prática futura de ilícitos de massa (*deterrence*). Nessa esteira, a aplicação de dispositivos contidos em lei diversas, no microssistema do processo coletivo, só se faz quando for pertinente à via eleita (art. 21 da Lei 7.347/85), e, na hipótese, está claro que não havia o indispensável cabimento.

Com esse verdadeiro empeço do acesso à justiça, que deve ser tanto individual como coletivo, tem-se um incentivo às execráveis práticas de ilícitos de repercussão plural, em detrimento da coletividade e do próprio Direito.

Cabe-nos afastar um outro óbice levantado no voto condutor. Transcrevemos: "Em verdade, a norma consumerista prevê prazo prescricional geral de cinco anos para as pretensões reparatórias fundadas no fato do produto ou do serviço, a qual se aplica, também, às ações coletivas e, analogicamente, com base em uma interpretação sistemática realizada dentro do próprio microssistema consumeirista, às ações coletivas que não tratam de defeitos de segurança".

O descabimento salta aos olhos. Repete-se novo baralhamento dos planos processuais e materiais, na medida em que o fato da previsão de tutela dos direitos individuais homogêneos em demanda coletiva está no CDC, por si só, faz-lhe aplicável o prazo prescricional para fato do produto ou serviço: a uma, não cabe prazo prescricional algum à ação civil pública, já que há direito potestativo em propô-la, típico aos remédios processuais, que está sujeito à decadência; a duas, caso admita-se que o Tribunal quis

di vantaggio violata (o di cui si minaccia violazione) possa utilizzare un procedimento (o più procedimenti) strutturato in modo tale da potergli fornire uma tutela effettiva e non meramente formale o astratta del suo diritto. Specificando, quindi, quanto detto poco fa, é possible ora dire che il diritto sostanziale – sul piano della effettivitá, della giuridicità, non della sola declamazione contenuta nella carta stampata – esiste nella misura in cui il diritto processuale predispone procedimenti, forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifi bisogni di tutela delle singole situazione di vantaggio affermate dalle norme sostanziali". PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli : Jovene, 1994, p. 6.

Revista.indd 357 13/09/2011 11:44:54

aplicar a prescrição aos direitos substanciais, o que não cremos ter sido a intenção, a impropriedade é ainda maior: estar-se-ia, sem qualquer disposição nesse sentido, sujeitando a pretensão – de direito já nascido, exigível e acionável – à lei posterior.

Por fim, frise-se, o Código Consumerista não *criou* os direitos individuais homogêneos – o caso em tela deixa isso bem claro ao abordar direitos substanciais anteriores à edição da lei –, senão inaugurando a possibilidade de tutela destes direitos por demanda coletiva (a *ação* material a que já nos referimos). Os direitos individuais homogêneos não são uma espécie de direito, mas se cuida de uma característica de certos direitos, que lhes faz passíveis de proteção coletiva, é criação instrumental para atendimento das carências da sociedade de massa; motivo pelo qual afirmamos se tratar de uma realidade melhor compreendida pela inversão dos termos. A homogeneidade pode se manifestar em todas as espécies de direitos: civis, tributários, previdenciários, trabalhistas etc. Sendo assim, seria correto aplicar prazo prescricional a determinado direito (plano material), por conta do instrumento que lhe adjudica (plano processual) estar disposto nessa ou naquela lei? A resposta é negativa...

Por derradeiro, subsidia o dispositivo decisório no seguinte sentido: "soa como ilógico atribuir o prazo prescricional previsto no art. 177 do CC/16 às ações do art. 81, CDC, se à época dos fatos, 1987, a pretensão coletiva sequer existia (embora as demandas individuais já eram propostas)".

Este entendimento não merece outra sorte, pelas mesmas razões. Há, mais uma vez, confusão nítida entre o plano processual e material.[99] Os

[99] A confusão entre os planos é contratempo do qual Pontes de Miranda cuida de evitar em toda sua obra, aduz o autor: "O remédio jurídico processual é meio instrumental que o direito formal põe a serviço de pessoas que estejam em determinadas situações, para que, com o uso dele, possam suscitar a decisão, a prestação jurisdicional. (...) a liberdade física existe, como direito, onde não exista o direito ao *habeas corpus* ou onde se negue a ação de liberdade física, se bem que se reconheça o direito. Subjetivação, pretensão, ação, remédios jurídicos processuais – são quatro fatos diferentes". *Tratado das ações*, cit., p. 288. A mesma nota está na obra Marcos Bernardes de Mello, o autor sinaliza que a confusão é comum na prática e, possivelmente, decorrente do monopólio da Jurisdição pelo Estado, que avocou a ação de direito material, proibindo a justiça com as próprias mãos, do que decorre que a ação material é, geralmente, exercida pela "ação processual", que nada mais é do que o remédio jurídico processual, no entanto, não se deve confundi-las, aquela é o mérito, a *res in iudicio deducta* uma vez que se torna efetiva mediante essa. *Teoria do fato jurídico...* cit., p. 187-188. No caso em tela, percebe-se que houve a indevida transplantação entre os planos, ora de direito pré-processual para o material, e, ora da pretensão do plano material ao processual.

Revista.indd 358 13/09/2011 11:44:54

direitos dos poupadores existia, era exigível e, inclusive, acionável. O que não era possível, antes do CDC, era a sua tutela coletiva. O prazo prescricional não é aplicado às ações coletivas, ou remédios processuais, mas a este ou aquele direito substancial tutelado coletivamente; no ponto, o que prescreve não é a ação, mas a *pretensão*.

Como o direito à correção dos expurgos inflacionários se deu com a vigência do CC/1916, nada mais justo que a eles aplicar a respectiva prescrição, como vem fazendo, corretamente, o STJ nas demandas individuais, invocando o brocardo *tempus regit actum*.[100] Não há, como posto no precedente, distinção entre a prescrição dos direitos individuais em demanda coletiva ou demanda individual, a prescrição, que é da pretensão individual, ainda que tratada em processo coletivo, é a mesma. Em outras palavras, não é a *forma* como são tutelados os direitos individuais – coletivamente ou individualmente – que determina sua exigibilidade.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo.** Belo Horizonte : Del Rey, 2008.

BARRETO, Tobias. **Questões vigentes de philosofia e de direito.** Pernambuco: Liv. Fluminense, 1888.

BENJAMIN, Antônio Herman Homen. "A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor". **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** MILARÉ, Edis (coord.). São Paulo : RT, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *"Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile"*, **Rivista di Diritto Processuale.** 30 : 361, 1975.

CAPPELLETTI, Mauro. "Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil". **RePro.** São Paulo : RT, n. 5, jan./mar. 1977.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria geral do processo.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

[100] Consultar: REsp 460361-SC e REsp 926140-DF.

Revista.indd 359 13/09/2011 11:44:54

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Regime processual das causas repetitivas. **RePro.** São Paulo : RT, Ano 34, janeiro, 2010.

DENTI, Vittorio (ed.), **Le azioni a tutela degli interessi collettivi.** Padova : CEDAM, 1976.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil, v. 4.** Salvador : *Jus*PODIVM, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

FISS, Owen; BRONSTEEN, John. *The class action rule.* **Notre Dame Law Review.** 2002-2003.

GAMBARO, Antonio (ed.), **La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato.** Milano : Giuffrè, 1976.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos.** São Paulo: RT, 2007.

_____. **Coisa julgada *e* litispendência *nas* ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil.** 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

GOUVEIA FILHO, Roberto Campos P.; PEREIRA, Mateus Costa. "Ação Material e Tutela Cautelar". In: **Teoria Quinária da Ação***:* estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento. Eduardo José da Fonseca Costa; Luiz Eduardo Ribeiro Mourão; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (Orgs.). Salvador: JusPodivm, 2010, p. 563-594.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo.** Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito.** 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Revista.indd 360 13/09/2011 11:44:54

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO PAUPÉRIO, A. **Introdução ao estudo do direito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** 5. ed. São Paulo : RT, 2001.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas.** 2. ed. São Paulo : RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, v. 1**. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil, v. 5.** São Paulo: RT, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos e coletivos em juízo.** 20. ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da eficácia.** 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito.** 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado, t. V.** Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Tratado das ações, t. I.** Campinas : Bookseller, 1998.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito.** 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos.

Revista.indd 361 13/09/2011 11:44:54

RePro. São Paulo : RT, n.º 28, ano 7, out/dez. 1982.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material.** Salvador: JusPodivm, 2008.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile.** Napoli : Jovene, 1994.

_____. *"Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie Risarcitorie dei consumatori"*. **RePro.** São Paulo : RT. Ano 35, n. 168, out. 2010.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito.** 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Velha e nova ciência do direito***:* e outros estudos de teoria jurídica. Recife: Editora Universitária, 1974.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Ação cautelar inominada no direito brasileiro.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo.** São Paulo : Malheiros, 2007.

VIGORITI, Vicenzo. **Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire.** Milano : Giuffrè, 1979.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **RePro.** São Paulo : RT, ano 31, setembro/2006.

Revista.indd 362 13/09/2011 11:44:54

Direito empresarial: muito além do direito comercial

Nadialice Francischini de Souza

Graduada em Direito pela UFBA.
Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Faculdade de Direito.
Mestre em Direito Privado e Econômico pela UFBA.
Docente de direito na FAMEC – Faculdade Metropolitana de Camaçari, na UNIJORGE – Universidade Jorge Amado e na FABAC – Faculdade Baiana de Ciências. Advogada.

RESUMO: O estudo do Direito Empresarial passa pela análise das teorias que o fundamentam bem como pela observação da sua evolução histórica e, quando se verifica essa historicidade, depara-se com o Direito Comercial, com a teoria dos atos de comércio e, principalmente, com questões que analisam a sua aplicabilidade nas relações jurídicas contemporâneas. Isso porque o Código Civil de 2002, então vigente, adotou, para regular as relações antes comerciais, a teoria da atividade empresarial, quais os impactos desta sobre o antigo Direito Comercial e as distinções entre essas teorias. Essas questões serão observadas no presente trabalho.

Palavras-chaves: Direito Comercial, teoria dos atos de comércio, Direito Empresarial, teoria da atividade empresarial.

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Do Direito Comercial. 2.1 – Surgimento do Direito Comercial. 2.2 – Atos de Comércio. 3 – Teoria da Atividade Empresarial. 3.1 - Impulso à Teoria da Atividade Empresarial. 3.2 - A Empresa e o Empresário. 4 – Distinção entre o Direito Comercial e o Direito Empresarial. 5 – Conclusão. Referências

ABSTRATC: The study of the Enterprise Right it passes for the analysis of the theories that base it, as well as for the comment of its historical evolution. When its history is verified is come across with the Commercial law, with the theory of the commercial transactions, with questions that they search

Revista.indd 363 13/09/2011 11:44:54

to verify if this recital still is in vigor, of what it consists the theory of the enterprise activity, which the impacts of this on the old Commercial law and the distinctions between these theories. These questions will be observed in the present work.

Keys-words: Commercial law, theory of the commercial transactions, Enterprise Right, theory of the enterprise activity

1 Introdução

Com a promulgação do Código Civil de 2002, foi inserido, no ordenamento jurídico brasileiro, o Direito Empresarial revogando o Direito Comercial, juntamente com a primeira parte do Código Comercial. Este era regulado pela teoria dos atos de comércio, dependendo de descrição legal dos mesmos para determinar quais atividades eram tuteladas. Por sua vez, o Direito Empresarial está fundamentado na teoria da atividade da empresa, sendo esta a atividade economicamente organizada com o fim de lucro.

Entretanto, a substituição de um por outro representa muito mais do que a simples substituição de nomenclatura de comercial para empresarial, ou mesmo de comerciante para empresário. Essa passagem significou uma mudança da teoria que fundamenta este ramo do Direito, alterando a sua estrutura interna.

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da transição do Direito Comercial para o Direito Empresarial bem como as consequências desta. O tema se justifica no fato de que sendo a teoria da atividade empresarial relativamente nova para o Direito, ela ainda não está totalmente sedimentada, sendo considerada por alguns doutrinadores como parte do Direito Comercial e não como substituto deste.

Para melhor compreensão do tema, inicialmente, serão estudadas as origens do comércio, com o surgimento do Direito Comercial e a teoria dos atos de comércio. No capítulo seguinte, serão analisadas as críticas que propulsionaram a transição da teoria dos atos do comércio para a teoria da empresa, no que esta consiste e o que é a empresa. E, no capítulo final, serão observadas as principais distinções entre o Direito Comercial e o Direito Empresarial.

2 Do Direito Comercial

Revista.indd 364 13/09/2011 11:44:54

O atual Direito Empresarial regula a atividade economicamente organizada com o fim de lucro e desenvolveu-se a partir do Direito Comercial. Para entender essa passagem, é necessário, primeiramente, entender a História do Direito Comercial, seu surgimento, evolução e, principalmente, a concepção das teorias que o fundamentava.

2.1 Surgimento do direito comercial

O termo comércio deriva da expressão latina *commutatio mercium*, que significa troca de mercadorias por mercadorias. Essa atividade existe desde a Antiguidade, bem como, desde então, já havia uma regulamentação jurídica, ainda que primitiva, acerca do comércio, podendo ser exemplificado citando o Código de Manu na Índia e o Código de Hammurabi da Babilônia (TOMAZETTE. 2008, p. 03-05). Entretanto, a prática realizada entre esses povos não se encontra diretamente relacionadas com o desenvolvimento ulterior do Direito Comercial (ROCCO. 2003, p. 08), por não haver uma unicidade na sua estrutura.

No Direito Romano, o *jus civile* possuía várias normas de caráter geral disciplinando o comércio, mas ainda sem qualquer especificidade (MARTINS. 2007, p. 06). Não se observava nesta, assim como na Idade Antiga, o uso de único para designar o comércio: a palavra *commercium* indicava a participação em um ato jurídico de troca entre vivos; a expressão *negotiatio,* o exercício de qualquer indústria; e o vocábulo "mercatura", o tráfico das mercadorias, no sentido mais restrito (ROCCO. 2003, p. 09).

A idéia de atividade do comércio como ato de intermediação, que consistia no fato de adquirir determinada quantidade de mercadorias, de diversas qualidades, que poderiam ser utilizadas pelos vários grupos sociais, a fim de serem trocadas posteriormente por quem delas necessitava, surge somente na Idade Média (MARTINS. 2007, p. 02-04). Nasce, então, a figura dos comerciantes e, por consequência, o Direito Comercial como um conjunto de normas para regular as atividades destes.

Entretanto, a tutela do Direito Comercial, inicialmente, não recaia sobre todos os indivíduos que praticassem a troca de mercadoria, mas somente sobre aqueles que faziam parte das corporações de ofício (TOMAZETTE. 2008, p. 05-08). Estas, também denominadas de *mercanzia*, eram organizações que se desenvolveram em virtude da necessidade dos

Revista.indd 365 13/09/2011 11:44:54

comerciantes de se defenderem contra os abusos dos poderosos, e eram organizadas segundo os vários ramos do seu comércio (VIVANTE. 2003, p. 13). Elas caracterizavam por criar suas próprias normas, possuir jurisdição particular, eleger os juízes que dirimiam as contendas, os quais se guiavam pelos usos e costumes adotados pelos comerciantes, que eram escritos nos Estatutos das cidades (MARTINS. 2007, p. 08).

Dentro das corporações de ofício, os mercadores italianos elaboraram e difundiram, por toda a Europa, os antigos costumes acerca do tráfego mercantil (ROCCO. 2003, p. 15) e ressalta, neste sentido, Helena Maria Campos (2010, p. 48) que

> em virtude de aparências circunstanciais, ante a impossibilidade de sistematizar, ou pelo menos reunir de maneira organizada, um conjugado de preceitos apropriado e capaz de regulamentar as práticas rotineiras na sociedade, através das observações de situações e, conseqüentemente, das soluções dos conflitos, por meio de um processo dedutivo, chegou-se à normatização do direito Comercial. Daí o porquê do direito Comercial ser visto como direito costumeiro, ou seja, baseado na prática dos usos e costumes mercantis.

Originado para regulamentar as atividades praticadas entre os comerciantes, estes pertencentes às corporações de ofícios, o Direito Comercial nasce sob a égide dos costumes e essencialmente profissional. Somente eram tutelados os atos de troca praticados pelos agentes que fizessem das mercanzias e de acordo com as normas suas internas, tornando difícil, em um primeiro momento, a sua sistematização.

2.2 Atos de comércio

Na busca por normas de aplicabilidade genérica para relações travadas entre comerciantes e entre estes e não comerciantes, houve a necessidade de superar a estrutura corporativa existente, fazendo nascer a teoria dos atos de comércio. Esta teoria foi primeiramente positivada no Código Comercial Francês de 1807, inspirado nos ideais da Revolução Francesa, que declarou, no seu artigo 1º, que "são comerciantes os que exercem atos de comércio e deles fazem profissão habitual" (MARTINS. 2007, p. 25).

Revista.indd 366 13/09/2011 11:44:54

A importância do Código Comercial Francês é tamanha que Alfredo Rocco (2003, p. 32) afirmou que

> este código teve o alcance e o valor da innovação não se podem apreender são se seguir, através dos trabalhos preparatórios, as vicissitudes que levavam à redação dos artigos 631, 632 e 633, nos quais é, precisamente, consagrado o sistema pelo qual o direito comercial deixou de ser o direito dos comerciantes e se tornou o direito dos atos de comércio.

Pela teoria francesa dos atos de comércio, o Direito Comercial passa a ser caracterizado pela prática de determinados atos, especificados e enumerados na lei. Assim, para se qualificar como comerciante e submeter-se ao direito comercial, deixou de ser necessário à pessoa que se dedica à exploração de uma atividade econômica pertencer a uma corporação, bastando a prática habitual de atos de comércio (TADDEI. 2010, p. 3).

Poucos se arriscaram na conceituação dos atos de comércio, tendo estes se consagrados por ser uma relação descrita em lei de práticas habitualmente exercidas pelos comerciantes. Neste sentido, afirma Cesare Vivante (2003, p. 30) que "não há como estabelecer um conceito sobre os atos de comércio, porque estes não têm caracteres comuns, eles eram relacionados nos Códigos Comerciais de forma demonstrativa". Entretanto, ressalta Alfredo Rocco (2003, p. 250) que estes são em si mesmo todo ato em que se efetua uma troca indireta, ou, o que vem a dar na mesma, todo ato de interposição na troca, quaisquer que sejam o objeto e a forma que esta revista.

Apesar da discussão doutrinária sobre a possibilidade de traçar uma definição para este instituto, houve tentativas de classificá-los, a fim de prescrever alguma sistematização no estudo destes. Nessa perspectiva, reuniu Cesare Vivante (2003, p. 31) os atos de comércio dispostos no Código Comercial Italiano em cinco grupos: negócios sobre mercadorias; negócios sobre crédito; negócios sobre trabalho; negócios sobre riscos e negócios marítimos.

Por sua vez, salienta Alfredo Rocco (2003, p. 198/253-254) a existência de duas classificações: a primeira distingue os objetivos – declarados tais pela lei, em virtude da sua natureza –, e subjetivos – declarados tendo em vista a qualidade de comerciante. A segunda, com base em critérios substanciais, reparte em atos comerciais por natureza intrínseca – são os que de modo

Revista.indd 367 13/09/2011 11:44:54

inequívoco e característico representam uma interposição de troca – e atos comerciais por conexão – são atos em si mesmos economicamente neutros ou equívocos que podem servir os mais variados intuitos e assim considerados quando facilitam uma operação de interposição de troca.

Independente de haver ou não um consenso no conceito dos atos de comércio, o Direito Comercial passou a ser definido como conjunto de normas jurídicas que regulam as atividades dos comerciantes no exercício de sua profissão e os atos por lei considerados comerciais (MARTINS. 2007, p. 71). É comerciante todo aquele que exerce profissionalmente atos de comércio, por forma de lei, inevitavelmente (VIVANTE. 2003, p.42).

A legislação comercial brasileira, à época, também adotou a teoria dos atos de comércio, tendo disposto sobre eles no Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, atualmente revogado, mas que regulamentava a ordem judicial no processo comercial. O seu artigo 19 relacionava os atos de comércio que eram reconhecidos pelo direito brasileiro, a saber: a compra e venda ou troca de efeitos moveis, ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; as operações de câmbio, banco, e corretagem; as empresas de fábricas; de comissões; de depósitos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos; os seguros, fretamentos, risco e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; e a armação e expedição de navios.

A teoria dos atos de comércio possibilitou a passagem do direito costumeiro das corporações de ofício para direito legalizado e unificado, este composto por normas gerais e abstratas. Sob a sua visão, deixou de ser comerciante aquele que fazia parte das corporações de ofício, para ser todo aquele que praticasse os atos descritos na legislação, de forma habitual.

3 Teoria da atividade empresarial

No início do século XX, com a pretensão de reforma do Código Comercial Italiano, passou-se a questionar se o Direito Comercial moderno poderia ser considerado do ponto de vista do conteúdo – das relações sociais que ele regulava –, e do ponto de vista formal – da estrutura e da natureza das normas jurídicas que o compõe (ROCCO. 2003, p. 50). Essa discussão tinha como objetivo verificar se a teoria dos atos de comércio era compatível

Revista.indd 368 13/09/2011 11:44:54

com as relações jurídicas que estavam sendo travadas, isso porque ela deixa de abarcar algumas atividades econômicas, como a prestação de serviço (TOMAZETTE. 2008, p. 15). Essas atividades, apesar de lucrativas e de movimentarem a economia, deixavam a pessoa que as praticava excluída das disposições comerciais e sob a regulamentação do Direito Civil.

3.1 Impulso à Teoria da Atividade Empresarial

Explicita Fábio Tokars (2007, p. 17-18) que a teoria dos atos de comércio deixou de regular muito mais do que só a prestação de serviço; também não eram considerados comerciais atos como extrativismo, atividade agropecuária, mineração, compra e venda de imóvel, transporte de pessoas, entre outras. Tendo em vista estarem estas atividades afastadas do manto de proteção do Direito Comercial, começou-se a questionar se

> estes rompiam como princípio da isonomia, pois as pessoas que exploravam de forma organizada atividades análogas não podiam aproveitar de institutos como a falência, linhas de crédito para comerciantes; a listagem dos atos de comércio ficou desatualizada e, no Brasil, foi revogada pelo Código de Processo Civil de 1939; e haviam atividades sobre as quais pendiam dúvidas quando ao seu critério de enquadramento à categoria dos atos de comércio. (TOKARS . 2007, p. 17-18)

Diante das críticas, verificou-se que não bastava ampliar o rol dos atos de comércio, pois não haveria a solução dos problemas existentes, mas, sim, a prorrogação dos mesmos. Passou-se a pensar em uma forma de caracterização do Direito Comercial em que a atividade, na sua esfera econômica, que, não guardando vínculo de pessoalidade com o seu titular, permitisse criar certa impessoalidade no seu exercício (GOMES. 2007, p. 08). Buscava-se uma adequação conceitual que abarcasse as indústrias manufatureiras, a indústria comercial e outras atividades que não são atos de produção econômico, mas ingressam sob a disciplina do direito comercial.

Neste contexto, definiu Alfredo Rocco (2003, p. 07) que este ramo do direito como sendo o complexo das normas jurídicas, que regulam

Revista.indd 369 13/09/2011 11:44:54

as relações entre particulares derivadas da indústria comercial ou que são a estas assimiladas na disciplina jurídica, e a sua realização judicial. Essa concepção foi denominada como a teoria da indústria comercial da legislação. Afirma Cerase Vivante (2003, p. 29) que essa concepção compreende todos os atos que se destinam a reunir as provisões nos lugares onde são necessárias, na qualidade e quantidade precisa, em tempo oportuno. Por sua vez, salienta Alfredo Rocco (2003, p. 52-53) que esta é

> a atividade humana destinada a promover e facilitar a troca. Essa indústria, em homenagem ao princípio da divisão do trabalho, é exercida profissionalmente por pessoas que especulam, exatamente, fazendo-se intermiediárias entre quem produz e quem consome, para aproximar a oferta e a procura e assim facilitar as trocas.

Contudo, com a teoria industrial do comércio permanecia a ideia da troca, tanto para a atividade industrial como para a atividade comercial, não conseguindo afastar do conceito do Direito Comercial a figura do sujeito que a exerce. Somente com a teoria da empresa deixa de ser importante a pessoa que exerce a atividade, bem como o seu gênero econômico, não importando se esta corresponde a uma atividade agrícola, imobiliária ou de prestação de serviços, mas que seja desenvolvida de forma organizada, em que o empresário reúne capital, trabalho, matéria-prima e tecnologia para a produção e circulação de riquezas (TADDEI. 2010, p. 4.).

Essa nova teoria afasta a ideia da troca para inserir a atividade como caracterizadora deste ramo do Direito. Isso é verificado logo nas primeiras definições do Direito Comercial sob o enfoque empresarial que a conceitua como o conjunto de regras jurídicas que regulam as atividades dos empresários e das sociedades empresárias, bem como os atos considerados comerciais, mesmo que esses atos não se relacionem com as atividades das empresas (MARTINS. 2007, p. 71). Sedimenta-se a noção de que a atividade empresarial é aquela que é exercida de forma organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, o direito comercial passando a ser denominado direito empresarial e definido como um complexo de regras que disciplina a atividade econômica organizada dirigida à satisfação

Revista.indd 370 13/09/2011 11:44:54

das necessidades do mercado, e todos os atos nos quais essa atividade se concretiza (TOMAZETTE. 2008, p. 15).

No ordenamento brasileiro, o Direito Empresarial está regulado no Código Civil, Livro II, trazendo a empresa como o núcleo principal. A legislação não a conceitua, entretanto, depreende-se do artigo 966 do mencionado diploma legal que esta é a atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

3.2 A Empresa e o Empresário

Entre os atos de comércio descritos pelas legislações, havia previsão dos atos de interposição na troca de trabalho exercido por diversas espécies de empresas[1]. Estas eram conceituadas como sendo a organização que, por conta e riscos próprios, dos vários elementos da produção, busca os fins produtivos – em sentido amplo –; como sendo a organização dos elementos da produção que viria a produzir bens para dá-los em troca por outros – em sentido restrito –; e, em um último sentido, mas restrito, como sendo a organização da produção destinada a produzir bens para o mercado geral (ROCCO. 2003, p. 208)

A conceituação de empresa, segundo a teoria dos atos de comércio, é de uma pessoa que exerce uma prática necessária para a caracterização da atividade comercial. Na fase de transição, segundo a denominada teoria da indústria comercial, o conceito de empresa agrega, além da concepção subjetiva, um perfil funcional, identificando-a como a atividade empresarial (Alberto Asquini *apud* TOMAZETTE. 2008, p. 17).

O conceito de empresa atual, sob a égide da teoria da atividade empresarial, não é jurídico, mas, sim, econômico, ligado à idéia central da organização dos fatores da produção – capital, trabalho, natureza –, para a realização de uma atividade econômica (TOMAZETTE. 2010, p. 02). Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho (2002, p.18) afirma que é a atividade cuja marca essencial é a obtenção de lucro com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de

[1] Essas empresas eram as empresas de fornecimento; as empresas de fabrico ou de construção; as de manufatura; as de espetáculos públicos; as editoras, tipográficas e de livraria; as de transporte de pessoas ou coisas, por terra ou mar; e as de comissão, de agência ou de negócio (ROCCO. 2003, p. 206)

Revista.indd 371 13/09/2011 11:44:54

produção – força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia. Por sua vez, define Fernando Jesús Torres Manrique (2010, p. 04) a empresa como sendo "*la union del trabajo, administración y capital dedicados a satisfacer una necessidad en el mercado*".

Como já salientado, a legislação brasileira não conceituou a empresa,; entretanto, da interpretação do artigo 966, caput, do Código Civil, depreende-se que esta é atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Ela possui como elementos a atividade, a economicidade, a organização, a finalidade e dirigida ao mercado (TOMAZETTE. 2008, p. 18-21).

A economicidade é o sistema da vitalidade da riqueza e que garante a sobrevivência do patrimônio (HERCKERT. 2010, p. 01). A atividade é a qualidade de quem é ativo e a faculdade de exercer a ação e a organização é o ato ou efeito de organizar, de estruturar (Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. 2010, p. 01). Por sua vez, a finalidade e a direção para o mercado representa a produção ou circulação de bens ou serviços destinados à satisfação de necessidades alheias (TOMAZETTE. 2008, p. 20-21).

A empresa, desta forma, pode ser definida como o organismo ou estrutura ativa, voltado para a produção de riquezas mediante a produção ou circulação de bens ou serviços, buscando a satisfação de necessidade alheia. Ela não é o sujeito do Direito Empresarial, pois este é quem a exerce, o empresário.

O empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, conforme disposto no artigo 966, caput, do Código Civil brasileiro. O Art. 2.082 do Código Civil italiano, também nessa concepção, dispõe que é empresário quem *"esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi"* (ITÁLIA. 2010, p. 5).

Como ressalta Marlon Tomazette (2008, p. 41-42), este pode ser tanto a pessoa física, na qualidade de empresário individual, quanto uma pessoa jurídica, na condição de sociedade empresarial, devendo ser observado para a sua caracterização a presença dos elementos caracterizadores: economicidade, organização, profissionalidade, assunção do risco e direcionamento ao mercado.

O empresário, a despeito de ser o sujeito do Direito Empresarial, não é a sua peça motriz. Este ramo do Direito tem a empresa, a atividade, como seu

Revista.indd 372 13/09/2011 11:44:54

objeto; é com a observância da presença deste que se verifica a adequação ou não às suas normas jurídicas.

4 Distinção entre o dirieto comercial e o direito empresarial

A transição entre a teoria dos atos de comércio e a teoria da empresa representou muito mais do que a mudança da nomenclatura do ramo do direito analisado – de direito comercial para direito empresarial –, mudou-se a sua estrutura interna. Houve uma substituição na teoria que o fundamenta, como salienta Marcelo Gazzi Taddei (2010, p. 02):

> com a teoria da empresa, o direito comercial passa a ser baseado e delimitado na atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, libertando-se da arbitrária divisão das atividades econômicas segundo o seu gênero, como previa a teoria dos atos de comércio.

A teoria dos atos de comércio fundamentava-se no elemento nuclear da troca, que é afastada com a teoria da empresa, para a inserção da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Essa mudança possibilitou que atividades antes não tuteladas pelo Direito Comercial, como as decorrentes da prestação de serviço, o extrativismo, a agricultura e a pecuária, a mineração, pudessem se beneficiar com institutos próprios deste ramos do direito, a exemplo da falência.

A teoria da atividade empresarial possibilitou, também, uma melhor sistematização do antigo Direito Comercial. O fato de este ser fundamentado em atos, sem vinculação entre si e sem conceituação sistematizada, e depender, para a sua configuração, a descrição legal, ficava a cargo do legislador a escolha se determinada atividade seria ou não regulada por este ramo do direito. Com a teoria da atividade empresarial, a empresa passou a ser o centro do Direito Empresarial, com conceituação econômica – toda atividade economicamente organizada, com o fim de lucro.

Todos que exercem a atividade empresarial são considerados empresários, o sujeito do Direito Empresarial. O atual direito comercial é dirigido à empresa e não mais ao comerciante dos tempos das "casas de armarinhos" (VENOSA. 2008, p. 63). Diante desta mudança, o direito que

Revista.indd 373 13/09/2011 11:44:54

regulamenta as atividades comerciais/empresariais deixa de estar centrado na pessoa que pratica a atividade – comerciante/empresário – para se fundamentar na atividade - esta economicamente organizada.

Todas essas observações demonstram que a teoria da atividade empresarial proporcionou uma mudança de estrutura no antigo Direito Comercial, regulado pela teoria dos atos de comércio, havendo um distanciamento entre os dois. A teoria da empresa é fruto da teoria dos atos de comércio, em que a figura do comerciante foi substituída pela figura do empresário que pode se dedicar às atividades de cunho comerciais, como as atividades de intermediação de bens e serviços (CAMPOS. 2010, p. 51).

No entanto, essa posição não é unânime na doutrina. Há doutrinadores, a exemplo de Fernando Jesús Torres Manrique (2010, p. 04-06) para quem o Direito Empresarial é apenas um ramo do Direito Comercial que tem como objeto estudar a atividade empresarial, e o direito comercial é o ramo do direito que a atividade comercial e da empresa. A distinção entre os dois ramos do direito está no fato de que o direito empresarial está inserido no direito comercial.

Afirma Fran Martins (2007, p. 15), neste sentido, também, que

> não se trata de um Direito novo, mas de novas formas empregadas pelo Direito Comercial, para melhor amparar o desenvolvimento do comércio. Constituindo a empresa em um organismo subordinado ao empresário, apesar de este dela fazer parte, como objeto de direito não poderá ter regras próprias a regulá-la independentemente. O chamado Direito das Empresas, quando se refere às empresas comerciais, é o mesmo Direito Comercial; se, entretanto, uma regra jurídica se referir a uma empresa não-comercial, teremos uma regra a regular fatos simplesmente econômicos, mas não-comerciais.

Para esses doutrinadores, o Direito Empresarial não trouxe nenhuma novidade substancial para o Direito Comercial, apenas houve uma subdivisão do segundo para permitir que atividades, antes reguladas pelo Direito Civil, fossem tuteladas por esse. Esse pensamento reflete no conceito de empresário e de comerciante.

Revista.indd 374 13/09/2011 11:44:54

Para os adeptos desse entendimento, o empresário é um comerciante que exerce a empresa, conforme explicita Fábio Bellote Gomes (2007, p. 08) para quem

> o tradicional comerciante, aquele que praticava "atos de comércio", modernamente, e mantidas as distinções conceituais, poderia passar a ser chamado de empresário a partir do momento em que exercesse determinada atividade econômica organizada, com vistas à produção ou circulação de bens ou serviços.

Apesar destes entendimentos, resta demonstrado que as mudanças ocorridas decorrentes da teoria da atividade da empresa fez morrer a teoria dos atos de comércio, e, com ela, o próprio Direito Comercial baseado no elemento 'troca'. O sujeito deixa de ser o centro deste ramo do Direito para a inserção da atividade, esta voltada para a produção de riqueza, que, de forma organizada, produz ou circula bens ou serviços.

5 Conclusão

O Direito Comercial surge na Idade Média, juntamente com a idéia de atividade do comércio como ato de intermediação e a figura dos comerciantes. Inicialmente, era baseado nos costumes, difundidos pelas corporações de ofício; posteriormente, passou a ser fundamentado nos atos do comércio, como uma tentativa de sistematizá-lo.

Pela teoria dos atos de comércio, o Direito Comercial passou a ser caracterizado pela prática de determinados atos especificados e enumerados na lei e comerciante, todos aqueles que os praticasse com habitualidade. Entretanto, atividades como a prestação de serviço, o extrativismo, atividade agropecuária, mineração, compra e venda de imóvel, transporte de pessoas, entre outras, estavam afastadas do manto de proteção do Direito Comercial.

Como consequência das críticas à teoria dos atos de comércio, surgiu a teoria da atividade empresarial. Segundo ela, o elemento central deste ramo do Direito passa a ser a empresa que é conceituada como a atividade exercida de forma organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços e a sua nomenclatura passa a ser Direito Empresarial, definido

Revista.indd 375 13/09/2011 11:44:54

como um complexo de regras que disciplina a atividade econômica organizada dirigida à satisfação das necessidades do mercado, e todos os atos nos quais essa atividade se concretiza.

A mudança de teoria que fundamenta esse ramo do Direito acarreta como consequência:

- a substituição do elemento nuclear da troca para a atividade empresarial, o que possibilitou que as atividades não protegidas, agora o fossem;

- a retirada dos atos de comércio, sem vinculação entre si e que dependia de descrição legal para a sua configuração, e a inserção da empresa como sendo a atividade economicamente organizada, com o fim de lucro;

- a passagem da pessoalidade do Direito Comercial, com a figura do comerciante, para a impessoalidade do Direito Empresarial, que é organizado a partir da empresa.

No ordenamento brasileiro, o Direito Comercial foi revogado juntamente com a primeira parte do Código Comercial, e está em vigor o Direito Empresarial, inserido no Código Civil, no Livro II. Desta forma, é considerado empresário todo aquele que exerce a empresa, não mais fundamentado nos atos do comércio.

Referências

BRASIL. *Regulamento n. 737/1850*. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=64752>. Acesso em: 15 jun. 2010.

CAMPOS, Helena Maria. *Novo Paradigma da Atividade Empresarial*. Revista Eletrônica Jurídica da Universidade de Rio Verde – Faculdade de Direito. Ano 1. N. 1. Fev. 2010. Disponível na internet em: < http://www.fesurv.br/down/direito/20101_revista_juridica_n1.pdf>, acesso em: 22 abr. 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Fábio Bellote. *Manual de Direito Comercial*: de acordo com a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 2. ed. rev. ampl. e atual. Barueri: Manole, 2007.

Revista.indd 376 13/09/2011 11:44:54

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/>. Acesso em: 02 jun. 2010.

HERCKERT, Werno. *O eistema da economicidade sob a ótica do neopatrimonialismo*. Disponível em: < http://www.br.monografias.com/trabalhos2/sistema-economicidade/sistema-economicidade.shtml>. Acesso em: 02 jul. 2010.

ITÁLIA. *Il Códice Civile Italiano*. Disponível em: < http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dictum/codciv/Lib5.htm>, acesso em: 22 abr. 2010.

MANRIQUE, Fernando Jesús Torres. *Derecho Empresarial, Derecho de los Negocios, Derecho de la Empresa, Derecho Corporativo y Derecho Comercial*. Disponível em: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/torres02.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2010.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 31. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCCO, Alfredo. *Princípio de Direito Comercial*. GAMA, Ricardo Rodrigues (trad.). Campinas: LZN, 2003.

TADDEI, Marcelo Gazzi. *O Direito Comercial e o Novo Direito Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3004&p=1>, acesso em: 22 abr. 2010.

TOKARS, Fábio. *Primeiros Estudos de Direito Empresarial*. São Paulo: LTr, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. *A teoria da empresa*: o novo Direito "Comercial". Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2899>. Acesso em: 15 jun. 2010.

_____. *Curso de Direito Empresarial*: teoria geral e direito societário. v. 1. São Paulo: Atlas, 2008.

Revista.indd 377 13/09/2011 11:44:54

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. 8. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2008.

VIVANTE, Cesare. *Instituições de Direito Comercial*. GAMA, Ricardo Rodrigues (trad.). Campinas: LZN, 2003.

Revista.indd 378 13/09/2011 11:44:54

A formação da coisa julgada e extensão de sua eficácia à esfera individual no mandado de segurança coletivo

Reginaldo Barros de Almeida Junior

Bacharelado em Direito.
Curso em andamento - 9º período

RESUMO: O presente estudo buscou investigar o panorama normativo do processo civil coletivo brasileiro e as correntes doutrinárias e jurisprudências referentes à sua efetivação, a fim de apontar o modo de produção da coisa julgada e a extensão de sua eficácia à esfera individual no mandado de segurança coletivo, e, portanto, as possibilidades de exegese da dicção do art. 22 da nova lei do mando de segurança – Lei n. 12.016/2009. Desta maneira, intentou-se propor uma interpretação do texto legal que seja coerente com as normas e princípios constitucionais norteadores do processo brasileiro, evitando-se, assim, a existência de um dispositivo legal anômalo, enquanto discrepante com o sistema de tutela coletiva.

Palavras Chaves: mandado de segurança coletivo, coisa julgada, processo coletivo, devido processo legal.

1. Considerações gerais

Em meados do ano de 2009, foi promulgada a Lei n. 12.016/2009, que disciplinou o mandado de segurança, tirando de vigência, depois de quase sessenta anos, a Lei n. 1.533/51. A nova legislação foi recebida com certa surpresa pela comunidade jurídica, vez que sua edição não foi precedida de discussões de larga repercussão sobre o tema.

A Lei n. 12.016/2009 é, no mais, uma compilação de entendimentos jurisprudenciais já firmados, alguns já sumulados – o que foi, aliás,

Revista.indd 379 13/09/2011 11:44:54

expressamente manifesto em sua exposição de motivos. Em alguns momentos, entretanto, foram fixadas disposições sem a preocupação de manter a coerência do novo regramento com o sistema processual civil[1], calcado na Constituição Federal.

A aplicação do novo diploma demanda reflexões de ordem pragmática, quanto à operacionalização de alguns dispositivos. Dentre estes, chamam especial atenção aqueles referentes ao mandado de segurança coletivo, seja em face de seu pioneirismo no regramento deste instituto – desde sua instituição pelo texto da Constituição Federal de 1988, não se lhe havia dado disciplina infraconstitucional –, seja pelo tratamento dissonante conferido a algumas matérias, quando em cotejo à disciplina precedentemente dada a estas nos diplomas formadores do microssistema do direito processual coletivo brasileiro[2] .

A nova lei traz dois artigos relativos ao mandado de segurança coletivo. O art. 21 toca, em seu parágrafo único, na questão dos direitos passíveis de tutela por este remédio constitucional, deixando de mencionar entre eles os difusos. O art. 22, por sua vez, trata da extensão subjetiva da eficácia da coisa julgada.

Pela dicção deste último dispositivo, a sentença fará coisa julgada apenas entre os membros do grupo representado na demanda. Todavia, não há qualquer ressalva quanto à extensão da eficácia da coisa julgada à esfera individual ou quanto às hipóteses de sua formação, ao contrário do que faz o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública. Nestes diplomas, a formação da coisa julgada e a sua extensão ocorrem apenas quando verificadas certas condições, que serão explicitadas posteriormente neste trabalho.

---

[1] BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança:** comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

[2] A fim de esclarecer o tema, cabe a transcrição: *"Com efeito, a concepção do microssistema jurídico coletivo deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do CDC e da LACP, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual diploma que compõe o microssitema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas, formam um sistema especialíssimo. Isso significa dizer que o CPC terá aplicação somente se não houver solução legal nas regulações que estão disponíveis dentro do micro sistema coletivo que, frise-se, é formado por um conjunto de diplomas especiais com o mesmo escopo (tutela de massa)."* DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 49.

Revista.indd 380 13/09/2011 11:44:55

Diante da omissão legal, cabe indagar se a nova lei do mandado de segurança inovou na disciplina deste instituto, ou se a lacuna deve ser integrada por meio da aplicação subsidiária de outras normas. Em outras palavras, a questão cinge-se em saber se a coisa julgada no mandado de segurança coletivo se formará e se estenderá de forma irrestrita aos membros do grupo litigante ou se esta se submeterá aos condicionamentos consagrados no processo civil coletivo brasileiro.

2. Breve histórico do processo coletivo

A tutela jurisdicional coletiva não é experiência recente na humanidade. Já os romanos possuíam a *rei sacrae, rei publicae,* por meio da qual ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa do patrimônio público[3]. Pela sistemática processual civil atual, estaríamos diante da defesa em juízo de um bem jurídico que não integra o patrimônio do litigante, à semelhança da legitimação extraordinária característica das atuais ações coletivas. Entretanto, é necessário ter-se em mente a inexistência, naquele contexto, de uma noção bem definida de "Estado". Por outro lado, havia um forte vínculo entre o cidadão e a *gens.* É dizer, existia um sentimento de que a coisa pública pertencia, em alguma medida, a cada um dos romanos[4]-[5].

Há quem enxergue, nestas ações populares romanas, a gênese da idéia de legitimação por categoria, onde o demandante postula em defesa de interesses de cunho cívico, na medida em que o autor atuava na defesa de interesse indivisível e indissociável do restante da comunidade, muito embora fosse este também o seu interesse.[6]

---

[3] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular:** proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42.

[4] Referindo-se ao tema, Mancuso diz: "Nessa visão, fica mais fácil entender que embora a *actio* romana exigisse um interesse pessoal e direto exercido pelo titular do direito *(nemo alieno nomine lege agere potest; actio nihil aliud est quam jus persequendi judicio quod sibi debetur*), as ações populares eram aceitas como uma exceção àquele princípio, justamente porque através delas o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa dos bens e valores mais altos dentro da *gens"* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Obra citada, p. 43.

[5] Para um rol mais completo de ações voltadas à tutela de direitos transindividuais no do direito romano, vide LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 48.

[6] LEONEL, Ricardo de Barros. Obra citada, p 50.

Revista.indd 381 13/09/2011 11:44:55

Nos séculos que se seguiram, especialmente na modernidade, o desenvolvimento do processo coletivo foi obstado por razões de ordem teórica. A partir do século XVII, com a difusão do método cartesiano na Europa Continental, foram difundidas e exaltadas as noções de propriedade individual, de autonomia da vontade, e do direito de agir como atributos exclusivos do titular do direito privado, que tinha o poder de dispor, como quisesse, de seu direito subjetivo individual. Fortaleceu-se a premissa de que apenas ao titular do direito lesado, o interessado, caberia decidir sobre a propositura da demanda. "Era o início dos Estados-Nação, da vinculação da jurisdição à soberania estatal e da futura 'Era dos Códigos'"[7]. Por uma questão de coerência abstrata do sistema, não havia, neste modelo, espaço para a tutela de direitos coletivos.

Naquela época, todavia, o modelo processual coletivo teve alguma difusão nos países do *commom law.* Na Inglaterra, desde o século XVII, os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) admitiam o *bill of peace*, um modelo de demanda que rompia com o princípio de que os interessados deveriam participar do processo, criando-se a possibilidade de que um representante atuasse, em nome próprio, em favor dos direitos de um grupo por este representado, ou mesmo que fosse demandado em face destes mesmos direitos.[8]

Entretanto, foi modesta a utilização e evolução deste instituto até o final do século XIX, inclusive em virtude das interpretações restritivas impostas pela jurisprudência aos textos normativos referentes a estas demandas. É inegável, por outro lado, que a experiência das cortes inglesas deu origem à moderna ação de classe *(class action),* aperfeiçoada especialmente no direito norte-americano, especialmente após a edição da *Rule 23* das *Federal Rules Of Civil Procedure,* em 1938, que sofreu, posteriormente, reformas em 1966 e, finalmente, em 2003[9].

[7] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, p. 24.

[8] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p 25.

[9] GIDI, Antonio**. Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 70.

Revista.indd 382 13/09/2011 11:44:55

2.1. Processo coletivo no direito brasileiro

Também, no Brasil, os pressupostos individualistas, característicos da modernidade, trabalharam contra o desenvolvimento do processo coletivo. Com o art. 76 do Código Civil de 1916 – o primeiro diploma jurídico brasileiro de índole marcadamente individualista e comprometido com a completude e exclusividade – o seu mentor intelectual, Clóvis Beviláqua, esforçou-se por fazer uma limpeza no sistema processual brasileiro, afastando qualquer possibilidade de abertura a tutelas coletivas [10]-[11].

A extinção das ações coletivas pretendida pelo Código Civil de 1916 foi frustrada pela Constituição de 1934, que previu expressamente, em seu art. 113, inc. XXXVIII, a possibilidade de impetração da ação popular, por qualquer cidadão, para anular os atos lesivos ao patrimônio da União, dos estados ou dos municípios. Este remédio, todavia, deixou de ser previsto na Constituição de 1937, tendo sido restaurado, de modo definitivo, com a Carta de 1946[12].

Entretanto, o estudo sistemático e o desenvolvimento com real vigor do processo coletivo no Brasil se deu com base na recepção, pela doutrina processualista brasileira, dos estudos realizados por acadêmicos italianos na década de setenta, que se debruçaram sobre as ações coletivas norte-americanas. Os autores italianos mais influentes, neste tema específico, foram Mauro Cappelletti, Michele Taruffo e Vicenzo Vigoriti.

Logo em seguida, os processualistas de renome na doutrina nacional, tais como Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira e Waldemar Mariz de Oliveira Junior, publicaram seus próprios estudos sobre o processo coletivo[13], muito embora ainda tenham se baseado por muito tempo na

[10] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, 25.

[11] Interessantes as palavras de Beviláqua, em seus cometários ao Código de 1916, que explicitam seu desiderato: "Outra controvérsia, a que pôz termo, foi a referente á persistência das acções populares, que, no direito romano, tinham por objecto a defesa dos bens publicos. Na organização juridica moderna, os actos, que davam causa ás acções populares, passaram a constituir crimes reprimidos pelo Codigo Penal, sendo materia, ora de leis de policia, ora de posturas municipais, e, algumas vezes, offensas a direitos individuaes." BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** – v. 1. Ed. Histórica, 5ª Tiragem. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980, p. 322.

[12] LEONEL, Ricardo de Barros. Obra citada, p. 53-54.

[13] Para maiores informações sobre as obras das décadas de 60 e 70 dos autores italianos e brasileiros citados, *vide* GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil:** un modelo para países de derecho civil. México: Universidad Nacional

Revista.indd 383 13/09/2011 11:44:55

doutrina italiana, que perdeu progressivamente o interesse pelo tema e deixou de se atualizar a respeito das inovações sentidas nas *class actions*. Dessa maneira, até meados da década de 90, os juristas brasileiros se desligaram das inovações oriundas processo coletivo do norte-americano, a despeito de sua larga evolução após a reforma de 1966[14].

A despeito disso, o apoio intelectual destes importantes juristas facilitou o desenvolvimento das ações coletivas no direito brasileiro. Em apenas quinze anos, a doutrina nacional especializada ganhou consistência e sofisticação próprias. Resultado visível disto foi a promulgação, em 1985, da Lei da Ação Civil Pública[15].

Logo em seguida, em 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em cumprimento ao disposto no art. 48 do ADCT da atual Constituição, com normas de direito material, referentes à tutela do consumidor, mas também inúmeras normas de direito processual, sob o título de "Da defesa do consumidor em juízo", que terminou por ter um alcance muito mais abrangente que a princípio parecia possuir.

Este diploma normativo trouxe o disciplinamento específico à coisa julgada, à liquidação de sentença e à distinção entre a defesa dos direito difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos nas ações coletivas, dentre outros temas correlatos. Por este motivo, é possível tomar-se o CDC como um verdadeiro "Código de Processo Civil Coletivo Brasileiro".[16]

Assim, estamos diante de aproximadamente quarenta anos de evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial da tutela coletiva no Brasil, não sem idas e vindas, mas que permitiu a existência de um razoável delineamento de seus institutos.

3. A coisa julgada nas ações coletivas pelo Código de Defesa do Consumidor

A definição dos limites subjetivos da coisa julgada em processos coletivos tem como complicador o fato de que indivíduos que não participaram

Autónoma de México, 2004. xxxi, p 17-18.

[14] GIDI, Antonio**. Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 32-34.

[15]GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil:** un modelo para países de derecho civil, p 19.

[16] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, 46-47.

Revista.indd 384 13/09/2011 11:44:55

do processo podem ser atingidos, benéfica ou prejudicialmente, por seus resultados. Não existem maiores celeumas quanto à extensão da coisa julgada para beneficiar alguém que não integrou a relação processual. Todavia, a princípio, ofende a garantias constitucionais do contraditório, da isonomia e do devido processo legal (art. 5°, LIV, LV e XXV) esta mesma extensão, quando prejudicial[17]. O Código de Defesa do Consumidor, entretanto, buscou construir um regramento consentâneo com a principiologia constitucional, ainda que satisfazendo às prementes necessidades de um tratamento diferenciado aos direitos coletivos e aos direitos individuais tutelados coletivamente considerados.[18] Com este intuito, o CDC restringiu os modos de produção da coisa julgada material e da extensão de sua eficácia à esfera individual nas demandas coletivas.

Antes de adentrar na matéria, cabe fazer uma breve digressão sobre os modos de produção da coisa julgada, que são três.

Primeiramente, há a coisa julgada *pro et contra*, que é aquela cuja formação não é condicionada pelo resultado do processo ou pelo teor da decisão judicial proferida. Irrelevante, portanto, se houve juízo de procedência ou de improcedência, a decisão definitiva ali proferida produzirá coisa julgada. Essa é a regra de nosso sistema processual civil.

Adiante, temos a coisa julgada *secundum eventum litis*, que é aquela que apenas será formada no caso da procedência dos pedidos deduzidos – se houver juízo de improcedência do pedido, portanto, não haverá coisa julgada material.

Por fim, temos a coisa julgada *secundum eventum probationis*, cuja formação só se dará quando houver o esgotamento das provas no curso da instrução processual. Portanto, a decisão que julgar improcedente o pedido por insuficiência de provas não formará coisa julgada. [19]

3.1. Coisa julgada em ações relativas a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*

De início, cabe salientar que, quantos às ações coletivas, o CDC afastou a formação da coisa julgada *pro et contra*, é dizer, aquela em que os litigantes

[17] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 106.

[18] GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995, p. 71.

[19] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** v. 2 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 422.

Revista.indd 385 13/09/2011 11:44:55

submetem-se à imperatividade e imutabilidade da decisão transitada em julgado independente das circunstâncias do processo da qual emanou – ou seja, se houve juízo de procedência ou improcedência do pedido, com suficiência ou insuficiência de provas.

Todavia, diferentemente do que alguns defendem, não foi consagrada a formação da coisa julgada *secundum eventum litis,* ou seja, condicionada ao êxito da demanda proposta. A leitura do art. 103, com seus incisos e parágrafos, leva à clara compreensão de que a decisão judicial será cingida de imutabilidade independentemente da procedência ou improcedência do pedido inicial. Há, todavia, ressalva de que a coisa julgada material apenas se formará se a demanda tiver sido julgada com acervo probatório suficiente, com a exaustão dos meios de provas possíveis – a demanda julgada improcedente por insuficiência de provas não será revestida de intangibilidade. É o que está disposto nos inc. I e II do art. 103 do CDC. Trata-se, portanto, da formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*, que exige o esgotamento das provas para a sua ocorrência[20], aplicável, a princípio, às causas que versem sobre direitos difusos e coletivos *strictu sensu*.

Neste ponto, há que se distinguir a circunstância mediante a qual a coisa julgada se forma (técnica de produção) e aquela que determina a sua extensão à esfera individual, que são coisas distintas, conforme será mais detalhadamente referido adiante. Neste momento, importa sublinhar que o trânsito em julgado da sentença de improcedência na ação coletiva, emanada após instrução probatória suficiente, obsta apenas que os demais legitimados extraordinários reproponham a mesma demanda coletiva. Entretanto, neste caso, não serão atingidos os direitos individuais correspondentes, uma vez que, segundo disposto no art. 103 e parágrafos do CDC, a extensão da eficácia da coisa julgada poderá beneficiar, mas nunca prejudicar os direitos individuais.

Em outras palavras, a demanda coletiva fará sentir seus efeitos na esfera individual apenas em caso de procedência do pedido. Desta forma, como se percebe, o que é *secundum eventum litis* é apenas a extensão da eficácia da coisa julgada à esfera individual e não, ao contrário do que equivocadamente se afirma, o seu modo de produção. Nas palavras do professor Leonardo Carneiro da Cunha "é a extensão *erga omnes* ou *ultra*

[20] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, 365.

Revista.indd 386 13/09/2011 11:44:55

partes da coisa julgada que depende do resultado da causa, consistindo no que se chama de extensão *in utilibus* da coisa julgada"[21].

3.1.1. Decisão com esgotamento das provas

Doutrinariamente, indaga-se de que forma se configuraria o juízo de improcedência por insuficiência de provas capaz de obstar a formação da coisa julgada em demandas coletivas.

Para alguns, quando a improcedência do pedido decorrer da insuficiência de provas, esta circunstância deve ser expressamente consignada na decisão ou estar implícita em seus termos, sob pena ser impossibilitada a repropositura da demanda. Se acaso o julgado for omisso quanto a esta circunstância, nem mesmo prova nova seria capaz de reabrir a via coletiva. Seria necessário, portanto, o manejo de ação rescisória, com as inúmeras restrições que lhe são inerentes, para possibilitar nova demanda no âmbito coletivo[22].

Entretanto, a posição mais coerente é aquela que adota o critério substancial para verificar se a decisão de improcedência emanou de processo cuja instrução probatória foi suficiente. Assim, o simples fato de o legitimado coletivo da demanda reproposta juntar prova relevante que não havia chegado ao conhecimento do julgador da causa anterior demonstra que, nesta última, houve lacunas na colheita das provas[23].

Por este posicionamento, não é, portanto, necessário que o julgador informe expressamente que a causa foi tida por improcedente por insuficiência de provas; é indispensável, no entanto, que o conteúdo da decisão demonstre que o resultado da demanda poderia ter sido diverso se o autor houvesse comprovado os fatos constitutivos de seu direito.[24]

---

[21] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo.** 8. ed., rev,. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2010, p. 473.

[22] GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995, p. 131.

[23] Endossando tal posicionamento, Ada Pelegrini ensina que: (...) A sentença desfavorável faria coisa julgada, mas de acordo com a prova produzida. A prova nova, a ser produzida por qualquer legitimado, autorizaria sempre a propositura de nova ação coletiva, baseada em idêntico fundamento. GRINOVER, Ada Pellegrini, 1933-. **Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e a coisa julgada**. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 98, n. 361, maio/jun. 2002, p. 10.

24 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, p. 367.

Revista.indd 387 13/09/2011 11:44:55

3.2. Coisa julgada em causas relativas a direitos individuais homogêneos

O inc. III do art. 103 traz dicção um tanto divergente dos demais, o que pode suscitar algumas dúvidas. O dispositivo aponta que haverá coisa julgada apenas quando da procedência do pedido. Numa primeira leitura, este parece erigir a coisa julgada *secundum eventum litis* para os litígios que versem sobre direitos individuais homogêneos: é dizer, nestas causas, só haveria coisa julgada caso o pleito fosse julgado procedente.

A leitura do §2º deste artigo, entretanto, dispõe que aqueles que não intervieram como litisconsortes, em caso de improcedência do pedido, poderão propor suas ações a título individual. A *contrario sensu*, é possível inferir que aqueles que intervieram não poderão fazê-lo, o que demonstra que, mesmo em caso de improcedência, a coisa julgada se forma, ainda que apenas *inter partes*.

A interpretação dada à norma por grande parte da doutrina, entretanto, é no sentido de que, rejeitada a pretensão, a via coletiva ficará obstada a todos os demais legitimados coletivos, como ocorre nas demais hipóteses[25]. Apenas fica resguardada a possibilidade de propositura de ações individuais sobre o mesmo tema, à semelhança dos demais casos (inc. I e II do art. 103 do CDC). Desta forma, o inciso sob análise não trata da formação da coisa julgada em si, mas da sua extensão a esfera individual, como veremos posteriormente.

Outra controvérsia que circunda o tema é se, na hipótese do inc. III, a coisa julgada se forma *pro et contra* ou *secundum eventum probationis*, a exemplo do que ocorre nos inc. I e II. É dizer, na defesa de direitos individuais homogêneos, será possível afirmar que, sendo as provas insuficientes, a coisa julgada na esfera coletiva não se formará, mesmo não havendo disposição legal neste sentido?

Ada Pellegrini entende que este dispositivo efetivamente excepcionou a disciplina conferida às demais espécies de direitos coletivos – os direitos difusos e os coletivos *strictu sensu* – sendo que apenas nestes a formação da coisa julgada fica condicionada à suficiência das provas[26]. No mesmo

[25] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2007, p. 857. GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995, p. 140.
[26] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**, p. 857.

Revista.indd 388 13/09/2011 11:44:55

sentido, parecem se posicionar Pedro Lenza[27] e Antônio Gidi[28], embora este último não o faça expressamente.

Em sentido oposto, interpretando a omissão como mera lacuna na lei e não como desejo expresso do legislador de prever disciplina diversa à tutela dos direitos individuais homogêneos, estão Fredie Didier e Hermes Zaneti, para os quais este dispositivo deve ser interpretado em coerência com o microssistema coletivo. Assim, para estes autores, sendo a causa julgada improcedente por insuficiência de provas, não haverá coisa julgada, como ocorre nas demais hipóteses já expostas[29].

A princípio, parece defensável o entendimento esposado por Fredie Didier e Hermes Zaneti, uma vez que inexiste, no direito brasileiro, o controle judicial da adequação da representatividade (*adequacy of representation)*, à semelhança do que ocorre nas *class actions* do direito norte americano. Caso se admitisse a formação da coisa julgada em caso de juízo de improcedência por insuficiência de provas, a atuação desidiosa do legitimado extraordinário prejudicaria os titulares do direito pleiteado que, muito embora ainda possam propor suas ações individuais, não mais contarão com a celeridade e a facilitação do acesso à justiça propiciada pela via coletiva. Por outro lado, inadmitindo-se a formação da coisa julgada nessa hipótese, estar-se-ia protegendo os substituídos da atuação do legitimado extraordinário que não tivesse exercido representação do grupo substituído de forma adequada, por não em trazer aos autos os elementos necessários à prova de suas alegações. Garantir-se-ia, assim, que a via coletiva só estaria preclusa quando satisfeito o devido processo legal.

3.3. Extensão da eficácia coisa julgada ao plano individual

Explicitou-se, logo acima. o regime de formação da coisa julgada coletiva, o que não se confunde, consoante brevemente adiantado, com a sua extensão à esfera individual. Como visto, consagrou-se para as causas coletivas que versam sobre direitos difusos e direitos coletivos *strictu sensu*

[27] LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 235.

[28] GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995, p. 139-140.

[29] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, p. 369.

Revista.indd 389 13/09/2011 11:44:55

a coisa julgada *secundum eventum probationis.* Para as causas referentes a direitos individuais homogêneos, o posicionamento majoritário é de que esta se forma *pro et contra,* muito embora respeitável doutrina posicione-se de modo diverso, conforme referido.

Distinta, todavia, é a disciplina da extensão da eficácia da coisa julgada para a esfera individual. O Código de Defesa do Consumidor dispõe, nos parágrafos do art. 103, que, em caso de improcedência do pedido, independentemente das provas produzidas, a coisa julgada coletiva não prejudicará as pretensões individuais a esta relacionada. Por outro lado, a sentença de procedência em ação proposta pelo legitimado coletivo poderá ser liquidada e executada sem a necessidade da propositura de ação individual para a determinação do *an debeatur*[30]. Necessário que prove apenas o nexo de causalidade entre o prejuízo individual e o objeto da ação coletiva.[31]

Trata-se, portanto, de extensão da coisa julgada coletiva à esfera individual *secundum eventum litis*, pois condicionada à procedência do pedido, e *in utilibus,* pois apenas beneficia o indivíduo, que poderá proceder à liquidação de seus prejuízos e promover a execução da sentença.

Pedro Lenza defende, no caso de demandas relativas a direitos difusos e coletivos *strictu sensu,* que a ressalva feita no §3º do art. 103 quanto à não extensão à esfera individual dos efeitos da coisa julgada coletiva, quando da improcedência do pedido, é desnecessária, visto que o pedido formulado por ocasião da ação coletiva é distinto daquele que embasa a ação individual correlata, sendo distinto, portanto, o objeto destas demandas[32].

De fato, quando proposta uma ação face à violação a um direito transindividual (direitos difusos e coletivos *strictu sensu),* o pedido não abrange o ressarcimento aos danos causados individualmente, nem o direito tutelado é o individual, mas o da comunidade coletivamente considerada. Todavia, a violação ao direito coletivo eventualmente pode gerar lesões a direitos individuais. O juízo de improcedência de uma ação coletiva que visasse tirar de circulação propaganda supostamente enganosa não seria óbice ao pedido de ressarcimento de indivíduo efetivamente levado a erro pela publicidade, já que o pedido é diverso.

[30] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, p. 371.

[31] LENZA, Pedro. Obra citada, p. 239.

[32] LENZA, Pedro. Obra citada, p. 237.

Revista.indd 390 13/09/2011 11:44:55

Entretanto, se é desnecessário que a lei disponha que, nas causas referentes a direitos transindividuais, a coisa julgada não prejudica os direitos individuais dos integrantes da coletividade, é imprescindível a existência de dispositivo legal para que decisão coletiva favorável possa ser benéfica aos titulares destes direitos. E isto pela mesma razão: não há coincidência de pedido que possa determinar, por si só, que o resultado da demanda coletiva influa, benéfica ou prejudicialmente, na demanda individual. Assim, é a norma do §3º que possibilita, como forma de promoção da economia processual, a transposição *in utilibus* da coisa julgada coletiva para beneficiar os titulares dos direitos individuais correspondentes.

Ada Pellegrini leciona que a norma contida nesse parágrafo determina a ampliação do objeto do processo coletivo, passando o dever de indenizar a integrar o pedido, o que possibilita a extensão benéfica da coisa julgada coletiva[33]-[34]. É o que se denomina ampliação *ope legis* do objeto do processo, possível apenas por determinação legal[35].

José Rogério Cruz e Tucci, por outro lado, rejeita tal compreensão do fenômeno. O autor defende que a possibilidade de liquidação e execução pelos indivíduos do julgado derivado da ação coletiva é efeito anexo ou secundário da sentença oriunda da ação coletiva, conferido pela lei[36].

---

[33] GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004, p. 934-935.

[34] Interessante também, no que tange ao tema, a formulação de Arruda Alvim, para quem: "O que se verifica, por este art. 103, §3.º, é que se contém, *virtualmente*, no pedido formulado com base na Lei da Ação Civil Pública, a possibilidade de que a sentença transcenda o objeto do pedido, *tal como originariamente constava da Lei da Ação Civil Pública. Independentemente de pedido explícito (i.e., que não tenha sido formulado com a ação civil pública), o art. 103, §3º, confere uma eficácia objetiva e subjetiva ampla à sentença de procedência (cujo pedido tenha por causa a ocorrência de dano), hipertrofiando este texto, pois, subjetivamente, o leque de beneficiários.* Há, ao menos, uma transcendência ao objeto do pedido, tal como *nominal e liguisticamente* haja sido feito, no âmbito da Lei da Ação Civil Pública e para os fins desta. Se o pedido feito na ação civil pública pode ser executado, *tal como se tivesse sido feito em face do espectro do art. 81, par. ún., inc. III, do CDC, disto segue, também, que há um 'aumento objetivo' do pedido e da sentença.* ALVIM, José Manoel de Arruda: Notas sobre a coisa julgada coletiva**. Revista de Processo**, São Paulo, n. 88, p. 31-57, 1997, p . 54.

[35] DIAS, Francisco Barros. **Coisa Julgada e Execução no Processo Coletivo**, p. 11. Disponível em: www.jfrn.gov.br/docs/doutrina125.doc

[36] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Revista.indd 391 13/09/2011 11:44:55

Christianine Chaves Santos, em sua dissertação, critica tais posicionamentos, ao vislumbrar neles apego excessivo ao princípio dispositivo, que, privilegiando a vontade do autor, define o objeto do processo e do julgamento a partir do pedido por ele deduzido, adotando, portanto, uma concepção notadamente individualista. Para a autora, em virtude dessa visão individualista do processo, a doutrina estaria deixando de reconhecer o óbvio: que o §3º do art. 103 do CDC ampliou também os limites objetivos da coisa julgada coletiva para que esta alcançasse igualmente a decisão sobre as questões fáticas e jurídicas fundamentais à lide[37].

Entretanto, em todos os posicionamentos elencados há a convergência no sentido de que a liquidação e execução individual da sentença exarada em ação coletiva proposta na tutela de direitos difusos e coletivos *strictu sensu* só é possível por força da previsão do §3º do art. 103 do código consumerista.

4. Regime da coisa julgada no mandado de segurança coletivo anterior à Lei 12.016/2009 – regulação pelo microssistema da tutela coletiva

Grande parte da doutrina, em momento anterior à vigência da Lei nº 12.016/2009, entendia que, por não haver disciplina específica sobre o tema, não apenas da coisa julgada, mas também da legitimidade, da litispendência, dentre outros que demandam tratamento peculiar face ao fenômeno da tutela de massa, seria impositiva a aplicação das disposições do CDC e da LACP ao mandado de segurança coletivo[38].

Não poderia ser diferente a conclusão, uma vez que, inexistindo normatização própria, estaria inviabilizado, sem a aplicação subsidiária desses diplomas processuais coletivos, o manejo de mandado de segurança coletivo. Portanto, o posicionamento pela não adoção de tais diplomas

[37] SANTOS, Christianine Chaves. **Uma leitura da tutela jurisdicional coletiva à luz da coisa julgada.** 231 f.; Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ/FDR, Recife, 2002, p. 191-192.

[38] DINAMARCO, Pedro Silva. **A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança individual e coletivo.** *In* ALVIM, Arruda; BUENO, Cassio Scarpinella; DALLARI, Adilson Abreu; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança:** 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 695.

Revista.indd 392 13/09/2011 11:44:55

seria inaceitável, porquanto significaria a supressão de uma garantia constitucional que, como tal, deve gozar de máxima efetividade.

Ademais, por tratar-se de instrumento voltado à tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos, não se pode buscar solução para a lacuna normativa pela aplicação subsidiária de diplomas cuja inspiração seja notadamente individualista, como, por exemplo, o Código de Processo Civil.

Neste sentido, a doutrina especializada tem falado da existência do microssistema da tutela coletiva, formada pelos diplomas, quer processuais, quer materiais, referentes ao direito de massa[39]. A identificação desses microssistemas liga-se à insuficiência dos grandes códigos para suprir a carência regulativa de relações jurídicas que, por sua especificidade, não encontram guarida nas normas gerais. Assim, surgem leis extravagantes de inspiração e principiologia própria, porquanto adequada ao disciplinamento de situações não abarcadas pelos códigos pretensamente completos[40].

É justamente por conta desta necessidade de tratamento próprio que as soluções para as lacunas no tratamento de questões relativas à tutela coletiva devem ser buscadas dentro do próprio microssistema coletivo, uma vez que este é formado por diplomas possuidores da mesma essência e que buscam normatizar a mesma espécie de relações jurídicas. Apenas quando a lacuna persistir mesmo após a consulta aos diplomas componentes do microssistema coletivo é possível buscar solução fora deste – neste caso, no Código de Processo Civil. Ainda assim, é necessário proceder à adaptação da norma de processo individual (não-coletivo) às especificidades inúmeras da tutela de massa, em homenagem ao princípio da adaptabilidade[41]-[42].

Dando embasamento a estas considerações, especialmente quanto à LACP e CDC, Ada Pelegrini ensina que, ainda que o art. 103 do CDC se

[39] MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v.103, n.394, nov./dez., 2007, p . 267.

[40] MAZZEI, Rodrigo. Obra citada, p . 271.

[41] MAZZEI, Rodrigo. Obra citada, p . 272.

[42] A existência dessa relação próxima entre as diversas leis componentes do microssistema coletivo foi reconhecida inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como atesta didático julgado do Ministro Luiz Fux: "A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se." RESP 200801872713, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 06/11/2009.

Revista.indd 393 13/09/2011 11:44:55

refira às "ações coletivas que trata este código", sua abrangência é maior, e isso por expressa disposição legal[43].

Na redação do CDC enviado para a sanção do presidente da república, havia o art. 89, que fixava que as disposições processuais do código seriam aplicáveis, quando cabíveis, à tutela de outros direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Todavia, este dispositivo foi alvo do veto presidencial[44].

Por outro lado, não foi alvo do veto presidencial o art. 117 do CDC, dispositivo de teor semelhante que acresceu o art. 21 à LACP. Vê-se, por sua redação, que o dispositivo não restringe sua aplicação à LACP, mas abrange toda a defesa em juízo dos direitos coletivos *lato sensu*.

Cabe salientar que, por inexistir, à época, qualquer norma legal disciplinando o mandado de segurança coletivo, seria absolutamente dispensável recorrer ao art. 21 da LACP para determinar a aplicação subsidiária das normas processuais do CDC, face a reconhecida existência do microssistema da tutela coletiva. A existência deste dispositivo apenas reforçou o fundamento do posicionamento majoritário.

Ressaltando que discorremos, aqui, sobre o regime da coisa julgada anterior à nova lei do mandado de segurança, importa apontar uma peculiaridade do mandado de segurança coletivo em relação às demais ações coletivas. No mandado de segurança, seja ele individual ou coletivo, a existência de prova pré-constituída e suficiente é requisito de admissibilidade. Assim, a deficiência da prova documental gera a inadmissibilidade do *writ* e não sua improcedência.

Como vimos, não há ressalva da não formação da coisa julgada *erga omnes* nas hipóteses de improcedência por insuficiência de provas no caso de defesa em juízo de direitos individuais homogêneos, pelo disposto no CDC. A despeito disto, quando estes fossem defendidos mediante mandado de segurança coletivo, se não houvesse prova documental inequívoca da pretensão – insuficiência de provas, portanto – não haveria

[43] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**, p. 847.

[44] Eis fundamentos lançados para embasamento do veto: "a extensão das normas específicas destinadas à proteção dos direitos do consumidor a outras situações excede dos objetivos propostos no código, alcançando outras relações jurídicas não identificadas precisamente e que reclamam regulação própria e adequada. Nos termos do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, deve o legislador limitar-se a elaborar Código de Defesa do Consumidor." Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990 - Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil.

Revista.indd 394 13/09/2011 11:44:55

exame do mérito e nem formação de coisa julgada material.[45] A ausência de provas, neste caso, pode ser entendida como ausência de direito líquido e certo, provocando a decretação de carência do *mandamus* coletivo, o que autoriza, em contrariedade à dicção do art .103, III do CDC, sua repropositura mediante a apresentação de novas provas.[46]

5. Garantias constitucionais do processo e processo coletivo

O surgimento das ações coletivas está ligado à evolução social que conduziu ao surgimento de sociedade de massas, em que se multiplicam conflitos de mesma origem. Há muito, ocorrem lesões a direitos ligados a uma coletividade ou certos indivíduos coletivamente considerados, que poderiam pleitear a solução coletivamente. Entretanto, tal necessidade torna-se premente quando se passa a reconhecer direitos que, por um lado, não pertencem a nenhum indivíduo enquanto tal, mas pertence, sim, a toda coletividade, como é o exemplo clássico do meio-ambiente preservado.

Por outro lado, a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos traz consigo o evidente ganho no que se refere à economia processual, já que o núcleo comum entre os inúmeros litígios em potencial poderá ser resolvido por meio de um único procedimento, restando para um momento posterior apenas a identificação dos beneficiados e fixação individualizada do *quatum debeatur*. O ganho se torna mais evidente quando se tem em conta a quantidade de processos existentes e a insuficiência dos recursos humanos e materiais disponíveis para solucioná-los. Todavia, o maior benefício, dentro da óptica do Estado Democrático de Direito, é o de possibilitar o efetivo acesso à justiça, por intermédio da resolução da controvérsia pela via coletiva, em favor daqueles que, por desconhecimento ou despreparo, não poderiam comparecer em juízo para reclamar seus direitos.

Importa considerar, entretanto, que esses novos direitos de natureza coletiva, bem como a nova perspectiva de equacionamento coletivo de lides individuais, reclamam um modelo processual que se ajuste às

[45] GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas,** p. 85.

[46] ALVIM, Eduardo Arruda. **Apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo.** Disponível em: http://www.arrudaalvim.com.br/pt/artigos/17.asp?id=artigos&lng=pt.

Revista.indd 395 13/09/2011 11:44:55

suas peculiaridades e lhes garanta efetividade, pois, como observa Teori Zavascki[47]:

> (...), na atividade de criação ou de reforma de instrumentos processuais, deve-se ter como principal preocupação a de amoldar tais instrumentos ao direito material a que buscam servir. Para direitos materiais sujeitos a diferentes formas de concretização devem ser disponibilizados meios também diferenciados.

A despeito disto, o tratamento peculiar que deve ser dispensado às causas coletivas não pode ser dissonante com os condicionamentos ao modo de ser do processo estabelecido por meio das garantias constitucionais. A grande questão é, portanto, de que forma assegurar aos indivíduos as mesmas garantias processuais que eles teriam se litigassem individualmente, considerando que tais garantias são indispensáveis em um contexto democrático, a fim de afastar a possibilidade do exercício arbitrário da função jurisdicional.

Antes de adentrarmos no estudo, ainda que superficial, dos princípios constitucionais do processo mais sensíveis ao fenômeno da litigância de massa, convém considerar, como oportunamente advertiu o Professor Ivo Dantas[48], que não é possível isolar cada um desses princípios, pois estes só serão corretamente compreendidos quando vistos em suas interrelações, nas quais exercem influência recíproca entre si. Dessa maneira, a união desses princípios é o que forma o conteúdo ideológico do sistema processual.

5.1. Devido processo legal: origens e desdobramentos

Muito embora usualmente se tenha indicado a *Magna Charta* de João Sem-Terra, do ano de 1.215, como o primeiro documento em que foi inscrita a cláusula do devido processo legal (*due process of law*, ou *law of the*

[47] ZAVASCKI, Teori Albino **Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34

[48] DANTAS, Ivo. **Constituição e processo.** 2. ed., rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007, p. 341-342.

Revista.indd 396 13/09/2011 11:44:55

land, em sua dicção primitiva)[49], há registro de que as origens do instituto são ainda mais remotas.

Ruitemberg Nunes Pereira aponta, com base principalmente nos estudos de William Stubbs, que a Magna Carta, em verdade, não significou nenhuma inovação ou originalidade na evolução do *due process of law*, uma vez que foi apenas uma reformulação da Carta de Henrique I, que, por sua vez, buscou influência no Decreto Feudal de 1.037 de Conrad II, do Império Franco. Conclui o autor, portanto, pela origem germânica das bases do devido processo legal[50].

No art. 39 da Carta Magna, o princípio do *law of the land,* forma primitiva do *due process of law*, assegurava aos homens livres, especialmente aos barões e proprietários de terra, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e sobretudo à propriedade, que só poderiam ser afastados mediante a observância dos procedimentos previstos e pela força do direito sedimento no precedentes judiciais[51-52].

A expressão que se consagrou, *due process of law*, surgiu apenas no século seguinte, em uma das reedições da *Magna Charta*[53], o *statute of Westminster of the Liberties of London* de 1354, editada no reinado de Eduardo III. Ressalte-se que, nestes primeiros momentos da existência do instituto, coexistiram as expressões *law of the land, due course of law* e *due process of law,* que eram indistintamente utilizadas pelos juristas com o mesmo significado.

Todavia, a verdadeira evolução do conteúdo da cláusula se deu nos Estados Unidos, que a conheceu desde seu período colonial, como se verifica por sua inclusão em algumas das constituições das colônias inglesas na América,

---

[49] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo** – 9ª ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 78.

[50] PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 10-45.

[51] Confira-se o Art. 39 da *Magna Charta: "No free man shall be sized or imprisioned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or diprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by* ***the law of the land****"* Ressalte-se que originalmente a Magna Carta foi redigida em latim e assim permaneceu por mais de duzentos anos, o que inviabilizou que a maioria da população inglesa pudesse invocá-la em sua defesa. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade –** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7.

[52] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Obra citada, p. 7.

[53] PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Obra citada, p. 56.

Revista.indd 397 13/09/2011 11:44:55

ainda sob a arcaica denominação "*law of the land*"[54]. Na constituição norte-americana, já em 1791, havia a *Bill of rights*, no qual constava a garantia do *due process of law,* trazida pela 5ª e em seguida modificada pela 14ª Emenda.

Inicialmente, o princípio em referência foi concebido com uma índole notadamente processualística, com aplicação no processo penal, para, somente depois, ter seus efeitos estendidos para a jurisdição civil e finalmente para os procedimentos administrativos no âmbito da administração pública[55]. Todavia, construiu-se, mediante a sucessão dos julgados da Suprema Corte norte-americana, uma nova compreensão da abrangência da cláusula, que passou a não apenas informar o modo de ser dos processos judiciais e administrativos, mas, também, se tornou parâmetro de aferição do conteúdo substantivo da legislação[56].

Por esse novo enfoque, o *due process of law* tornou-se parâmetro para averiguar a razoabilidade das leis, de modo a resguardar, pela via judicial, os cidadãos de abusos estatais cometidos por meio da atividade legiferante. Dessa maneira, o princípio foi alçado à condição de ferramenta idônea à apreciação da justiça do conteúdo da lei ou do ato administrativo à luz da preservação dos direitos fundamentais, especialmente aqueles relacionados às liberdades civis[57].

Esse aspecto da abrangência do princípio foi nomeado como devido processo legal substantivo (*substantive due process*), ao lado da acepção clássica, o qual passou a denominar-se de devido processo legal procedimental (*procedural due process*)[58].

---

[54] Exemplo da recepção da garantia do *due process of law* pelo pensamento jurídico das colônias americanas foi a sua inclusão pela Declaração de Direitos da Virgínia, de agosto de 1776; pela Declaração de Delaware, de setembro de 1776 e também da Declaração de Direitos da Carolina do Norte, de dezembro de 1776, apenas para citar alguns exemplos. Para maiores informações sobre o tema, confira-se CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Obra citada**, p 9-12.

[55] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Obra citada, p. 29.

[56] SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal (due process of law)** – 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 418.

[57] SILVEIRA, Paulo Fernando. Obra citada, p. 424.

[58] Importa destacar o posicionamento de Humberto Ávila, para quem os deveres de proporcionalidade e razoabilidade não têm por fundamento o devido processo legal substancial, mas sim os princípios da igualdade e da liberdade. Em suas palavras: "2.1.1 Considerando que a Constituição garante o 'devido processo legal' (art. 5.º, LIV), indaga-se: é correto usar o dispositivo relativo ao 'devido processo legal' como fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e, portanto, do chamado 'devido processo legal substancial'? A resposta é não. 2.1.2. Sendo os princípios de liberdade e igualdade os fundamentos dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade, o recurso ao dispositivo relativo ao 'devido processo legal' como seu fundamento normativo, quando a

Revista.indd 398 13/09/2011 11:44:55

No Brasil, o princípio só veio a ter assento constitucional com a Carta de 1988, com sua inclusão no art. 5º, LIV – dentre os direitos e garantias fundamentais, portanto. Entretanto, mesmo antes da inclusão da cláusula no texto da constituição, a doutrina já havia se dedicado à compreensão do instituto, como fez de forma pioneira Lêda Boechat Rodrigues em sua obra "A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano", publicada em 1958[59].

A despeito de apenas recentemente inclusa no ordenamento jurídico brasileiro, a cláusula do *due process of law* tem sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive em sua acepção substantiva. É o que se percebe da leitura do julgado exarado por ocasião do julgamento da ADI 3685/DF, em que se discutia a aplicação do princípio da anterioridade eleitoral, previsto no art. 16 da CF, às alterações referentes às coligações partidárias operadas pelo art. 2º da EC 52/06. Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso apontou que eferida emenda era inconstitucional por ofensa ao devido processo legal eleitoral, oponível inclusive ao poder constituinte derivado[60]-[61].

Vê-se, portanto, que o STF tem desenvolvido seu próprio conjunto de precedentes sobre a aplicação do devido processo legal, até mesmo como instrumento de análise do mérito da produção legislativa, nos moldes preconizados pela interpretação da Suprema Corte norte-americana.

Constituição já prevê os princípios de liberdade e igualdade, é desnecessário e redundante." ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? **Revista de processo**, São Paulo, v. 33, n. 163, set. 2008, p 56-57.

[59] RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 46, p. 108.

[60] Em virtude da clareza da exposição, é conveniente a transcrição de excertos das considerações tecidas pelo Ministro Cesar Peluso em seu voto: "Como se sabe, a garantia do justo processo da lei *(due process of law)* nasceu de necessidades próprias da natureza do processo penal, mas, como instrumento dogmático flexível, teve os contornos estendidos, progressivamente, sobretudo por obra da Suprema Corte norte-americana, ao âmbito de todas as espécies de processo e, mas tarde, ao controle do próprio mérito dos mecanismos de produção jurídico-normativa *(substantive)*. Assim, alcança hoje, na amplitude da concepção positivo constitucional subjacente ao art. 5º, inc. LVI, cuja etiologia está na 5ª e 14ª Emendas à Constituição norte-americana, todos os procedimentos tendentes a influir, de qualquer modo, sobre o exercício de direitos fundamentais." ADI 3685, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2006, DJ 10-08-2006. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397, p. 59.

[61] Ainda no sentido da aplicação do devido processo legal substantivo pelo Supremo Tribunal Federal, confira-se o julgado exarado por ocasião da ADI 173/DF, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, em que se discutia a constitucionalidade dos art. 1º e 2º da Lei n. 7.711/88. **ADI 173**, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2008, DJe-053, 20-03-2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582642, p. 14.

Revista.indd 399 13/09/2011 11:44:56

5.1.3. Devido processo legal procedimental (procedimental due process)

A despeito da riqueza conceitual impressa ao devido processo legal substancial no decorrer de seu desenvolvimento, aos fins do presente trabalho importa apenas a análise da faceta procedimental do princípio sob análise.

A denominação adotada pelo direito italiano para referir-se ao devido processo legal, qual seja, justo processo *(giusto processo,* art. 111 da CF italiana)[62], serve de auxílio para a compreensão do alcance conferido a esse princípio. Ele aponta aos procedimentos que devem ser observados sempre que algum bem de vida possa ser retirado de alguém, seja por meio de processo judicial ou administrativo. Cabe salientar que o legislador não tem discricionariedade ilimitada para definir o que é o "devido processo", devendo sempre preservar um mínimo de garantias aos litigantes[63].

As garantias mínimas que decorrem do devido processo legal visam conferir legitimidade ao uso da força estatal em um contexto democrático, mediante a promoção da participação e do diálogo das partes potencialmente atingidas na construção da decisão, o que resulta em prevenção contra injustificadas subtrações de direitos[64].

Vê-se, portanto que, ao contrário do que se pode supor por uma leitura apressada de sua enunciação constitucional, o devido processo legal, mesmo em sua feição procedimental, não se restringe à garantia de respeito às formas processuais previstas, mas condiciona a própria substância do processo, de forma que este permita ao julgador o elevado grau de convencimento necessário para que este profira sua decisão[65].

---

[62] NERY JUNIOR, Nelson. Obra citada, p. 86-87.

[63] Nesse particular, é oportuna a transcrição da lição de Paulo Fernando Silveira, válida para o nosso direito positivo, muito embora o autor estivesse referindo-se ao direito norte-americano: "A Suprema Corte americana tem relacionado o devido processo legal às garantias da Magna Carta contra as opressões e usurpações pela prerrogativa real, com esteio na conclusão básica de que o devido processo constitui uma limitação aos poderes governamentais emanados do Legislativo, do Executivo e da esfera judicial, o qual é construído de modo a não deixar o Congresso livre para estabelecer, de acordo com sua vontade, o que é devido processo. (...) O elemento da análise do devido processo, caracterizado como devido processo procedimental, delineia os limites constitucionais da execução judicial, executiva ou administrativa, das leis, provisões ou decisões governamentais." SILVEIRA, Paulo Fernando. Obra citada, p. 304-305.

[64] SILVEIRA, Paulo Fernando. Obra citada, p. 305.

[65] CRETELLA NETO, José. Obra citada, p. 44-45.

Revista.indd 400 13/09/2011 11:44:56

Dentro dessa ambiência, têm sido apontados como decorrência do devido processo legal procedimental, dentre outros: a) o direito ao procedimento em contraditório; b) direito a não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração à lei *ex post facto*; c) direito de ser julgado por autoridade competente, segundo regras de competência previamente estabelecidas; d) oferta de tutela jurisdicional à maciça maioria da população (acesso à justiça)[66]; e) o direito à fundamentação das decisões judiciais[67].

Longe de ser exaustivo, o rol de garantias oriundas do devido processo legal acima exposto apenas revela de que maneira esse princípio condiciona o modo de ser do processo. Tais garantias, e tantas outras quantas surjam face às necessidades surgidas em casos concretos, visam propiciar aos potencialmente afetados pelo exercício da jurisdição a oportunidade de participar de forma efetiva e satisfatória da construção da decisão, de modo a tornar o processo um instrumento por meio do qual se torna possível a implementação dos direitos[68].

É de se notar ainda que as garantias constitucionais referente ao processo estão compreendidas pelo devido processo legal, de forma que, ainda que não estivessem expressamente previstas, seriam plenamente aplicáveis em nosso direito positivo. Dessarte, a enunciação no texto constitucional dos princípios da ampla defesa, do contraditório, da motivação das decisões judiciais, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, por exemplo, serve de reforço à incidência destes princípios, muito embora conteúdo que estão imbuídos já estivesse abrangido pelo devido processo legal. Nas palavras de Juliano Vitor Lima, "podemos dizer, sim, que o devido processo legal não tem maior ou menor prevalência do que outros princípios, mas que é um princípio irradiador de outros princípios"[69].

5.1.4. Devido processo legal coletivo

Conforme precedentemente esclarecido, o devido processo legal desenvolveu-se ao redor da preservação das liberdades civis, especialmente no tocante à realização dos direitos à vida, liberdade e propriedade.

[66] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Obra citada, p. 331.

[67] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Obra citada, p. 312.

[68] LIMA, Juliano Vitor. **Do princípio do devido processo legal**. *In* TAVARES, Fernando Horta (coord.). Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008, p. 248-250.

[69] LIMA, Juliano Vitor. Obra citada, p. 243.

Revista.indd 401 13/09/2011 11:44:56

Portanto, é de se notar que o princípio foi gestado e interpretado sob um viés nitidamente individualista, levando em consideração o contexto da sociedade americana dos fins do século XVIII e decorrer do século XIX, fortemente influenciada pela óptica do Estado Liberal.

Todavia, o Estado Liberal mostrou as graves contradições decorrentes da igualdade jurídico-formal e desigualdade social, razão pela qual cedeu espaço paulatinamente ao Estado Social. Como se sabe, o Estado Social compromete-se com a efetivação, mediante a atuação concreta do aparelho estatal, dos direitos antes tão-somente proclamados, além da afirmação de outros direitos, alçados à mesma estatura de direitos fundamentais, ligados à satisfação das necessidades básicas do homem[70].

Em passo posterior, alia-se à visão provedora do Estado Social a noção da democracia, fundada na soberania do povo, mediante a efetiva participação popular na gestão da coisa pública, de modo a garantir a preservação e a realização dos direitos[71]. Exsurge, assim, o Estado Democrático de Direito, em que convergem a promoção da justiça e a garantia da tutela dos direitos da personalidade.

Nesse contexto, insere-se a Constituição de 1988, que não apenas declara ser o Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito, mas também faz, no decorrer de seu texto, a enunciação dos tradicionais direitos individuais, dos direitos sociais e econômicos e da participação popular na construção das decisões políticas. Inúmeros desses direitos e compromissos constitucionais, conforme é evidenciado pela própria dicção da Carta de 1988, são titularizados não apenas por pessoas individualmente consideradas, mas igualmente pela coletividade como um todo, que é também destinatária da atuação provedora do Estado.

---

[70] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** – 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115.

[71] Note-se que não há ligação necessária entre o Estado Social e a noção de democracia, pois como observa Paulo Bonavides: "A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram 'Estados Sociais'. Da mesma forma, Estado Social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 1930. (...) Ora, evidencia tudo isso que o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e nacional-socialismo." BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social** – 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184.

Revista.indd 402 13/09/2011 11:44:56

Foi justamente a atual Constituição – que manteve a tradição constitucional brasileira da enunciação dos direitos sociais[72], acrescentando-lhe ainda outros e fornecendo meios processuais para sua efetivação – que introduziu de forma expressa a garantia do devido processo legal no direito brasileiro, ainda acompanhada da clássica fórmula que remete à preservação dos direitos à liberdade e propriedade.

Tecidas essas considerações, importa atentar para o descompasso entre o contexto em que foi gestado o devido processo legal, em que imperava a visão liberalista-individualista da realização do direito, e aquele no qual ele está inserido agora, qual seja, o direito positivo brasileiro sob a égide da Constituição de 1988. Tal descompasso só pode ser superado mediante a adequação hermenêutica desse princípio à nova realidade em que toma lugar, levando em consideração, sobretudo, a nova visão da função do Estado assumida pela atual carta constitucional e os compromissos por ela assumidos em face da sociedade.

Aliás, essa é lição advinda do direito norte-americano, onde a dicção indefinida do *due process of law* colaborou para o seu criativo manuseio pretoriano, de forma que foi impossibilitada sua definição apriorística[73], o que permite uma interpretação constitucional sensível às demandas da sociedade[74].

Nesse sentido, é relevante a lição de Elton Venturi, para quem a compreensão do devido processo legal deve levar em consideração o significado que adquire o direito à vida, à liberdade e à propriedade no presente contexto constitucional e social. Em suas palavras:

> É preciso despertar para uma nova realidade: se os alvos de proteção da garantia do devido processo legal ainda são fundamentalmente os mesmos (vida/

[72]BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 366-368.

[73] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Obra citada, p. 47.

[74] Sobre a utilização do due process of law no direito americano, Carlos Roberto Siqueira de Castro comenta que: "Tem-se, nessa 'jurisprudência construtiva' (*construtive jurisprudence*) a constatação da 'relatividade histórica da Constituição', de que a experiência norte-americana é por certo o exemplo mais eloqüente. Chega-se, por esse processo fecundo e permanente de adaptação da Constituição às realidade emergentes, à noção de constituição viva, isto é, da Constituição que se alimenta do plasma da realidade social e encontra seu renovado sentido através da configuração dos fatos da vida." CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Obra citada, p. 65.

Revista.indd 403 13/09/2011 11:44:56

> liberdade/propriedade), não é menos verdade que as perspectivas pelas quais tais alvos são encarados hoje são profundamente diferentes. De fato, os múltiplos e complexos pressupostos para se qualificar o ser humano livre e digno, para além daqueles religiosa e filosoficamente estáticos, cambiam naturalmente, de acordo com o próprio contexto social.[75]

Dessa forma, sob um viés processualístico, as garantias decorrentes do devido processo legal devem ser lidas por um enfoque que leve em consideração a realização dos direitos pertencentes à coletividade, tenham estes previsão constitucional ou infraconstitucional.

Conforme observou Antônio Gidi, uma leitura estrita da tradicional garantia do devido processo legal tornaria impossível a existência da tutela processual coletiva[76]. Isso porque tais garantias foram pensadas, como já observado, tendo em vista o processo no qual se desenvolveria uma lide entre indivíduos. É inquestionável a importância do desenvolvimento dessas garantias nesses moldes no momento histórico em que foram inicialmente propostas. Entretanto, estas não podem se constituir em entrave para a necessária efetividade da tutela coletiva, mas devem passar por uma releitura com o fito de se adequarem ao novo contexto em que se inserem. Nesse sentido, Gidi fala em um devido processo legal coletivo, de natureza social, em lugar do instituto tradicional, de natureza individual.

A advertência dirigida por esses autores especificamente ao princípio do devido processo legal indubitavelmente aplica-se irrestritamente em relação a toda principiologia, constitucional ou infraconstitucional, do processo. Não se trata de afastar as garantias processuais reservadas aos jurisdicionados, o que seria, em verdade, um retrocesso no desenvolvimento civilizatório. Trata-se, por outra via, de encontrar caminhos para dar eficácia a essas garantias sem subtrair a efetividade que reclama o processo coletivo.

5.2. Princípio da isonomia

O princípio da igualdade em matéria processual decorre da previsão genérica do *caput* do art. 5º da CF, que prevê que "todos são iguais perante

[75] VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007, p. 149.

[76] GIDI, Antonio**. Rumo a um código de processo civil coletivo,** p. 78.

Revista.indd 404 13/09/2011 11:44:56

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 (...)".

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1789 na França revolucionária, proclamava que todos os homens nascem e permanecem *iguais em direito*. Firmou-se, então, a igualdade jurídico-formal, de cunho eminentemente negativo, que pretendia tão-somente abolir privilégios e regalias de classe. Esse tipo de igualdade, que deixava de levar em consideração as peculiaridades existentes dentre os diversos estratos sociais, terminou por acentuar as desigualdades econômicas já existentes, uma vez que tinha por lastro uma visão individualista do homem, tendo-o por membro de uma sociedade relativamente homogênea.

Entretanto, muito embora a Constituição de 1988 ainda se utilize da locução "todos são iguais perante a lei", a doutrina e jurisprudência pátria há muito já se posicionaram no sentido de que, ao princípio da igualdade, não se pode conferir a interpretação estreita que se lhe dava ao tempo das revoluções liberais. Deve-se entender o princípio por seu viés material e positivo, no sentido de que, uma vez identificada uma situação fática de desnível, deve o legislador buscar saná-la por meio da distribuição de encargos e benefícios.[77]

Dessa mesma forma, também em matéria processual importa assegurar a igualdade substancial, sem que quaisquer formas de privilégios injustificados sejam deferidos às partes e seus procuradores. Ademais, impõe-se que sejam estabelecidos mecanismos através dos quais seja possível a eliminação das desigualdades naturais existentes entre os litigantes[78].

O comando dirige-se primeiramente ao legislador, que é incumbido da elaboração de leis processuais que assegurem essa igualdade[79]. O juiz

[77] SILVA, José Afonso da. **Obra citada**, p. 214-215.

[78] É relevante destacar a concepção de José Cretella Neto, para quem: "A garantia constitucional da igualdade deve estar presente em todas as etapas do processo, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos. Obedecer ao princípio significa cumprir adequadamente o estatuído em lei, com tratamento isonômico entre os litigantes, devendo juiz estar atento à concepção de processo adequado e justo, compatível com o Estado social de direito em vigor nas nações consideradas como democráticas pela comunidade internacional." CRETELLA NETO, José. Obra citada, p. 56.

[79] Exemplo da equalização das evidentes desigualdades entre os litigantes operada por lei é a previsão do Código de Defesa do Consumidor que autoriza ao juiz a inversão do ônus da prova em favor do

Revista.indd 405 13/09/2011 11:44:56

é também destinatário deste comando, muito embora deva assegurar o tratamento igualitário das partes apenas onde lhe for facultada discricionariedade[80]. Assim, o juiz não pode, a pretexto de restabelecer a igualdade entre os litigantes, alargar os prazos concedidos aos particulares que litiguem contra a fazenda pública por entender que a norma do art. 188 do Código de Processo Civil estabelece privilégios injustificados[81].

No entanto, não se pode ignorar que o julgador, no exercício do controle de constitucionalidade difuso de que está investido, pode deixar de aplicar a norma que esteja em desacordo com a Constituição. A esse respeito, são elucidativas as palavras de José Afonso da Silva, para quem:

> A concepção de que o princípio da igualdade perante a lei se dirige primariamente ao legislador avulta a importância da igualdade jurisdicional. Pois, se o princípio se dirigisse apenas ao aplicador da lei, bastaria a este respeitar o princípio da legalidade e o da igualdade estaria também salvo. No sentido da concepção exposta, que é correta e pacificamente aceita, o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei (...).[82]

---

consumidor atendidos os requisitos previstos (art. 6°, inc. VIII). Tal previsão, longe de estar eivada de inconstitucionalidade por tratamento desigual entre as partes, realiza o preceito constitucional de promover a igualdade de condições entre as partes para que estas deduzam em juízo suas pretensões.

[80] CRETELLA NETO, José. Obra citada, p. 55.

[81] Cabe, entretanto, consignar relevante posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni, para o qual cabe também ao juiz a adequação procedimental de modo a garantir efetividade da tutela buscada mediante o processo. Em suas próprias palavras: "O que falta, porém, é atentar para que, se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer. (...) Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita. Como conseqüência disso, há que entender que o cidadão não tem simples direito à técnica processual evidenciada na lei, mas sim direito a um determinado comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos. Como é óbvio, não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal." MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 224-225.

[82] SILVA, José Afonso da. Obra Citada, p. 218.

Revista.indd 406 13/09/2011 11:44:56

Dessarte, há que se considerar que é inconstitucional a lei processual que deixe de reconhecer as desigualdades existentes dentre os jurisdicionados e, portanto dê às partes substancialmente diferentes tratamento igual que acabe por perpetuar a desigualdade já existente ou mesmo agravá-la.

5.3. Princípio do contraditório

O princípio do contraditório foi alçado a nível constitucional inicialmente em 1934, muito embora ali só houvesse expressa referência à sua incidência no processo penal, o que se repetiu nas cartas constitucionais subsequentes, até 1967. Apenas na atual carta constitucional houve a extensão da garantia ao processo civil e aos procedimentos administrativos (art. 5°, inc. LV CF), na esteira do já preconizado pela doutrina anterior à sua promulgação[83].

Inicialmente, relacionava-se o contraditório com a contestação ao pedido formulado pelo autor em juízo. Entretanto, essa concepção restritiva foi superada, pelo que o contraditório representa uma controvérsia que se desenvolve no campo da dialética, o que não se restringe apenas a apresentação da resposta do réu, mas permeia todo o curso do procedimento. Do mesmo modo, o contraditório não favorece apenas o réu, uma vez que é garantia do processo que se volta também ao autor, que poderá apresentar impugnação às argumentação que lhe forem desfavoráveis[84].

O contraditório está intimamente ligado à isonomia processual, uma vez que dele resulta o direito daqueles que terão seu direito substancial afetado pelo provimento final de participar em igual medida no convencimento do julgador, pela oportunidade sempre franqueada de apresentar objeção à versão apresentada pela parte *ex adversa.*[85]

Aspecto inafastável do princípio do contraditório, no processo penal ou civil, é o dever de informação posto a cargo do julgador, a quem incumbe comunicar o demandado da existência da ação bem como comunicar às

[83] NERY JUNIOR, Nelson. Obra citada, p 204.

[84] SOUZA, Artur Cesar de. **Contraditório e revelia:** pespectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 168.

[85] Confira-se, nesse sentido, as elucidativas palavras de José Cretella Neto: "Com efeito, o dever de imparcialidade do juiz obriga-o a ouvir ambas as partes litigantes: uma delas apresentará a sua visão, necessariamente facciosa, dos fatos e do direito *(tese)*, e a outra, visão contrária à primeira *(antítese)*, num processo dialético, que levará o juiz a realizar uma *síntese*, para poder decidir." CRETELLA NETO, José. Obra citada, p. 71.

Revista.indd 407 13/09/2011 11:44:56

partes da ocorrência de todos os atos processuais. Sem a comunicação, torna-se impossível o exercício do direito de reação. Dessa forma, a comunicação há de ser sempre efetiva.

O efetivo exercício da reação na arena processual, por outro lado, será exigível a depender da natureza do processo do em que esteja sendo aplicado. Isso porque no âmbito do processo penal exige-se o contraditório *efetivo, real, substancial*, de maneira que é imprescindível a defesa técnica do réu, ainda que revel. É indispensável, ainda, que a defesa seja suficiente, de modo que a defesa técnica tida por desidiosa, incorreta ou pobre não satisfaz o princípio do contraditório nessa seara.

Por outro lado, no processo civil o contraditório é se satisfeito quando aos litigantes é dada a oportunidade de serem ouvidos de forma paritária. Dessa forma, realizada a regular citação, a ausência de contestação – com o que se configura a revelia – não ofende ao contraditório, pois foi aberta a oportunidade da pronuncia nos autos[86-87]. Em suma, "[...] o contraditório significa, de um lado, a necessária informação dos atos do processo às partes

[86] NERY JUNIOR, Nelson. Obra citada, p. 208-209.

[87] Artur César de Souza posiciona-se contrariamente ao exposto acima, nos seguintes termos: "Afirma-se que no processo civil, tratando-se de litígio em torno de direitos substanciais objetivamente disponíveis e sendo capazes as partes, é suficiente que o réu haja tido a oportunidade de defender-se, configurando-se a defesa então como ônus a seu cargo e sofrendo ele as consequências de eventual omissão. Essa concepção, na ótica desse trabalho, é totalmente divorciada da moderna visão de processo. (...) o réu pode dispor do objeto de direito material que foi inserido na relação jurídica processual, mas esse caráter de disponibilidade não se aplica à relação jurídica de direito processual, que é de natureza pública e, portanto, indisponível. (...) É missão do processo conduzir o litígio ou o interesse das partes a uma solução que corresponda, com maior fidelidade possível, à realização do direito material no caso concreto(...). E isso se dá mediante a dialética, ou seja, mediante a contemplação dos fatos '[...] por mais de um ângulo e se ponham em confronto as diversas imagens parciais assim colhidas [...]'. Sem a efetiva participação das partes na relação jurídica processual, lançar-se-á o processo à sorte das argumentações do autor, o qual poderá provocar uma tutela jurisdicional divorciada da realidade e injusta.(...) O fato do revel não ter apresentado sua contestação, não lhe pode ensejar a grave sanção inserida no Código de Processo Civil, no sentido de que não será mais intimado para participar dos demais atos processuais. (...) Aceitando-se a regra processual de que o revel não é intimado para mais nenhum dos atos processuais, estar-se-á apenas garantindo o contraditório sob o aspecto formal, quando, na verdade, deve-se assegurar efetivamente o contraditório no seu aspecto substancial." SOUZA, Artur Cesar de. Obra citada, 176-179.

Revista.indd 408 13/09/2011 11:44:56

e, de outro, a possível reação destas aos atos desfavoráveis. Informação necessária. Reação possível [...]"[88-89].

Vê-se, desse modo, que se veda em absoluto a condução de processo em secreto[90], sem que se franqueie aos demandados ao menos o conhecimento da pretensão proposta em seu desfavor e sem que se garantam durante no curso de procedimento oportunidades de efetiva participação no convencimento do julgador.

5.4. Regime da coisa julgada do CDC e *class actions:* alternativas à satisfação do devido processo legal

5.4.1. Class Actions

Os Estados Unidos, grandes pioneiros da moderna litigância de massa e fonte de grandes lições para os doutrinadores brasileiros nesta matéria, estabeleceram, na conhecida *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Law Procedure,* que as *class actions* não podem ser propostas e conduzidas sem que se verifique a denominada representividade adequada (*adequacy of representation*)[91]. Cumpre ressaltar que, muito embora não haja, como no Brasil, um rol preestabelecido de legitimados à propositura do ação coletiva, é necessário que o autor da *class action* componha o grupo que pretende representar.[92]

A adequação da representatividade consubstancia-se no comprometimento, diligência, disponibilidade de tempo, capacidade financeira, conhecimento do litígio e a credibilidade da parte representativa,

[88] LA CHINA, Ségio. ***L'esecuzione forzata e Le disposizioni generali Del códice di procedura civile***. Milão: Giuffrè, 1970, p. 25, *apud* SOUZA, Artur Cesar de. Obra citada, p. 169.

[89] Convém ressaltar uma situação excepcional na qual mesmo no processo civil é exigido o contraditório efetivo em sua plenitude e não apenas no que tange ao dever de informar. Trata-se da defesa técnica do réu revel que tenha sido citado fictamente (por edital ou por hora certa), que ficará a cargo de curador especial designado para tal fim, conforme previsão do art. 9º, inc. II do CPC. A nomeação do curador especial é indispensável, uma vez que realizada a citação ficta é de se presumir que o réu não chegou ao conhecimento da existência de demanda em seu desfavor.

[90] NERY JUNIOR, Nelson. Obra citada, p. 219.

[91] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81.

[92] GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas,** p. 236.

Revista.indd 409 13/09/2011 11:44:56

bem como na qualidade da defesa do interesse da classe. Verifica-se também a inexistência de conflitos de interesse entre a parte representativa e a classe representada. Em relação ao advogado, são analisadas questões relativas, dentre outras coisas, a qualificação profissional, a especialização na área, a experiência com ações coletivas, o relacionamento e o cumprimento do dever de comunicação com a parte e, finalmente, a inexistência de conflito de interesse[93].

O órgão judicial exerce controle ativo e constante sobre o efetivo cumprimento dos requisitos acima listados, como verdadeiro investigador, a fim de garantir a satisfação da representatividade adequada. Ao lado da representatividade adequada, exige-se também o cumprimento da adequada notificação (*fair notice*), que é a cientificação pessoal dos membros do grupo, identificáveis por meio de esforço mediano, da existência do litígio coletivo[94].

Todas essas exigências estão ligadas ao fato de que, no direito norte-americano, a imutabilidade do comando da sentença se estenderá a todos os membros do grupo ou classe representado, seja qual for o resultado da demanda. Ressalte-se, por outro lado, que a notificação adequada, em muitos casos, também cumpre a função de conferir ao membro da coletividade a faculdade de retirar-se do grupo que será atingido pela coisa julgada coletiva (*right to opt out*).[95]

Cumpre asseverar, todavia, que, a despeito de construída com base em décadas de experiência, a disciplina das *class actions* norte americanas não é isenta de críticas. Dentre elas, cabe salientar o custo excessivo dessa forma de litigância, em virtude, sobretudo, do rigor emprestado à *fair notification* pela Suprema Corte norte-americana após do julgamento do caso *Einsen v. Carlisle & Jacquelin*, da década de 70. A partir dessa decisão, passou-se a ser exigida a notificação individual de todos os membros do grupo facilmente identificáveis. Em consequência disso, apenas grandes escritórios de advocacia, ou mesmo consórcios de escritórios, têm condições de propor uma *class action*[96].

[93] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Obra citada**,** p. 82.

[94] GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas,** p. 238.

[95] GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas,** p. 242.

[96] GIDI, Antonio**. Rumo a um código de processo civil coletivo,** p. 63.

Revista.indd 410 13/09/2011 11:44:56

Vê-se que tal disciplina impõe entrave ao acesso à justiça, que deve levar em consideração também os valores gastos com a causa[97], de modo que não se impossibilite a propositura de demanda aos de menor poder aquisitivo. Ademais, cumpre lembrar que o acesso à justiça também constitui uma das garantias albergadas pelo devido processo legal[98], o que apenas põe em relevo a complexidade do tratamento que se deve dispensar às demandas coletivas a fim de torná-las coerentes com a Constituição.

Entretanto, a despeito das críticas pontuais que se possam fazer, nas *class actions* é preservado, por via diversa da seguida em processos individuais, o princípio do *due process of law,* muito embora haja a extensão dos comandos de sentença a terceiros que não participaram do processo atuando no convencimento judicial e exercendo o contraditório, com a garantia da mais plena defesa dos interesses do indivíduo em juízo, mesmo sem sua participação.

5.4.2. Regime do Código de defesa do consumidor

Conforme exposto acima, na disciplina formada pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Civil Pública e demais diplomas formadores do microssistema da tutela coletiva, a ação coletiva será proposta por um dos entes legitimados pelo art. 5° da LACP e pelo art. 82 do CDC. Da análise de disciplina trazida por esses diplomas normativos, vê-se que inexiste a previsão de notificação aos titulares dos direitos individuais correspondentes ao direito coletivo em litígio para que possam intervir no processo, ou ao menos para que tenham simples ciência de sua existência.

Por outro lado, ressalte-se que ao particular jamais poderá advir prejuízo direto em virtude do ajuizamento da ação coletiva, tendo em vista a extensão da eficácia coisa julga à esfera individual se dá apenas *in utilibus*. Ademais, mesmo para os demais legitimados coletivos, a formação da coisa julgada prejudicial se dará apenas *secundum eventum probationis,* conforme já explicitado no item 3 deste trabalho.

---

[97] ARENHART, Sérgio Cruz. **Introdução**. In GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **Comentários ao Código Modelo de Processos coletivos**. Um diálogo ibero-americano. Salvador: JusPodivm, 2009, p.107.

[98] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Obra citada, p. 331.

Revista.indd 411 13/09/2011 11:44:56

O regime de formação e extensão da coisa julgada não poderia ser outro, pelas razões a seguir elencadas.

Nesse procedimento previsto para as causas coletivas, o contraditório, entendido como princípio que confere estrutura dialética ao processo mediante a participação daqueles que serão afetados pela decisão judicial, não é observado, nem formal nem substancialmente.

Não é observado formalmente porquanto não há previsão de mecanismos que garantam a ciência do litígio aos titulares dos direitos individuais correspondentes àqueles discutidos no processo coletivo – uma publicação no Diário Oficial é a única forma de notificação destinada a dar ciência ao grupo sobre a existência de uma demanda coletiva em seu favor. Desta feita, é forçoso reconhecer também que não há mecanismo que oportunize satisfatoriamente a intervenção no feito dos interessados, de modo que o binômio formador do contraditório – informação necessária/reação possível – não está presente nesse procedimento.

Por outro lado, não é observado substancialmente uma vez que, em conformidade com crítica diversas vezes repetida na doutrina, a previsão de um rol preestabelecido de legitimados à propositura da ação coletiva não garante que haverá satisfatória condução do processo por parte de qualquer um deles[99]-[100]. É dizer, o legitimado que propôs a ação coletiva pode conduzir o processo com desídia ou incompetência; pode ainda estar de má-fé ou mesmo estar em conluio com o réu – o que é não hipótese impensável, mormente levando em consideração o vulto dos valores que podem estar envolvidos em uma ação coletiva[101].

---

[99] GIDI, Antonio**. Rumo a um código de processo civil coletivo,** p. 84; DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, p. 211.

[100] Em um de seus trabalhos, Antônio Gidi defende que a existência de rol preestabelecido de legitimados à propositura da ação coletiva e inexistência de previsão de controle judicial da adequação da representação por eles exercida não obsta que esse controle seja realizado. Haveria, em verdade, verdadeiro dever de realizar tal controle independentemente de norma infraconstitucional que o impusesse, em virtude da garantia constitucional do devido processo legal. GIDI, Antonio**.** A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 108, out-dez, 2002, p 68-70.

[101] Note-se, entretanto, que mesmo existindo o rol preestabelecido de legitimados à propositura da ação coletiva, os tribunais brasileiros têm, em alguns casos, exercido um controle, ainda que superficial, da adequação da legitimidade. Nesse sentido, não se tem reconhecido pertinência temática entre o objeto da demanda e os fins institucionais da associação que tenha proposto a ação civil pública quando tais fins sejam demasiadamente genéricos e abarquem todos os tipos de direitos

Revista.indd 412 13/09/2011 11:44:56

Entretanto, a despeito dessas considerações, não se evidencia qualquer inconstitucionalidade flagrante por ofensa ao devido processo legal ou qualquer outro princípio informativo do processo, por um motivo simples: tais princípios resguardam aqueles que serão afetados pelo resultado do processo, de modo que o regime restritivo de formação e extensão da eficácia da coisa julgada nas ações coletivas enfraquece, em certa medida, a necessidade do emprego de mecanismos que viabilizem a cientificação dos interessados e sua participação no processo. Dito de outra maneira, é o regime estabelecido pelo CDC para a formação da coisa julgada e extensão de sua eficácia ao plano individual em demandas coletivas que mantém a conformidade do procedimento nelas empregado com as garantias constitucionais do processo.

Muito embora haja duras críticas à opção do legislador brasileiro no que tange à coisa julgada coletiva, tal opção decorreu do próprio contexto social brasileiro quando da edição do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, o início da década de 90, momento em o país acabara de sair de uma ditadura militar e vivia período de instabilidade econômica. Tal período era caracterizado pela falta de conscientização de parcela relevante da população, o desconhecimento dos canais de acesso à justiça, a distância entre Poder Judiciário e o povo, bem como pela dificuldade

passíveis de tutela pela via processual coletiva. Nesse sentido, confira-se a ementa de julgado do STJ, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux: "(...) 3. A representatividade adequada sob esse enfoque tem merecido destaque na doutrina; senão vejamos: "(...)A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembléia. Em outras palavras. a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. **Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado**. (...) in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Hugo Nigro Mazzilii, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 277/278." – destaques acrescidos – AGRESP 200602429729, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 16/03/2009

Revista.indd 413 13/09/2011 11:44:56

de acesso a informações completas e corretas. Tudo isto constitui entrave para a colaboração dos interessados no processo coletivo ou mesmo para o exercício da opção de auto-exclusão da lide (*right to opt out*)[102].

Não se ignora a existência de posicionamentos no sentido da insuficiência do regramento das causas coletivas no direito brasileiro, especialmente no que tange ao controle da legitimidade e à notificação dos interessados quanto à existência do processo. Não se está defendendo, ademais, que a opção do CDC seja a melhor, mais adequada ou a mais consentânea com a principiologia constitucional. Ressalte-se, todavia que, de maneira diversa daquela encontrada pelo direito norte-americano, o legislador brasileiro buscou preservar, dentro das peculiaridades do processo coletivo, as garantias inscritas nos inc. LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

6. Repercussão do artigo 22 da Lei nº 12.016/2009

A Lei nº 12.016/2009 trouxe, pela primeira vez, disciplinamento infraconstitucional referente ao mandado de segurança coletivo, posto que, anteriormente, apenas o art. 5º, LXX da CF previa a existência do instituto, sem, contudo, que a lei federal lhe conferisse regulamentação específica.

Quanto à coisa julgada, o diploma legal limitou-se a dizer, em seu art. 22, que "no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante."

A simples leitura do dispositivo mencionado revela que este foi mais marcante pelo que deixou de disciplinar do que pelo que efetivamente disciplinou. Indubitavelmente, o art. 22, ao dizer que a coisa julgada limitar-se-á "aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante", estabeleceu que seu alcance será *ultra partes,* mesmo em se tratando de tutela de direitos individuais homogêneos. A lei deixou, entretanto, de estabelecer a forma de produção da coisa julgada - se *pro et contra*, *secundum eventum probationem* ou *secundum eventum litis* - bem como deixou de fixar a forma pela qual se dará a extensão de seus efeitos à esfera individual.

Quanto a tais omissões legais, cabe tecer alguns comentários.

Inicialmente, cumpre considerar que há posicionamentos no sentido de que a Lei 12.016/2009 excepcionou o regime da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, quando comparado àquele aplicável às

[102] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**, p. 835-836.

Revista.indd 414 13/09/2011 11:44:56

demais vias processuais coletivas. Confira-se, de forma exemplificativa, o posicionamento de Daniel Zanetti:

> Todavia, o que se depreende do art. 22, caput, da Lei 12.016/09 é que, no mandado de segurança coletivo, a coisa julgada dar-se-á ultra partes, isto é, limitadamente aos substituídos processuais, sem qualquer ressalva quanto à procedência ou não da pretensão posta *sub judice*, neste particular aspectos distanciando-se da disciplina até então aplicada, de modo que, em princípio, pelo que se percebe pela novel disciplina jurídica do assunto, não há mais que se cogitar no mandado de segurança coletivo da chamada coisa julgada *secundum eventum litis*, por ausência de previsão legal no sentido. Diga-se de passagem, a Lei n° 12.016/09 sequer previu em seu texto a possibilidade de aplicação subsidiária das Leis n° 7.347/85 3 8.078/90 ao instituto ali disciplinado, por mais esse motivo exsurgindo a plausibilidade do entendimento restritivo sobre o tema[103]-[104].

Esse não parece ser, todavia, o posicionamento mais coerente. Conforme discorremos no item 3.3, quando a lide coletiva versar sobre direitos transindividuais, apenas por expressa disposição legal será possível estender o seu resultado aos direitos individuais correspondentes, já que,

---

[103] CARNEIRO, Daniel Zanetti Marques. Mandado de Segurança: considerações sobre a recém editada Lei n° 12.016, de 7 de agosto de 2009. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 80, novembro, 2009, p. 24.

[104] Em posicionamento contrário, Fredie Didier e Hermes Zaneti ensinam que: "Diante da lacuna, busca-se no microssistema a solução para o impasse. O modo de produção da coisa julgada no mandado de segurança coletivo é o mesmo previsto genericamente para as ações coletivas e está regulado no art. 103 do CDC*: secundum eventum probationis*, sem qualquer limitação quanto ao novo meio de prova que pode fundar a repropositura da demanda coletiva, e sua extensão subjetiva será *secundum eventum litis*, sem prejuízo das pretensões dos titulares de direitos individuais, mesmo no caso de desistência do processo prevista no § 1º do mesmo, já que sabidamente a desistência não embaça repropositura da demanda (art. 267, VIII do CPC)." DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Coisa Julgada no Mandado de Segurança Coletivo (art. 22 da Lei 12.016/2009).** Disponível em: http://www.processoscoletivos.net/artigos/091010_didier_jr_zaneti_coisa-julgada-no-msc.php. Nesse mesmo sentido: ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo e a Lei n. 12.016/09. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 106, n. 409, maio/jun. 2010, p. 224-225.

Revista.indd 415 13/09/2011 11:44:56

neste caso, não ocorre a coincidência entre o objeto do processo coletivo e do processo individual.

Destarte, dizer que a coisa julgada terá eficácia transubjetiva significa apenas que, para obstar a propositura de nova ação, não será necessário que ocorra a tríplice coincidência entre as partes, a causa de pedir e o pedido – neste caso, exige-se ainda que sejam coincidente a causa de pedir e o pedido. Portanto, ausência de disposição legal no art. 22 estabelecendo que o resultado da demanda coletiva não prejudicará os direitos individuais não será interpretada no sentido da possibilidade de haver extensão prejudicial da eficácia da coisa julgada. Ao contrário, para que o resultado da demanda coletiva vinculasse as individuais correspondentes, seria necessária expressa previsão legal.

Analisando-se a questão sob o aspecto dos direitos fundamentais que regem o processo, a eventual previsão legal de que a coisa julgada em mandado de segurança coletivo se estenderia à esfera individual indistintamente teria, sob pena de inconstitucionalidade, que cercar-se de mecanismos que garantissem o devido processo legal àqueles que, muito embora não estivessem em juízo, viessem a ser atingidos pelo resultado do litígio

À míngua de qualquer previsão que se assemelhe à *adequacy of representation* e à *fair notice* do direito norte-americano, a extensão da coisa julgada coletiva prejudicial à esfera individual significaria verdadeira violência às garantias processuais constitucionais, deixando os substituídos suscetíveis a conluios entre as partes, ou mesmo a aventuras processuais de legitimados extraordinários que conduzissem irresponsavelmente o litígio.

Cumpre lembrar que o devido processo legal em sua acepção procedimental não se limita a assegurar a observância aos procedimentos estabelecidos, mas impõe ao legislador a formulação de leis adequadas, em que estejam previstos uma série de atos voltados a assegurar um processo justo, em que seja garantida a isonomia entre os litigantes e o efetivo exercício contraditório. Não atendidos tais requisitos, indubitavelmente a norma estará eivada de inconstitucionalidade.

Vê-se, portanto que, ainda que tenha tratado de forma pioneira sobre a coisa julgada no mandado de segurança coletivo, o dispositivo mencionado não trouxe, em virtude de sua lacunosidade, nenhuma novidade ao seu

Revista.indd 416 13/09/2011 11:44:56

regramento, quando posto ao lado das normas do Código de Defesa do Consumidor que tratam do tema da coisa julgada.

7. Conclusões

A breve explanação realizada no curso deste trabalho demonstra quão complexa é a matéria relativa à coisa julgada coletiva, tanto pela técnica processual que deve ser respeitada no seu disciplinamento – a fim de não violar institutos consagrados pela doutrina e legislação precedente –, quanto por estar intimamente ligada à preservação das garantias processuais estabelecidas na constituição federal.

Há que se considerar, por um lado, as peculiaridades dos direitos coletivos, que demandam tutela judicial diferenciada, a fim de garantir a sua máxima efetividade. Por outro lado, qualquer técnica processual que busque tutelar tais direitos tem necessariamente que se adequar aos princípios constitucionais do processo, de modo a garantir um procedimento em que de fato haja a exposição das visões parciais dos atores processuais, no intuito de influir na formação do convencimento judicial. Ao mesmo tempo, é impositiva a garantia de tratamento equânime àqueles que serão afetados diretamente pelos efeitos da sentença, tenham participado ou não do processo. Em suma, há que se garantir um processo justo e adequado, consoante preceitua a cláusula do devido processo legal.

A nova lei do mandado de segurança, no que se refere especificamente ao regime da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, não trouxe um disciplinamento que consiga, por si só, atender aos imperativos da instituição de uma técnica processual que confira efetividade na tutela dos direitos coletivos e preserve as garantias àqueles que não compuseram a relação processual, e que, portanto, não puderam influir no resultado da demanda.

Diante das omissões de relevância inegável da Lei 12.016/2009, é indispensável que se recorra ao microssistema da tutela coletiva para buscar a solução para tais lacunas. Como visto, buscar solução em diplomas que não componham o microssistema é indesejável, uma vez que o direito de massa demanda soluções peculiares, não abarcadas pelos textos legais de inspiração notadamente individualista.

Revista.indd 417 13/09/2011 11:44:56

Ademais, o constituinte, ao prever mais um instrumento de defesa em favor da coletividade, objetivou ampliar as garantias individuais e jamais limitá-las[105]. Assim, é impositivo dispensar ao mandado de segurança ao menos o mesmo regime que rege as demais ações coletivas, jamais outro mais oneroso. Interpretação diversa acabaria por esvaziar a utilização coletiva do *mandamus*, e, portanto, esvaziaria o próprio conteúdo do art. 5º LXX da Constituição Federal, retirando das mãos dos jurisdicionados uma via mais célere e efetiva na resolução de seus conflitos.

Por esta via de considerações, a nova lei do mandado de segurança, ainda que tenha pretendido fazê-lo, não trouxe nenhuma novidade ao tratamento anteriormente dispensado à coisa julgada no mandado de segurança coletivo. A despeito da existência de opiniões em contrário, o quadro permaneceu inalterado após a promulgação da Lei nº 12.016/2009: por ausência de normatização sobre o instituto da coisa julgada, a solução adequada – e constitucionalmente coerente – é a aplicação da disciplina do Código de Defesa do Consumidor e demais diplomas formadores do microssistema de tutela coletiva.

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda. **Apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo.** Disponível em: http://www.arrudaalvim.com.br/pt/artigos/17.asp?id=artigos&lng=pt.

_____. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo e a Lei n. 12.016/09. **Revista forense,** v. 106, n. 409, p. 203-227, maio/jun. 2010.

ALVIM, José Manoel de Arruda: Notas sobre a coisa julgada coletiva. **Revista de Processo**, n. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 31-57, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Introdução**. *In* GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **Comentários ao Código Modelo de Processos coletivos**. Um diálogo ibero-americano. Salvador: JusPodivm, 2009.

ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? **Revista de processo**, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

[105] GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas,** p. 82.

Revista.indd 418 13/09/2011 11:44:57

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** – v. 1. Ed. Histórica, 5ª Tiragem. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social** – 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** v. 2, 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança:** comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNEIRO, Daniel Zanetti Marques. Mandado de Segurança: considerações sobre a recém editada Lei n° 12.016, de 7 de agosto de 2009. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 80, novembro, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade –** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. **Comentários à nova lei do mandado de segurança:** Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo.** 8. ed., rev,. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2010.

DANTAS, Ivo. **Constituição e processo.** 2. ed., rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007.

Revista.indd 419 13/09/2011 11:44:57

DIAS, Francisco Barros. **Coisa Julgada e Execução no Processo Coletivo**, p. 11. Disponível em: www.jfrn.gov.br/docs/doutrina125.doc

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo.** 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

_____. **Coisa Julgada no Mandado de Segurança Coletivo** (art. 22 da Lei 12.016/2009). Disponível em: http://www.processoscoletivos.net/artigos/091010_didier_jr_zaneti_coisa-julgada-no-msc.php.

DINAMARCO, Pedro Silva. **A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança individual e coletivo.** *In* ALVIM, Arruda; BUENO, Cassio Scarpinella; DALLARI, Adilson Abreu; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança:** 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 108, p. 61-70, out-dez, 2002.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil:** un modelo para países de derecho civil. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____**. Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini-. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 98, n. 361, maio/jun. 2002.

_____, *et al* . **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2007.

Revista.indd 420 13/09/2011 11:44:57

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular:** proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme, **Técnica processual e tutela dos direitos**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.103, n.394, nov./dez., 2007, p. 263-279.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo** – 9ª ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, n. 46, p. 101-110, 2007.

SANTOS, Christianine Chaves. **Uma leitura da tutela jurisdicional coletiva à luz da coisa julgada.** 231 f.; Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ/FDR, Recife, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Revista.indd 421 13/09/2011 11:44:57

SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada:** ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal (due process of law)** – 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Artur Cesar de. **Contraditório e revelia:** pespectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes . **Mandado de Segurança Coletivo**. In: Fredie didier Jr.. (Org.). Ações Constitucionais. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 1, p. 157-210

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33-38.

Revista.indd 422 13/09/2011 11:44:57

O uso de embargos declaratórios para fins de prequestionamento

Rodolfo Botelho Cursino

Estudante do último ano do Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife – UFPE/FDR

RESUMO: A exigência do prequestionamento é extraída da interpretação da Constituição Federal dada pela doutrina e pela jurisprudência. O STF e o STJ, por meio de suas súmulas, firmaram entendimentos divergentes acerca da ocorrência do prequestionamento, exigindo, em alguns casos, o uso dos embargos de declaração. Tal divergência de interpretação gera grande insegurança jurídica, que, sob a justificativa de buscar o prequestionamento, acabam por utilizar, incorretamente, os embargos, opondo-o fora de suas hipóteses de cabimento. Na tentativa de evitar o incorreto uso do recurso, devem as partes adotar um cauteloso proceder e o poder judiciário analisar clinicamente cada situação, repreendendo a sua indevida oposição, de modo a se criar um norte de orientação para o correto manejo do recurso utilizado com fim prequestionador.

1. Introdução

O prequestionamento não possui qualquer regulamentação legal, sendo a sua exigência derivada da interpretação constitucional dada pela doutrina e pela jurisprudência acerca dos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal. Pelo caráter impreciso deste requisito, observam-se diversas controvérsias no mundo jurídico, divergindo os profissionais do Direito sobre seus conceitos e suas formas de ocorrência. Esta falta de pacificação em torno do tema, cuja divergência se encontra inserida, inclusive, no âmbito dos superiores tribunais, ocasiona grande dificuldade

Revista.indd 423 13/09/2011 11:44:57

às partes quando da interposição de seus recursos extraordinário e especial, constituindo, muitas vezes, um óbice no acesso aos superiores tribunais.

Com a evolução do ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de definir o que se deve entender por prequestionamento, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, após reiterados julgados, editaram as súmulas 282 e 256, do STF, e 98 e 211, do STJ, por meio das quais passaram a definir alguns critérios para sua ocorrência, que diferem em cada um dos tribunais. Dentre eles, observa-se a possibilidade de utilização do recurso de embargos de declaração para fins de requerer um pronunciamento expresso do tribunal local sobre as matérias que serão objeto dos recursos excepcionais.

Em decorrência de algumas causas, como o divergente regramento dado pelas referidas súmulas, a ausência de consenso acerca do que se entende por prequestionamento da matéria na doutrina e na jurisprudência, o incorreto proceder da partem, quando da análise da decisão a ser recorrida e, ainda, a ausência de ação coercitiva por parte do Poder Judiciário, quando do incorreto uso do recurso, os embargos de declaração, de fundamental importância para garantir o direito que a parte possui de ver seus conflitos devidamente apreciados pelo Poder Judiciário, passaram a ser utilizados em demasia e, muitas vezes, fora de suas hipóteses de cabimento, com o escopo de prequestionar a matéria, trazendo grandes prejuízos para o bom andamento processual e para a concretização do princípio da razoável duração do processo.

Desta forma, o presente trabalho tem por objeto a identificação e o estudo das diversas formas com que o recurso de embargos de declaração vem sendo utilizado, em sentido amplo, para fins de prequestionamento da matéria. Tais formas englobam não só a utilização que é feita com base na orientação do STF e do STJ, e que, desta forma, entende-se como correta, como também o uso indevido do referido recurso.

2. O prequestionamento

2.1. Histórico

A idéia do que se entende por prequestionamento surgiu com a Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte-americana, datada de 24 de setembro de

Revista.indd 424 13/09/2011 11:44:57

1789. Esta lei admitiu a interposição de recursos, para a Corte Suprema norte-americana, contra decisões da justiça estadual envolvendo questões ligadas ao direito federal (constitucional e infraconstitucional) [1], exigindo-se, para tanto, que a questão fosse previamente suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado.[2]

No direito brasileiro, a origem do prequestionamento remete à própria criação do recurso extraordinário, em 1890, pelo Decreto 848.[3] O constituinte de 1891, dando seqüência ao que já constava da legislação infraconstitucional, houve por recepcioná-la, inserindo na Carta Magna o requisito do prequestionamento, passando, pois, a exigir a manifestação prévia quanto à questão federal e/ou constitucional, para a interposição dos recursos excepcionais.[4] Este conceito permaneceu durante muito tempo, sendo mantido nas Constituições de 1934 (art.76, III, a e b), 1937 (art. 101, III, a e b) e 1946 (art. 101, III, b).[5] Tomando por base a jurisprudência formada sobre o tema, "o Supremo Tribunal Federal, em 16.12.1963, decidiu editar os enunciados das súmulas 282 e 356",[6] estabelecendo a necessidade de ser debatida na decisão recorrida a questão federal suscitada.

No entanto, a despeito da previsão das Constituições Federais anteriores e das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1967, ao dispor sobre as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, no artigo 114, inciso III, optou por excluir a expressão "questionar". As Constituições de 1969 e 1988 seguiram a mesma linha. Esta simples alteração ocasionou divergências doutrinárias na interpretação da Lei Maior, levando a afirmação de muitos doutrinadores sobre a inexigibilidade do prequestionamento no ordenamento brasileiro. Neste sentido, expõe

---

[1] FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. "Prequestionamento implícito em recurso especial. Posição divergente no STJ". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001. v. 4. p.958.

[2] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8ªed. São Paulo: RT. 2003.p. 226/227.

[3] FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Op. Cit. p.958/959.

[4] MORAIS, Fernanda Bezerra. "A (in)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral?". *Revista ESMAPE* nº27. Recife: ESMAPE. 2008. v.13. p.148.

[5] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8ªed. São Paulo: RT. 2003. p. 226.

[6] SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. "Prequestionamento". *Revista Virtual da AGU* nº23. Ano III. Abr, 2003. p.109.

Revista.indd 425 13/09/2011 11:44:57

Rodolfo de Camargo Mancuso que, para José Afonso da Silva "o silêncio constitucional seria significativo, posto que desonera o recorrente da demonstração do prequestionamento".[7] Galeno Lacerda, por sua vez, em estudo denominado "Críticas ao prequestionamento", afirmou que

> mesmo que haja omissão do advogado da parte, não é concebível que o instituto artificial do prequestionamento, não previsto na Constituição, condicione e paralise a missão indisponível do Supremo, de guardião maior da Carta Magna, às carências de um juiz de primeiro grau ou à inexperiência de um jovem advogado, que deixaram de plantar no processo, com os requintes de um formalismo exagerado, a semente da questão constitucional, e, só por isso, por mais aberrante, por mais absurda que se ostente a lesão ao Estatuto Supremo, e a eventual calamidade política, social e econômica dela advindo - a Corte Suprema nada possa fazer, simplesmente porque o juiz deficiente e o advogado inexperiente teriam, com sua inópia, poder de disposição sobre a matéria constitucional![8]

Superando-se as críticas alhures mencionadas, a jurisprudência dos Tribunais pátrios[9] e a doutrina majoritária entendem que, embora a expressão "prequestionar" não conste expressamente na Constituição Federal de 1988 e nem de qualquer legislação infraconstitucional, o requisito do prequestionamento permanece vivo no ordenamento jurídico brasileiro. Alguns doutrinadores confirmam a exigência do prequestionamento, tomando por base a expressão "causas decididas", contida nos artigos 102, III e 105, III da Lei Maior brasileira. Assim, entendem pela necessidade de manifestação do tribunal local sobre a questão que lhe fora proposta, sob pena de inadmissibilidade do recurso excepcional. Neste sentido,

[7] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit. p. 228.

[8] LACERDA, Galeno. "Críticas ao prequestionamento". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1998. v. 758. p.68-81.

[9] Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, confirmou a constitucionalidade do enunciado da Súmula nº 282, após o advento da atual Constituição Federal, na ocasião do julgamento dos Embargos no Recurso Extraordinário nº 96.802.

Revista.indd 426 13/09/2011 11:44:57

Fernanda Bezerra Morais[10], Alexandre Freitas Câmara[11], Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha.[12]

Outros, no entanto, como Alexandre Moreira Tavares dos Santos[13] e Arruda Alvim,[14] entendem a exigência do prequestionamento pela própria finalidade dos recursos excepcionais. Cândido Ribeiro, por sua vez, defende a permanência da exigência em decorrência do próprio efeito devolutivo inerente aos recursos em geral, eis que deverá ser submetida ao exame da Corte Superior a questão previamente envolvida na controvérsia e objeto da decisão recorrida.[15]

Desta forma, presente a exigência do prequestionamento no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se por noção conceitual, à luz da Constituição de 1988, ter a causa sido decidida pelo tribunal local ("causa decidida"), tendo este analisado a questão federal ou constitucional suscitada na peça recursal, ou em suas contra-razões, ou, se omisso, em eventuais embargos de declaração. Estando a matéria decidida, poderão, assim, serem interpostos os recursos excepcionais. Por outro lado, o que não se encontrar "dentro" do acórdão que se pretende impugnar, por meio dos recursos excepcionais, não pode deles ser objeto.[16]

2.2. Conceito

Não é harmônico o entendimento doutrinário e jurisprudencial referente ao verdadeiro conceito de prequestionamento, ou seja, quando se está configurado que determinada matéria se encontra prequestionada. Em estudo sobre o tema, José Miguel Garcia Medina sintetiza bem os três

---

[10] MORAIS, Fernanda Bezerra. "A (in)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral?". *Revista ESMAPE* nº27. Recife: ESMAPE. 2008. v.13.p.155.

[11] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*.7ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. v.2 p.132.

[12] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7ªed. Salvador: Editora JusPodivm. 2009. v.3. p.262.

[13] SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. "Prequestionamento". *Revista Virtual da AGU* nº23. Ano III. Abr, 2003. p.109-110.

[14] ALVIM, Arruda. *Direito processual civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. v.2 p.22.

[15] RIBEIRO, Cândido. "RE, RESP e REVISTA – Prequestionamento por via de embargos declaratórios". *Revista Virtual da AGU* nº17. Ano II. Dez, 2001. p.2.

16 ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva. 2002.p.857.

Revista.indd 427 13/09/2011 11:44:57

grupos de posicionamentos a respeito da questão.[17] Como demonstra o autor, existem aqueles que entendem a ocorrência do prequestionamento quando da manifestação do tribunal recorrido acerca de determinada questão. Ou seja, o prequestionamento seria um ato do tribunal, o qual, ao analisar a matéria e decidir sobre ela estaria a prequestionando, e, assim, possibilitando a interposição dos eventuais recursos excepcionais.

Uma segunda linha de pensamento, na qual se inclui o próprio doutrinador supracitado,[18] entende o prequestionamento como um prévio debate sobre a decisão recorrida, sendo ele um ônus da parte. Neste sentido, prequestionar seria um ato exclusivo da parte, não importando a existência de eventual manifestação do tribunal a respeito da questão. Por fim, um terceiro entendimento corresponde a uma posição mista, na qual o prequestionamento é um prévio debate sobre a questão federal provocado pela parte, somado de uma expressa manifestação do tribunal em torno da questão.

No âmbito do poder judiciário, observa-se, claramente, a divergência dos conceitos aqui demonstrados, quando da análise das súmulas dos superiores tribunais. Para o Supremo Tribunal Federal, à luz do que dispõe a sua súmula nº 282[19], o prequestionamento corresponderia à abordagem, na decisão recorrida, de questão federal (constitucional ou legal) suscitada. Ou seja, acolhe-se, neste sentido, o primeiro entendimento acerca do prequestionamento acima mencionado, mostrando ser prescindível a ação da parte. No entanto, este mesmo Tribunal, quando interpreta a sua Súmula nº 356[20] de modo a admitir o prequestionamento ficto, entende ser prequestionamento a mera suscitação da questão pela parte, não importando a manifestação posterior do tribunal a respeito da matéria.

[17] MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 2ªed. São Paulo: RT, 1999**.** p.191/192.

[18] MEDINA, José Miguel Garcia. Op. Cit. p.223.

[19] STF Súmula nº 282 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 128*. Admissibilidade - Recurso Extraordinário - Questão Federal Suscitada. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

[20] STF Súmula nº 356 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 154*. Ponto Omisso da Decisão - Embargos Declaratórios - Objeto de Recurso Extraordinário - Requisito do Prequestionamento. "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

Revista.indd 428 13/09/2011 11:44:57

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, adota, também, o segundo ponto de vista analisado.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, defende ser o prequestionamento a manifestação do tribunal acerca de determinada questão, seja suscitada ou não pela parte, adotando o primeiro e o terceiro conceito acima mencionados, conforme se observa da sua Súmula nº 211[21], não admitindo o chamado prequestionamento ficto. Neste sentido, a título de ilustração, esclarecedora a leitura do EREsp 896528/MG, de relatoria da Ministra Eliana Calmon.[22]

Como mencionado, à luz da Constituição Federal, que dispõe, apenas, sobre a necessidade da causa estar decidida, deve-se entender pela ocorrência do prequestionamento quando a matéria legal ou constitucional tiver sido alvo de pronunciamento do tribunal. Desta forma, o prequestionamento da matéria se confunde com a própria decisão[23], sendo um ato do tribunal, o qual, ao julgar, deve se manifestar a respeito das questões enraizadas na lide.

Estando o acórdão omisso, no entanto, pode a parte requerer a sua integração, exigindo um pronunciamento do tribunal local quanto às questões lacunosas.[24] No entanto, a praxe jurídica mostra que, por medida de cautela, a própria parte costuma requerer um pronunciamento explícito ao tribunal, de modo a, desde o primeiro recurso, buscar a satisfação do requisito do prequestionamento, para eventual interposição de recurso excepcional cabível.

---

[21] STJ Súmula nº 211 Recurso Especial - Questão Não Apreciada pelo Tribunal *A Quo* - Admissibilidade. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "*a quo*"".

[22] "1. O STF, no RE 219.934/SP, prestigiando a Súmula 356 daquela Corte, sedimentou posicionamento no sentido de considerar prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos embargos declaratórios, quando a questão havia sido devolvida ao Tribunal a quo por ocasião do julgamento do apelo, mesmo que o Tribunal se recuse a suprir a omissão. Adota a Suprema Corte o "prequestionamento ficto".
2. O STJ, diferentemente, entende que o requisito do prequestionamento é satisfeito quando o Tribunal a quo emite juízo de valor a respeito da tese defendida no especial. (...)". (STJ, EREsp 896528/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 28/05/2008, DJe 04/08/2008)

[23] BUENO, Cássio Scarpinella. "Quem tem medo do prequestionamento?". *Instituto Brasileiro de Processo Civil*, Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acessado em 29/12/2009.p.10-11.

[24] ALVIM, Arruda. *Direito processual civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. v.2 p.24.

Revista.indd 429 13/09/2011 11:44:57

2.3. AS FORMAS DE PREQUESTIONAR: OS PREQUESTIONAMENTOS EXPLÍCITO, IMPLÍCITO, NUMÉRICO E FICTO

A doutrina e a jurisprudência criaram denominações específicas para indicar a ocorrência do prequestionamento, a depender da forma como a matéria fora debatida. Utilizando-se da classificação mais comum, há quatro formas de se prequestionar a matéria, podendo o prequestionamento ser numérico, implícito, explícito e ficto. Há, também, na doutrina e na jurisprudência, ao menos duas concepções predominantes sobre os conceitos de prequestionamento implícito e explícito. Para um primeiro grupo[25], o prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de não mencionar o dispositivo jurídico, o acórdão enfrenta, expressamente, a tese jurídica. O prequestionamento explícito, por sua vez, se dá quando a norma jurídica violada tiver sido alvo de menção explícita pela decisão recorrida.

De acordo com a segunda visão[26], há o prequestionamento explícito quando o tribunal analisar toda a matéria proposta, tecendo decisão expressa sobre elas, não tendo, entretanto, mencionado, expressamente, os respectivos dispositivos. O implícito, por sua vez, teria a sua ocorrência quando a questão fosse posta à discussão no primeiro grau, não sendo mencionada no acórdão, que, não emitindo qualquer juízo expresso a respeito dela, a recusaria implicitamente.[27] Acrescenta-se, ainda, nesta classificação, o prequestionamento numérico, o qual consiste na

[25] Neste sentido: NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso Especial: doutrina, jurisprudência, prática e legislação*. São Paulo: Saraiva. 1997; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. "Prequestionamento implícito em recurso especial. Posição divergente no STJ". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001. v. 4; CRISPIM, Miriam Cristina Generoso Ribeiro. *Recurso especial e recurso extraordinário – questões pontais sobre a admissibilidade e a procedibilidade no direito processual brasileiro*. São Paulo: Editora Palmares. 2006.

[26] Defendem tal entendimento: SILVA, Antônio Carlos. *Embargos de declaração no processo civil*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2006.p.177; SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *O prequestionamento no Recurso Especial*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p.80; ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. "Recurso Especial e prequestionamento". *Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*.Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT. 1997.p.169.

[27] ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Op. Cit., p.169.

Revista.indd 430 13/09/2011 11:44:57

individualização dos artigos de lei federal. [28] Este prequestionamento numérico equivale, portanto, ao prequestionamento explícito da primeira corrente mencionada.[29]

No âmbito jurisprudencial, observa-se que o STF e o STJ possuem entendimentos divergentes em relação a tais formas de ocorrência do prequestionamento.[30] O Superior Tribunal de Justiça, apesar de algumas jurisprudências se utilizarem de classificação diversa[31], observa-se que, majoritariamente, utiliza-se da primeira classificação acima exposta, ou seja, conceituando o prequestionamento implícito como a expressa análise da matéria, de modo a dispensar a explícita menção aos normativos. A partir da análise dos acórdãos disponibilizados no sítio eletrônico do STJ, observa-se que tal posicionamento vem sendo pacificado nos julgados dos últimos anos da referida Corte. É o que se infere, por exemplo, de trecho do REsp nº1100394/PR[32], relatado pelo Ministro Luiz Fux, o qual afirma que

> a jurisprudência desta Corte tem admitido o prequestionamento implícito, de forma que, apesar dos dispositivos tidos por violados não constarem do acórdão recorrido, se a matéria controvertida foi debatida e apreciada no Tribunal de origem à luz da legislação federal pertinente, tem-se como preenchido o requisito da admissibilidade.

---

[28] SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *O prequestionamento no Recurso Especial*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p.76/81.

[29]MORAIS, Fernanda Bezerra. "A (in)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral?". *Revista ESMAPE* nº27. Recife: ESMAPE. 2008. v.13. p.157.

[30] Interessante observar, ainda, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho. Esta Corte, por meio do Enunciado nº 297, com nova redação em 21.11.2003, e da OJ-SDI1-118, inserida em 20.11.1997, entende a ocorrência do prequestionamento como um misto dos conceitos adotados pelo STF e pelo STJ. Desta forma, ao passo em que aceita o prequestionamento ficto, defende, também, a ocorrência do prequestionamento implícito, nos termos da primeira classificação mencionada, dispensando a referência expressa a dispositivos legais.

[31] Neste sentido: "considera-se explícito o questionamento, quando o tribunal a quo, mesmo sem fazer referência expressa a dispositivos legais, nem declinar os números que os identificam no Ordenamento Jurídico, enfrenta as regras neles contidas". (STJ, EREsp 155358/SP, Relator: Min. Humberto Gomes de Barros,Corte Especial, j. 17/12/1999, DJ 28/02/2000).

[32] STJ, REsp nº 1100394/PR, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01/10/2009, DJe 15/10/2009.

Revista.indd 431 13/09/2011 11:44:57

Já em relação à Corte Constitucional, há, ainda, divergência quanto à forma de prequestionamento adotada. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, extraída da consulta de seu sítio eletrônico, há julgados que exigem, para configuração do prequestionamento explícito, não só um pronunciamento acerca da questão, como a expressa menção do dispositivo tido por violado. Outros, por sua vez, entendem apenas por necessária a devida análise da matéria, não importando a menção dos normativos. Desta forma, não só diverge o Supremo Tribunal Federal, internamente, na classificação adotada sobre o conceito de prequestionamento, como na forma exigida para sua ocorrência (se necessário ser implícito ou explícito). Na análise de dois julgados contemporâneos do Supremo Tribunal Federal, observa-se que é nítida a divergência em relação à exigência de explicitação do dispositivo de lei (ou seja, se é necessário, ou não, o prequestionamento explícito - na linguagem utilizada pelo STJ - ou numérico - no termo utilizado pelo STF). No Agravo de Instrumento nº 585604[33], de relatoria do então Min. Sepúlveda Pertence, afirma-se que

> o prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas é necessário que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha.[34]

Já no RE nº 449137[35], relatado pelo Min. Eros Grau,

> diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o preceito constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. [36]

[33] STF, AI 585604 AgR, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 29/09/2006.

[34] Neste mesmo sentido: STF, RE 580453 AgR, julgado em 16/09/2008, DJ 16/10/2008; STF, AI 614122 AgR,julgado em 03/06/2008, DJ 26/06/2008; STF, RE 466492 AgR, julgado em19/02/2008, DJ 30/04/2008; STF, AI 626523 AgR, julgado em 15/05/2007, DJ 28/06/2007; STF, AI 580491 AgR, julgado em 24/10/2006, DJ 02/02/2007.

[35] STF, RE 449137 AgR, Relator: Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 26/02/2008, DJe-04/04/2008.

[36] Neste mesmo sentido: STF, RE 449137 AgR, julgado em 26/02/2008, DJ 03/04/08; STF, RE 288929

Revista.indd 432 13/09/2011 11:44:57

Assim, conclui-se que, em um eventual caso concreto, um mesmo recurso extraordinário teria destinos diferentes caso viesse a ser julgado pela primeira ou pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal. Na eventual hipótese de o acórdão não ter pronunciado o dispositivo constitucional e a parte não buscasse tal pronunciamento por meio de aclaratórios, que, em tal caso, entende-se cabível pelo eventual prejuízo quando do juízo de admissibilidade recursal, o conhecimento do recurso estaria a depender da turma julgadora.

Por fim, no que tange ao prequestionamento ficto, considera-se prequestionada a matéria com a devida oposição de embargos declaratórios, desde que preenchidas suas hipóteses de cabimento, independentemente do sucesso dos mencionados aclaratórios. Tal forma, que, no que tange ao Processo Civil, é adotada apenas pelo Supremo Tribunal Federal, será melhor estudada adiante.

3.O uso de embargos declaratórios para fins de prequestionamento

A origem dos embargos declaratórios remonta às antigas raízes do direito luso-brasileiro, tendo tal recurso sido previsto nas Ordenações Alfonsinas, Manuelinas e Filipinas, e estado presente no Código de Processo Civil de 1939, no artigo 862.[37] No ordenamento jurídico atual, no que toca ao Processo Civil, o recurso de embargos de declaração é expressamente previsto no rol do artigo 496, do CPC, sendo regulado nos artigos 535 a 538 do mesmo Código. Inegável, também, reconhecer, no direito atual, a raiz constitucional do referido instituto, que é utilizado para garantir o direito que o jurisdicionado possui de ver seus conflitos devidamente apreciados pelo Poder Judiciário.

AgR, julgado em 26/02/2008, DJ 04/04/2008; STF, RE 372698 AgR, julgado em 21/02/2006, DJ 24/03/2006; STF, RE 333022 AgR, julgado em 06/09/2005, DJ 28/10/2005; STF, RE 217849 AgR, julgado em 22/06/2005, DJ 05/08/2005; STF, RE 361755 AgR, julgado em 27/05/2003, DJ 22/08/2003; STF RE 355847 AgR, julgado em 27/05/2003, DJ 14/11/2003.

[37] ALVES, Francisco Glauber Pessoa. "Dos efeitos infringentes nos embargos declaratórios e algumas atualidades em assuntos afins". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001. v. 4.p.408.

Revista.indd 433 13/09/2011 11:44:57

Nos termos do mencionado artigo 535[38], do CPC, os declaratórios se prestam ao saneamento de eventuais obscuridade, contradição ou omissão existentes em sentença ou acórdão, necessitando-se, pois, de integração por outro decisório. Não obstante o referido dispositivo delimitar sua incidência às sentenças ou acórdãos, admite a doutrina e jurisprudência sua oposição em face de outros atos judiciais.[39] No mesmo sentido, apesar de sua previsão expressa se limitar às situações de omissão, contradição e obscuridade, a jurisprudência tem aceitado a oposição de aclaratórios para fins de correção de erros materiais[40] [41]. Neste diapasão, nos termos do art. 463, I, do CPC, tal correção pode ser feita até mesmo de ofício e para fins de correção de equívocos manifestos, como erro de fato e decisão *ultra petita*. No que tange ao uso dos aclaratórios para correção de dúvidas, apesar de tal hipótese de cabimento ter sido retirada do Código de Processo Civil pela Lei 8.950/94, permanece existente no âmbito dos Juizados Especiais, sendo previsto no artigo 48 da Lei 9.099/95.[42]

Conceitua-se obscuridade como a falta de clareza ou precisão que compromete a interpretação do ato, seja na motivação ou no dispositivo do pronunciamento, seja em decorrência de má-redação ou porque escrita à mão com letra ilegível.[43] [44] [45] Por sua vez, a decisão é contraditória quando traz proposições, entre si, inconciliáveis, seja entre a fundamentação e a decisão

---

[38] "Art. 535 - Cabem embargos de declaração quando: (Alterado pela Lei 8.950/1994)
I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;
II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal".

[39] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.*7ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. v.2 p.117.

[40] " (...)II - São cabíveis embargos declaratórios quando houver na decisão embargada qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada. Podem também ser admitidos para a correção de eventual erro material, consoante entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência (...)" (STJ, AI 559045/RS, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 14.02.2005).

[41] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado.* 13ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.514-515.

[42] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7ªed. Salvador: Editora JusPodivm. 2009. v.3. p.184.

[43] ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 2ª ed. São Paulo: RT. 2008. p. 610-611.

[44] MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil.* 5ªed. São Paulo: Saraiva, 1980. v.3. p.154-155.

[45] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. Cit. p183.

Revista.indd 434 13/09/2011 11:44:57

ou até mesmo entre partes da fundamentação, por exemplo. [46] [47] No que tange ao conceito de omissão, afirma Barbosa Moreira que ela ocorre quando o tribunal ou o juiz deixar de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício.[48] De semelhante definição partilham Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha.[49]

Tecidas tais considerações, afirma-se, desde já, que a expressão embargos declaratórios prequestionadores não corresponde a uma hipótese autônoma de cabimento dos embargos declaratórios, servindo, apenas, para enfatizar a necessidade de integração do decisório, que, se não o feito, ocasionará não só a negativa de prestação jurisdicional, como prejudicará o acesso aos tribunais superiores. Ainda que para fins de prequestionar a matéria, devem os embargos serem opostos com base no que estabelece o artigo 535 do CPC. Em sentido contrário, no entanto, expõe Antônio Carlos Silva que autores como Antonio Carlos Amaral Leão, ao tratarem da questão acima exposta, afirmam existirem, verdadeiramente, duas espécies de embargos declaração. Haveria, como primeiro tipo, os embargos que se propõem a esclarecer dúvidas, obscuridades ou contradição, qual sejam, os embargos declaratórios, ou esclarecedores. Já os que buscam a abordagem de questões federais ou constitucionais que o acórdão não examinou seriam os embargos prequestionadores, opostos com o fim específico de transpor o óbice do prequestionamento, viabilizando a interposição dos recursos excepcionais.[50]

Como mencionado, desde que preenchidas as suas hipóteses de cabimento, servindo o recurso de embargos declaratórios à escorreita prestação jurisdicional, é dever do judiciário pronunciar-se sobre eventual vício, integrando, pois, o decisório proferido. No entanto, demonstra Teresa Arruda Alvim Wambier a grande repulsa que vem ocorrendo no Judiciário, em geral, pelos embargos de declaração, tendendo os juízes a considerá-los como um "meio de procrastinar o feito". [51] Muitas vezes, embora realmente

[46] Idem. Ibidem. p.183.

[47] MARQUES, José Frederico. Op. Cit. p. 155.

[48] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 7º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5, p.538.

[49] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. Cit,. p.183.

[50] SILVA, Antônio Carlos. *Embargos de declaração no processo civil*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2006 p.174.

[51]WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT,

Revista.indd 435 13/09/2011 11:44:57

omisso, obscuro ou contraditório o acórdão, os embargos opostos, ao serem julgados, são alvos de repulsão, sendo rejeitados pela simples alegação de inexistência de suas hipóteses de cabimento ou sob a alegação de que o magistrado não estaria obrigado a se pronunciar sobre todas as questões suscitadas pela parte, sobretudo quando já tiver decidido a questão por outros fundamentos.

No entanto, grande parte da doutrina tece críticas aos julgados que se fundamentam no sentido alhures mencionado. Cassio Scarpinella Bueno entende que, de fato, muitas vezes, as partes se utilizam de modo errôneo do referido recurso, inclusive para fins de prequestionamento, seja requerendo a reapreciação da matéria, seja inovando a questão em sede de aclaratórios. Entretanto, estando presente uma das hipóteses de cabimento do referido recurso, rejeitar os embargos é persistir na omissão, afastando a devida prestação jurisdicional.[52]

Uma vez decidida a questão por outros fundamentos que não os suscitados pela parte, se esta objetiva o exercício do seu direito de recorrer aos superiores tribunais com os recursos excepcionais, alegando a violação aos normativos que entende aplicáveis ao caso, que alternativa teria ela senão a oposição de embargos para requerer um pronunciamento expresso da questão ali omitida pelo tribunal? Se o magistrado não está obrigado a se pronunciar acerca de relevantes questões suscitadas pela parte, o próprio recurso de embargos declaratórios perde a sua razão de existir, pelo menos quando da ocorrência de verdadeira omissão.

Joaquim Felipe Spadoni, posicionando-se sobre a presente discussão, entende que se deve considerar ser um ponto relevante o debate sobre a questão federal ou constitucional, por ser requisito fundamental para interposição dos recursos excepcionais. [53] Afirma o referido autor que

> se o juiz inclui expressamente na decisão os fatos em que efetivamente se baseou a solução normativa encontrada e não aqueles que foram por ele desprezados, porque

2005.p.23.

[52] BUENO, Cassio Scarpinella. "Quem tem medo do prequestionamento?". *Instituto Brasileiro de Processo Civil*, Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acessado em 29/12/2009.p.20.

[53] SPADONI, Joaquim Felipe."A função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005. v. 8. p.251/254.

Revista.indd 436 13/09/2011 11:44:57

> considerado irrelevantes, não tendo sido levados em conta, fica difícil, senão impossível para a parte, demonstrar, para fins de mera admissibilidade do recurso excepcional, que a decisão deveria ser outra, porque outros fatos deveriam ter sido levados em conta pelo tribunal a quo, para decidir.[54]

Desta forma, não tendo o acórdão se pronunciado sobre questão relevante, a ponto de esta omissão inviabilizar a interposição de recursos aos superiores tribunais, é plenamente concebível a oposição de embargos declaratórios para o suprimento de omissões e fins prequestionadores, sendo dever do magistrado a integração do acórdão, sob pena de macular a devida prestação jurisdicional. Em sentido contrário, tratando-se, no entanto, de embargos que, a despeito da alegação de pretender o prequestionamento da matéria, não se enquadrar nas hipóteses de cabimento, devem ser prontamente repelidos, como será melhor estudado adiante.

3.1 Os embargos declaratórios e o caminho do prequestionamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Como mencionado, o prequestionamento ficto é uma forma de prequestionar a matéria que decorre da simples oposição de embargos declaratórios, não importando o êxito dos aclaratórios no julgamento. Esta forma de prequestionar foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal quando da reinterpretação de sua súmula nº 356, que dispõe que "o ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

Ao provocar o juízo acerca das questões necessárias à solução da lide, pugna a parte pela total análise da matéria proposta, seja para afastar, seja para aplicar a tese jurídica em questão. Deixando o tribunal de se pronunciar sobre matéria indispensável à solução do caso concreto e devidamente proposta pela parte, configurada está a omissão, motivo pelo qual se faz plenamente cabível o uso do recurso de embargos declaração. Entende o

[54] Idem. Ibidem. p.252/253.

Revista.indd 437 13/09/2011 11:44:57

Supremo Tribunal Federal que, uma vez opostos embargos declaratórios e estando, de fato, omisso o acórdão sobre a matéria proposta, configurada está a ocorrência do prequestionamento, inclusive se os aclaratórios não obtiverem êxito. Pode-se, assim, desde logo, ser interposto o recurso extraordinário, conhecendo o STF diretamente o seu mérito. Isto se dá pelo fato de considerar que a parte cumpriu com todas as alternativas que tinha ao seu alcance, não podendo ser prejudicada com eventual lacuna não integrada pelo tribunal. Para se admitir tal forma, deve-se entender o prequestionamento como ato da parte, dispensando-se a expressa análise da matéria pelo tribunal local.[55]

Ilustrando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sepúlveda Pertence, quando da relatoria do AI 173.179 AgR – SP, publicado em 01.08.2003, dispôs, em trecho de seu voto, que

> o que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.

Em Recurso Especial, no entanto, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 211, inadmite o prequestionamento ficto. Para a referida Corte, uma vez opostos os embargos, estando preenchidas corretamente suas hipóteses de cabimento, a matéria só se encontrará prequestionada caso haja uma efetiva análise por parte do tribunal local. Ou seja, diferentemente do prequestionamento ficto, é de grande importância o resultado do julgamento dos embargos declaratórios opostos, privilegiando-se, assim, o debate da matéria pelo acórdão recorrido – a causa decidida.

Desta forma, em tendo sucesso os aclaratórios, tem-se por prequestionada a matéria, sendo possível, pois, a interposição de eventual recurso

[55] BUENO, Cassio Scarpinella. "Quem tem medo do prequestionamento?". *Instituto Brasileiro de Processo Civil*, Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acessado em 29/12/2009. p.4.

Revista.indd 438 13/09/2011 11:44:58

especial por violação ao normativo legal que regule a matéria. Por outro lado, não havendo êxito, permanecendo omisso o acórdão embargado, é entendimento majoritário que deve a parte interpor o recurso especial para que seja corrigido o *error in procedendo* derivado da recusa do órgão julgador em analisar estas questões, ou seja, sob a alegação de violação do artigo 535, II, do Código de Processo Civil, por negativa de vigência da prestação jurisdicional.[56] Neste sentido, esclarecedor é o julgado proferido no Resp n° 71.103-RJ, onde se afirmou que

> (...) Se o órgão julgador persistir na omissão, rejeitando os embargos, deve a parte veicular no recurso especial a ofensa às regras processuais pertinentes e não insistir na violação aos preceitos legais relativos ao mérito da causa, sem que sobre eles haja o Tribunal a quo emitido juízo explícito. [57]

Assim, dando prevalência à técnica processual, entende o STJ que o tribunal local, tendo permanecido omisso em seu acórdão embargado, incorre em negativa de prestação jurisdicional, ofendendo não só o art. 535, do CPC, como os incisos XXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Por cometer erro de procedimento, deve ser declarado nulo o acórdão prolatado, retornando os autos ao tribunal local para que, pronunciando-se sobre a matéria, possibilite a interposição do recurso excepcional em face dos normativos referentes ao mérito da questão, agora plenamente prequestionada.

Embora a necessidade de interposição de recurso com base na violação do artigo 535, do CPC, esteja quase pacificada nos dias atuais, válida a leitura da decisão do Ministro Jorge Scartezzini, publicada no ano de 2003, que entendeu tal questão de forma diferente. Neste sentido, afirmou-se que

> (...) não podemos admitir que o rigor processual implique numa supressão de um direito, como no caso concreto juridicamente reconhecido, porém limitado. Macularíamos, com isso, o princípio da segurança jurídica. Deve-se observar, nessas hipóteses, sob a ótica da excepcionalidade, que o Poder Judiciário deve

[56] ALVIM, Arruda. *Direito processual civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. v.2 p.26-27.
[57] STJ, Resp 71.103-RJ, 1ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 26/02/1996.

Revista.indd 439 13/09/2011 11:44:58

> ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Afasta-se, em conseqüência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se a adequada finalidade da prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas. Por tais razões, conheço do recurso pela alínea "a", do permissivo constitucional, na via da excepcionalidade.[58]

Muito se discute, na doutrina, acerca de qual seria o melhor entendimento adotado quanto ao uso dos embargos declaratórios para preencher o prequestionamento da matéria, se a ocorrência do prequestionamento ficto ou a necessidade de eventual anulação do acórdão por negativa de prestação jurisdicional, em caso insucesso dos aclaratórios. Por um lado, Nelson Nery Júnior critica o prequestionamento ficto, por entender que, do ponto de vista técnico, não se pode afirmar pela ocorrência do prequestionamento, uma vez que a matéria não é decidida de forma efetiva pelo tribunal de origem.[59] Neste sentido, afirma que

> de nada adianta agitá-la, se o tribunal não a decidir. O prequestionamento pela parte só será eficaz se houver o conseqüente: a decisão sobre a matéria prequestionada. Do contrário, não terá sido cumprido o requisito constitucional da CF 102 III e 105 III, que exige que a causa tenha sido 'decidida' para admitir-se o recurso extraordinário e o recurso especial.[60]

De fato, não há como se afirmar que a matéria posta para julgamento no Supremo Tribunal Federal se encontra decidida, uma vez que não consta do acórdão qualquer referência a ela, motivo pelo qual foram opostos os embargos declaratórios. Do ponto de vista técnico, adotar tal posicionamento é concluir pela inutilidade dos embargos declaratórios

---

[58] STJ, REsp 525718-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini. DJ 13.10.2003.

[59] NERY JR., Nelson. "Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001.v. 4. p. 862.

[60] Idem. Ibidem. p. 863.

Revista.indd 440 13/09/2011 11:44:58

opostos, que passam a ser vistos como mera formalidade para interposição do recurso excepcional. Isto porque, ainda que julgados improcedentes os aclaratórios, caso o tribunal superior entenda pela existência de omissão, a questão será considerada prequestionada. Sendo assim, como conceber a ocorrência do prequestionamento, ou seja, do debate do tribunal acerca da matéria, que deve estar contido no acórdão, quando este não fora alvo de qualquer integração, permanecendo omisso? Neste sentido é o entendimento de Eduardo Ribeiro de Oliveira:

> com a devida vênia, entender-se que se faz imprescindível pedido de declaração, mas que nada importa o que disso advenha, corresponde a simplesmente cumprir-se um ritual.
> Costuma-se afirmar que, com os embargos, a parte teria feito tudo o que dela seria de reclamar-se. A questão, entretanto, não é essa. Não se formula, no caso, um juízo de valor sobre a atuação do recorrente, que envolvesse qualificá-lo de mais ou menos diligente. O ponto é que, como exaustivamente se colocou em relevo, não haverá recurso se não houve decisão. Se essa, a hipótese, nada interessa deva ou não ser tido como negligente o interessado.[61]

De outro lado, Roberto Carlos Martins Pires entende que o *iter* do STJ é uma "burocratização desnecessária, atrelada a um formalismo técnico que, em nosso entender, está dissonante com os princípios básicos das reformas processuais que nosso diploma vem sofrendo". [62] Frederico Koehler afirma, também, que mais ritualístico é o posicionamento adotado pelo STJ, "eis que terá que ser percorrida uma onerosa, demorada e inútil *via cruscis* a fim de atingir o objetivo que poderia ter sido de logo cumprido, qual seja, a análise da questão de fundo pelo Tribunal Superior". [63] Para

[61] OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de."Prequestionamento". *Revista de Processo.* Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2000.v.97. p.169.

[62] PIRES, Roberto Carlos Martins. "O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica". *Revista de Processo.* Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.144. p. 125.

[63] KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino."Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo". *Revista ESMAPE* nº26. Recife: ESMAPE. 2007. v.12. p.75.

Revista.indd 441 13/09/2011 11:44:58

o mencionado autor, deveria o Superior Tribunal de Justiça, desde logo, analisar o mérito do processo. Ainda, Cassio Scarpinella Bueno, apesar de reconhecer ser impecável o tecnicismo deste procedimento, afirma que, em termos práticos, tal proceder impõe ao recorrente a necessidade de "interposição de dois recursos sucessivos o que, em termos temporais, pode levar uns bons pares de anos para ser resolvido ou, quando não, o não conhecimento do primeiro recurso",[64] sendo, pois, um tecnicismo que ultrapassa a necessidade e a consciência da técnica.

De fato, adotando-se uma visão tecnicista, não há como negar que soa melhor o entendimento esposado pelo STJ. No entanto, por uma visão sistêmica do ordenamento brasileiro, observa-se que, como defende Frederico Koehler, o prequestionamento ficto é um meio de concretização dos princípios da instrumentalidade, celeridade e economicidade do processo. O mencionado autor sugere, inclusive, a unificação desta ideologia, para que seja adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.[65] No mesmo sentido, afirma Luis Guilherme Aidar Bondioli que

> a parte não pode ser penalizada por faltas que não são suas. A conduta que mais simboliza a diligência da parte é a oposição de embargos declaratórios antes da interposição dos recursos especial e extraordinário, com finalidade de incitar e exaurir discussão sobre temas legais e constitucionais. Por isso, mesmo que o tribunal a quo falhe na resposta a esses embargos, a exigência do prequestionamento deve ser flexibilizada e as portas das instâncias superiores devem, desde logo, ser abertas para análise das questões legais e constitucionais.[66]

Neste contexto, inclusive, o Projeto de Lei nº 166/2010, em sua redação atualizada pela Emenda nº 1 – CTRCPC, que objetiva a criação de um novo

[64] BUENO, Cassio Scarpinella. "De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005. v. 8. p.79.

[65] KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. "Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo". *Revista ESMAPE* nº26. Recife: ESMAPE. 2007. v.12. p.77/79.

[66] BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de Declaração*. São Paulo: Saraiva, 2007.p.268/269.

Revista.indd 442 13/09/2011 11:44:58

código de processo civil, em seu artigo 979[67], busca a universalização do prequestionamento ficto, não só reconhecendo o referido instituto por meio legal, não mais se restringindo a definições jurisprudenciais, como o aplicando, também, ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça, eliminando todo o caminho a ser percorrido com a interposição do Recurso Especial em face da ofensa ao artigo 535, II, do CPC.

4. Problemática no uso dos embargos declaratórios sob a justificativa de prequestionamento

Em meio à insegurança ocasionada pelas divergências conceituais do prequestionamento, as partes, por diversas vezes, opõem, indevidamente, os embargos declaratórios, sob a justificativa de buscar o prequestionamento. Na tentativa de identificar e sistematizar alguns destes incorretos usos do recurso de embargos, tomando-se por base a doutrina pátria e a jurisprudência dos tribunais superiores, pode-se afirmar que as partes dele se utilizam, de forma indevida para: a) buscarem uma inovação da matéria que não fora devolvida ao tribunal local – pós-questionamento; b) obterem um pronunciamento explícito do acórdão acerca dos dispositivos que regulam a matéria, não obstante, muitas vezes, já se encontre esta implicitamente prequestionada; c) ou, até mesmo, pela incompreensão do que se entende por prequestionamento, em virtude das divergências conceituais doutrinárias e jurisprudenciais, utilizando-se do recurso, de modo automático, por extrema cautela, como se fosse condição sem a qual não se pode interpor os recursos excepcionais.

4.1. A tentativa de pós-questionamento

Utilizam-se as partes, por diversas vezes, dos embargos de declaração com a justificativa de buscar o prequestionamento da matéria, visando o pronunciamento do tribunal local sobre determinada questão, não obstante não ter sido a mesma levada ao tribunal por meio do recurso interposto ou

[67] "Art. 979 – Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade".

Revista.indd 443 13/09/2011 11:44:58

por contra-razões recursais anteriormente ofertadas. Desta forma, faz-se uso do referido recurso para trazer à discussão, pela primeira vez, questão não antes mencionada, seja por esquecimento, seja pela criação de nova tese jurídica.

Não se pode, no entanto, falar em omissão do acórdão quando a questão nunca lhe fora proposta para debate, sendo inaugurada por meio dos embargos de declaração. Em situação como está, afirmam Roberto Carlos Martins Pires[68], Perseu Gentil Negrão[69] e Carreira Alvim[70] que estaria a parte buscando não o prequestionamento, mas, sim, o pós-questionamento, objetivando um pronunciamento do tribunal sobre a matéria mesmo após a prolação de acórdão não eivado pelos vícios do artigo 535, do CPC. Neste sentido, explica o primeiro doutrinador:

> vale dizer que os embargos declaratórios não podem suscitar matéria nova, devem sim reiterar questão que tenha sido previamente levantada, seja em apelação ou em contra-razões, até porque se assim não fosse estaríamos pós-questionando, bem como infringindo a regra do efeito devolutivo do recurso, onde o Tribunal a quo somente irá se pronunciar acerca das matérias devolvidas nas razões do recurso.[71]

Nesta mesma linha, também, posiciona-se a jurisprudência do Superior Tribunal de justiça, que, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi[72], decidiu que

> (...) Inexiste omissão no acórdão recorrido se busca a parte, em embargos de declaração, inovar seus argumentos, trazendo questão não abordada na

[68] PIRES, Roberto Carlos Martins. "O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica". *Revista de Processo.* Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.144. p.118.

[69] NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso Especial: doutrina, jurisprudência, prática e legislação*. São Paulo: Saraiva. 1997. p.57.

[70] CARREIRA ALVIM, J.E."Diversas faces dos embargos de declaração". *Revista de Processo.* Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005.v.130. p.14.

[71] PIRES, Roberto Carlos Martins. "O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica". *Revista de Processo.* Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.144. p.118.

[72] STJ, RESP 200501378668. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. DJ 26/03/2009.

Revista.indd 444 13/09/2011 11:44:58

> peça de defesa, sentença ou apelação. - Os embargos declaratórios, mesmo quando manejados com o propósito de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição. - Os embargos de declaração interpostos após a formação do acórdão, com o escopo de prequestionar tema não veiculado anteriormente no processo, não caracterizam prequestionamento, mas pós-questionamento.[73]

Como visto, via de regra, a doutrina e a jurisprudência repelem a utilização do recurso de embargos no sentido acima exposto. No entanto, em determinadas situações, não obstante não ter a parte levado a matéria quando da fase recursal, é admitido o uso dos embargos de declaração trazendo matéria nova, como quando se tratar de questões de ordem pública ou quando a violação aos dispositivos normativos surgir no próprio acórdão.

Nesse sentido, no que tange às matérias de ordem pública, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, proferiu julgados em diferentes sentidos, seja entendendo pela possibilidade de cobrar um pronunciamento da Corte de origem sobre a questão de ordem pública, por meio de aclaratórios que tratem da matéria pela primeira vez[74], por entender estar obrigado o Tribunal, ainda que em instância extraordinária, a se pronunciar sobre as referidas questões; seja dispensando o prequestionamento e conhecendo do recurso com base no efeito translativo[75], prescindindo-se, pois, do uso de embargos declaratórios. Desta forma, no âmbito deste Tribunal, há quem admita o pós-questionamento por meio de embargos de declaração quando se tratar de matéria de ordem pública, constituindo, assim, uma exceção à proibição do pós-questionamento.

Diferentemente, no entanto, quanto a esta questão, o Supremo Tribunal Federal, em seus recentes julgados, defende que "são inviáveis os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento quando o tema constitucional não tiver sido ventilado previamente no recurso interposto

[73] Com a mesma fundamentação: STJ, AGRESP 200900007492. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. DJ 24/05/2010.

[74] STJ, EDRESP 200703069466. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma. DJ 12/04/2010.

[75] STJ, EARESP 200800641473. Rel. Min. Francisco Falcão. Primeira Turma, DJ 03/09/2010. e STJ, RESP 201000702411. Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma. DJ 28/06/2010.

Revista.indd 445 13/09/2011 11:44:58

perante o Tribunal de origem",[76]ainda que se trate de matéria de ordem pública, constituindo, assim, para esta Corte, dever das partes buscarem um pronunciamento do tribunal local sobre a questão desde a fase recursal, não sendo viável a inovação em sede de aclaratórios.

Já em relação à violação a normativo surgida no próprio acórdão, não será possível a interposição de eventuais recursos excepcionais antes da provocação do tribunal local a respeito da questão ali inaugurada, eis que exige a Constituição Federal como requisito para interposição de recursos aos superiores tribunais estar a causa decidida.[77] Isto porque, em tais casos, a questão não só não se encontra decidida, como surgiu, pela primeira vez, do julgamento do recurso, sendo, pois, dever da parte buscar uma solução para a referida violação junto à Corte local.

Em julgados recentes, decidiu o Supremo Tribunal Federal que "nos casos em que a violação ao dispositivo constitucional surgir no aresto impugnado, o tema é de ser levado à apreciação da Corte de origem por meio de embargos declaratórios",[78] "a fim de que sobre ele se pronunciasse, sob pena de não restar prequestionado".[79] Também, no mesmo sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por entender que ainda quando a alegada ofensa à lei federal "decorra do próprio julgamento no tribunal de origem, é imprescindível, para fins de recurso especial, o seu prequestionamento, o que se fará, nas circunstâncias, mediante embargos de declaração.[80]

Desta forma, apesar de vedada a inovação da matéria por meio de embargos declaratórios, as duas situações acima destacadas constituem exceções, nas quais se permite o pós-questionamento das questões federais.

---

[76] STF AI 671744 AgR, Relatora: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 16/03/2010, DJ 09/04/2010; No mesmo sentido: STF AI 748056 AgR, Relatora: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010, DJ 08/10/2010.

[77] GRAZIANO, Analucia."Quais as repercussões da divergência jurisprudencial quanto à classificação dos graus de prequestionamento - ficto, implícito ou explícito - nos embargos de declaração para fins de interposição de recursos excepcionais?". *Revista de Processo.* Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.154. p.119.

[78] STF, RE 541485 AgR, Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 23/10/2007, DJ 14/03/2008.

[79] STF, RE 275664 AgR, Relatora: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 20/08/2004.

[80] STJ, RESP 200401524365. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma. DJ 03/03/2008. No mesmo sentido: STJ, RESP 200501894701. Rel. Min. Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, DJ 13/05/2008.

Revista.indd 446 13/09/2011 11:44:58

4.2. O requerimento de pronunciamento expresso dos dispositivos violados e os embargos inquisitórios

Como demonstrado, enquanto a tendência do STJ é a de aceitar o prequestionamento implícito, dispensando-se a expressa menção dos dispositivos violados, o STF, por sua vez, diverge sobre tal necessidade, prevalecendo, em seus julgados, a exigência desta expressa menção. Por tal motivo, muitas vezes, observa-se a oposição de embargos declaratórios apenas com o fim de requerer um pronunciamento expresso do dispositivo violado, embora o acórdão já tenha debatido a questão federal/constitucional de que trata a norma.[81] Questiona-se, pois, se os declaratórios opostos constituem ou não recurso cabível, se deve ser considerada a existência de possível omissão pelo não pronunciamento dos artigos eventualmente violados.

Como mencionado, entende-se omisso um acórdão quando deixar de apreciar questão relevante. No mesmo sentido, afirmam Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida serem cabíveis embargos declaratórios para fins de prequestionar a matéria sempre que, no acórdão, faltem elementos indispensáveis à admissibilidade e conhecimento de quaisquer dos recursos excepcionais no acesso aos tribunais superiores.[82] Desta forma, não obstante haver a explícita apreciação, por parte do tribunal, da questão federal/constitucional, sem, no entanto, ter o tribunal mencionado, no acórdão, o dispositivo de lei violado, para aqueles que entendem pela necessidade de explicitação do dispositivo de lei, por parte do tribunal, para ocorrência do prequestionamento, certamente a sua ausência seria relevante, constituindo elemento indispensável conhecimento do recurso, ensejando, assim, os aclaratórios, com base no art. 535, II, do CPC. Por outro lado, para a corrente que se posiciona pela ocorrência do prequestionamento pelo simples pronunciamento sobre a questão em debate, não exigindo a menção aos dispositivos constitucionais

[81] GRAZIANO, Analucia. "Quais as repercussões da divergência jurisprudencial quanto à classificação dos graus de prequestionamento - ficto, implícito ou explícito - nos embargos de declaração para fins de interposição de recursos excepcionais?". *Revista de Processo.* Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.154. p.119.

[82] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier.10ªed. São Paulo: RT, 2008. v.1. p.652.

Revista.indd 447 13/09/2011 11:44:58

ou infraconstitucionais, os embargos declaratórios não teriam fundamento. Conhecer de tais embargos seria admitir a possibilidade de sua oposição fora das hipóteses legais.

O razoável proceder, no entanto, consiste em observar os normativos que regulam a matéria do processo. Em se tratando de matéria que envolva, também, dispositivos constitucionais, passíveis, então, de ensejar a interposição de recurso extraordinário, o não pronunciamento dos dispositivos violados pelo tribunal de origem poderá, a depender do entendimento, consistir em óbice ao acesso ao Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual é plenamente cabível a oposição de embargos de declaração para tal fim, devendo os tribunais compreender e aceitar tal uso do recurso.

Já em se tratando de matéria regulada, tão somente, por normativos infraconstitucionais, uma vez que o STJ admite o prequestionamento implícito, e estando a matéria plenamente prequestionada, não há que se admitir a oposição de aclaratórios para confirmar o prequestionamento. Como demonstra Luiz Fux, os embargos, neste caso, passam a significar uma consulta acadêmica, listando a parte todos os dispositivos que entende por violados e requerendo um posicionamento específico do tribunal de origem, o que não trará qualquer utilidade para fins de interposição de recurso especial.[83]No mesmo contexto, denominando os referidos embargos de inquisitórios, demonstra Carreira Alvim, que "os embargos declaratórios são, muitas vezes, interpostos para que o juiz ou tribunal responda a um verdadeiro questionário sobre pretensas violações da lei, ordinária ou constitucional, o que torna inviável o exercício da jurisdição, tamanho o número desses embargos".[84]

4.3. A automática oposição de embargos declaratórios como requisito para interposição dos recursos excepcionais

Todas as controvérsias que giram em torno do prequestionamento e o uso dos embargos declaratórios para tal fim acabaram por resultar em uma automática oposição do referido recurso, desprestigiando o seu correto

[83] FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.p.1161/1162.

[84] CARREIRA ALVIM, J.E."Diversas faces dos embargos de declaração". *Revista de Processo.* Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005.v.130. p.17.

Revista.indd 448 13/09/2011 11:44:58

uso. Tratando da presente questão, Araken de Assis bem contextualiza o mau uso dos aclaratórios, afirmando que

> costumam as partes usar os embargos de modo automático e protocolar, mostrando indiferença com as hipóteses de cabimento do recurso. Quando o objeto dos embargos é acórdão, o mau vezo explica-se, talvez, por força da exigência do prequestionamento – fora daí, e principalmente a reiterada postulação do efeito infringente, representa hábito que compromete o futuro do recurso.[85]

Com efeito, as partes, muitas vezes, após tomarem ciência da decisão de um acórdão, não procedem à cautelosa análise da existência ou não do prequestionamento da matéria ali suscitada, de modo a, mesmo estando preenchido tal requisito, opor embargos declaratórios, com o escopo de buscar um pronunciamento explícito do tribunal local a respeito da questão violada, requerendo, de preferência, menção expressa aos alegados dispositivos.

Esta produção em série de aclaratórios contribui, assim, para a morosidade da justiça, criando-se uma espécie de *recurso necessário para interposição dos recursos excepcionais*, ou seja, a cada recurso excepcional, opõe a parte um embargo de declaração para fins de prequestionar. Um recurso que poderia ser, desde logo, interposto, por eventual ocorrência de pronunciamento do tribunal sobre a questão violada, passa a, com a oposição de embargos, aguardar mais um julgamento do tribunal, atrasando não só o processo em que postula a parte, mas, também, conturbando o andamento dos demais processos que tramitam naquele tribunal.

Na praxe jurídica, o próprio sentido de prequestionamento vem sendo confundido com o de oposição de embargos com fins prequestionadores. O que deveria ser exceção, oposto, apenas, em caso de omissão no pronunciamento acerca da matéria federal ou constitucional em debate, passa a ser regra. A cautela na análise da ocorrência ou não do prequestionamento está a se transformar em oposição, por cautela, de embargos de declaração. Desta forma, como afirma Cândido Ribeiro, vive-se "uma verdadeira panacéia que resultou em instituir a figura dos

[85] ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 2ª ed. São Paulo: RT. 2008. p.592/593.

Revista.indd 449 13/09/2011 11:44:58

embargos de declaração prequestionadores, de natureza obrigatória, manejados ainda que fora do esquadro traçado pela Lei Processual" [86], o que acaba por comprometer o bom funcionamento do aparelho judiciário e a própria efetivação do princípio da razoável duração do processo.

5. A súmula nº 98/STJ e os embargos declaratórios protelatórios

Como forma de combater o mau uso do recurso de embargos de declaração, prevê o Código de Processo Civil, em seu artigo 538, parágrafo único,[87]a possibilidade de aplicação de multa para as situações em que o recurso interposto tiver notório caráter protelatório. Observa-se, assim, que o próprio sistema processual brasileiro previu, expressamente, a necessidade de repressão às práticas protelatórias advindas do referido recurso. No entanto, em 1994, o STJ criou o Enunciado de Súmula nº 98, dispondo que "embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório". Destarte, nos termos do referido enunciado, quando a parte buscar, por meio de embargos de declaração, o notório propósito de prequestionamento, não há que se falar em caráter protelatório, nem, tampouco, na consequente aplicação de multa.

Primeiramente, deve-se observar que, do ponto de vista técnico, não há que se falar que *o notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório*, isto porque, como já abordado, não se pode compreender os embargos declaratórios para fins de prequestionamento como uma hipótese autônoma. Desta forma, havendo vício no acórdão e tendo os embargos sido opostos com o escopo de integrar a decisão, o recurso é plenamente cabível. Em sentido oposto, no entanto, não estando preenchidas as hipóteses de cabimento dos aclaratórios, devem eles ser repelidos, e, a depender do caso,

[86] RIBEIRO, Cândido. "RE, RESP e REVISTA – Prequestionamento por via de embargos declaratórios". *Revista Virtual da AGU* nº17. Ano II. Dez, 2001. p.4.

[87] "Art. 538 – (...) Parágrafo único - Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo".

Revista.indd 450 13/09/2011 11:44:58

considerados protelatórios, aplicando-se a consequente multa, ainda que opostos sob a justificativa de prequestionar a matéria. [88]

Em segundo lugar, do ponto de vista prático, observa-se que o enunciado em análise acabou por estimular, indiretamente, a oposição de embargos declaratórios. As partes assistiram à retirada de eventual repressão no uso de seus recursos, passando a utilizá-los indevidamente, de forma protelatória, sob a justificativa de buscar o prequestionamento. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em muitos de seus recentes julgados[89], apesar de reconhecer a inexistência de omissão no acórdão recorrido e negar provimento ao recurso interposto com base na violação ao art. 535 do CPC, vem reformando os decisórios dos tribunais locais que aplicaram, corretamente, a multa do parágrafo único do art. 538 do CPC, sob a alegação do respeito à Súmula ora em destaque. Bem exemplificando tal situação, observa-se trecho da ementa do ADRESP 200802274892, relatado pelo, então, Ministro do STJ Luiz Fux:

> (...) A ausência de manifestação acerca de matéria não abordada em nenhum momento no iter processual, salvo em embargos de declaração, não configura violação ao art. 535, do CPC. Precedentes do STJ: EDcl no AgRg no Ag 691.757/SC, DJ de 6.3.2006 e EDcl no REsp 446.889/SC, DJ de 22.8.2005. 2. In casu, o Tribunal de origem decidiu, de maneira fundamentada, as questões relevantes ao deslinde da controvérsia, apresentados nas razões dos Embargos Infringentes, inexistindo ponto omisso sobre o qual se devesse pronunciar em sede de embargos declaratórios. (...) 7. A exclusão da multa, imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, é medida que se impõe quando opostos os embargos para fins de prequestionamento, ante a ratio essendi da Súmula 98 do STJ.[90]

---

[88] Neste sentido, RAMOS, André Luiz Santa Cruz. "Embargos de Declaração". *Revista Virtual da AGU* nº57. Ano VI. Out, 2006. p.19.

[89] STJ, ADRESP 200802274892. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma. DJ 02/03/2010; STJ, RESP 200802334018. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 15/10/2009; STJ, RESP 200601234068. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção. DJ 19/11/2009; STJ, RESP 200801286007. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJ 31/08/2009; e STJ, RESP 200702015450. Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 12/12/2007.

[90] STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1099034/ES. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em

Revista.indd 451 13/09/2011 11:44:58

Analisando as origens e consequências da Súmula 98/STJ afirma Cândido Ribeiro[91] que

> a Súmula 98 do STJ terminou por cristalizar a possibilidade de embargar-se desnecessariamente, sem o risco de ver a conduta classificada posteriormente como expediente protelatório. A conseqüência prática dessa orientação terminou por instituir o viés de justificar a interposição sistemática de Embargos Declaratórios, que pela ausência de sanção passaram a se constituir em verdadeiro instrumento de protelação.

Não se deve compreender o referido enunciado de modo absoluto, sendo dever do tribunal a devida análise do cabimento do recurso, ainda que mencione a parte a oposição com a justificativa de prequestionamento. Caso entenda o tribunal ser a oposição dos aclaratórios desnecessária, deverá o tribunal, como defende André Luiz Santa Cruz, "em decisão devidamente fundamentada, declarar os embargos de declaração manifestamente protelatórios, aplicando a multa do parágrafo único do art. 538 do CPC".[92] Neste sentido, estabelecendo a correta interpretação da referida súmula, aplicando a multa prevista para os embargos protelatórios, há alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça.[93] No AGA 200801803823, também de relatoria do então Ministro do STJ, Luiz Fux, decidiu-se que

> (...)2. Os embargos declaratórios não são cabíveis para a modificação do julgado que não se apresenta omisso, contraditório ou obscuro. 3. Não há violação ao artigo 535, II do CPC, quando a matéria não analisada pelo aresto recorrido não foi objeto de recurso de apelação. 4. Buscando a agravante o rejulgamento da causa sob a alegação de que o acórdão atacado incorreu em

09/02/2010, DJ 02/03/2010.

[91] RIBEIRO, Cândido. "RE, RESP e REVISTA – Prequestionamento por via de embargos declaratórios". *Revista Virtual da AGU* nº17. Ano II. Dez, 2001. p.3.

[92] RAMOS, André Luiz Santa Cruz. "Embargos de declaração". *Revista Virtual da AGU* nº57. Ano VI. Out, 2006. p.19.

[93] STJ, RESP 200901626556. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma. DJ 17/03/2010; STJ, RESP 200802207520. Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma. DJ 16/12/2008; STJ, AGA 200801803823. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma. DJ 21/05/2009.

Revista.indd 452 13/09/2011 11:44:58

> omissão, afiguram-se completamente procrastinatórios os embargos de declaração opostos, atraindo à hipótese a incidência do disposto no parágrafo único do art. 538 do CPC.

Na mesma linha de raciocínio, mas apontando diferente solução, Ricardo de Oliveira Paes Barreto, entende que, quando usados para fins protelatórios, os embargos não deveriam ser conhecidos, retirando-se do recurso o efeito interruptivo, abrindo-se, desde logo, o prazo para interposição do recurso superveniente, o que, de fato, inibiria fortemente a indevida oposição de aclaratórios.[94] Frise-se, no entanto, que este entendimento não vem preponderando nos tribunais pátrios, que apenas admitem a retirada do efeito interruptivo quando do não conhecimento do recurso de embargos por intempestividade.

A oposição de embargos declaratórios sob a justificativa de prequestionamento merece ser freada, não podendo ser admitida a sua oposição fora das hipóteses legais, sobretudo por ser um recurso dotado de efeito interruptivo, suscetível, assim, de protelar o feito, conturbando, em demasia, a celeridade do andamento processual. Seja a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC, seja utilizando-se os tribunais da solução proposta pelo desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto, com o não conhecimento do recurso, de certo é que devem ser aplicadas penalidades em face da indevida utilização dos embargos declaratórios, não só reprimindo as partes, no caso concreto, pelo incorreto uso do recurso, como servindo de parâmetro para as futuras oposições do mesmo.

6. Considerações finais

Como visto ao longo deste estudo, é dever do tribunal se pronunciar devidamente acerca da matéria, de forma a realizar um debate prévio e decidir a causa, possibilitando, assim, que faça a parte o uso de seus recursos especiais e extraordinários, quando cabíveis, ultrapassando o óbice do prequestionamento. No entanto, observou-se que os conceitos

[94] BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes. "Do não conhecimento dos aclaratórios meramente protelatórios por falta de adequação". *Revista ESMAPE* nº23. v.11. Recife: ESMAPE.2006. p. 301.

Revista.indd 453 13/09/2011 11:44:58

que giram em torno do prequestionamento não são pacíficos, adotando a doutrina e a jurisprudência diferentes concepções a respeito do referido requisito e critérios para sua ocorrência. Desta forma, muitas vezes, não obstante se encontrar a matéria corretamente prequestionada na visão do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, não se encontra nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual buscam as partes, sob a alegação de omissão, o devido prequestionamento da matéria por meio do recurso de embargos de declaração, sem o qual não teriam o seu recurso extraordinário conhecido.

Assim, vive-se em uma constante e desnecessária insegurança jurídica, na qual opõem as partes, via de regra, e por medida de cautela, os embargos declaratórios com o escopo de prequestionamento, sem uma correta análise da decisão recorrida e dos critérios utilizados pelo tribunal que julgará o seu recurso excepcional. Na mesma linha, esclarece Analucia Graziano que a divergência jurisprudencial entre o STJ e o STF significa "insegurança jurídica tanto em relação à necessidade de interposição de embargos de declaração quanto ao entendimento do requisito específico de admissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu*: o prequestionamento".[95] Também preocupado com esta insegurança, afirma Cassio Scarpinella Bueno que

> enquanto não houver um consenso a respeito do que é prequestionamento, como ele se manifesta perante os jurisdicionados e qual o papel dos embargos de declaração para a fase recursal extraordinária e especial, o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça resta seriamente comprometido. Enquanto for difícil responder à questão "o que é e como se dá o prequestionamento?", enquanto não houver uma segura uniformidade de entendimentos acerca deste tema, o acesso àqueles dois Tribunais é mais ilusório do que real. É mais declaração de direito do que uma efetiva garantia de direitos constitucionalmente prevista. Trata-se, inegavelmente, de um caso em que a forma parece estar suplantando — e em muito — o conteúdo.[96]

[95] GRAZIANO, Analucia. "Quais as repercussões da divergência jurisprudencial quanto à classificação dos graus de prequestionamento - ficto, implícito ou explícito - nos embargos de declaração para fins de interposição de recursos excepcionais?". *Revista de Processo.* Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.154. p.119-120.

[96] BUENO, Cassio Scarpinella. "Quem tem medo do prequestionamento?". *Instituto Brasileiro de*

Revista.indd 454 13/09/2011 11:44:58

É inegável a necessidade de superar esta insegurança jurídica, sendo formas de solução a unificação de entendimentos e dos critérios acerca de quando ocorre o prequestionamento da matéria ou a aceitação de todas as formas de prequestionamento pelos tribunais quando de sua admissibilidade. Esta última solução é a defendida por Fábio de Oliveira Camillo, que entende que, enquanto não se chegar a um consenso sobre a matéria, deveriam os tribunais superiores, com base no princípio da fungibilidade, ter como prequestionada a questão por qualquer das formas.[97]De fato, a adoção de todos os critérios como correto traria grandes valias ao ordenamento jurídico brasileiro, eliminando a mencionada insegurança jurídica que paira sobre o tema, diminuindo, por via de consequência, o uso indevido do recurso de embargos.

No que tange à unificação dos critérios, entende-se que, como órgão constitucional, cabe ao Supremo Tribunal Federal definir o que se deve entender por prequestionamento, inclusive aplicando tal interpretação ao Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a exigência do mencionado requisito dos recursos excepcionais é extraída da Constituição Federal. Como afirma Cassio Scarpinella Bueno, "o STJ pode (e no sistema brasileiro, indiscutivelmente, deve) interpretar a Constituição, mas é ao STF a quem compete contrastar esta sua interpretação em sede recursal".[98] Ressalta-se que a tentativa desta unificação vem sendo posta em prática pelo Poder Legislativo, que, por meio do Projeto de Lei nº 166/2010, que objetiva a criação de um novo código de processo civil, determina a adoção do prequestionamento ficto para os recursos a serem interpostos no STF e STJ. Com efeito, a unificação dos entendimentos reduzirá, ou ate eliminará, as divergências acerca do prequestionamento, trazendo um norte não só para as partes, que terão um referencial de como proceder para prequestionar a matéria, mas também para os tribunais brasileiros, possibilitando a melhor identificação e consequente punição do mau uso do recurso de embargos.

Processo Civil, Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acessado em 29/12/2009.p.22-23.

[97] CAMILLO, Fábio de Oliveira. "Dos embargos de declaração prequestionadores conforme a jurisprudência do STF e do STJ e o princípio da razoável duração do processo". *Revista de Processo.* Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.v.159. p.257.

[98] BUENO, Cassio Scarpinella. "De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005. v. 8. p.83.

Revista.indd 455 13/09/2011 11:44:58

De todo modo, de forma mais imediata, no atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro, visando amenizar a mencionada problemática, evitando o indevido uso dos declaratórios, devem as partes praticar um cauteloso proceder[99] quando da interposição de seus recursos. Deve-se ter todo o cuidado para verificar se o acórdão por impugnar tratou das matérias com a intensidade necessária, confrontando-o com as alegações e teses trazidas pelas partes em seus recursos, verificando-se a existência de algum vício a ser sanado antes de se esgotar as vias recursais ordinárias, de forma a, somente quando necessário, opor os cabíveis aclaratórios.[100] Ademais, com uma análise minuciosa de cada caso concreto, devem as partes observar o entendimento sobre o prequestionamento adotado pelo tribunal superior a que se pretende recorrer, de modo a evitar a indevida oposição de aclaratórios quando já se encontrar preenchido o referido requisito.

Este correto proceder, no entanto, deve ser estimulado por ações do próprio Poder Judiciário, que, utilizando-se de um olhar clínico em cada caso concreto, deve observar as intenções das partes e o porquê da oposição dos aludidos aclaratórios, analisando o cabimento dos embargos em face do entendimento sobre o prequestionamento adotado pelo tribunal destinatário e aplicando, quando necessário, as medidas coercitivas cabíveis quando verificado o indevido uso do recurso, visando-se não só um escopo punitivo, mas, também, educativo, para servir como um norte para as condutas a serem adotadas na interposição de futuros recursos.

Referências Bibliográficas

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. "Dos efeitos infringentes nos embargos declaratórios e algumas atualidades em assuntos afins". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001. v. 4.

ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: RT. 2002. v.2.

[99] Neste mesmo sentido: BONDIOLO, Luís Guilherme Aidar. *Embargos de Declaração*. São Paulo: Saraiva, 2007.p.262.

[100] BUENO, Cassio Scarpinella. "Quem tem medo do prequestionamento?". *Instituto Brasileiro de Processo Civil*, Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acessado em 29/12/2009.p.17.

Revista.indd 456 13/09/2011 11:44:58

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. "Recurso especial e prequestionamento". *Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*.Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT. 1997.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 2ª ed. São Paulo: RT. 2008

BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes. "Do não conhecimento dos aclaratórios meramente protelatórios por falta de adequação". *Revista ESMAPE* nº23. v.11. Recife: ESMAPE.2006.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de Declaração*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. "De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.* Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005. v. 8.

_____ "Súmula 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re) interpretação pelos tribunais superiores". *Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*.Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT. 1997.

_____. "Quem tem medo do prequestionamento?". *Instituto Brasileiro de Processo Civil*, Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acessado em 29/12/2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. v.2.

CAMILLO, Fábio de Oliveira. "Dos embargos de declaração prequestionadores conforme a jurisprudência do STF e do STJ e o princípio da razoável duração do processo". *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.v.159.

CARREIRA ALVIM, J.E."Diversas faces dos embargos de declaração". *Revista de Processo.* Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005.v.130.

Revista.indd 457 13/09/2011 11:44:58

CRISPIM, Miriam Cristina Generoso Ribeiro. *Recurso especial e recurso extraordinário – questões pontais sobre a admissibilidade e a procedibilidade no direito processual brasileiro*. São Paulo: Editora Palmares. 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ªed. Salvador: Jus Podivm. 2008. v.1.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.* 7ªed. Salvador: Editora JusPodivm. 2009. v.3

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. "Prequestionamento implícito em recurso especial. Posição divergente no STJ". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001. v. 4.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

GRAZIANO, Analucia."Quais as repercussões da divergência jurisprudencial quanto à classificação dos graus de prequestionamento - ficto, implícito ou explícito - nos embargos de declaração para fins de interposição de recursos excepcionais?". *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.154.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. "Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo". *Revista ESMAPE* nº26. Recife: ESMAPE. 2007. v.12

LACERDA, Galeno. "Críticas ao prequestionamento". *Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, 1998. v. 758.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8ªed. São Paulo: RT. 2003.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 1980. v.3

Revista.indd 458 13/09/2011 11:44:58

MEDINA, José Miguel Garcia. "Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.* Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005. v. 8.

_____. "O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. *Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*.Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT. 1997.

_____. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 2ªed. São Paulo: RT, 1999.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. "Embargos de declaração com função prequestionadora na jurisprudência do STF e STJ. posições contrárias". *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.v.141.

MORAIS, Fernanda Bezerra. "A (in)subsistência do prequestionamento após o advento da repercussão geral?". *Revista ESMAPE* nº27. Recife: ESMAPE. 2008. v.13.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5.

NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso Especial: doutrina, jurisprudência, prática e legislação*. São Paulo: Saraiva. 1997.

NERY JR, Nelson. "Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001.v. 4.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de."Prequestionamento". *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2000.v.97.

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva. 2002.

Revista.indd 459 13/09/2011 11:44:59

PIRES, Roberto Carlos Martins. "O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica". *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2007.v.144.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. "Embargos de declaração". *Revista Virtual da AGU* nº57. Ano VI. Out, 2006.

RIBEIRO, Cândido. "RE, RESP e REVISTA – Prequestionamento por via de embargos declaratórios". *Revista Virtual da AGU* nº17. Ano II. Dez, 2001.

SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. "Prequestionamento". *Revista Virtual da AGU* nº23. Ano III. Abr, 2003.

SILVA, Antônio Carlos. *Embargos de declaração no processo civil*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2006.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *O prequestionamento no Recurso Especial*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

SPADONI, Joaquim Felipe. "A função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005. v. 8.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 13ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier.10ªed. São Paulo: RT, 2008.v.1

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.

Revista.indd 460 13/09/2011 11:44:59

Jurisdição administrativa: necessidade de adoção de um processo judicial público para legitimar o estado democrático de direito

Vânila Cardoso André de Moraes[1]

RESUMO: O artigo trata de definir a "jurisdição administrativa" (processo judicial público) e o modelo processual adotado pela Constituição Federal de 1988 para o exercício do controle do Poder Público e o julgamento das causas de interesse da Administração. Apresenta-se um breve panorama histórico dos modelos processuais, apontando-os como uma estratégia de exercício do poder estatal. Avalia-se a opção política adotada pela Constituição Federal de 1988 e seus reflexos no processo civil moderno, especificamente em relação as causas de interesse da Administração Pública, destacando-se o fenômeno da repetição de demandas (ações de massa).

1 Introdução

O Estado desempenha, por meio dos seus órgãos, complexas atividades voltadas para o bem comum, sob o impulso de políticas públicas, as quais são implementadas conforme o enfoque de determinada ideologia e mediante a escolha feita pelo poder político dominante (TAMER, 2005).

Este trabalho tem por escopo analisar a justiça administrativa, que pode ser melhor compreendida sob a óptica do Estado de Direito e do princípio da separação de poderes. Conforme Oliveira (2005), o Estado de

[1] Juíza Federal e Professora de Processo Civil.

Revista.indd 461 13/09/2011 11:44:59

Direito exige a separação entre os poderes públicos e também a ascensão dos cidadãos aos Tribunais para obter a reparação contra lesão que sofram nos seus direitos. A separação de poderes reclama, também, a existência de tribunais independentes e imparciais para administrar a justiça (poder judicial) e, ainda, a existência de um poder para administrar as leis (poder legislativo) e um poder para executar as leis e satisfazer os interesses públicos (poder executivo ou poder administrativo).

No decorrer da história, o Estado passou a intervir nos mais variados domínios, o que conduziu à existência de uma poderosa máquina administrativa. A intervenção começou a ser feita por meio de leis, mas a execução destas só poderia ter lugar por meio da Administração.

A função da administração pública é, portanto, satisfazer os interesses públicos que a ela são postos, dentro do princípio da legalidade. Mas, se atuar abusivamente ao exercer esta atividade, violando os direitos do cidadão, cabe o seu controle ao Poder Judiciário, via processo judicial. **E, aqui, reside o grande problema, pois não se trata de um conflito entre particulares, e, sim, de um litígio entre o poder público e o cidadão.**

Bem por isso é que o tema do presente trabalho está associado ao direito processual das causas de interesse da administração, ou seja, o denominado "direito processual público", conhecido na Europa e nos demais países latino-americanos como "jurisdição administrativa" ou "justiça administrativa".

Este estudo, portanto, adentrará em três ramos específicos do Direito: direito administrativo, direito constitucional e direito processual, sendo este último a "ponte de acesso" entre os demais. Isto ocorre porque o exercício da jurisdição se dá por meio das normas processuais com a observância de regras específicas, tendo como base primeira o interesse público, legitimando, assim, a existência do Estado Democrático de Direito.

Logo, o objetivo deste artigo se consubstancia em definir a jurisdição administrativa e o modelo processual adotados pela Constituição Federal de 1988 para o exercício do controle do Poder Público e o julgamento das causas de interesse da Administração, ressaltando-se o fenômeno das demandas repetitivas. Será dividido em sete partes: na primeira, apontaremos um breve panorama histórico dos modelos processuais; na segunda, demonstrar-se-á a interligação entre o modelo processual como estratégia de exercício do poder estatal; na terceira, será avaliada a opção

Revista.indd 462 13/09/2011 11:44:59

política adotada pela Constituição Federal de 1988 e seus reflexos no processo civil; na quarta parte, será definida a jurisdição administrativa; na quinta, serão analisados os reflexos do processo civil moderno nas causas de interesse da Administração Pública; na sexta, será feita uma análise do processo civil e das causas em que há interesse público em discussão no Brasil, ressaltando-se o fenômeno das demandas repetitiva ou demandas de massa, após uma breve análise histórica do tema na seara nacional; por fim, na sétima, serão tecidas algumas considerações finais a respeito da matéria.

2. Breve panorama dos modelos processuais na história

Os modelos processuais surgem com a finalidade de dar vazão às estratégias de poder delineadas na história. Silva (2004, p.12) expõe a matéria com absoluta pertinência:

> A ideia central perseguida é a de que a ideologia estatal reinante plasma o direito processual civil com o fito de assegurar obediência às estratégias de poder. Os modelos processuais têm passado por diversas fases ao longo da história. A concepção de processo civil hoje dominante deita raízes na segunda metade do século XIX, época da autonomia do direito processual em relação ao direito material. A gênese dessa autonomia pode ser buscada na Idade Moderna, que consagrou a estatalidade do processo civil, em contraposição à Idade Média. A percepção de que o processo civil integra os interesses estatais, consubstancia-se como uma das estratégias governamentais para o exercício do poder, força a análise do processo civil desde a época medieval.

Após a derrocada do Império Romano do Ocidente e a feudalização da Europa, o direito passa por um período estéril. " O processo civil, do século V a XI, é permeado por valores de uma sociedade pouco desenvolvida sob o aspecto cultural"(SILVA, 2004, p. 12).

Revista.indd 463 13/09/2011 11:44:59

A partir do século XII, ressurge o direito romano, na Europa, baseado no estudo do *Corpus Iuris Civilis*[2], pois quase todas as obras completas dos juristas romanos clássicos foram perdidas nas bibliotecas do Oriente Próximo, após o domínio árabe (HESPANHA 1997 apud SILVA, 2004, p. 14). Dessa forma, o direito romano que chegou aos nossos dias e fundou o direito comum europeu adveio, exclusivamente, deste conjunto de livros que, em uma tradução literal, significa *corpo de direito civil.*

Assiste-se à formação do processo civil romano-canônico, que, inserido no contexto do *ius commune,* passa a ser a base do processo judicial praticado na Europa e que influenciará a prática processual até os dias de hoje.

Mauro Cappelletti e Bryant G. Garth (1987 apud SILVA, 2004, p.17) caracterizam o processo do *ius commune* em cinco aspectos:

> 1) predomínio da escrita; 2) falta de contato direto do julgador com as partes, testemunhas ou outras fontes de informação, devendo o juiz basear sua decisão no que constava escrito nos autos, que eram preparados por outras pessoas, sem a presença do proferidor do *decisum*; 3) sistema legal de prova, determinante de uma avaliação matemática do material probatório, no sentido de que o julgador deveria contas as provas, e não pesá-las; 4) processo segmentado, não sistemático, em virtude o juiz não o conduzir, ficando à mercê dos interesses dos advogados de cada parte, resultando em inúmeras táticas protelatórias; 5) excessiva duração do processo, podendo perdurar por décadas. (CAPPELLETI; BRYANT G. GARTH 1987 *apud* SILVA, 2004, p. 17).

A expressão *processus* não estava presente no direito romano, tendo surgido com os escritos canonistas, no final do sécul XIII (BISCARDI, 1963 apud SILVA, 2004). Contudo , o uso da palavra *processus* consolidou-se apenas em XVII e XVIII com os juristas germânicos, que anteciparam a emergência da ciência processual.

---

[2] O *Corpus Iuris Civilis,* cuja origem remonta ao Século VI, quando Justiniano era imperador de Contantinopla, ordena a compilação do direito romano. Era um conjunto de livros que tentava resgatar o direito romano clássico.

Revista.indd 464 13/09/2011 11:44:59

O uso da expressão " sistema de direito processual" ocorreu pela primeira vez na obra *Systema processsus Imperialis*, escrita por De Cramer e publicada nos anos de 1764 a 1767, (PICARDI 1994, apud Silva, 2004).

O marco histórico da consagração do direito processual como ciência, além de ramo autônomo do direito material, é atribuído a Oscar Bülow, publicado em 1868, pois, até então, o processo era tido como um mero reflexo do direito material.

A partir deste momento, surgiram várias discussões doutrinárias a respeito da natureza jurídica do processo.(KOHLER 1888 apud MIRANDA, 1997), em 1888, defendia a tese da *relação jurídica complexa;* James Goldschmidt (SILVA, 2001), propôs o conceito de situação jurídica para explicar o fenômeno processual; Liebman (1950 apud SILVA, 2004), por sua vez, afirmava não serem incompatíveis os conceitos de situação jurídica e relação processual, já que o primeiro se refere ao objeto do processo judicial, e o segundo explica a relação jurídica constituída pelo processo, sendo que as diversas categorias deste podem ser estudadas pela ópica da situação jurídica.

Fazzalari (1975 apud SILVA, 2004), por sua vez, define o procedimento como *iter* necessário à formação de uma decisão qualquer e o processo como o procedimento caracterizado pelo contraditório e a imparcialidade.

SILVA (2004) conclui que o estudo do processo alcançou um elevado grau de abstração, em detrimento de análises doutrinárias voltadas a inserir o processo civil no contexto político e social. O modelo processual concebido foi meramente de pretensões teórico-científicas, voltado para a coerência interna dos institutos processuais e lastreado no modelo liberal de Estado, isto é, o direito processual não era concebido como estratégia de poder.

3. Processo civil como estratégia de poder

Analisando as observações constantes no item anterior, é possível verificar a perfeita interligação do modelo processual adotado com o momento histórico do seu surgimento.

O processo judicial da Idade Média era tido como uma manifestação essencialmente prática e doutrinária. Tal quadro mudou com o surgimento

Revista.indd 465 13/09/2011 11:44:59

dos Estados nacionais na Idade Moderna. A partir desse momento, houve uma centralização estatal no monopólio de elaboração das leis processuais.

O modelo do *ius commune* assentava-se no princípio da escrita em detrimento ao princípio da oralidade. Isso se dava em função de uma mutilação dos poderes do juiz na condução do processo.

Mauro Cappelletti (1987 apud SILVA, 2004) elege a oralidade como princípio paradigmático em contraposição ao sistema processual comum europeu, o que influenciou vários códigos na Europa.

Sob os auspícios do Estado Liberal, radicalizou-se o domínio das partes sobre a condução do processo. Essa visão liberal sofreu um grande revés no final do século XIX, com a ZPO austríaca, que, sob o gênio de Franz Klein, retificou a função ativa do juiz, no sentido de assegurar um processo justo. "Consagrava-se o interesse inarredável do Estado-juiz na condução dos processos judiciais" (SILVA, 2004, p. 34). 34).

No século XX, após o fim do grande conflito mundial e a emergência das Constituições européias do pós-guerra, diversas garantias processuais passaram a ostentar o *status* de constitucional. Pode-se enquadrar tal movimento como reação aos regimes totalitários antecedentes, assim como uma maneira de assegurar as garantias processuais às partes (CAPPELLETTI 1987 apud SILVA, 2004).

A partir da autonomia científica do processo civil, esse novo ramo da ciência jurídica foi acolhido pelo direito constitucional, por dizer respeito "à regulamentação do exercício de uma das funções capitais do Estado moderno, ou seja, o poder jurisdicional" (MARQUES 1959 apud SILVA, 2004, p. 35)

Conforme Weacker (1967), a história constitucional moderna tem por objeto a história jurídica do próprio Estado moderno. E o tema da justiça administrativa, ponto que será analisado a seguir, constitui uma das peças fundamentais para a correta configuração do Estado de Direito, pois se materializa na existência de um processo judicial público para as causas de interesse da Administração, controlando, assim, de forma eficaz, o próprio Estado, via Poder Judiciário.

Superada a fase de afirmação da ciência processual civil e do posicionamento do processo civil no seio do direito constitucional, deve-se buscar a efetividade dos seus resultados na seara específica das lides entre

Revista.indd 466 13/09/2011 11:44:59

particulares e a Administração quando presente interesse público, pois elas traduzem o maior número de ações existentes na atualidade.

Hoje, as causas originárias da relação jurídica de direito público, representam a maioria em tramitação no Poder Judiciário nacional[3], conforme se depreende dos dados colhidos no sítio do CNJ quanto à participação do Poder Público nas demandas. Isto acaba por demonstrar a necessidade urgente de aperfeiçoamento dos procedimentos para diminuição da litigiosidade.

4. Processo civil e a constituição federal de 1988

No início deste trabalho, interligamos o processo civil e o momento histórico e, no caso do Brasil, encontramos o modelo político delineado no art. 1º da CF: " A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito" .

Streck e Moraes (2000) afirmam que a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.

---

[3]A "Justiça em Números" é um sistema, conforme consta do sítio do CNJ (http://www.cnj.jus.br/)que visa a ampliação do processo de conhecimento do Poder Judiciário por meio da coleta e da sistematização de dados estatísticos e do cálculo de indicadores capazes de retratarem o desempenho dos tribunais.No caso específico deste estudo, importa saber o **perfil das demandas,** o qual busca levantar a participação governamental nas demandas judiciais e a **litigiosidade e carga de trabalho**, com a observância do quantitativo dos casos novos, a carga de trabalho do magistrado, a taxa de congestionamento da justiça, a taxa de recorribilidade externa e interna e a taxa de reforma da decisão.Conforme os dados colhidos pelo CNU no ano base de 2009 o Poder Público demandou na Justiça Federal em 1º Grau um total de 3.458.831 (três milhões, quatrocentos e cinqüenta e oito mil e oitocentos e trinta e um) casos novos, neste universo incluem-se os 5 Tribunais Regionais Federais e as ações propostas pela União, Autarquias, Fundações e Empresas Públicas Federais, Estados, Distrito Federal, Autarquias, Fundações e Empresas Públicas Estaduais e Distritais,a Municípios, Autarquias, Fundações e Empresas Públicas Municipais. E foi demandado num total de 2.580.232 (dois milhões, quinhentos e oitenta mil e duzentas e trinta e dois) ações, em 1º grau. Em segundo 2º grau, demandou um total de 740.818 (setecentos e quarenta mil e oitocentos e dezoito) e foi demandado diretamente em 2º grau um total de 676.966 (seiscentos e setenta e seis mil e novecentos e sessenta e seis) vezes.Na Justiça Estadual, o Poder Público como demandante alcançou o total de 4.126.159, esclarecendo-se que, conforme consta no site, alguns estados da federação não possuíam os dados disponíveis, do que se conclui que o resultado real é superior ao afirmado. Neste número incluem-se 1 e 2 graus.Na Justiça Estadual, o total de 1.134.963 demandas contra o Poder Público no ano de 2009.

Revista.indd 467 13/09/2011 11:44:59

Tal solução dos problemas materiais existenciais está ancorada na própria ideologia da Constituição brasileira, alçada ao direito positivo pelo seu preâmbulo.

> De todos os valores, em primeiro plano, é colocado o exercício dos direitos sociais e individuais. É importante notar que, em relação a esses direitos, em primazia são situados os direitos sociais. Com efeito, o homem do nosso tempo não é um ser abstrato, como imaginou a burguesia na Revolução Francesa. O homem de hoje requer educação, saúde, trabalho. Está aqui o objetivo supremo, a inspiração normativa do decidido intervencionismo estatal, a fim de que o poder cumpra seus deveres para com a sociedade e, assim, seja possível a plena realização dos direitos e liberdade. A plenitude humana somente se concretizará se a sociedade proporcionar as bases reais das condições de sua efetivação. (ARAÚJO, 1999, p. 143)

Na atualidade, consequentemente, as normas processuais surgem em resposta a um problema central do direito moderno, colocando-se sob uma perspectiva funcional, isto é, voltadas à compreensão dos seus institutos e da sua finalidade nos vários contextos nas quais estão inseridas, em especial de levar a cabo os direitos estabelecidos no sistema(SALLES, 2003).

Forçoso concluir, então, que o processo civil passou a ser visualizado como um fenômeno social de massa. A tutela individual não mais satisfaz por completo a sociedade. Neste contexto, trabalharemos com este novo paradigma processual-constitucional quando presente a Administração Púbica em juízo. E isso deve ser feito por meio do acesso aos Tribunais com base na ideologia constante no preâmbulo[4] da Constituição Federal, além de observar todos os princípios processuais nela consignados, como

[4] Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir em Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (PREÂMBULO DA CONSTITUÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 5 de outubro de 1988).

Revista.indd 468 13/09/2011 11:44:59

o princípio da isonomia, acesso à justiça e razoável duração do processo (art. 5º, *caput* , incisos ns. I., XXXV, LIV e LXXVIII, da CF/88).

Estudemos um pouco a respeito do conteúdo da jurisdição administrativa para, depois, interligarmos os conceitos exarados e a situação atual deste ramo no Brasil.

5. Definição de justiça administrativa

Compete à justiça administrativa analisar os litígios em que é parte a Administração Pública ou o Estado em geral, nos quais se debatem questões regidas pelo direito administrativo. Apesar de se configurar, na maioria dos países, como um ramo processual jurídico autônomo de forma recente na história, seu manuseio é de fundamental importância para o equilíbrio entre os poderes.

Observa-se que a jurisdição administrativa foi uma criação inteiramente nova que carecia de raízes nos grandes fundamentos históricos do direito ocidental. (Direito Romano, Direito Germânico, direito comum medieval, *common law,* Direito Natural). Surgiu, subitamente em meados de 1789, com a Revolução Francesa, afirmando-se no século XIX e conhecendo um espetacular desdobramento ao longo do século XX, consolidando-se como peça central do ordenamento democrático substantivo e que se tem convencionado chamar Estado de Direito, (ENTERRÍA, 2007).

O surgimento da justiça administrativa na Europa se produziu essencialmente em duas fases, segundo Sommermann (2009, p.13):

> Os períodos mais importantes do seu desenvolvimento foram na segunda metade do século XIX e na segunda metade do século XX. No primeiro, foi iniciado o debate sobre uma justiça administrativa independente frente à Administração Pública. Se, tradicionalmente, a justiça administrativa era concebida como um autocontrole do Poder Executivo, exercido por órgãos especializados da mesma Administração Pública, agora deveriam criar-se órgãos independentes jurisdicionais que possuíssem a tarefa de exercer o controle efetivo externo dos atos administrativos. Esse debate incluiu a questão se deveria ser seguido o modelo monista, mantido por

Revista.indd 469 13/09/2011 11:44:59

> muitos países, como particularmente os do *common law*, ou um modelo dualista, com a separação entre jurisdição civil e administrativa. A maioria dos países europeus, entretanto, segue o modelo dualista. (SILVA, BLANKE; SOMMERMANN, 2009, p. 13).

Tradicionalmente, o âmbito do processo judicial administrativo tem sido delimitado da seguinte maneira: subjetivo (dedução da pretensão em relação à Administração Pública) e o fundamento da pretensão (Direito Administrativo), já que, desde as suas origens, a jurisdição contenciosa administrativa é estabelecida não para conhecer todas as pretensões frente à Administração Pública, senão somente em relação àquelas relacionadas a normas jurídicas administrativas.

Não tem sido fácil controlar o exercício do poder público quando se afetam direitos dos cidadãos. Transcorreram muitos séculos para que se implementasse, com o mínimo de eficácia, o desborde da atividade administrativa, (PÉREZ, 2005).

A partir de uma retrospectiva histórica, será possível perceber que o estudo dos modelos processuais vigentes em determinadas sociedades está atrelado aos modelos políticos dominantes da época, pois o Estado, que tem por escopo dirigir a sociedade, requer um determinado tipo de processo judicial para cumprir sua função.

A justiça administrativa é produto de um longo processo histórico. Por vezes, percorreu um caminho equivocado, mas se pode dizer, seguramente, que é a base do equilíbrio entre os poderes para o funcionamento harmônico de qualquer sistema político.

Este controle jurisdicional requer a existência de um processo judicial público, com características próprias, que abarque de forma isonômica os efeitos concretos dos atos administrativos questionados frente à Administração, via poder Judiciário. Observa-se que os questionamentos da maioria das ações judiciais em matéria de interesse público podem, ainda que proposta por um único indivíduo[5], representar uma decisão de interesse coletivo.

---

5 Podemos dar como exemplo as lides em que se discute o direito à saúde, que acabou gerando a edição da Resolução n. 107, do CNJ, de 06 de abril de 20100, que instituiu o Fórum Nacional de monitoramente de ações judiciais sobre a assistência à saúde.

Revista.indd 470 13/09/2011 11:44:59

Na realidade, qualquer demanda judicial que questione a atuação da Administração Pública tem vocação coletiva, já que seus efeitos tendem a transcender o litígio individual. Não se afigura razoável à Administração Pública, que deve atuar igualmente frente aos cidadãos, a existência de uma condenação na seara judicial que a leve a resultados diferenciados em relação a cidadãos que possuem as mesmas condições fáticas.

Conforme as conclusões alcançadas pelo I Colóquio Brasil-Espanha-França "princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa" (2008) realizado pela Universidade Federal Fluminense, Univeristé Paris 1-Panthéon-Sorbonne e Universidade de Málaga, a finalidade e o alcance da jurisdição administrativa compreende:

> As causas de direito público e de direito privado referentes a decisões administrativas ou a qualquer outro comportamento de entes públicos ou de entes privados no exercício do poder público, devem ser regidas por princípios e regras que assegurem a tutela judicial efetiva a partir do equilíbrio entre os interesses públicos e privados.

Não existe, no Brasil, uma justiça administrativa estruturada, isto é, com competência privativa para as causas de interesse da Administração Pública desde o primeiro grau até a Corte Suprema, mas cabe ao Poder Judiciário exercer a jurisdição administrativa dirimindo os conflitos em que há interesse do Poder Público, o que será analisado no tópico seguinte.

6. Processo judicial público no brasil e as demandas repetitivas contra o poder público

No Brasil, a tutela judicial em direito administrativo é precariamente regulamentada, pois não existe uma legislação processual adequada aos litígios judiciais de direito público.

Desde a criação da jurisdição administrativa (processo judicial público) após a Revolução Francesa, sempre se estabeleceu uma dife-rença entre os procedimentos destinados ao "controle da legalidade da administração pública" (controle objetivo francês, controle concentrado das normas no sistema alemão; proteção de interesse legítimo no sistema italiano) e os

Revista.indd 471 13/09/2011 11:44:59

procedimentos destinados à proteção dos cidadãos mediante lesão a direito subjetivo. Nos primeiros, deveria existir tão-somente um julgamento que alcançaria toda a coletividade abrangida pela decisão, enquanto que, na segunda hipótese, as regras do direito processual privado estariam presentes devido à ausência de interesse público.

A partir do final do século XIX, passou a se admitir, no Brasil, o denominado contencioso de jurisdição plena para proteção de direitos subjetivos, não obstante a tradição – nem sempre observada e hoje ignorada – de que somente esses litígios estavam sujeitos a uma legislação processual de direito privado, enquanto o controle judicial da validade do ato administrativo sujeitava-se a um procedimento diferenciado e específico de jurisdição administrativa (SILVA, 2009).

Após a ditadura Vargas, o Brasil se reconstitucionalizou em 1946 e o modelo do Estado de Direito que o país adotou foi ainda o do Estado-Providência, delineado na Europa no Primeiro Pós-Guerra e caracterizado pela absoluta supremacia do interesse público sobre os direitos individuais. E foi, nesta época, que se estruturou o "direito administrativo brasileiro", caracterizado pela auto-executoriedade dos atos administrativos e pelas presunções de validade, legalidade e veracidade dos atos da Administração Pública. O Código de Processo Civil de 1973, inspirado na doutrina européia do Direito Processual das causas entre particulares, não se preocupou em tratar de modo especial a litigiosidade entre aqueles e o Estado, a não ser pelas disposições esparsas que concederam certos privilégios à Administração Pública, como prazos especiais e o duplo grau de jurisdição obrigatório, ou em transposição de regras constitucionais, como a regulação da execução contra a Administração Pública através do sistema de precatórios (SILVA, 2009, p. 71).

As novas necessidades do poder de polícia e dos serviços públicos, em consonância com as inúmeras tarefas atribuídas ao Estado no constitucionalismo social, conduziram a uma grande ampliação dos poderes administrativos. Entretanto, o sistema processual não acompanhou esta evolução.

Nas palavras de Silva (2009, p. 71):

> A partir de 1988, com o advento da Constituição Democrática alicerçada no primado da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, muitas

Revista.indd 472 13/09/2011 11:44:59

> posições de vantagem da Administração Pública em face aos particulares passaram a ser questionadas; o controle jurisdicional dos atos da Administração se expandiu, invadindo o campo dos próprios atos discricionários e das políticas públicas, e os privilégios processuais da Administração Pública passaram a confrontar-se com o acesso ao direito e à justiça por parte dos cidadãos. Se, de um lado, o Judiciário tornou-se crescentemente exigente em relação ao Estado, este, imerso em grave crise, procurou exacerbar por via legislativa as suas posições de vantagem em relação aos cidadãos, invocando a supremacia do interesse público. As investidas do Judiciário para exigir o cumprimento de suas decisões sofrem resistência fundada no princípio de poderes. (SILVA, 2009, p. 71).

Lado outro, o amplo acesso aos Tribunais no Brasil tem acarretado o surgimento de milhares de processos referentes a litígios de massa oriundos dos atos administrativos ou de omissões da administração. Desta situação decorrem decisões conflitantes em prejuízo à isonomia prevista constitucionalmente, além do sério perigo à estabilidade e ao funcionamento do Estado, com o consequente descrédito do Poder Judiciário.

Conforme Salles (2003), a verdadeira *práxis* democrática, configurada em um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais, e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida por intermédio do mais afinado instrumento democrático: o processo. Ele, o processo, constitui-se no mais valoroso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social.

Hoje, conforme já afirmado anteriormente, as causas originárias da relação jurídica de direito público representam a maioria em tramitação no Poder Judiciário nacional, configurando a necessidade de aperfeiçoamento dos procedimentos para uma diminuição de litígios repetitivos, decorrentes de atos da Administração. Não se trata mais de um feixe de linhas paralelas, e, sim, de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível.

Revista.indd 473 13/09/2011 11:44:59

O impacto de tais questões resulta na emergência de um novo modelo processual a ser construído a partir da necessidade de oferecer respostas a um tipo de litígio diferenciado daqueles tradicionalmente tratados no processo civil.

Em realidade, pode-se afirmar que a maioria das demandas judiciais que questionam a atuação da Administração Pública tem vocação coletiva, já que seus efeitos tendem a transcender o litígio individual. Entretanto, o sistema processual brasileiro, carecedor de normas procedimentais específicas que assegurem soluções uniformes, não tem garantido igualdade de tratamento entre as pessoas que recorrem ao Judiciário. Não é razoável, além de ofender ao Estado de Direito, que a administração pública seja compelida na seara judicial a promover tratamentos diferenciados em relação a pessoas nas mesmas condições fáticas.[6]

Em suma, a igualdade de tratamento da justiça administrativa (direito processual público) decorre primeiramente da igualdade imposta pelo direito material e, só depois, da igualdade imposta pelo direito processual.

---

[6] A Exposição de Motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro bem descreve a problemática decorrente da divergência das decisões: " Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando " segura" a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de "surpresas", podendo prever, em alto grau, as conseqüências jurídicas da sua conduta.(...) A dispersão excessiva da Jurisprudência produz intranqüilidade social e descrédito do Poder Judiciário (..) A preocupação com essa realidade não é recente. ALFREDO BUZAID já aludia a ela, advertindo que há uma grande diferença entre as decisões adaptadas ao contexto histórico em que proferidas e aquelas que prestigiam interpretações contraditórias da mesma disposição legal, apesar de iguais as situações concretas em que proferidas. Nesse sentido; ' Na verdade, não repugna ao jurista que os tribunais, num louvável esforço de adaptação, sujeitem a mesma regar a entendimento diverso, desde que se alterem as condições econômicas, políticas e sociais; mas repguna-lhe que sobre a mesma regra jurídica deem os tribunais interpretação diversa e até contraditória, quando as condições em que ela foi editada continuam as mesmas. O dissídio resultante de tal exegese debilita a autoridade do Poder Judiciário, ao mesmo passo que causa profunda decepção às partes que postulam perante os Tribunais' (Uniformização de Jurisprudência. Revista Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 34/139, jul. 1985)". A preocupação com a ineficiência da Justiça se mostra presente em recentes pesquisas coordenadas pelo Conselho Nacional de Justiça como o " Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento de demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais e gerenciais à morosidade da Justiça". Em mencionado estudo, constante no sítio http://www.cnj.jus.br (acesso em 26.01.2011) há um Estudo de Caso Previdenciário esclarecendo dentre as causas internas para a morosidade existem a oscilação e demora na formação dos precedentes, operacionalização do contencioso de massa, carência de recurso humanos e julgamento padronizado por lote. Como mapeamento de soluções são apresentadas mecanismos processuais e gerenciais de racionalização de demandas repetitivas, uniformização de entendimentos jurisprudenciais (súmulas vinculantes e recursos repetitivos no STJ) etc.

Revista.indd 474 13/09/2011 11:44:59

É preciso, contudo que as demandas de massa tenham "soluções de massa", ou seja, recebam uma solução uniforme, garantindo-se, principalmente, *o princípio da isonomia.* Decorre deste princípio a necessidade de se conferir tratamento *idêntico* a quem se encontra em *idêntica* situação.

Pertinentes as observações de Lima (1997, p. 110) a respeito do tema:

> No Brasil deste fim de século, onde se vive absoluta liberdade política, pontifica como valor máximo buscado pela sociedade o da isonomia. Nada magoa mais o brasileiro médio, ao menos aquele consciente de sua própria cidadania, do que receber tratamento discriminatório. Hoje se briga nas ruas quando alguém intenta postar-se fora de ordem nas filas (fura a fila). A Constituição de 1988, na esteira de forte pressão popular, rompeu com vários privilégios já tradicionais e a cada momento as pessoas se comparam com as demais para aferir eventuais discriminações. Até as crianças, nos lares e nos colégios, exigem tratamento isonômico. Trata-se seguramente do sentimento que mais concretamente fala ao home de hoje sobre Direito e Justiça. Nestas circunstâncias, o sistema jurídico não pode deixar sem remédio adequado casos de julgamento díspares que revoltam os protagonistas, deixam perplexa a sociedade e desorganizam o meio social. (...)
>
> O elenco de casos poderia se estender por páginas a fio, mesmo que somente se desse atenção ao numerosos e de repercussão nacional. Em qualquer deles, porém, o direito ou era um, ou era o outro. Metade das sentenças estava errada. Nestes casos, todos aqueles que perderam as suas demandas restaram descrentes da Justiça e certamente passaram a difundir entre os seus a notícia da falência do Judiciário. O potencial desagregador destes deslizes patrocinados pelo sistema jurídico é assombroso. **Não se agride impunemente a isonomia.** Trata-se de valor inestimável a ser preservado pelo Direito, ainda que por sentimento egoístico de autopreservação.

Revista.indd 475 13/09/2011 11:44:59

Não é um mecanismo meramente técnico controlar a Administração. Acima de tudo, é uma arte, qual seja a de imprimir justiça tendo considerado a harmonização dos interesses individuais ou coletivos de cada conflito com o interesse público, sem substituir a discricionariedade política pela judicial, sendo tão pernicioso o controle que paralise a atividade estatal como que limite excessivamente com diminuição das garantias do Estado de Direito (PÉRÉZ, 2005).

7. Conclusão

O estudo do processo civil alcançou um elevado grau de abstração em detrimento de análises doutrinárias voltadas a inseri-lo no contexto político e social. O modelo processual concebido foi meramente de pretensões teórico-científicas, voltado para a coerência interna dos institutos processuais e lastreado no modelo liberal de Estado, isto é, o direito processual não era concebido como estratégia de poder.

Entretanto, analisando-se o contexto histórico e a legislação processual existente, é possível concluir que a partir da autonomia científica do processo civil, este novo ramo da ciência jurídica foi acolhido pelo direito constitucional, por dizer respeito à regulamentação do exercício de uma das funções do Estado, qual seja o poder jurisdicional.

Com o surgimento do "direito administrativo" e do crescimento da máquina estatal poderosa da Administração, foi necessária a adaptação do processo a um processo judicial público, conhecido na Europa e em vários países latino-americanos como jurisdição administrativa. Esta eclodiu subitamente em meados de 1789, com a Revolução Francesa, afirmando-se no século XIX e conhecendo um espetacular desdobramento ao largo do século XX, tendo surgido como peça central do ordenamento democrático substantivo e que se tem convencionado chamar Estado de Direito.

O conceito de Estado de Direito pressupõe a observância da legalidade por parte da Administração na busca do interesse público, sendo que o controle destes atos deve ser realizado pelo Poder Judiciário como forma de legitimar a existência do próprio Estado.

Não existe, no Brasil, uma justiça administrativa especializada, mas cabe ao Poder Judiciário exercer a jurisdição administrativa dirimindo os conflitos em que há interesse da Administração Pública. As regras do

Revista.indd 476 13/09/2011 11:44:59

processo civil de origem privatista, oriundas do liberalismo, utilizadas para a solução das lides decorrentes de direito públicos não tem elementos suficientes para solucionar as demandas.

Resultou desta distorção, o surgimento de lides numerosas decorrentes de mega-conflitos oriundos de atos ou omissões da administração pública, discutidos individual ou coletivamente, de forma inadequada, assoberbando a máquina judiciária, infringindo decisões contraditórias e levando a uma insegurança jurídica generalizada.

A igualdade de tratamento da justiça administrativa (direito processual público) decorre, primeiramente, de uma igualdade imposta pelo direito material e, somente depois, de uma igualdade imposta pelo direito processual ao Poder Judiciário.

Forçoso concluir que a existência de um justo processo público deve, urgentemente, passar a ser objeto de estudos e alterações legislativas para que ocorra um enfrentamento isonômico e eficiente das demandas repetitivas contra o Poder Público, o que se constitui, sem margens de dúvida, numa das peças fundamentais para a correta configuração do Estado Democrático de Direito.[7]

[7] Conforme se depreende da exposição de motivos que justificaram a reforma da legislação espanhola que cuida dos processos em que há presença da Administração Pública(Ley 29 de 13 de julho de 1998) , percebe-se a clara interligação entre um procedimento adequado para o controle do Poder Público com elemento imprescindível para concretizar o Estado de Direito: "La Jurisdicción Contencioso-administrativa es una pieza capital de nuestro Estado de Derecho. Desde que fue instaurada en nuestro suelo por las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, y a lo largo de muchas vicisitudes, ha dado sobrada muestra de sus virtualidades. Sobre todo desde que la Ley de 27 de diciembre de 1956 la dotó de las características que hoy tiene y de las atribuciones imprescindibles para asumir la misión que le corresponde de controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración.

Revista.indd 477 13/09/2011 11:44:59

Referências

ARAÚJO, Sérgio Luis Souza. O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. **Revista de Informações Legislativas,** n.36, n.143 jul/set.1999. Disponível em : **http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/498** , acesso em: 15 de novembro de 2009

I Colóquio Brasil-Espanha-França " Princípios Fundamentais e Regras Gerais da jurisdição administrativa", *in* **Revista Internauta de Práctica Jurídica,** n.22, 2008, p 143-153.

ENTERRÍA, Eduardo García de.**Las Transformaciones de la Justicia Administrativa:** de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. Un Cambio de Pardigma? Pamplona: Civitas, 2007.

FRANCK, Moderne. Origem y Evolución de la Jurisdicción Administrativa em Francia. In: **História y Perspectivas de la Jurisdicción Administrativa em Francia y en América Latina:** Colóquio Conmemorativo del Bicentenário del Consejo de Estado francés. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús; CASSAGNE, Juan Carlos. **La justicia administrativa en Iberoamérica.** Buenos Aires: Lexis, 2005.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Antônio Cândido. A difícil Justiça Administrativa: o teste da organização judicial ,*in* **Scientia Jurídica**-Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro. Largo do Paço: Universidade do Minho, 2005, p 60-88.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de Interesse Público. In. **O processo Civil e Interesse Público:** O processo como Instrumento de Defesa Social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder:** Reflexo da Judicialização da Política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Revista.indd 478 13/09/2011 11:44:59

SILVA, Ovídio A. Baptista da . **Curso de Processo Civil:** processo de conhecimento. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter. A Jurisdição Administrativa no Brasil, *in* **Código de Jurisdição administrativa, o modelo alemão.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 69/72.

STRECK, Lênio Luiz; MORAES, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SOUZA, Paulino José Soares de. " Necessidade de uma Organização Administrativa Contenciosa que dê Garantias. Quais devem ser?". *In:* CARVALHO, José Murilo. **Visconde de Uruguai.** São Paulo: 163: 2002.

_____. "Direito Administrativo brasileiro", *in:* CARVALHO, José Murilo.
Visconde do Uruguai. São Paulo: 34, 2002.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 5a ed. Atualialização Legislativa de Sérgio Bermudês. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TAMER, Sérgio Victor. **Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias:** Um Estudo sobre o Controle dos Atos Políticos e Garantia Judicial dos Direitos Sociais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

WEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 3. ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

Revista.indd 479 13/09/2011 11:44:59

Este livro foi editado eletronicamente,
em fonte Minion Pro, corpo 12 e 15, sendo a tiragem de
350 exemplares,
capa impressa em Cartão Triplex 250 gr/m² e o miolo
em Off-Set de 75 gr/m².
Produzido no Parque Gráfico da
Companhia Editora de Pernambuco - CEPE,
em outubro de 2011.
Fone: (81) 3183.2700 - Fax: (81) 3183.2747
E-mail: orcamento@cepe.com.br

Revista.indd 480 13/09/2011 11:44:59