

ISSN impresso 1806-8200

ISSN digital 2236-1766

# Direito Público

Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP

ANO XI — Nº 60 — Nov-Dez 2014

## INDEXADA POR

Index Copernicus Internacional  
Sumário de Revistas Brasileiras  
Latindex

## REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Nº 610/2009  
Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Nº 1999.02.01.057040-0  
Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Nº 17/2010  
Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Nº 35/2008  
Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Nº 10/2009

## DIRETORES

Elton José Donato  
Dalide Correa

## EDITOR-CHEFE

Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP/DF)

## EDITORA-ADJUNTA

Ana Carolina Figueiró Longo (IDP/DF)

## CONSELHO EDITORIAL

Aline Sueli de Salles Santos (UFTO), Alvaro Ricardo de Souza Cruz (PUC-MG), Alvaro Sanchez Bravo (Univ. de Sevilla),  
Ana Paula Barcelos (UERJ), Augusto Aguilar Calohro (Univ. de Granada-ES),  
Daniel Antonio de Moraes Sarmiento (UERJ), Fernando Araújo (Univ. de Lisboa-PT),  
Francisco Balaguer Callejón (Univ. de Granada-ES), Francisco Fernandez Segado (Universidad Complutense de Madrid),  
Gilmar Ferreira Mendes (IDP e UnB), Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS),  
Joaquim Brage Camazano (Universidade Européia de Madrid), Jorge Octávio Lavocat Galvão (USP),  
Julia Maurmann Ximenes (IDP-DF), Lauro Gama Jr. (PUC-RJ), Luciano Mariz Maia (UFPB),  
Marinella Araujo (PUC-MG), Pierdomenico Logroscino (Università degli Studi di Bari),  
Vladimir Oliveira da Silveira (PUC-SP)

## CORPO ADMINISTRATIVO EDITORIAL

Adriana da Fontoura Alves, Anna Carolina Carneiro, Bruno Degrazia, Carlos Maurício Lociks de Araújo, Eder Pereira Assis,  
Ederaldo Magalhães Andrade Júnior, Fernanda Almeida Abud Castro, Francisco Valle Brum, Guido Cerqueira Café Mendes,  
Hugo Souto Kalil, Ivete Oliveira Alves, Janete Ricken Lopes de Barros, José dos Santos Carvalho Filho,  
Micaela Dominguez Dutra, Odilon Cavallari de Oliveira, Rodrigo Chaves de Freitas, Virginia Borges Silva

## COMITÊ TÉCNICO

Edevaldo Siqueira Gaudencio

## COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Adir Ubaldino Rech, Diego Luis Alonso Massa, Dietmar Von Der Pfordten, Humberto Fernandes de Moura,  
Julia Maurmann Ximenes, Luiza Ferreira Odorissi, Mônia Clarissa Hennig Leal, Peter Häberle, Valério de Oliveira Mazzuoli

## 2003 © SÍNTESE

Uma publicação da SÍNTESE, uma linha de produtos jurídicos do Grupo SAGE e do IDP – Instituto Brasileiro de Direito Público.  
Publicação bimestral de doutrina, jurisprudência e outros assuntos de Direito Público.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso dos editores.

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos respectivos tribunais.

A solicitação de cópias de acórdãos na íntegra, cujas ementas estejam aqui transcritas, e de textos legais pode ser feita pelo e-mail: pesquisa@sage.com.br (serviço gratuito até o limite de 50 páginas mensais).

Distribuída em todo o território nacional.

Tiragem: 3.000 exemplares

Revisão e Diagramação: Dois Pontos Editoração

Artigos para possível publicação devem ser encaminhados exclusivamente por meio do Portal de Periódicos do IDP ([www.direitopublico.idp.edu.br](http://www.direitopublico.idp.edu.br)), com o prévio cadastramento do Autor.

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito Público. – v. 1, n. 1 (jul./set. 2003)-

Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2003-  
v. 11, n. 60; 15,5 x 22,5 cm  
Bimestral

ISSN: 1806-8200  
1. Direito público

CDU 342  
CDD 341

(Bibliotecária responsável: Nádia Tanaka – CRB 10/855)

Solicita-se permuta.  
Pídese canje.  
On demande l'échange.  
Si richiede lo scambio.  
We ask for exchange.  
Wir bitten um austausch.

Permuta com as Instituições:  
Escola Nacional de Administração Pública. Biblioteca Graciliano Ramos.  
Escola Superior da Magistratura. Ajuris. Biblioteca.  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Contagem. Biblioteca.  
Senado Federal. Biblioteca Acadêmico Luiz Viana Filho.  
Universidade de Brasília. Biblioteca Central.  
Universidade de Lisboa. Biblioteca.  
Universidade de Santa Cruz do Sul. Biblioteca Central.  
Universidade Federal de Santa Catarina. Biblioteca Universitária.  
Universidade do Vale do Itajaí. Biblioteca Central Comunitária.  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Biblioteca.  
Universidade Federal do Paraná. Biblioteca Central.  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Biblioteca.

Uma coedição de:

\*IOB FOLHAMATIC ebs > sage

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.  
R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca  
05036-060 – São Paulo – SP

#### Telefones para Contatos

Cobrança: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900  
Demais localidades 0800.7247900

SAC e Suporte Técnico: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7247900

E-mail: [sacsintese@sage.com](mailto:sacsintese@sage.com)

Renovação: Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7283888

[www.iobfolhamatic.com.br](http://www.iobfolhamatic.com.br)



IDP – Instituto Brasileiro de Direito Público

[www.idp.edu.br](http://www.idp.edu.br)

SGAS 607 – Módulo 49 – Av. L2 Sul – Asa Sul

70200-670 – Brasília – DF

Fone/Fax: (61) 3535.6565

E-mail: [idp@idp.edu.br](mailto:idp@idp.edu.br)

## Carta do Editor

Prezado amigo leitor,

Este número da nossa revista apresenta como tema central o controle de políticas públicas e a efetivação dos direitos sociais. Novamente, assunto da hora, que se liga substancialmente à questão dos limites de atuação do Poder Judiciário e das suas responsabilidades no atual constitucionalismo. Damos a conhecimento, igualmente, novo texto, vertido em português, do ícone dos *scholars* do Direito Constitucional, Peter Häberle.

Esperamos que todos aproveitem os artigos selecionados para este volume!

Boa leitura!

**Paulo Gustavo Gonet Branco**

Editor



Normas Editoriais para Envio de Artigos .....	7
---	---

## Assunto Especial

### CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

#### DOCTRINA

1. A República de Weimar como Paradigma do Estado Moderno: o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Meio de Efetivação dos Direitos Sociais Luiza Ferreira Odorissi e Mônia Clarissa Hennig Leal .....	9
--	---

#### TEXTOS CLÁSSICOS

1. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição Peter Häberle .....	25
--	----

#### JURISPRUDÊNCIA

1. Acórdão na Íntegra (STF) .....	51
2. Ementário.....	56

## Parte Geral

#### DOCTRINAS

1. A Discriminação Indireta, Sua Natureza Jurídica e a Possibilidade de Implementação das Ações Afirmativas nas Relações de Emprego: Algumas Breves Ideias Humberto Fernandes de Moura.....	63
2. Instrumentos de Inclusão Social e Sustentabilidade Urbana Adir Ubaldo Rech .....	74

#### JURISPRUDÊNCIA

##### ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

1. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.....	86
2. Tribunal Regional Federal da 2ª Região.....	92
3. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.....	98
4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região.....	104
5. Tribunal Regional Federal da 5ª Região.....	111

## EMENTÁRIO

1. Administrativo.....	116
2. Ambiental .....	122
3. Constitucional.....	137
5. Penal/Processo Penal.....	138
4. Processo Civil e Civil.....	141
6. Trabalhista/Previdenciário .....	148
7. Tributário .....	159

## Seção Especial

### TRADUÇÃO

1. Individualismo Normativo e o Direito Dietmar Von Der Pfordten.....	172
--	-----

### TEORIAS E ESTUDOS CIENTÍFICOS

1. Análise da Decisão “BG Group plc vs. República Argentina” Proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos: Todos os Caminhos Levam a Roma? Valerio de Oliveira Mazzuoli e Diego Luis Alonso Massa .....	198
2. Uma Proposta de Matriz de Análise para a Pesquisa sobre a Judicialização dos Direitos Sociais Julia Maurmann Ximenes .....	222

<b>Clipping Jurídico.....</b>	<b>238</b>
-------------------------------	------------

<b>Resenha Legislativa.....</b>	<b>243</b>
---------------------------------	------------

<b>Bibliografia Complementar .....</b>	<b>244</b>
--	------------

<b>Índice Alfabético e Remissivo .....</b>	<b>245</b>
--	------------

## Normas Editoriais para Envio de Artigos

A *Direito Público* é uma publicação conjunta da Escola de Direito do IDP e a IOB, e é a revista oficial do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da EDB/IDP e objetiva ser um espaço de atualização bibliográfica constante para a comunidade acadêmica, bem como de divulgação dos trabalhos publicados pelo corpo discente do Instituto. O programa de Mestrado do IDP e a linha editorial da revista contemplam as seguintes linhas de pesquisa: a) Constituição: Articulações e Relações Constitucionais; e b) Direitos Fundamentais e Processos Constitucionais.

A revista publica artigos originais e inéditos de pesquisa e reflexão acadêmica, estudos analíticos e resenhas na área do Direito Público, consignando-se que as opiniões emitidas pelo autor em seus artigos são de sua exclusiva responsabilidade. A publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da Revista, sendo reservado à mesma o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, e, também, o direito de propor eventuais alterações, desde que aprovadas pelo autor. À editora fica reservado o direito de publicar os artigos enviados em outros produtos jurídicos da IOB.

A publicação dos artigos enviados não implicará remuneração a seus autores, tendo como contraprestação o envio de um exemplar da edição da Revista onde o artigo foi publicado.

Os trabalhos devem ser encaminhados exclusivamente por meio do Portal de Periódicos do IDP, com o prévio cadastramento do Autor, no endereço eletrônico [www.direitopublico.idp.edu.br](http://www.direitopublico.idp.edu.br), com as seguintes especificações:

- Arquivo formato Word, ou em formato compatível com o pacote Office;
- Fonte Times New Roman, tamanho 12;
- Espaçamento entre linhas de 1,5;
- Títulos e subtítulos em caixa alta, alinhados à esquerda e em negrito em português e inglês;
- Resumo informativo no idioma do texto e em língua estrangeira;
- Palavras-chave/descriptores em português e inglês;
- Referências à bibliografia consultada;
- O autor deverá cadastrar-se no Portal da Revista Direito Público do IDP ([www.direitopublico.idp.edu.br](http://www.direitopublico.idp.edu.br)), indicando o resumo de sua biografia e seu endereço de correspondência;
- O arquivo contendo o texto não deverá conter nenhuma referência à qualificação do autor, sob pena de rejeição.

#### **PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO DE ARTIGOS – *BLIND PEER REVIEW***

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pelo Corpo Administrativo Editorial, verificando sua adequação à linha editorial da Revista. Após essa avaliação, os artigos são remetidos a dois pareceristas anônimos – Professores Doutores membros do Conselho Editorial – para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *duplo blind review*. Excepcionalmente, haverá convites para publicação, não excedendo tais casos 25% dos artigos publicados em determinado ano. Os convites serão formulados exclusivamente pelo Editor Chefe da revista Direito Público.

## A República de Weimar como Paradigma do Estado Moderno: o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Meio de Efetivação dos Direitos Sociais

**LUIZA FERREIRA ODORISSI**

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

**MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL**

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

Submissão: 16.02.2014

Decisão Editorial: 15.05.2014

**RESUMO:** O presente trabalho busca, a partir de uma contextualização histórica da obra *A República de Weimar (1919-1933)*, de Lionel Richard, analisar a situação histórica da Alemanha até a promulgação da Constituição de Weimar, perpassando, assim, pela análise dos seus dispositivos legais, especialmente no tocante aos direitos sociais. Como método de trabalho, utiliza-se o indutivo e comparativo, estudando, a partir do contexto alemão, a influência dos direitos sociais nas Constituições brasileiras. No tocante à técnica de pesquisa, utiliza-se a documentação indireta, eis que realizada por meio de buscas bibliográficas. Analisam-se os direitos sociais, suas características e pressupostos, bem como sua positivação nas Constituições brasileiras, que foram influenciadas pela Constituição de Weimar. Por fim, estudam-se as políticas públicas como forma de realização dos direitos sociais, analisando-se a conceituação e características e a possibilidade de realização do controle jurisdicional dessas políticas públicas, especialmente quando ineficazes.

**PALAVRAS-CHAVE:** República de Weimar; direitos sociais; políticas públicas; Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** The present work parts from the contextualization of the book *The Weimar Republic (1919-1933)*, written by Lionel Richard, and analyzes the historical situation of Germany in the context of the Weimar Constitution promulgation, through the analysis of their legal provisions, especially regarding social rights. As working method, research uses the inductive and comparative study, parting from the German context to the influence of social rights in the Brazilian Constitution. As far as technical research, indirect documentation is performed by literature searches. It examines the social rights, their characteristics and assumptions, as well as its positivization in Brazilian Constitutions influenced by the Weimar Constitution. Finally, we study public policies as embodiment instruments of social rights, analyzing the concept and characteristics and the possibility of performing judicial control of public policies in order to protect them, especially in cases of ineffectiveness.

KEYWORDS: Weimar Republic; social rights; public policy; Judiciary.

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 A República de Weimar como o paradigma dos direitos sociais: uma contextualização histórica a partir da obra *A República de Weimar (1919-1933)*, de Lionel Richard; 2 Os direitos sociais: conceito, delimitação histórica e temporal e o problema da eficácia dos direitos fundamentais; 3 As políticas públicas como instrumento de efetivação dos direitos sociais: aspectos conceituais, características e o controle jurisdicional de políticas públicas; Considerações finais; Referências.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho desenvolve-se a partir do estudo da obra *A República de Weimar (1919-1938)*, de Lionel Richard, analisando a realidade histórica da Alemanha até a promulgação da Constituição Weimariana, em 1919.

Em razão da entrada da Alemanha na I Guerra Mundial, ocorreram profundas transformações sociais, econômicas e culturais no cenário alemão: com o foco na produção bélica, a realidade social converteu-se no verdadeiro caos: escolas foram fechadas e os professores passaram a integrar o exército, foram milhares de mortos, doenças atingindo a população, fome, miséria, etc. A derrota na guerra e as consequências do Tratado de Versalhes devastam ainda mais a Alemanha.

A República de Weimar instaura-se em um contexto de inúmeras revoluções, em uma sociedade fragilizada, cansada e que, acima de tudo, busca um novo rumo a seguir. A Constituição de Weimar foi promulgada em 1919 e trouxe consigo a proteção aos direitos sociais, tornando-se um dos grandes marcos da modernidade.

Os direitos sociais, classificados na segunda dimensão dos direitos, exigem uma prestação por parte do Estado, reclamando uma postura ativa e eficaz para sua fruição. A Constituição Federal de 1988 apresentou um extenso e exaustivo rol de direitos e garantias fundamentais – individuais, sociais e coletivos – revelando a preocupação do legislador na salvaguarda destes direitos.

O Estado exerce papel indispensável na concretização dos direitos sociais, encontrando na política pública um fundamental instrumento. As políticas públicas, consideradas, de um modo geral, como um conjunto de atividades, ações e programas, representam a modalidade de ação por excelência do modelo de Estado Constitucional.

Neste cenário, busca-se analisar, igualmente, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, enquanto instrumentos de garantia do direito social. Para tanto, diante da sua proeminência no Estado Constitucional, atuando como garante da Carta Constitucional, estuda-se a sua legitimidade para intervir nas situações em que as políticas públicas não são realizadas ante a alegação, pelo Poder Público, da falta de recursos.

## 1 A REPÚBLICA DE WEIMAR COMO O PARADIGMA DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA A PARTIR DA OBRA A REPÚBLICA DE WEIMAR (1919-1933), DE LIONEL RICHARD<sup>1</sup>

A Primeira Guerra Mundial transformou o cenário social Alemão. Até meados do século XX, a Alemanha ainda tinha chances de vencer o armistício. Ocorre que, com o ingresso dos Estados Unidos, em 1917, na Tríplice Entente, essas chances reduziram-se consideravelmente.

A Alemanha encontrava-se muito mais enfraquecida. O esforço dispendido na guerra havia sido tão intenso que acabou por deformar o cenário alemão: o número de soldados havia mais do que triplicado desde 1914, atingindo quase 10 milhões – professores eram incorporados ao exército e jovens a partir dos 16 anos já podiam ser enviados para frente militar –; nas indústrias, o número de operários diminuiu um quarto e o das operárias crescera 50%; a mão de obra era utilizada para a construção ou manutenção de material bélico; nas indústrias têxteis e alimentares<sup>2</sup>, a produção caiu 60%, levando o país, rapidamente, a um profundo desequilíbrio econômico e social.

Diante de todos esses problemas, o fervor patriótico, que havia arrebatado o povo alemão no início de agosto de 1914, começava a declinar. Na medida em que a hipótese de vitória desmoronava, os opositores não ficaram isolados, dividindo, assim, a sociedade alemã entre os que defendiam a guerra a qualquer custo e, de outro, os que lutavam pela paz.

Neste sentido, o principal partido alemão, o Partido Social-Democrata – que, em 1914, tinha mais de um milhão de partidários – dividiu-se: os que permaneceram membros eram chamados de “majoritários”, enquanto que os que o deixaram se denominaram “independentes”. Esse grupo comportava uma ala revolucionária, chamada “Liga Spartakista”, que foi o embrião do futuro Partido Comunista, tendo como principais dirigentes Karl Liebknecht e Rosa Luxemburgo<sup>3</sup>, que haviam sido condenados à prisão.

No entanto, chegou um momento em que, de todos os lados, surgiram reivindicações de democracia. O que havia mudado pouco a pouco nos espíritos era a própria ideia do Estado. A razão era simples: nada fora modificado

1 Todas as informações constantes neste capítulo são da obra *A República de Weimar (1919-1933)*, de Lionel Richard.

2 A maioria dos cidadãos carecia dos produtos de primeira necessidade. Quando era possível o abastecimento, o racionamento instituído dava direito a um ovo, 2,5 quilos de batatas e 20 gramas de manteiga por semana. Em Berlim, as sopas populares eram frequentadas por 200.000 fregueses. Evidentemente, a desnutrição tornava as pessoas mais vulneráveis às doenças. Em Frankfurt, a mortalidade por tuberculose subiu 11,9% em 1914 para 17,3% em 1917. Em 1916, Berlim conheceu tantas vítimas da tuberculose quanto trinta anos antes, quando se começava a tratar dessa doença. Surgiram casos de tifo e cólera.

3 Neles, a população operária havia encontrado seus porta-vozes da luta pela paz. Um movimento de oposição à guerra, impulsionado e influenciado pelos independentes e, mais particularmente, pelos spartakistas, fora posto em ação. Nas fábricas, a consciência política crescera e a revolução vitoriosa na revolução vitoriosa na Rússia em novembro de 1917 alimentava a esperança de alcançar rapidamente a paz e liquidar, ao mesmo tempo, o regime imperial. Esse era o objetivo da propaganda clandestina dos spartakistas.

desde a Constituição de 1871 e todo o edifício do Império da Alemanha tinha fundamentos antidemocráticos. Diante deste cenário, debates tiveram lugar no Parlamento a fim de mudar essa organização estatal e por meio de inúmeras greves, protestos e manifestações conduziram à libertação de Karl Liebknecht.

A libertação do líder spartakista representou, sobretudo para as famílias operárias, um sinal de que a paz estava próxima e de que as transformações na Alemanha eram iminentes. Essa certeza foi confirmada em 26 de outubro de 1918, quando da edição de uma série de leis modificando a Constituição de 1871: as atribuições do Parlamento eram ampliadas e as decisões militares passaram a ser submetidas ao seu controle. A Alemanha se transformava em uma monarquia parlamentar, entretanto, ainda monárquica.

Em novembro de 1918 eclodiu uma rebelião naval que culminou em uma guerra civil. Em razão da situação degradante em que se encontravam, os marinheiros se recusaram a seguir os oficiais que queriam continuar a guerra no mar e, assim, desarmaram os oficiais, libertaram os prisioneiros nos quartéis e elegeram um conselho de soldados. Com esse exemplo, os operários interromperam o trabalho nas fábricas.

Em 4 de novembro de 1918, um dirigente social-democrata, Noske, foi enviado para o Porto de Kiel para negociar com os marinheiros. Neste cenário, um novo governo tomava posse, dirigido pelos social-democratas Ebert e Scheidemann. Consentida por grande parte da população alemã, comemoravam “a mais grandiosa das revoluções”. Neste mesmo cenário, o Rei Guilherme II comunicava sua abdicação, entretanto indicou Friedrich Albert como novo chanceler para assumir seu cargo. Assim, a Alemanha perdera um Imperador para ganhar dois poderes: Por um lado, o da rua, das fábricas em greve e, por outro, o poder de um novo chanceler, que recebia o seu título de um Estado agora inexistente, o Império.

Instaura-se novamente o clima de guerra já nos primeiros dias em que a Alemanha se vê desembaraçada do regime monárquico. O cenário era de greves, manifestações, assembleias gerais, discursos, ocupações de prédios públicos, etc. Uma luta sem trégua é travada pelo governo Ebert para conter a ala revolucionária.

Apesar das perturbações que se prolongam alternadamente nas diferentes regiões, pelo menos até o final de 1923, os dirigentes social-democratas Ebert e Scheidemann, apoiados pelo exército, mantiveram os compromissos assumidos nos primeiros dias de 1918: organizar eleições por sufrágio universal para a formação de uma nova assembleia nacional e dotar a Alemanha de uma constituição republicana.

As eleições foram anunciadas em Berlim em 19 de janeiro de 1919. A primeira inovação da campanha eleitoral se deu com a participação de propagandistas femininas, já que o direito ao voto tinha sido recentemente concebido às mulheres. Igualmente é possível destacar o ineditismo nos métodos de pro-

paganda, que, visivelmente estimulados pelo estilo americano, com cartazes imensos com cores contrastantes e vivas, cobriam os edifícios públicos. Além dos anúncios, homens-sanduíches distribuíam programas políticos em todos os cantos da rua. E, sobretudo, o governo se servia de caminhões militares para levar a boa palavra a todos os cantos. À frente, ia um caminhão com a fanfarra. Um segundo o seguia com os distribuidores de panfletos e o terceiro levava um orador. Nas encruzilhadas, nas praças, a caravana se detinha. O orador fazia o seu discurso em favor dos social-democratas Ebert e Scheidemann. Ao final, a música retumbava e os caminhões partiam.

Os partidos apresentavam candidatos às 421 cadeiras a serem ocupadas, com exceção do Partido Comunista, que se recursara a tomar parte nessas eleições. A participação eleitoral atingiu 30 milhões dos 37 milhões de eleitores recenseados. As mulheres, os soldados e os jovens de vinte anos completos tinham, agora, o direito ao voto.

O Partido Social-Democrata venceu as eleições, pondo término, em definitivo, à revolução. Entre os deputados dessa Assembleia Nacional, havia 37 mulheres, tendo sido a Alemanha o primeiro país a mandar representantes femininas para uma Câmara de Deputados.

Em 6 de fevereiro, a Assembleia se reúne para as suas primeiras resoluções. O lugar escolhido foi Weimar, uma cidade da Turíngia de 6.000 habitantes, e o benefício era o de que não havia fábricas ou agitação: lá, os legisladores poderiam concentrar-se inteiramente em seu trabalho<sup>4</sup>. Em 11 de fevereiro fora anunciado, de forma provisória, Friedrich Ebert como Presidente. A eleição do Presidente da República ocorreria quando a Alemanha tivesse uma Constituição<sup>5</sup>.

Inicialmente os deputados tiveram de se pronunciar sobre a assinatura do Tratado de Versalhes<sup>6</sup>, em razão da derrota na Primeira Guerra Mundial. Manifestações, campanhas de propaganda, apelos contra a assinatura daquilo qualificado como “infamante”. Apesar da “humilhação” que a assinatura do tratado representava, sob pena de ver a Alemanha entregue ao caos, a concordância com os termos do acordo era a melhor opção a ser tomada.

4 É que em 13 de janeiro de 1919 as forças militares alemãs travaram violentos conflitos em Berlim contra os spartakistas, resultando na morte dos líderes da ala revolucionária. Rosa Luxemburgo foi espancada quase até a morte pela multidão e seu corpo teria desaparecido. Karl Liebknecht fora abatido com uma bala nas costas quando tentava fugir. O corpo de Rosa Luxemburgo só será encontrado em 31 de maio de 1919.

5 Em 14 de novembro do ano anterior, Ebert pedira a um professor de Direito da Universidade de Berlim, Hugo Preuss, que redigisse o projeto da Constituição.

6 A derrota instaurou o verdadeiro caos. E a respectiva assinatura do Tratado de Versalhes representou verdadeira humilhação para os alemães. O Tratado impôs severas condições à Alemanha, entre elas: reconhecimento da independência da Áustria; devolução dos territórios de Alsácia-Lorena à França; devolução à Polônia das províncias de Posen e Prússia Ocidental; pagamento aos países vencedores (principalmente à França e Inglaterra) uma indenização pelos prejuízos causados durante a guerra. Este valor foi estabelecido em 269 bilhões de marcos; proibição de funcionamento da aeronáutica alemã; a Alemanha deveria ter seu exército reduzido para no máximo 100.000 soldados; proibição da fabricação de tanques e armamentos pesados; redução da marinha alemã para 15.000 marinheiros, 6 navios de guerra e 6 cruzadores, etc.

A Constituição foi promulgada em 11 de agosto de 1919 e, como características, apresentava o território alemão como um Estado unitário – mas sem a supressão do regime federalista –, as 25 províncias do Império tinham sido reduzidas a 17 regiões, com uma autonomia limitada a certas competências legislativas e administrativas. As finanças dependeriam de um governo central e o Presidente da República seria eleito para um período de sete anos por sufrágio universal.

A Constituição é composta por 165 artigos, divididos em dois livros: Livro I, relativo à Estrutura e Fins da República, e o Livro II, pertinente aos Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão. O primeiro, enquanto responsável pela vinculação do Estado, da estruturação dos seus órgãos e dos limites de atuação da Administração Pública, não oferece maiores inovações (Pinheiro, 2006).

Por outro lado, a extensa previsão dos direitos fundamentais dos cidadãos tornou-se o grande paradigma do Estado Moderno. Diversas espécies de direitos fundamentais encontram-se dispersas no corpo do texto constitucional: entre os direitos de primeira geração, destaca-se o direito à igualdade (art. 109), igualdade cívica entre homens e mulheres (art. 109, §1º), direito à nacionalidade (art. 110), direito das minorias de língua estrangeira (art. 113), inviolabilidade de domicílio (art. 115), igualdade jurídica entre os cônjuges (art.119), igualdade entre filhos havidos na constância ou fora do matrimônio (art. 121), direito ao voto secreto (art. 125), etc.

Inovando no cenário mundial, previu direitos de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais e econômicos, destacando-se os seguintes: proteção e assistência à maternidade (art. 119, § 2º, e 161), direito à educação da prole (art. 120), proteção, moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122), direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público (art. 129), direito ao ensino de arte e ciência (art. 142), ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145), gratuidade do material escolar (art. 145), direito a “bolsa estudos”, ou seja, à “adequada subvenção aos pais dos alunos considerados aptos para seguir os estudos secundários e superiores, a fim de que possam cobrir a despesa, especialmente de educação, até o término de seus estudos” (art. 146, § 2º), função social da propriedade, desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153), direito a uma habitação sadia (art. 155), direito ao trabalho (art. 157 e art. 162), direito da classe operária a “um mínimo geral de direitos sociais” (art. 162), proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (art. 161 – Previdência Social), seguro-desemprego (art. 163, § 1º) e direito à participação, mediante Conselhos – Conselhos Operários e Conselhos Econômicos –, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei (art. 165) (Pinheiro, 2006).

Da leitura do texto constitucional weimariano, pode-se perceber a crise que revestia os cenários social, econômico e cultural da Alemanha neste período. Neste sentido, Paulo Bonavides (2008) refere-se:

O auge da crise vem documentado pela Constituição de Weimar. As declarações de direitos, as normas constitucionais ou normas-princípios, não importa o teor organizativo ou restritivo que possam ter, se voltam basicamente para a Sociedade e não para o indivíduo; em outros termos, buscam desesperadamente reconciliar o Estado com a Sociedade, intento cuja consequência imediata estampa o sacrifício das teses individualistas. Logrou-se esse sacrifício numa batalha doutrinária travada por duas teses constitucionais: uma a do Estado liberal, em decadência; outra a do Estado social, em ascensão. (Bonavides, 2008, p. 210)

Muito embora tenha sido promulgada em um complicado período pela qual passava a Alemanha, o texto constitucional se revela como marco histórico da constitucionalização social. A matéria, até então inédita no âmbito constitucional, faz da Constituição de Weimar um verdadeiro paradigma mundial, exercendo influência.

Os direitos sociais – entendidos como a materialização da igualdade – exigem, para sua fruição, uma postura ativa do Estado, na medida em que se realizam mediante uma ação governamental. O estudo detalhado acerca deste instituto será feito no item que segue.

## 2 OS DIREITOS SOCIAIS: CONCEITO, DELIMITAÇÃO HISTÓRICA E TEMPORAL E O PROBLEMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado constitui-se, a partir da Idade Moderna, como figura central do desenvolvimento e da organização em sociedade. Estabelece-se a ideia de que o Estado está a serviço do homem e, assim, a ideia de mensurabilidade dos atos e manifestações de seu poder.

Considerando que o mercado do Estado Liberal não atendia às condições básicas de sobrevivência e de desenvolvimento dos cidadãos, bem como diante das desumanas condições de trabalho, a postura intervencionista por parte do Estado, que assegurasse, minimamente, a realização desses direitos, mostrava-se impreterível<sup>7</sup>.

Era necessária a criação de mecanismos para evitar abusos dos agentes econômicos, cujo mercado não conseguia controlar, pois a incorporação de novas tecnologias ao processo produtivo engendrara a economia de escala, favorecendo a concentração do capital, em detrimento dos pequenos produto-

7 Não havia limitação para a jornada de trabalho, salário-mínimo, férias, nem mesmo descanso regular. O trabalho infantil era aceito e as crianças eram submetidas a trabalhos braçais como se adultos fossem. A industrialização trouxe consigo, além da prosperidade econômica para uma minoria rica, uma série de problemas sociais, gerando naturalmente grande insatisfação entre aqueles que não tinham recursos para aproveitar os prazeres proporcionados pela paradoxalmente chamada de "Bella Época". Cf.: MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Altas, 2011. p. 49.

res. O mercado livre, sem amarras, impulsionava a formação de monopólios e oligopólios, prejudiciais à livre concorrência. Portanto, até para a preservação do próprio sistema capitalista, tornava-se necessário que o Estado assumisse uma posição mais ativa no cenário econômico, para disciplinar e impor certos limites às forças presentes no mercado (Sarmiento, 2004).

Assim, a influência da República de Weimar no constitucionalismo social ocidental revela-se decisiva, ao reconhecer direitos sociais não ao indivíduo abstrato e insulado, mas a um ser situado, titular de direitos de crédito sobre a sociedade. As Constituições sociais inseriram elementos para tornar mais justa a distribuição de renda, com a necessária prevenção de abusos<sup>8</sup>. Mudam, portanto, as concepções sobre o sentido e a função do Estado, dos partidos políticos, das Constituições e das leis (Bisch, 2010).

Nesse sentido, os direitos da segunda dimensão materializam o princípio da justiça social, correspondendo à reivindicação das classes menos favorecidas, em especial da classe operária, a título de compensação, em virtude de extrema desigualdade que caracterizava as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico (Sarlet, 1998).

No cenário brasileiro, a positivação dos direitos de segunda dimensão se deu, pela primeira vez, sob a égide da Constituição de 1934, que dispôs sobre a legislação trabalhista e dedicou um capítulo próprio para regular sobre a educação e cultura. Na sequência, com exceção da Carta de 1937 – caracterizada pela perda significativa de direitos – os direitos sociais estiveram presentes nas demais Constituições, revelando a preocupação do legislador constituinte em positivar temas tão caros aos cidadãos. Entre elas, a Constituição de 1988 merece destaque.

A Carta Constitucional de 1988 representou um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais. Indiscutivelmente é o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria na histórica constitucional do País (Piovesan, 2010).

Neste contexto, a Constituição de 1988, além de dispor no art. 6º os direitos sociais (a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a Previdência Social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados), apresenta uma ordem social com um amplo conjunto de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade.

---

8 Tinha se tornando evidente a necessidade de criação de mecanismos para evitar abusos dos agentes econômicos, cujo mercado não conseguia controlar. A incorporação de novas tecnologias ao processo produtivo engendrara a economia de escala, favorecendo a concentração do capital, em detrimento dos pequenos produtores. O mercado livre, sem amarras, impulsionava a formação de monopólios e oligopólios, prejudiciais à livre concorrência. Portanto, até para a preservação do próprio sistema capitalista, tornava-se necessário que o Estado assumisse uma posição mais ativa no cenário econômico, para disciplinar e impor certos limites às forças presentes no mercado (Sarmiento, 2004, p. 34).

A dignidade da pessoa humana foi elevada à posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo compreendida, conforme Breus (2007, p. 165), como “um princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas”. Assim, garantir os direitos sociais dos cidadãos é assegurar a dignidade humana, constituindo uma meta permanente para o Estado.

No intuito de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais (art. 5º a 17), o legislador constituinte lhes atribuiu aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF) e os consagrou entre as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF), sendo, portanto, direitos intangíveis e irredutíveis, seja por lei ordinária ou por emenda à Constituição, sob pena de padecerem de vício de inconstitucionalidade<sup>9</sup> (Piovesan, 2010).

Destaca-se, da mesma forma, que, em decorrência da dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais<sup>10</sup>, conduz-se à eficácia irradiante dos mesmos por todo o ordenamento. Nesse sentido, Daniel Sarmento (2004) conceitua:

Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a Administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional. (Sarmento, 2004, p. 155)

O legislador reconheceu a convivência dos direitos sociais com os direitos fundamentais e, embora muitos desses direitos sejam de expressão coletiva, o que se pretende proteger, ao final, é o indivíduo e, em última instância, a dignidade da pessoa humana, a qual faz parte da essência e da identidade da Constituição brasileira. Desta forma, os direitos sociais são fundamentais formal e materialmente. Neste sentido, Kelbert (2011) assegura:

Podem ser elencados diversos argumentos que ratifiquem o pertencimento dos direitos sociais à previsão do art. 5º, § 2º, dentre eles, podemos citar: O texto da norma não faz distinção entre os direitos que pretende acolher, pois enuncia que “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros [...]”. Igualmente, pode-se citar que a simples inserção dos direitos sociais no título destinado aos direitos fundamentais, por si só, já autoriza uma interpretação a favor da abrangência desses direitos pela norma em comento. Ademais, a formu-

9 À luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, pode-se afirmar que aos Poderes Públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que consagram os direitos fundamentais a maior eficácia possível, outorgando-lhes, nesse sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais (Sarlet, 1998).

10 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais permite a atribuição de efeitos jurídicos concretos mesmo àquelas normas consagradoras de direitos fundamentais que, pela sua natureza, carecem de integração legislativa para criação de direitos subjetivos fruíveis pelos seus titulares. Tais normas, no mínimo, produzem efeitos hermenêuticos, condicionando a interpretação e integração do ordenamento, vincularão o legislador futuro e servirão de parâmetro para a não recepção de preceitos legais anteriores, bem como para a decretação da inconstitucionalidade de normas supervenientes que com elas conflitam (Sarmento, 2004).

lação do art. 6º da Constituição enumera alguns direitos sociais e, encerra com a expressão “na forma desta Constituição”, viabilizando, portanto, a inclusão de outros direitos sociais que possam ser encontrados ao longo do texto constitucional. (Kelbert, 2011, p. 40)

No tocante à concretização dos direitos fundamentais culturais, econômicos e sociais, realizam-se mediante a adoção de um conjunto de atividades – como, por exemplo, as políticas públicas – que compete à Administração Pública implementar para cumprir os fins previstos na Constituição (Cambi, 2009).

Neste sentido, Caliendo (2010, p. 176) discorre que

Diferentemente dos direitos de defesa, os direitos a prestações são geralmente carecedores de eficácia se não houver uma concretização legislativa, visto que eles dependem da existência de recursos públicos e de condições materiais para a satisfação objetiva de todas as pretensões ligadas ao equilíbrio material na distribuição e redistribuição de recursos.

No atual contexto do Estado Democrático de Direito, as políticas públicas revelam-se importantes mecanismos de realização dos direitos fundamentais sociais. Assim, a realização de políticas públicas pelo Estado, concretizando preceitos constitucionais, perfaz o cumprimento de um dever. Da mesma forma que compete ao Estado a ação normativa especificando as normas políticas constitucionais, a ele também se impõe a ação executiva.

A conceituação, características e a possibilidade da realização desse controle de efetivação das políticas públicas pelo Poder Judiciário – poder que assume destaque na ordem constitucional vigente – será, por sua vez, analisada no item que segue.

### **3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: ASPECTOS CONCEITUAIS, CARACTERÍSTICAS E O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

O Estado Democrático de Direito assenta suas bases na democracia e nos direitos fundamentais, sendo esses dois elementos reciprocamente interligados e dependentes, não havendo democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, assim como inexistem direitos fundamentais-sociais sem democracia (Bittencourt; Lemos, 2008). Nesse sentido,

Não basta enumerar definir, explicitar, assegurar só por si os direitos fundamentais; é necessário que a organização constitucional esteja orientada para a sua garantia e sua promoção. Assim, como não basta afirmar o princípio democrático e procurar coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular, em qualquer momento; é necessário estabelecer um quadro institucional e que esta vontade se forme em liberdade e em cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro. (Miranda, 2012, p. 110)

Ainda discorre Bulos:

O Estado, ao instituir os serviços públicos, com o intuito de tornar operativas as disposições definidoras de direitos sociais, oferece, apenas, uma garantia de índole institucional. Isso não é o suficiente. Só mediante profunda mudança de mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos se realizar. Urge que nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase da efetividade dos comandos constitucionais positivados. Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprirem plenamente, criando, para tanto, as condições necessárias. (Bulos, 2010, p. 784-785)

Assim, a fruição dos direitos fundamentais revela-se uma questão complexa, que vem demandando – cada vez mais – um aparato de garantias e medidas concretas do Estado, de forma a disciplinar o processo social, criando modos de institucionalização das relações sociais que neutralizem a força desagregadora e excludente da economia capitalista e possam promover o desenvolvimento da pessoa humana (Bucci, 2006).

Logo, a necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta imperativa, à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular, os direitos sociais. As políticas públicas se tornaram uma categoria de interesse para o direito há pouco tempo,

isso porque as necessidades sociais, ao tempo do modelo de Estado antecedente, eram subsumidas à noção de interesse público. Atualmente, com o aumento do pluralismo social, necessidades sociais nunca antes sentidas passaram a reclamar ações do Poder Público, muitas de natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política, por isso, mostra-se premente a análise jurídica das políticas públicas. (Breus, 2007, p. 217)

Pode-se dizer que o fundamento das políticas públicas é a existência dos direitos sociais, sendo função do Estado coordenar as ações públicas que congregam os serviços públicos e os agentes privados para a realização dos direitos dos cidadãos.

Conforme Bucci (2006), poder-se-ia conceituar política pública como sendo:

O programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (Bucci, 2006, p. 39)

Já Schmidt (2008) entende que o conceito de política pública remete para a esfera do público e seus problemas. O público é uma dimensão mais ampla, que se desdobra em estatal e não estatal. O Estado está voltado (e deve estar) inteiramente ao que é público, mas há igualmente instâncias e organizações da sociedade que possuem finalidades públicas expressas, às quais cabe a denominação de políticas não estatais.

A participação popular é um dos principais instrumentos na realização das políticas públicas, na medida em que o processo inicia quando as pessoas identificam problemas sociais e econômicos que podem ser resolvidos por esforços governamentais<sup>11</sup>. Após a definição e percepção do problema, os interesses são agregados e organizados antes de apresentar as demandas ou propostas aos funcionários governamentais. Na sequência, a proposta poderá se tornar elemento da agenda de políticas e este é o principal desafio, dada a enorme quantidade de problemas clamando por atenção (Peters e Pierre, 2010).

Assim, as políticas públicas são sempre políticas, pois são orientadas por interesses, valores e preferências. A formulação de uma política pública compreende o estabelecimento de diretrizes, objetivos e metas, bem como a atribuição de responsabilidades. As políticas adquirem concretude por meio de planos ou programas, os quais originam projetos, que se desdobram em ações (Schmidt, 2008).

Os direitos a prestações exibem uma nota econômica em um grau superior aos direitos de defesa, visto que muitos desses direitos se relacionam à distribuição ou redistribuição de direitos que são referenciados em recursos finitos e mesmo escassos<sup>12</sup>. Logo, por mais que as políticas públicas não se confundam com o orçamento público, encontram-se indissociáveis, pois é o orçamento que prevê, autoriza e possibilita a implementação de uma política pública.

Assim, considerando o argumento da escassez de recursos para o custeamento dos direitos sociais – que deveriam ser promovidos por meio de políticas públicas –, esses direitos acabam, por muitas vezes, não sendo efetivados. Em razão disso, é que se pode falar no controle jurisdicional destas políticas. Questiona-se a possibilidade de exigir em juízo o cumprimento das medidas do plano, que tem similitude com a discussão acerca dos direitos sociais como direitos subjetivos e sua judicialidade.

É de se reconhecer a possibilidade constitucional de submeter uma política pública ao controle do Poder Judiciário, considerando não apenas o disposto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”, mas também a crescente proeminência do Poder Judiciário no cenário brasileiro. Em razão da institucionalização do Estado Democrático de Direito, em razão de a dignidade humana constituir princípio basilar da ordem constitucional, bem como da Constituição ter sido dotada, em grande parte, de normas principiológicas, de textura ampla e aberta,

---

11 Por aliar o exercício da cidadania, as políticas públicas igualmente se apresentam como o instrumento de ação estatal adequado à realidade contemporânea, fundada em um contexto de pluralismo social, em que o Estado se vê frente a inúmeras tarefas e exigências dificilmente conciliáveis entre si, o que exige a participação social (Breus, 2007, p. 207).

12 O custo que os direitos sociais apresentam não é necessariamente financeiro (espécie), vai além, e é visto como o custo de recursos (gênero), que podem ser materiais (dinheiro, materiais primários e secundários, aparelhos, seres humanos) ou imateriais (técnicas, especialidades, conhecimentos) e que não necessariamente são autoexcludentes, pois, ao revés, o que se vê é o empenho conjunto destes recursos na concretização de direitos (Bolesina, 2012).

a jurisdição constitucional ascende à condição de responsável pela garantia dos preceitos constitucionais.

No cenário mundial, em razão da reconstitucionalização da Europa, ocorrida imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, tem-se a redefinição da relação entre os poderes do Estado, passando o Judiciário a integrar a arena política e fazendo com que o constitucionalismo moderno outorgasse ao Judiciário, mais especificadamente à justiça constitucional, a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica (Leal, 2007).

O controle judicial das políticas públicas surge, então, da ineficácia do Estado em realizar as políticas públicas conforme as determinações constitucionais, seja em razão da limitação decisória decorrente dos mecanismos tradicionais de representação do Estado, seja pela rediscussão do papel de intervenção do Estado na sociedade, que se reduz em vista da realocação de recursos consoante as determinações de mercado (Breus, 2007).

Assim, no cenário democrático e constitucional, a incumbência de controlar a execução de uma política pública é do Poder Judiciário, a quem compete não apenas anular os atos administrativos praticados, como também alterar o conteúdo por meio de uma atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir dos preceitos constitucionais (Breus, 2007).

Essa postura do Poder Judiciário não viola, por sua vez, o princípio da separação dos poderes, na medida em que:

Ainda que a separação dos poderes seja um princípio fundamental do Estado de Direito e, igualmente, do Estado Constitucional, ela deve ser observada a partir do quadro histórico contemporâneo, em que as funções exercidas pelos três poderes apresentam cada vez maior similitude e não raro apresentam-se sobrepostas. Além disso, os três poderes têm por função primordial a observância das disposições constitucionais, as quais apresentam idêntica e plena normatividade. (Breus, 2007, p. 244)

Cristina Queiroz (1990) entende que, pelo caráter aberto da norma constitucional, permite-se o fluir de um processo político livre, deixando o juiz em um momento de criatividade conformadora na seleção nos valores constitucionalmente plasmados. Assim, muito embora uma pesada carga tenha sido lançada ao juiz, esta atuação objetiva a garantia e defesa da invulnerabilidade e integridade do direito constitucional.

Desta forma, deve-se levar em conta que é próprio da natureza do Poder Judiciário a interferência no exercício das atividades dos demais poderes estatais, na condição de verificar a compatibilidade de suas atividades com a Carta Constitucional e, no presente caso, com os direitos sociais. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, em 12 de maio de 2000, acertadamente, proferiu que:

[...] O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. [...] O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. [...] Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. [...] Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional. (CF, art. 5º, XXXV)

Logo, o Judiciário acaba sendo palco de disputas envolvendo políticas públicas presentes no ordenamento jurídico. Mais do que isso, o processo judicial acaba tornando-se espaço privilegiado para a sua discussão, pois nele eclodem aqueles conflitos resultantes acerca do mau funcionamento ou disfuncionalidades dessas políticas.

Assim, resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais é o fundamento e objetivo da atuação do Poder Judiciário, que, indispensável no Estado Democrático de Direito, se encontra legitimado para intervir em uma política pública – e sem com isso representar a violação da separação dos poderes –, a fim de concretizar o direito social pleiteado e, em última análise, garantir a própria Constituição.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A posituação dos direitos sociais pela Constituição de Weimar representa verdadeiro paradigma para o constitucionalismo social, servindo como exemplo e influência para as demais Cartas Constitucionais, especialmente do pós-Segunda Guerra Mundial.

Os direitos sociais, diferentemente dos direitos individuais – que exigem uma abstenção por parte do Estado –, reclamam uma postura ativa, uma prestação, um agir do Poder Público. São direitos intimamente ligados à dignidade humana, que exige uma organização institucional para sua plena fruição. Da mesma forma, materializam o princípio da justiça social, correspondendo à reivindicação das classes menos favorecidas, em especial da classe operária.

No cenário brasileiro, a inauguração dos direitos de segunda dimensão se deu sob a égide da Constituição de 1934. Entretanto, deve-se à Constituição de 1988 o avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias

fundamentais. Os direitos sociais encontram íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, que, na Constituição de 1988, foi elevada à posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, concretizar os direitos sociais é realizar, igualmente, a dignidade humana.

Como forma de concretização destes direitos, pode-se encontrar nas políticas públicas um meio indispensável à sociedade hodierna. As políticas públicas representam um conjunto de atividades que interligam as esferas jurídicas e política, indispensáveis para a promoção dos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

Neste contexto, a jurisdição constitucional aparece como indispensável na fiscalização tanto das políticas públicas como da plena garantia dos direitos sociais. Não havendo atendimento a algumas destas situações, poderá intervir na política pública, uma vez que guardar o processo democrático e fomentar os valores constitucionais é o fundamento e objetivo da atuação do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

- BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae – As tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BITTENCOURT, Caroline Müller; LEMOS, Maitê Damé Teixeira. Direitos sociais prestacionais: mínimo existencial à preservação da dignidade da pessoa humana e o papel da jurisdição constitucional à sua efetividade no constitucionalismo contemporâneo. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; CECATO, Maria Áurea Baroni; RÜDDIGER, Dorothee Susanne (org.). *Constitucionalismo social: o papel dos sindicatos e da jurisdição na realização dos direitos sociais em tempos de globalização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- BOLESINA, Iuri. O mínimo existencial enquanto critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise teórica e crítica de sua operacionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça. 2012. 179 f. Dissertação de Mestrado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Ministro Relator Celso de Mello. Julgamento em: 16.09.1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo163.htm>>. Acesso em: 1º dez. 2013.
- BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) et al. *Políticas públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico*. 2006.
- BULOS. Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: KLOCK, Andrea Bulgakov; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; ALVES, Fernando de Brito (org.) *Direitos fundamentais revisitados*. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2009.
- KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Altas, 2011.
- PETERS, B; PIERRE, Jon. *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Unesp; Brasília: ENAP, 2010.
- PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: A preponderância da constituição da república alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. *Biblioteca do Senado Federal*, Brasília a. 43, n. 169, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 25 nov. 2013.
- PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- QUEIROZ, Cristina M.M. *Os actos políticos no estado de direito – O problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.
- RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1933)*. São Paulo: Companhia das Letras: Círculo do Livro, 1988.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
- SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, t. 8, 2008.

# Hermenêutica Constitucional — A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição

## *Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, Ein Beitrag Zur Pluralistischen und “Prozessualen” Verfassungsinterpretation<sup>1</sup>*

PETER HÄBERLE

Jurista alemão, Especialista em Direito Constitucional.

SUMÁRIO: I – Tese fundamental, estágio do problema; 1 Situação atual da teoria da interpretação constitucional; 2 Novo questionamento e tese; 3 Esclarecimento da tese e conceito de interpretação; II – Os participantes do processo de interpretação constitucional; 1 Considerações preliminares sobre o método; 2 Catálogo sistemático; 3 Esclarecimento do catálogo sistemático; III – Apreciação da análise desenvolvida; 1 Possíveis objeções e críticas; 2 Legitimação do ponto de vista da teoria do direito da norma e da teoria da interpretação; 3 Legitimação decorrente das reflexões teórico-constitucionais; 4 Reflexões sobre a teoria da democracia como legitimação; IV – Consequências para a hermenêutica constitucional jurídica; 1 Relativização da interpretação jurídica – Novo entendimento de suas tarefas; 2 Dimensão e Intensidade do controle judicial – Diferenciação em face da medida de participação; 3 Consequências para a conformação e utilização do direito processual constitucional; V – Novas indagações para a teoria constitucional; 1 Sobre a existência de diferentes objetivos e utilização de diversos métodos de interpretação; 2 Funções da teoria constitucional.

### I – TESE FUNDAMENTAL, ESTÁGIO DO PROBLEMA

#### 1 SITUAÇÃO ATUAL DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A teoria da interpretação constitucional tem colocado aqui duas questões essenciais:

---

<sup>1</sup> Tradução de Gilmar Ferreira Mendes (Sergio Antonio Fabris Editor).

- A indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional<sup>2</sup>; e
- A indagação sobre os métodos (processo da interpretação constitucional) (regras de interpretação)<sup>3</sup>.

Não se conferiu até aqui maior significado à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (novo) problema relativo aos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, provoca a práxis em geral. 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. Isto já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação de uma “sociedade fechada”<sup>4</sup>. Ela reduz, ainda, o seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pense na exigência de incorporação das ciências sociais<sup>5</sup> e também nas teorias jurídico-funcionais<sup>6</sup>, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral<sup>7</sup> –, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional”.

## 2 NOVO QUESTIONAMENTO E TESE

Nesse sentido, permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo da interpretação: de uma sociedade fechada dos intérpretes da

---

2 Como tarefas devem ser mencionadas: justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade (cf., por exemplo, BVerfGE 34, 269 (287 s.) (= JZ 1973, 662, 665, ver minha nota sobre Küble), praticabilidade, justiça material (*Sachgerechtheit*), segurança jurídica, previsibilidade, transparência, capacidade de consenso, clareza metodológica, abertura, formação de unidade, “harmonização” (Scheuner VVDStRL 20 (1963), p. 125), Força Normativa da Constituição, correção funcional, proteção efetiva da liberdade, igualdade social, ordem pública voltada para o bem comum.

3 Cf., a propósito fundamentalmente, Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der etc. BRD, 7. ed., 1974, p. 2 s.

4 Cf., porém, a observação de Ehmke (VVDStRL20 (1963), p. 53 (7)) s., p. 133) voltada para a “comunidade total” (*auf “ganze Gemeinwesen”*), para todos “os pensadores razoáveis e justos” (“*aller Vernün ftig und Gerech-Denkenden*”).

5 Cf., a propósito, a coletânea *Rechtswissenschaft und Nachbarwissensch* (Org. Grimm), v. 1, 1973. Ver, porém, Schelsky JZ 1974, 410 S.

6 Cf., a propósito, Ehmke VVDStRL 20 (1963), p. 53 (73f.); Hesse op. cit., p. 29 32 s. Sobre os efeitos processuais e materiais da divisão funcional de tarefas entre o Bundesverfassungsgericht e outros órgãos constitucionais: BVerfGE 36, 1 (14 s.): 35,257 (261 s.); 4,157 (168 s. [= JZ 1955, 417, 418]); 36, 342 (356 S.).

7 Cf., a propósito, P. Häberle, *Zeit und Verfassung*, Zfp 21 (1974), p. 111 (121 s.).

Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta (*vonder geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten zur Verfassungsinterpretation durch und für die offene Gesellschaft*).

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculadas 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.

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (*weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer Von neuem mitkonstituiert und Von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

### 3 ESCLARECIMENTO DA TESE E CONCEITO DE INTERPRETAÇÃO

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la (*Wer die Norm “lebt”, interpretiert sie auch mit*). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. Originalmente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicação de sentido de uma norma (de um texto)<sup>8</sup>. A utilização de um conceito de interpretação delimitado também faz sentido: a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente. Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorisch Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*). Subsiste sempre a responsabilidade da

8 Essa concepção interpretativa escrita é preconizada por Hesse, *Grundzüge*, p. 21. Ele denomina aquilo que, em sentido lato, é considerado interpretação como “realização” (atualização) (*Verwirklichung*) (*Aktualisierung*) da Constituição. Posição semelhante é sustentada por Hans Huber, que prefere falar de “concretização” ao invés de interpretação, *Gs für Imboden*, 1972, p. 191 (195). Em favor de um conceito amplo de interpretação, cf., também, Ehmke *VVDStRL 20* (1963), p. 53 (68 F.); Scheuner, *idem*, p. 125.

jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional<sup>9</sup>. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Por tanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vivi com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico<sup>10</sup>. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.

Aqui não se cuida apenas da práxis estatal<sup>11</sup> (por exemplo, a interpretação dos arts. 54 e seguintes da Lei Fundamental pelo Presidente da República ou do art. 65 pelo Primeiro-Ministro) (NT 1). Em se tratando de muitos direitos fundamentais, já se processa a interpretação (talvez inconscientemente?) no modo como os destinatários da norma preenchem o âmbito de proteção do art. 4º, nºs 1 e 2, da Lei Fundamental, com o auxílio da concepção da igreja, das organizações religiosas e de opinião<sup>12</sup>. Semelhante significado poderia ter a própria concepção do artista para a interpretação aberta da garantia da liberdade artística (art. 5º, III, da LF)<sup>13</sup>. Também para uma liberdade científica, concebida de modo pluralista e processualmente orientada, coloca-se a questão de se saber em que medida esse direito, com o seu conceito “aberto” de ciência<sup>14</sup>, deve ser cointerpretado pelas ciências singulares (e suas metateorias). Em suma,

9 Cf., a propósito, P. Häberle, *Zeit und Verfassung*, Zfp 21 (1974), p. 111 (118 s.).

10 Winter e Schumann (Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren, in: *Zur Effektivität des Recht*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, v. 3, 1972, p. 529) exigem, para a esfera do Direito Penal, a intensa participação dos acusados na aferição crítica e no desenvolvimento do direito por meio da justiça.

11 Como isso influencia a interpretação já o demonstrou G. Jellinek com a força normativa dos fatos (*Allgemeine Staatslehre*, 3. ed., 7. reimp., 1960, p. 18 s., 332 s.).

12 BVerfGE 24, 236 s. (247 s.), com a referência expressa à “sociedade pluralista”; cf., a propósito, minha crítica, in *DÖV* 1969, p. 385 (388); Schlaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972, p. 202 s.; e minhas anotações in: *ZevKR* 18 (1973), p. 420 s. Sobre a negação da concepção das organizações religiosas após o início da luta das igrejas na jurisprudência do RFH, Stolleis, *Gemeinwohlformein im nationalsozialistischen Recht*, 1974, p. 290 s.

13 Sobre o conceito constitucional de arte: Knies, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, 1967, especialmente p. 128 s., 172 s., 217 s.; M. Heckel, *Staat, Kirche, Kunst*, 1968, p. 97: sobre a abertura do conceito de arte da Constituição.

14 Sobre a liberdade de pesquisa, agora, Achmitt Glaeser, *WissR* 7 (1974), p. 107 s., 177 s.; BVerfGE 35, 79 (113); não há defesa de uma determinada concepção de ciência ou de uma dada teoria da ciência por meio do art. 5, III; não definitivamente do conhecimento científico; cf., também o voto minoritário e sua referência ao caráter plural da liberdade científica (“*freiheitlichen Wissenschaftspluralismus*”), à Ciência enquanto processo não definitivo, diálogo de procura de conhecimento (p. 157), bem como à liberdade de conformação do legislador para a “Reforma das reformas” (“*Reform der Reformen*”) (p. 165). Em favor de um conceito aberto de liberdade científica, cf. Solte (*Theologie na der Universität*, 1971, p. 30, 33 s.), que sustenta ser atualmente improvável uma interpretação neutra dos Direitos Fundamentais.

deve-se indagar como os direitos fundamentais hão de ser interpretados em sentido específico. Em um sentido mais amplo, poder-se-ia introduzir aqui uma interpretação orientada pela realidade da moderna democracia partidária (arts. 21 e 38)<sup>15</sup>, a doutrina da formação profissional<sup>16</sup>, a doação de um conceito amplo de liberdade de imprensa ou de sua “atividade pública” (*öffentlich Aufgabe*)<sup>17</sup> ou da interpretação da chamada liberdade de coalizão (art. 9º, nº 3)<sup>18</sup>, desde que ela considere a concepção de coalizão.

A relevância dessa concepção e da correspondente atuação dos indivíduos ou de grupos, mas também a dos órgãos estatais, configura uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se em um “elemento objetivo dos direitos fundamentais” (*grundrechtliches Sachelement*)<sup>19</sup>. Assume idêntico relevo o papel cointerpretativo do técnico ou *expert* no âmbito do processo legislativo ou judicial. Essa complexa participação do intérprete em sentido lato e sentido estrito realiza-se apenas onde ela já está institucionalizada, como nos Tribunais do Trabalho, por parte do empregador e do empregado<sup>20</sup>. *Experts* e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia<sup>21</sup>, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propicia, aqui, uma mediação específica entre Estado e sociedade!

15 Cf., a propósito, Hesse, op. cit. p. 69 s.; ver, também; Häberle JuS 1967, 64 s. Por Exemplo: extrai-se das disposições constitucionais sobre o Parlamento e do art. 21 da Lei Fundamental uma proteção constitucional para as frações parlamentares (BVerfGE 20, 56 [104] [= JZ 1966, 517, 518]); a “constitucionalização” das frações parlamentares assenta-se no art. 53 a, I, 2º período, da Lei Fundamental (Cf. BVerfGE 27, 44[51 s.] [=JZ 1969, 631, 632]; ver, a propósito, meu artigo: JZ 1969, 613 s., nota 10).

16 Atribui-se-lhe, porém, um significado limitado: BVerfGE 7, 377 (397); 21, 173 (180); 34, 252 (256); Maunz/Dürig/Herzog, GG Art. 12, nº 24 s.

17 Cf., a propósito, BVerfGE 34, 269 (283); 12, 113 (125 s. [= JZ 1961,535,536 minhas anotações sobre o trabalho de Ridder]) e o meu “Öff. Interesse als jurustisches Problem”, 1970, p. 585 s.

18 Referências em BVerfGE 4, 96 (108); 18, 18 (32 s.) [= JZ 1965 ,103, 106; cf., a propósito, Herchel, p. 81]; 34, 307 (316 s.), bem como Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskämpfrechts, 1968, p. 53; Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, p. 43 s., 93. Ver, também, o argumento sobre a falta de “recepção adequada” pelos participantes do círculo, in: BVerfGE 34, 293 (304 s. [= JZ1973, 311, 313 minhas críticas a Schumann]), bem como a convicção geral dos advogados; e 36, 212 (221). Uma análise completa da jurisprudência teria de demonstrar quando as opiniões jurídicas do círculo jurídico não são consideradas (Cf., também, § 346 HBG!). Especialmente a formação do direito costumeiro deveria apresentar-se como fonte. Em geral, coloca-se a indagação sobre o momento em que uma dada concepção praticada por grupos marginais pluralistas deve ser incorporada pela interpretação constitucional. Trata-se de um problema de aplicação do princípio da igualdade.

19 Expressão utilizada por F. Müller, Juristische Methodik, 1971, p. 30s., 37 s.

20 Cf., a propósito, Schlaich, op. cit., p. 66 s.

21 A propósito da Teoria de Ciência de Popper “enquanto Filosofia da Democracia” (“Philosophie der Demokratie”), ver, infra, nota 70.

## II – OS PARTICIPANTES DO PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

### 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O MÉTODO

A investigação sobre os que participam do processo de interpretação é de uma perspectiva socioconstitucional, consequência do conceito “republicano” de interpretação aberta que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional. Se se fala que o tempo, a esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) e a realidade colocam problemas constitucionais e fornecem material para uma interpretação constitucional, ampliando as suas necessidades e possibilidades<sup>22</sup>, então devem esses conceitos ser considerados apenas como dados provisórios. Uma teoria constitucional se concebe como ciência da experiência e deve estar com condições de, decisivamente, explicar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (*Öffentlichkeit*), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes. A pergunta em relação aos participantes da interpretação constitucional deve ser formulada no sentido puramente sociológico da ciência da experiência<sup>23</sup>. Deve-se indagar, realisticamente, que interpretação foi adotada, a forma ou a maneira como ela se desenvolveu e que contribuição da ciência influenciou decisivamente o juiz constitucional no seu fazer hermenêutico<sup>24</sup>. Essa questão configura um enriquecimento e uma complementação da teoria da Constituição, que indaga sobre os objetivos e os métodos (indagando, assim, sobre a “boa” interpretação). Ela desempenha uma função auxiliar de informação ou de mediação (*Zubringeraufgabe*).

Posteriormente, deverão ser contemplados, em um contexto mais sistemático, os objetivos e os métodos, bem como os participantes da interpretação constitucional, considerando as consequências e as novas indagações para a teoria constitucional.

### 2 CATÁLOGO SISTEMÁTICO

A tentativa de se fazer uma apresentação sistemática dos participantes da interpretação sugere o seguinte catálogo provisório:

22 Cf., a propósito, minha contribuição, in ZfP 21 (1974), p. 111 s.

23 Exatamente sob o aspecto da questão dos participantes aqui colocada, afigura-se interessante a abordagem da decisão sociologia, proposta por Lautmann, que investiga a expectativa de comportamento das partes do processo em relação ao juiz e o ambiente que circunda (Jahrbuch f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie, v. I, 1970, p. 383 s.). Vê, porém, a crítica de Schelsky JZ 1974, 410 (412) à “predominância jurídico-teórica de decisão do juiz” (*rechtstheoretische Vorherrschaft der Entscheidungstheorie des Richters*), baseado na observação segundo a qual um processo estruturado de forma efetivamente dialética (*realdialektisch gegliederte Rationalisierungsverfahren*) pressupõe a atuação processual da acusação, da defesa e do juiz.

24 Cf., a propósito, meu “Öffentliches Interesse als Juristisches Problem”, 1970, especialmente sobre a força normatizadora da práxis estatal, da publicidade e do interesse público, p. 475 s., 678 s., 418 s., 572, 584 s., 589 s., 215 s. e 260 s.

- (1) As funções estatais:
- a) Na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é realizada mediante o instituto do voto vencido;
  - b) Nos órgãos estatais como poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão; jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com objeto de atividade): órgão do Executivo, especialmente na (pré)formulação do interesse público<sup>25</sup>;
- (2) Os participantes do processo de decisão nos casos 1<sup>a</sup> e 1<sup>b</sup>, que não são necessariamente, órgãos do Estado, isto é:
- a) O requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou assumir um “diálogo jurídico” (“*Rechtsgespräch*”);
  - b) Outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (v.g., §§ 77, 85, nº 2<sup>26</sup>, 94, nºs 1 a 4, §§ 65, 82, nº 2, 83, nº 2, 94, nº 5), ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (v.g., § 82, nº 4, da Lei do Bundesverfassungsgericht);
  - c) Pareceristas ou *experts*, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§ 73, nº 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal);
  - d) Peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (§ 73, nº 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal alemão), peritos nos Tribunais<sup>27</sup>, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a *longa manus* da eleição de juízes<sup>28</sup> (NT 2);

25 Cf., sobre a realidade jurisdicional dos tribunais administrativos, meu “Öffentliches Interesse”, p. 475 s.; 678 s.

26 Em relação à prática da Corte Constitucional, ver BVerfGE 36, 342 (353, 354 s.).

27 Elucidativa revela-se a orientação da Corte Constitucional sobre a chamada “reserva constituída dos *experts*” (eingebaute Sachverständigenvorbehalt) (in: BVerfGE 35, 202 (219)).

28 De forma manifestamente consequente, cf., a propósito, minhas críticas in: JZ 1973, 415 (453). No sentido de uma vinculação político-partidária, ver Drath, VVDStRL 9 (1952), p. 17 (102, 106, nota 25).

(NT 2) Nos termos da Lei Fundamental (art. 94), os juízes da Corte Constitucional alemã devem ser escolhidos pelo Parlamento Federal (Bundestag) e pelo Conselho Federal (Bundesrat). A Lei do Bundesverfassungsgericht

- e) Os grupos de pressão organizados (§ 10, o Regimento Interno do Governo Federal);
  - f) Os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo<sup>29</sup>;
- (3) A opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: media (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido, estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada (Cf. 2, d), igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais<sup>30</sup>);
- (4) Cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos nºs 1, 2 e 3; ela tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis.

### 3 ESCLARECIMENTO DO CATÁLOGO SISTEMÁTICO

A análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política<sup>31</sup>. O cidadão que formula<sup>32</sup> um recurso constitucional<sup>33</sup> é intérprete da Constituição, tal como o partido que propõe

---

estabelece, por seu turno, que a Corte Constitucional será composta por duas Câmaras ou Senados (*Senaten*), integrados por oito juízes, escolhidos dentre pessoas que possuam qualificação para o exercício da função jurisdicional, com mais de 40 e menos de 68 anos. Três juízes em cada Senado deverão ser escolhidos entre os integrantes dos Tribunais Federais Superiores com mais de três anos de atividade (§ 4). Enquanto os juízes escolhidos pelo Conselho Federal (*Bundesrat*) devem ser eleitos por uma maioria de dois terços de votos (§ 7), os juízes escolhidos pelo Parlamento Federal são eleitos, mediante processo indireto, por uma Comissão parlamentar especial (*Wahlausschuss*) composta por 12 membros. Considera-se eleito o candidato que lograr obter pelo menos oito votos dos membros da Comissão especial. Assinale-se, por oportuno, que os membros dessa Comissão – provavelmente, uma das mais importantes do Parlamento – são indicados pelas frações parlamentares e eleitos pelo Parlamento com observância do critério proporcional (*Verhältniswahl*) pelo sistema d’Hondt.

29 Sobre a questão: Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), p. 179 s. Cf., também, a tipologia no meu “Öffentliches Interesse”, p. 88 s.

30 Significativa, a propósito, é a reivindicação de legitimação ativa por parte da associação de pais, FR DE 18.03.1975, p. 4.

31 Cf, porém, a recusa Forsthoff a uma “democratização” da interpretação constitucional em relação, por exemplo, aos cientistas políticos, in: Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, p. 69; ver, a propósito, minha crítica in: ZHR 136 (1972), p. 425 (443).

32 Se se toma a sério a exigência de A. Arndt, quanto à discussão jurídica, então, devem as partes do processo atuar, em primeiro lugar, como os “pensadores razoáveis e justos” no sentido de Ehmke (Cf. Roellecke, FS Für Gebh. Müller, 1970, p. 323 (328 s)).

33 Lautmann, Justiz – Die stille Gewalt, 1972, p. 118, indica as partes do processo como “fornecedores de alternativas” (“*Lieferanten für Alternativen*”).

um conflito entre órgãos<sup>34</sup> (NT 3) ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento (NT 4). Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-constitucional das funções estatais. Isso não significa que não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.

Também nas funções estatais (Legislação, Governo, tal como a Administração e Jurisdição) e nas relações a elas subjacentes, não se podem perder de vista as pessoas concretas, os parlamentares, os funcionários públicos e os juízes<sup>35</sup> (“personalização” da interpretação constitucional). O chamado debate constitucional do parlamento alemão de fevereiro de 1974 (*Verfassungsdebatte des Deutschen Bundestags im Februar 1974*)<sup>36</sup> constitui, nesse sentido, uma in-

34 Cf., no sentido da decisão proferida, in: BVerfGE 4, 27 (30); 20, 56, (113 s.), a jurisprudência consolidada do Tribunal.

(NT 3) O “conflito entre órgão” (*Organstreitigkeit*) é um processo especial que se desenvolve perante a Corte Constitucional, destinado a resolver complexas questões relacionadas com a competência e as atribuições de órgãos estatais superiores (Lei Fundamental, art. 93, I; Lei Orgânica da Corte Constitucional § 63). Em geral, são “partes” nesse processo os chamados órgãos constitucionais (*Verfassungsorganen*): Presidente da República, Parlamento Federal, Conselho Federal e o Governo Federal, ou “partes integrantes” desses órgãos, como as comissões, as frações parlamentares, os membros do Governo, e, até mesmo, os parlamentares, desde que tenham o direito decorrente de seu próprio *status*, mas o “direito” do próprio Parlamento. Segundo a jurisprudência da Corte Constitucional, os próprios partidos dispõem de legitimidade para instaurar o conflito entre órgãos, desde que postulem direitos decorrentes de seu peculiar *status* constitucional (Cf., a propósito Schlaich, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, 3. ed., Munique, 1994, p. 53 s.).

(NT 4) A Lei Fundamental confere competência ao Bundesverfassungsgericht para decidir sobre a atuação institucional de partido político, entendida como tal aquela desenvolvida com o objeto de ameaçar ou de suprimir a ordem liberal-democrática vigente ou a existência da República Federal da Alemanha (LF, art. 21, (2)). A Lei da Corte Constitucional confere legitimidade para instauração do processo de proibição de funcionamento de partido (*Parteiverbotsverfahren*) ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal ou ao Governo Federal (§§ 13, nº 2, e 43-47).

35 Cf., a propósito tentativa de Kommers (The Federal Constitutional Court in the West German Political System, in: *Frontiers of judicial research – Organizadores: Grossman und Tanenhaus*, 1969, p. 73 s.), de, com base em uma análise “behaviorista” da sociologia judicial americana, pesquisar a concepção da Corte Constitucional alemã. Crítico, sobre o assunto, Witting, *Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des BVerfG?*, *Der Staat* 8 (1969), p. 137 (156 s.). Sobre as diferentes abordagens científicas relativas a condutas, cf. também, Rottleuthner, *Richterliches Handeln*, 1973, p. 61 s.

36 79. Sessão do 7º parlamento, de 14.02.1974, notas taquigráficas, p. 5002 (B), com a, sobre todos os aspectos, excelente contribuição do Ministro da Cultura do Estado da Baviera, H. Mayer, p. 5089 (C); Ver, também, Ehmke, 80. Sessão dos 7º Parlamento, de 15.02.1974, Notas taquigráficas, p. 5139 (C) s. 5140 (C).

(NT 5) Uma leitura sistemática do disposto no art. 21, II, e no art. 33, I, da Lei Fundamental, enseja a formulação da obrigação de fidelidade constitucional (*Verfassungstreuepflicht*), aplicável aos candidatos a cargos ou funções públicas, bem como aos servidores públicos em geral. O desenvolvimento jurisprudencial permitiu que se entendesse incompatível com a referida cláusula conduta individual consistente na participação em movimento ou organização partidária que tivesse como objetivo a superação da ordem liberal-democrática da República Federal da Alemanha. Com base nessa disposição, subsiste na Alemanha

interpretação constitucional antecipada. As suas manifestações podem ter feito – ainda que sem um significado jurídico-formal específico – sobre, *v.g.*, a controvertida questão da admissão dos chamados inimigos da Constituição no serviço público, afetando, de maneira inquestionável, a práxis administrativa (NT 5).

O muitas vezes referido processo político, que, quase sempre, é apresentado como uma subespécie de processo livre em face da interpretação constitucional<sup>37</sup>, representa, *constitucione lata* e de fato, um elemento importante – mais importante que supõe geralmente – da interpretação constitucional (política como interpretação constitucional)<sup>38</sup>. Esse processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo. Aqui, verificam-se o movimento, a inovação e a mudança, que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional a ser desenvolvida posteriormente. Esses impulsos são, por tanto, parte da interpretação constitucional, porque, no seu quadro, são criadas realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível. O poder de conformação de que dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição diferencia-se, qualitativamente, do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação, porque este espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica<sup>39</sup>. Isso não significa, porém, que, de uma perspectiva quantitativa, exista diferença fundamental entre as duas situações.

O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da a perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma<sup>40</sup>. O

---

orientação jurisprudencial que veda o acesso a cargos públicos aos chamados “radicais”, entendidos como tais aqueles que integram partidos ou organizações políticas que defendam pontos programáticos incompatíveis com elementos basilares da ordem constitucional liberal-democrática (Cf. BVerfGE 39, 334 (349, 368 s.), 46,43 (52)).

37 Também Laufer (*Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess*, 1968), investiga de maneira especial, a influência exercida pela Corte Constitucional sobre o processo político.

38 Não existe apenas política por meio de interpretação constitucional, mas também interpretação constitucional por meio da política!

39 Para o Legislador, existe o controle “técnico” da Corte Constitucional e o controle “não técnico” exercido por meio de eleições, para capacidade de sustentação de coalizões e pelo processo interno de formação da vontade político-partidária. Para o juiz da Corte Constitucional não existe um controle técnico. Ele em sua conduta “regulada” pelo “espaço público” (“*die Öffentlichkeit*”). A esfera pública estrutura-se, porém, para ele, com fundamento em sua concepção profissional, sua socialização na ciência do Direito Constitucional, a expectativa de conduta profissional a que se encontra submetidos (Cf., a propósito, em outro contexto, F. Kübler, *Kommunikation und Verantwortung*, 1973).

40 Sobre a figura argumentativa da “alternativa” no fenômeno de interpretação: Esser, *Vorverständnis*, p. 65 s., 132, 151 (com referência a Popper); *in genere*: BVerfGE 24, 300 (348 [= JZ 1969, 557, 561, Cf., a propósito, Randelzhofer p. 533]): o oferecimento de “alternativas políticas” para a conformação estatal dos

legislador cria uma parte da esfera pública (*Öffentlichkeit*) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais<sup>41</sup>. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional<sup>42</sup>. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade. Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e a longo prazos, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (*Öffentlichkeit*) da Constituição. Muitas das vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição.

Fator essencial e muito ativo é a própria Ciência do Direito Constitucional. A jurisdição constitucional é um catalisador essencial, ainda que não o único, da Ciência do Direito Constitucional como interpretação constitucional<sup>43</sup>. A sua efetiva influência interpretativa suscita indagação sobre a sua legitimação, questão que também se aplica para outras forças participantes do processo de interpretação e que reclama uma análise dos pontos até aqui desenvolvidos.

### III – APRECIÇÃO DA ANÁLISE DESENVOLVIDA

#### 1 POSSÍVEIS OBJEÇÕES E CRÍTICAS

Uma possível objeção poderia ser a de que, dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional poderá “dissolver-se” em um grande número de interpretações e de intérpretes. Uma teoria constitucional que tem por escopo a produção de uma unidade política e que afirma e reitera o postulado da unidade da Constituição está obrigada a submeter-se a esta crítica. Tal situação, todavia, não se há de verificar apenas no quadro de um inventário realista. Essas objeções devem ser avaliadas de maneira diferenciada, tendo em vista a legitimação dos diferentes intérpretes da Constituição.

A questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição. Competências formais têm apenas aqueles órgãos que

---

diversos setores da vida constitui função relevante dos partidos políticos. Ver, também, o caso peculiar sobre “alternativa” entre a construção ou interpretação judicial por parte do legislador (BVerfGE 34, 269 (291 s.)).

41 Sobre o assunto, cf., P. Häberle (AöR99 (1974), p. 437 s.).

42 Cf., a propósito, minha tese: Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, La. edição, 1962, 2. ed. ampl., 1972, p. 178, 213 s.

43 Exemplos famosos: a recepção da ideia de direitos fundamentais de Dürig (Maunz/Dürig/Herzog, art. 1º, nº 5 s.) pela Corte Constitucional (E 7, 198 [204 s.], 21, 362 [371 s.] [= JZ 1967, 599, 601]), do princípio da unidade da Constituição (E 36, 342 [362]; 19, 206 [220]; 1, 14 [32 s.]), do entendimento sobre o Estado partidário, de Leibholz (BVerfGE 1, 208 [32 s.]; 2,1 [11, 73 f.]; 11, 266 [273]; 20, 56 [100]; 32, 157 [164], com uma referência a K.U. v. Hassel, cuja declaração opera como interpretação constitucional em sentido lato, da chamada “lealdade federativa” “bundesfreundliches Verhalten”) no sentido de Smend (BVerfGE 12.205 [254]).

estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento preestabelecido – legitimação mediante procedimento constitucional<sup>44</sup>. São os órgãos estatais (art. 20, nºs 2 e 3, da Lei Fundamental – vinculação da ordem constitucional à lei e ao direito). Também os parlamentares (art. 38, nº 1, da Lei Fundamental) estão vinculados à Constituição desde que eles não postulem a sua alteração. Vinculados à Constituição também estão os partidos políticos, os grupos e os cidadãos, ainda que de forma diferenciada. A maioria está vinculada apenas por intermédio do poder estatal sancionador. Resta evidente aqui que uma vinculação limitada à Constituição corresponde a uma legitimação igualmente mais restrita.

## 2 LEGITIMAÇÃO DO PONTO DE VISTA DA TEORIA DO DIREITO DA NORMA E DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO

A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem<sup>45</sup>. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação<sup>46</sup>. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *Law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!).

Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Todavia, essa práxis não é essencial conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição.

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (*in der Öffentlichkeit und Wirklichkeit die Verfassung interpretiert*)<sup>47</sup>. Seria errôneo reconhecer as influências, as expecta-

44 Tanto o conceito de legitimação quanto o de procedimento devem ser entendidos em um sentido material, tal como em Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969. Cf., a propósito, *infra*, especialmente nota 48.

45 Cf., a propósito, principalmente, a discussão sobre interpretação introduzida por Esser *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, anteriormente já contemplada in: *Grundsatz und Norm*, 1956; Ehmke *VVDStRL 20* (1963), p. 53 s.; Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung* 1967; F. Müller, *Juristische Methodik*, 1971; Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5. ed., 1974.

46 Cf., a propósito, Hesse, in: *FS für Scheuber*, 1973, p. 123 (137 f.); ver, também, H. H. Klein, *BVerfG und Staatsraison*, 1968, p. 15, 16 s., 29 (também em consideração à minha crítica: *DÖV* 1966, p. 660 s.), cf., a propósito, minha crítica *DÖV* 1969, p. 150 s.

47 Isso não é contemplado na análise de Massing (*Recht als Korrelat der Macht?* In: *Der CDU-Staat*, Schäfer/Nedelmann (Org.), 1967, p. 123), que vislumbra, na autonomia interpretativa da Corte Constitucional, o

tivas e as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência<sup>48</sup>. Essas influências contêm também uma parte de legitimação<sup>49</sup> e evitam o livre arbítrio<sup>50</sup> da interpretação judicial<sup>51</sup>. A garantia da independência dos juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista (*pluralistisch Öffentlichkeit*) fornecem material para a lei (*Material "zum" Gesetz liefern*).

Tem-se aqui uma derivação da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados. Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que delas devam participar. É que se cuida de Constituição enquanto processo público (*Verfassung als öffentlichen Prozess*)<sup>52</sup>. Diante da objeção de que a unidade da Constituição se perderia com a adoção desse entendimento, deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao “concerto” que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A unidade da Constituição<sup>53</sup> surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes. Aqui devem ser desenvolvidas reflexões sob a perspectiva da Teoria da Constituição e da Teoria de Democracia.

---

“autêntico poder do soberano” (p. 129). A afirmação segundo a qual a soberania teria sido transferida do povo para outras instâncias, “especialmente para a jurisdição constitucional” (p. 142) parte de um conceito duvidoso de soberania (ver-se-á, posteriormente), que não pode apreender a forma de funcionamento do processo democrático.

- 48 Cf. Bachof, FS für Hans Huber, 1961, p. 26 (43): o juiz não se deve deixar influenciar em um caso concreto pela opinião pública “ele está, porém, em permanente comunicação ou em um diálogo duradouro com as partes, com os colegas do próprio tribunal, com os tribunais do mesmo nível, com os tribunais superiores ou inferiores, bem como com o mundo jurídico, com a ciência, com o povo e a própria opinião pública”. Bachof vislumbra até mesmo a possibilidade de se verificar uma comunicação mais autêntica no Tribunal do que no Parlamento.
- 49 Também a “legitimação pelo processo” no sentido de Luhmann é uma legitimação mediante participação no procedimento. Todavia trata-se aqui de algo fundamentalmente diferente: participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções (assim, Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*. 1969, p. 27 s., 107 s.). Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de, conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um “aprendizado” dos participantes, mas de um “aprendizado” por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes (Cf., a propósito, a crítica a Luhmann, in: Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, p. 202 s.; e Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, p. 141 s.).
- 50 Uma teoria jurídica que fique limitada a lógica normativa perde de vista a vinculação social da jurisdição. A negação da ideologia da subsunção não significa que os órgãos de aplicação do direito devam atuar como “geradores de casualidades” (Poslech, AöR 95 [1970], p. 185 [190 f.]). Cf., a propósito, também, Schefold, JuS 1972, p. 1 (6).
- 51 Isso significa que a investigação crítica sobre influências unilaterais e ilegítimas ao processo de formação da decisão judicial é correta e necessária (da nova sociologia judicial, Kaupen/Rasehorn, *Die Justiz zwischen Obrigkeitssaat und Demokratie*, 1971).
- 52 Cf., a propósito, minha contribuição “Öffentlichkeit und Verfassung”, ZfP 16 (1969), p. 273 s.
- 53 Cf., a propósito, Hesse, *Grundzüge*, p. 5 s., 28.

### 3 LEGITIMAÇÃO DECORRENTE DAS REFLEXÕES TEORÉTICO-CONSTITUCIONAIS

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralista da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição (*ein Stück Öffentlichkeit und Wirklichkeit der Verfassung*), não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da *res publica* na interpretação da Constituição em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário (*“in das Spannungsfeld des Möglichen, Wirklichen und Notwendigen gestellen Verfassungsverständnisses”*)<sup>54</sup>. Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.

Considerando a realidade e a publicidade (*Wirklichkeit und Öffentlichkeit*) estruturadas, nas quais o “povo” atua, inicialmente, de forma difusa, mas, a final, de maneira “concertada”, há de se reconhecer que essas forças, faticamente relevantes, são igualmente importantes para a interpretação constitucional. A práxis atua aqui na legitimação da teoria, e não a teoria na legitimação da práxis. Como essas forças compõem uma parte da realidade constitucional e da publicidade (*Konstitutionelle Wirklichkeit und Öffentlichkeit*), tomam elas partes na interpretação da realidade e da publicidade da Constituição! Elas participam desse processo até mesmo quando são formalmente excluídas, como ocorre com os partidos que podem ter o seu funcionamento proibido por decisão da Corte Constitucional. São exatamente esses aspectos que exigem um esclarecimento sobre o conteúdo da Constituição e influenciam o desenvolvimento de uma concepção da sociedade liberal-democrática<sup>55</sup>. Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. Do resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional<sup>56</sup> como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes “não corporativos” (*“nicht-zünftige” Interpreten*).

54 Cf., a propósito, P. Häberle, ZfP 21 (1974), p. 111 (121 s.); idem, crítica de Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher *status quo*, 1970, in: AöR 100 (1975), H.2 (i. E.).

55 Também aqui constitui exemplo a discussão do Parlamento alemão de 14/15 de fevereiro 1974. Ela é apenas uma parte da discussão constitucional, que, em razão da confrontação com alternativas radicais, envolveu todos os níveis e todos os âmbitos da comunidade política.

56 Sobre a tentativa de incorporar à teoria da Constituição e racionalismo crítico em favor de uma “sociedade aberta”, ver minha contribuição in: ZfP 21 (1974), p. 111 (132 s.).

Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente<sup>57</sup>.

Uma questão especial refere-se à legitimação da ciência constitucional. Ela tem uma função catalisadora e, por traduzir – publicamente – a interpretação metodológica refletida e, simultaneamente, conformar a preparação dos intérpretes oficiais, atua de maneira singular em todos os campos da interpretação. Como se deixa fundamentar essa peculiar legitimação? Com base no próprio art. 5º, III, da Lei Fundamental (NT 6). Constituição enquanto objeto é (também) coisa da ciência. O âmbito da ciência deve ser considerado como elemento autônomo e integrado da comunidade política (*Gemeinwesen*). Nesse contexto, a sua autonomia – relativa – em face da Lei fundamental é concebida desde o princípio; ela se legitima menos de “fora” do que por meio de processos e mecanismos internos de controle<sup>58</sup>. Constitui, porém, tarefa da Ciência formular as suas contribuições de forma acessível, de forma que ela possa ser apreciada e criticada na esfera pública (*Öffentlichkeit*). O conceito de teoria (*Lehre*) do art. 5º, III, da Lei Fundamental desempenha um papel importante: ele impõe à Ciência do Direito Constitucional um dever de formação, que é realçado pela cláusula de fidelidade constitucional (*Treueklause*)<sup>59</sup> (NT 7).

#### 4 REFLEXÕES SOBRE A TEORIA DA DEMOCRACIA COMO LEGITIMAÇÃO

No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria de Democracia). A Ciência do Direito Constitucional, as ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não

57 Sobre esse conceito constitucional, ver Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959; ver, também, P. Häberle *VVDSTRL* 30 (1972), p. 43 (56 s.).

(NT 6) O art. 5º, III, da Lei Fundamental, assegura a liberdade artística, científica, a liberdade de ensino.

58 Cf., a propósito, F. Küble, *Kommunikation und Verantwortung*, 1973, p. 38 s.; ver, também, Luhmann, *Selbststeuerung der Wissenschaft*, in: *Soziologische Aufklärung*, 1970, p. 232 s. A Associação dos Professores de Direito Público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*) considera-a como “ponto institucional para o saber e a consciência teórico-constitucional de nossa comunidade democrática”: Ehmke, op. cit., p. 133. Para Popper, a objetividade científica não é produto da imparcialidade do cientista, mas resultado do caráter social e público do método científico. A imparcialidade do cientista individualmente considerado, quando existente, não constitui fonte senão resultado dessa objetividade científica social ou institucionalmente organizada (*Falsche Propheten, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, v. II, 1958, p. 270).

59 Todavia, a formação específica do juiz constitucional não configura pressuposto de qualificação. Ver, porém, a exigência de “peculiar conhecimento de Direito Público” e de “experiência na vida pública” constante de algumas leis orgânicas de Cortes Constitucionais dos Länder (v.g., § 3, 1 (I), da Lei da Corte Constitucional de Hamburgo) e § 3, (2), da Lei do Bundesverfassungsgericht. Ver, ainda, nota 89.

(NT 7) O art. 5º, III, *in fine*, estabelece que a liberdade de ensino não dispensa a observância do princípio de fidelidade constitucional (*Die Freiheit der Lehre entbindet nicht Von der Treue zur verfassung*). Ver, a propósito, a nota nº 5.

se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições)<sup>60</sup>, até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional<sup>61</sup>. Em uma sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos direitos fundamentais<sup>62</sup>. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente<sup>63</sup>.

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão<sup>64</sup>. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político<sup>65</sup>, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania, no sentido do art. 33 da Lei Fundamental (NT 8). Dessa forma, os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*)<sup>66</sup>. Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos

60 Veja, agora, sobre a questão, o julgado da Corte Constitucional de Bremen a respeito da formação acadêmica do jurista, NJW1974, 2223 (2228 s.); cf., também, BVerfGE 33. 125 (158) (decisão sobre médico especializado – *Facharztentscheidung*); ver, a propósito, minha crítica DVBL, 1972, p. 909 [911].

61 A pesquisa de Billing (*Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, 1969) parte dessa concepção p. 93 s. (mas de forma diferenciada, p. 116).

62 Sobre a controvérsia, cf., de um lado, Hesse, *Grundzüge*, p. 122 f.; P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie*, p. 17 s., de outro, H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1971; ver, a propósito, minha crítica, DÖV 1974, p. 343 s., por último, E-W. Böckenförde NJW 1974, 1529 s.

63 Interpretação, tal como aqui entendida, torna-se “*bellum omnium contra omnes*” das opiniões científicas e políticas (cf., a propósito, Schefold JuS 1972, [8]), e deve (e pode apenas) evitar a tão decantada “solidariedade dos democratas”.

64 Por isso, a questão relativa à legitimação democrática da jurisdição não é resolvida, de forma definitiva, com ampliação do processo de eleição de juizes (cf., a propósito, F. J. Säcker ZRP 1971, 145 s.). Sobre a relação entre democracia e independência do juiz, ver, também, Eichenberger, *Dierichterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960, p. 103 s.

65 Nesse ponto, concorda-se com o conceito de Leibholz sobre a doutrina do Estado partidário (*Parteienstaatslehre*) (*Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3. ed., 1967, especialmente p. 78 s.): o povo somente se torna capaz de articular-se e de agir, sob determinadas formas de organização. Tal contestação não legitima, porém, a identificação do povo e partidos populares: a comunidade pluralista é fortemente diferenciada.

(NT 8) O art. 33, I, da Lei Fundamental consagra a igualdade de direitos e obrigações do cidadão alemão.

66 Sobre interpretação constitucional aberta, P. Häberle JZ 1971, 145 s.; ZfP 21 (1974). p. 111 (121 s.); cf., também, Schlaich, op. cit., p. 120.

direitos fundamentais de caráter positivo<sup>67</sup>, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público<sup>68</sup>.

Isto não quer significar a “destronização” ou deposição do povo. Tal ideia corresponde, todavia, à concepção de soberania popular de Rousseau, que atribui ao povo poderes equivalentes aos poderes divinos. Povo enquanto uma dimensão determinada (*Verfasset Grösse*) atua, universalmente, em diferentes formas, especialmente mediante a cotidiana realização de direitos fundamentais. Não se deve esquecer que democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o “domínio do cidadão” (*Herrschaft des Bürgers*), não do povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular (*Die Bürgerdemokratie ist realistischer als die Volks-Demokratie*).

A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais, e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Essa perspectiva é uma consequência da relativização do conceito de povo – termo sujeito a entendimentos equivocados – a partir da ideia de cidadão<sup>69</sup>! Liberdade fundamental (pluralismo)<sup>70</sup>, e não “o povo”, converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. Essa *capitis diminutio* da concepção monárquica exacerbada de povo situa-se sob o signo da liberdade do cidadão e do pluralismo.

Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e “eruptivo” a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais<sup>71</sup>. A possibilidade e a realidade de uma livre discussão

67 Cf., a propósito, minha conferência (Koreferat) in: VVDStRL 30(1972), p. 43 s. (96 s.).

68 Pluralismo deve ser organizado e conformado. Por isso, deve ser superada a confrontação entre “estratégias democráticas”, que trazem em si o perigo da politização totalitária de todos os setores, e as concepções restritivas, que pretendem limitar a democracia a uma ideia resultante da contraposição entre sociedade e Estado” (Hennis, *Die missverstandene Demokratie*, 1973).

69 Fortemente orientada pela ideia tradicional de “povo” revela a tentativa de fortalecer a legitimação democrática da jurisdição mediante utilização de pesquisas democráticas, cf., W. Birke, *Richterlich Rechtsanwendung und gesellschaftlich Auffassungen*, 1968, p. 45 s. Contra uma orientação assente na “vontade majoritária do povo” com fundamento em reflexões teórico-democráticas, cf., também F. J. Shäcker ZRP 1971, p. 145 (149 s.). Crítico em relação à utilização de uma “avaliação média” (“*Durchschnittsbürger*”) enquanto figura judicial normatizada com base em um conceito teórico-constitucional, meu *Öff. Interesse*, p. 328, 347 s., 425 s., 573, 725.

70 Essa concepção aplica-se também às formas de administração comum, social, etc.

71 A concepção democrática de Popper e sua justificação no contexto da teoria de ciência e do e do conhecimento não podem ser aqui descritas (cf., sobre democracia: *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, v. I (1975), especialmente p. 25, 156, 170 s.; v. II (1958), p. 157, 159 s., 197 s., 293 s.). Afirma-se suficiente a constatação de que o conceito de ciência defendido por Popper revela-se produtivo de uma perspectiva teórico-democrática, que o conceito democracia pluralista, constitucional, liberal, baseado na divisão de poderes, aqui defendido, pode, em dada medida, invocar o conceito de democracia por ele adotado, especialmente quando desenvolve uma teoria de democracia contra os dogmas “clássicos” da soberania

do indivíduo e de grupos “sobre” e “sob” as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado (acentue-se que esse processo livre está sempre submetido à ameaça e que também a nossa ordem liberal-democrática apresenta *déficit* em relação ao modelo ideal). Teoria de Democracia e Teoria de Interpretação<sup>72</sup> tornam-se consequência da Teoria da Ciência. A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido *lato*.

#### IV – CONSEQUÊNCIAS PARA A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL JURÍDICA

##### 1 RELATIVIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA – NOVO ENTENDIMENTO DE SUAS TAREFAS

As reflexões desenvolvidas levam a uma relativização da hermenêutica constitucional jurídica. Essa relativização assenta-se nas seguintes razões:

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente;
2. Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juízes (*Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter*), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de “participante do processo constitucional”

---

popular. Recepções e adaptações de Popper na discussão sobre democracia sob a Lei Fundamental de Bonn já se realizam de forma mais ou menos indireta: especialmente no julgamento sobre a proibição do Partido Comunista (KPD-Urteil – BVerfGE 5, 85): processo of Trial and error (I. B. Talmon) (p. 135), “permanentes e recíprocos controles e críticas como a melhor garantia para uma linha política (relativamente) justa” (p. 135). As relações e formas de pensamento podem ser aperfeiçoadas e reclamam melhorias no contexto de um esforço contínuo e infundável (p. 197). A recusa da concepção segunda a qual o desenvolvimento histórico é determinado por uma “finalidade cientificamente reconhecida” (p. 197), “compromisso social” (p. 198), “abertura” da ordem jurídica (p. 200), “relativa consistência racional de todas as opiniões políticas” (p. 206). Ver, também, E12, 113 (125): Formação de opinião pública pluralista – E20, 56 (97): processo de formação de opinião e de vontade livre e aberto. Da literatura: Von Simson, VVDStRL 29 (1971), p. 3 (9 s.); Düring, idem, p. 127: “Regras do jogo imanentes de corrigibilidade e revogabilidade” (“*immanente Spielregeln der Korrigierbarkeit und Revozierbarkeit*”); idem, in: Maunz/Düring/Herzog. K., art. 3 (I), nº 210 (para obtenção do direito). Não é difícil reconhecer aqui novamente o princípio da falsificação de Popper (“*trial and error*”), sua tese sobre a forma indireta e o caráter não absoluto do conhecimento (“*conjectures and refutations*”), a sua permanente preservação, que há de continuar uma humilde “*piece-meal social engineering*”, apta a ser corrigida, com a sua recusa à técnica do planejamento global, sua crença relativa na razão, seu entendimento experimental na política, sua defesa, para uma reforma gradual e consequente, sua advertência em favor da paciência e da tolerância e seu engajamento por uma sociedade aberta enquanto “racional e crítica”, em favor da concorrência de diferentes ideias e interesses graças a liberdade de crítica e de pensamento, e, assim, em favor da liberdade do ser humano, de suas responsabilidades e de suas decisões, mas também sua luta contra a onisciência e a pretensão de onipotência da sociedade “fechada”. No mais, subsiste a tarefa fundamental de desenvolver a teoria da ciência de Popper de uma perspectiva teórico-constitucional e prática, no contexto de uma Teoria da Democracia e, ao mesmo tempo, na teoria da norma e da interpretação (Cf. referências em minha contribuição AöR 99 (1974), p. 434 [448 s.]).

72 Ver a referência de Esser ao método de “*Trial-and-error*” de Popper, Vorverständnis, p. 151, agora a opinião divergente dos juízes Rupp – v. Brünneck e Dr. Simin sobre o julgamento relativo à questão do aborto de 25.02.1975 (JZ 1975, 205 [215] = NJ 1975, 582 (583)).

(*am Verfassungsprozess Beteiligte*) relativiza-se na medida em que se amplia o círculo daqueles, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) desenvolve força normatizadora (*normierende Kraft*). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública;

3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material “subsiste” sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, automaticamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*)<sup>73</sup>. O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (*Vorbehalt der Bewahrung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas<sup>74</sup>, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto<sup>75</sup>. O raio de interpretação normatiza amplia-se graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”. Eles são os participantes fundamentais no processo de “*Trial ad error*”, de descoberta e de obtenção do direito<sup>76</sup>. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou sub-

73 A jurisdição constitucional esforça-se para, mediante utilização de obter dieta, preparar, para além da decisão pontual, a futura interpretação constitucional, submetendo-se, assim, previamente à crítica (Crítico, a propósito, a partir de outro conceito de Constituição, Kull, FS für Forsthoff, 1972, p. 213, nota de rodapé 2).

74 Expressão utilizada por Hebermas, Legitimations probleme im Spätkapitalismus, 1973, p. 148.

75 Essa ideia encontra respaldo nos conceitos de “pré-compreensão” (*Vorverständnis*) e de “pré-compreensão” (*Nachverständnis*), P. Häberle, ZfP 21 (1974), p. 111 (126 s.). Leis constitucionais são adotadas não apenas de pré-história, mas também de pós-história.

76 Cf., a propósito, Esser, Vorverständnis, p. 23, 151 s.

jazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto<sup>77</sup>.

Assim como o processo de interpretação constitucional se afigura disciplinado e disciplinador pela utilização de métodos “jurídicos”, assim também se afiguram variados e difusos os eventos que precedem a esse processo: relativamente racionais se afiguram os processos legislativos, desde que se trate de interpretação da Constituição. E isto se dá frequentemente; o bem-estar (*interpretierende (Gemeinwohl-) Verwaltung*)<sup>78</sup> opera de forma racional; outras formas de atuação estatal devem ser consideradas. A forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada. Aqui reside uma parte da garantia de sua abertura e espontaneidade. Não obstante, os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado, exercendo, porém, uma nova função: eles são os “filtros” sobre os quais a força normatizadora da publicidade (*normierende Kraft der Öffentlichkeit*)<sup>79</sup> atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo.

## 2 DIMENSÃO E INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL — DIFERENCIAÇÃO EM FACE DA MEDIDA DE PARTICIPAÇÃO

Uma teoria da interpretação constitucional que pretenda contemplar, em um mesmo contexto, a questão dos objetivos e métodos de interpretação e a questão referente aos participantes da interpretação constitucional há de tirar consequência dessa situação para o método da hermenêutica constitucional. Algumas possíveis consequências devem ser enunciadas aqui em forma de tese.

Uma Corte Constitucional como o *Bundesverfassungsgericht*, que afere a legitimidade de interpretação de outro órgão, deve se valer de diferentes métodos, tendo em vista exatamente os participantes da interpretação submetida à sua apreciação<sup>80</sup>. Isto já foi contemplado, superficialmente, de uma perspectiva jurídico-funcional: os tribunais devem ser extremamente cautelosos na

77 Cf., também, sobre a problemática do texto enquanto limite da mutação constitucional, Hesse, FS für Scheuner, p. 123 (139 s.). Sobre o pouco significado da expressão literal para concretização dos direitos fundamentais, GS für Imboden, 1972, p. 191 s.

78 Cf., s propósito, meu “Öff. Interesse”, p. 475 s., 678; Ossenbühl AöR 92 (1967), p. 1 s. Ver, também, discussão do pleno do Superior Tribunal de justiça (JZ 1972, 655 s.), bem como do Tribunal Superior Administrativo (JZ 1972, 204 s.) (Bachof JZ 1972, 64 s. e 2085 s. Ossenbühl DöV 1972, 401 s.; Erichsen Verw Arch. 1972, 337 s.; Bullinger NJ 1974, 769 s.).

79 Referências típicas da jurisprudência da Corte Constitucional in: AöR 95 (1970), p. 260 (287 s.); por último, v.g., E34, 269 (283); 35, 202 (222 s., 230 s.); 32, 111 (124 s.); 31, 229 (242 s.); 30, 173 (191); em geral, em meu Öff. Interesse, p. 304 s.; 419, nota 31, 558 s., 572 s., 583 s., 594, bem como in: Th. Würten Berger (nota 93), p. 36 (39s.).

80 Semelhante contexto é resultado por Geitmann (Bundesverfassungsgericht und “offene Normen”, 1971): a exigência de determinação que o Bundesverfassungsgericht estabelece para as chamadas “normas abertas” é diferenciada, dependendo de quem edite a norma (Cf., a propósito, especialmente p. 22 s.) e de quem tenha de lhe conferir conteúdo. (p. 149 s.).

aferição de legitimidade das decisões do legislador democrático<sup>81</sup>. O mesmo raciocínio se aplica à aferição da legitimidade do direito estadual pela Corte Constitucional<sup>82</sup>. No desenvolvimento dessa orientação, algumas considerações devem ser feitas: existem leis – a lei sobre ensino superior (*Hochschulgesetz*), as reformas do Código Penal, como aquela referente ao § 218, que descriminalizava parcialmente o aborto, a lei que disciplina o funcionamento do comércio (*Ladenschlussgesetz*) – que despertam grande interesse na opinião pública. Essas leis provocam discussões permanentes e são aprovadas com a participação e sob o controle rigoroso da opinião pública pluralista. Ao examinar a legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional (*am demokratischen Prozess der Verfassungsauslegung*). Em relação àquelas leis menos polêmicas, isso poderia significar que elas não devem ser submetidas a um controle tão rigoroso, tal como se dá com as leis que despertam pouca atenção, porque são aparentemente desinteressantes (v.g., normas técnicas) ou com aquelas regulações que já restam esquecidas.

Peculiar reflexão demandam as leis que provocam profundas controvérsias no seio da comunidade. Considere-se o “consenso constitucional” (*Verfassungskonsens*) a respeito do § 218 do Código Penal ou em relação a algumas disposições da lei sobre ensino superior, ou, ainda, relativamente à lei sobre cogestão paritária (*paritätisch Mitbestimmung*). Nesses casos, deve a Corte exercer um controle rigoroso, utilizando generosamente a possibilidade de concessão de liminar (§ 32 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*)<sup>83</sup> (Cf., a propósito, *infra*, nº 3). É que, no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao Tribunal a tarefa de zelar para que não perca o mínimo indisponível da função integrativa da Constituição.

Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal (*faire Beteiligung*) dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis)<sup>84</sup>. Considerem-se algumas questões como aquelas relacionadas com a defesa do consumidor ou a defesa do meio ambiente. Aqui se manifestam

81 Diferentemente das leis pós-constitucionais, as leis pré-constitucionais não devem ser considerados como interpretação constitucional do legislador. Assim, elas reclamam não só um tratamento processual diferenciado (cf. art. 100 da LF), como também exigem um exame mais rigoroso quanto ao seu conteúdo.

82 C., a propósito, Ehmke VVDStRL 20 (1963), p. 53 S. (75); Klumpp, Landesrecht vor Bundesgerichten im Bundesstaat des GG. 1969, p. 179 s. Para a relação entre a Corte Constitucional e a dogmática civilista (doutrina) ou o Superior Tribunal de Justiça (BGH), ver BVerfGE 34.269 (281 s.).

83 Profundo dissenso, apresentado mesmo um perigo para o “consenso constitucional”, revela-se o fundamento de “interesse público” (*gemeinwohlgrund*) no sentido do § 32 (1) da Lei do Bundesverfassungsgericht, que trata dos pressupostos para a concessão de cautelares no processo constitucional.

84 Aqui se mostra uma mudança da função da proteção judicial. Em razão do crescente significado da atividade planificadora e conformadora do Estado, deve a proteção judicial efetivar-se não por meio de um controle *a posteriori*, mas mediante a participação em procedimentos prévios (*Vorverfahren*) (P. Häberle, VVDStRL

os “interesses públicos” ou, segundo a terminologia de Habermas<sup>85</sup>, os interesses aptos a serem generalizados (*verallgemeinerungsfähigen Interessen*).

Um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle constitucional. A intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação.

### 3 CONSEQUÊNCIAS PARA A CONFORMAÇÃO E UTILIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Para a conformação e a aplicação do direito processual resultam consequências especiais. Os instrumentos de informações dos juízes constitucionais<sup>86</sup> – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação<sup>87</sup> no processo constitucional<sup>88</sup> (especialmente nas audiências e nas “intervenções”). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa<sup>89</sup> sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de

30 (1972), p. 4 (86 s., 125 s.); Schmitt Glaeser VVDStRL 31 (1973), p. 179 (204 s.). A observância do processo “correto” deve ser examinada pelos Tribunais.

85 Habermas, op. cit., especialmente p. 153 s.

86 Revelam-se exemplares o instrumento de informação previsto no § 82, IV, da Lei Orgânica do Bundesverfassungsgericht (BVerfGG), assim como a prática da Corte Constitucional de assegurar a órgãos e instituições o “direito de manifestação”, as mais das vezes nos “grandes processos”: E 35, 202 (213 f.). Tem-se, assim, um “pedaço” de representação da sociedade pluralista no processo constitucional. Sintomática mostra-se a pesquisa realizada pelo Bundesverfassungsgericht (2º Senado) junto ao Parlamento Federal, aos parlamentos estaduais e aos partidos políticos a propósito dos subsídios parlamentares, FR de 10,3, 1975, p. 1. Cf., ainda, o exemplar da matéria no § 48 da Lei orgânica da Corte Constitucional de Baden Württemberg (Bad. – Württ. StGHG).

87 Cf., a propósito, P. Häberle AöR 98 (1973), 119 (128 nota 43). Altamente controversa afigura-se a participação do Parlamento Federal (ou de sua maioria) na controvérsia constitucional instaurada pela minoria a propósito da legitimidade do § 218 do Código Penal (Cf. a propósito, Woche im Bundestag vom 18.09.1974, edição nº 156, p. 3). O desenvolvimento em maioria governista e minoria fala a favor de que se reconheça essa divisão de tarefas também no direito constitucional processual. Esse seria um argumento para a participação do Parlamento Federal mediante simples intervenção no processo (cf., também, § 77 da Lei Orgânica do Bundesverfassungsgericht, que confere ao parlamento um “direito de manifestação”, quando um terço de seus membros instaura processo de controle abstrato de normas; ver, ainda, §§ 82 (II), 83 e 94 da Lei Orgânica da Corte Constitucional). Os processos parlamentar e constitucional interferem-se e se sobrepõem aqui de forma evidente (um outro exemplo, a propósito: BVerfGE 27, 44 [51 s]). Seria consequente “constitucionalizar” a oposição enquanto tal no processo constitucional, assegurando-se-lhe o direito de participação perante o Bundesverfassungsgericht, uma vez que ela se não confunde, necessariamente, com o terço do Parlamento Federal. *De lege lata*, deveria o Parlamento, na sua manifestação, incorporar o voto minoritário.

88 Winter und Schumann (Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren, in: Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, v. 3, 1972, p. 529 s.) consideram a oralidade e a imediatamente da interação nas audiências judiciais como “uma bela e quase anacrônica ilha do agir comunicativo concebida de forma racional-burocrática em uma Constituição da sociedade”. Talvez, ofereça-se, no processo constitucional, mais do que em outros setores, a oportunidade de se obter uma comunicação não distorcida no sentido de Habermas (cf., também, Bachof op. cit., supra, nota 47).

89 Existe uma relação contextual entre os instrumentos de investigação e de prognose à disposição da Corte Constitucional e a intensidade de aplicação do parâmetro jurídico-material por ele estabelecido: enquanto

posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (atingidos). A íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui<sup>90</sup>.

Indubitavelmente, a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador<sup>91</sup>. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de democracia.

## V – NOVAS INDAGAÇÕES PARA A TEORIA CONSTITUCIONAL

### 1 SOBRE A EXISTÊNCIA DE DIFERENTES OBJETIVOS E UTILIZAÇÃO DE DIVERSOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

Da associação das questões sobre objetivos, métodos e participantes da interpretação constitucional resultam novas indagações não apenas para a jurisdição constitucional e seus métodos, mas também para a teoria constitucional que deles se ocupa.

Já de referiu a possível objeção relativa ao fato de a “dissolução” (*Auflösung*) da interpretação constitucional não se converte, sem tensões, em uma teoria constitucional que busca a produção do consenso e a obtenção da unidade política como fim do processo constitucional e do próprio processo político<sup>92</sup>, essa teoria constitucional não deve ser, todavia, simplificada e (mal-) entendida como uma concepção simplesmente harmonizadora. Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que resultam de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso (*Konflikt-und Kompromissrecht*). Afigura-se evidente que

---

nas novas leis instituidoras de reformas econômicas (especialmente naquelas leis de conjuntura) tem-se aplicado um critério de adequação (*Geeignetheit*) extremamente benevolente (BVerfGE 29, 402 (410.); 36, 66 (71)), procurou o Tribunal, na decisão sobre a limitação de farmácias (*apothekenueteil*) (E7, 377 s. [= JZ 1958, 472 s.]), adotar investigação e prognose calcadas em dados empíricos bem fundamentados (cf., Philippi, *Tatsachenfeststellungen des BVerfG*, 1971, p. 57 s.). Isso lhe permitiu estabelecer parâmetros jurídico-materiais mais rigorosos.

90 Cf., a propósito, minha contribuição in: JZ 1973, 451 s.; no mesmo sentido, Zuck JZ1974, 360 (364). Importante foi a preservação da cláusula que permite o exercício do cargo de Juiz da Corte Constitucional por professores universitários (§ 3, IV, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*).

91 A questão sobre o dever diferenciado do legislador de fundamentar e produzir o material necessário deve ser repensada. Também aqui tem-se um contexto ainda não plenamente diferenciado entre o direito parlamentar e o direito constitucional processual.

92 Cf. Hesse, *Grundzüge*, p. 5 s., p 28.

requerentes e requeridos perseguem objetivos diversos no processo constitucional e, por isso, hão de eleger métodos diferenciados de interpretação, procurando abrigar o conteúdo da controvérsia dentro desses diferentes modelos ou métodos. O mesmo se aplica a representantes de diferentes interesses em *hearing* perante Comissões do Parlamento. Isso vale, igualmente, para os partidos majoritários e para a oposição no processo parlamentar<sup>93</sup>. Nesse ponto, existem similaridades entre o processo constitucional e o direito parlamentar.

Disso resultam repercussões dos princípios de hermenêutica de caráter jurídico-funcional para a interpretação constitucional de material (*materielle Verfassungsinterpretatio*)<sup>94</sup>. Elas devem ser mais fortemente discutidas do que vinham sendo até então, em consonância com as repercussões dos pressupostos processuais sobre a interpretação material da Constituição<sup>95</sup>. O direito constitucional, material – vivido –, surge de um número enorme de funções “corretamente” exercidas: aquelas desempenhadas pelo legislador, pela opinião pública, pelo cidadão, mas também pelo Governo e pela oposição. Essa reflexão funcional da interpretação constitucional demonstra que, de uma perspectiva funcional-processual, correção funcional da interpretação constitucional. A interpretação correta depende, pois, de cada órgão, do procedimento adotado, de sua função e de suas qualificações.

## 2 FUNÇÕES DA TEORIA CONSTITUCIONAL

É legítimo indagar se se poderia cogitar, ainda que de forma relativizada, de uma interpretação correta (*Richtigkeit der Auslegung*). Para a teoria constitucional, coloca-se a questão fundamental sobre a possibilidade de vincular normativamente as diferentes forças políticas, isto é, de apresentar-lhes “bons” métodos de interpretação.

Deve-se indagar sobre a amplitude que se há de emprestar ao círculo de interlocutores da doutrina constitucional, que, segundo o seu próprio entendimento, atuou, até agora, como crítica e conselheira, como *partner* da discussão e do consenso da Corte Constitucional.

Evidentemente, a resposta a essa indagação também poderia produzir consequências para a conformação do processo constitucional.

Sem dúvida, uma fixação exclusiva na jurisdição há de ser superada. É possível cogitar de uma opinião pioneira, qual a doutrina constituição íntegra

93 Sobre a democracia parlamentar como uma “transposição do pensamento sobre o processo judicial para o processo político da legislação”: Kriele, VVDStRL, 29 (1971), p. 46 (50).

94 Corretamente, cogita Ehmke (vvdStRL 20 (1963), p. 53 (73) de um contexto indissociável de princípios materiais e processuais de interpretação. Ver, também, p. 76: bilateralidade (Doppelseitigkeit).

95 Cf., a propósito, P. Häberle, Zeit und Verfassung, ZfP 21 (1974), p. 111 (118 s.); idem, LZ 1973, 451 (452 s.); DVBl. 1973, 388 s.

também a teoria da legislação, isto é, seja admitida como uma interlocutora do legislador<sup>96</sup>.

A relevância da questão sobre os diferentes objetivos e métodos dos diferentes participantes demonstra-se com base em alguns exemplos: a *preferred-freedoms-doctrine*<sup>97</sup> e o postulado da *self-restraint* aplicam-se tão somente à jurisdição, e não à legislação. Nesse aspecto, o problema já foi contemplado por Hesse e Ehmke: se a interpretação constitucional está submetida ao princípio da “correção funcional”, então o órgão que interpreta com base em uma competência específica deve fazê-lo de maneira diversa de outro órgão, dotado de outras competências.

Teoria constitucional enquanto teoria de legislação deveria pesquisar – o que até então não foi feito – as peculiaridades da interpretação constitucional levada a efeito pelo legislador (contemplar-se-ia, assim, a alta relevância do Direito Parlamentar). Essa questão tem sido apreciada até aqui de forma perfunctória: a partir da jurisdição constitucional, isto é, de seus limites jurídico-funcionais, v.g., com o auxílio da *preferred-freedoms-doctrine*, da presunção de legitimidade da atuação legislativa<sup>98</sup>, da liberdade de conformação do legislador nos limites do “sistema axiológico” (“*Wertsystem*”) da Constituição<sup>99</sup> ou mediante utilização de fórmula negativa (negação de uma atuação arbitrária) (*Kein wirkürliches Handeln*)<sup>100</sup>. Cuida-se, agora, de descrever “positivamente” a interpretação constitucional realizada pelo legislador: a partir de seu processo (em particular do Direito Parlamentar), de suas funções<sup>101</sup>. Não se pode mais avaliar a questão apenas de um prisma negativo, isto é, sob a ótica dos limites jurídico-funcionais do intérprete constitucional (juiz). Tem-se, pois, de desenvolver uma compreensão positiva para o legislador, enquanto intérprete da Constituição seja enquanto ele, o legislador, pré-fórmula, no processo político, seja enquanto participa formalmente do processo constitucional (Cf. §§ 77, 88, II<sup>102</sup>, 88, 94, IV, V, da Lei da Corte Constitucional).

96 Sobre a Teoria da Legislação: P. Häberle, in: Th. Würtenberger (editor) *Rechtsphilosophie und Rechtspraxis*, 1971, p. 36 (38 s.); H. P. Schneider, idem p. 76; Noll, *Gesetzgebungslehre*, 1973.

97 Cf., a propósito, H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, p. 437 s.; Haller *Supreme Court and Politik in den USA*, 1972, p. 40 s, 164 s.

98 Hesse, *Grundzüge*, cit., p. 33.

99 BVerfGE 11, 50 (56); 13, 97, (207); 14, 288 (301). Crítico, a propósito, Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, 1973. Sobre isso, ver minha crítica in: JR 1974, 487 s.

100 BVerfGE 1, 14 (52), jurisprudência, cf. BVerfGE (46). Sobre o assunto, ver o meu trabalho in: AöR 95 (1970), p. 86 (104 s.), 260 (281 s.) e para a relação entre jurisdição e a administração no que se refere ao âmbito da discricionariedade: *Öff. Interesse*, p. 647 s.

101 Importante se afigura a tentativa de Noll (*Gesetzgebungslehre*, 1973) no sentido de desenvolver um “método de legislação” que não seja apenas uma “questões de valor” (p. 63) e conceba formas de proceder orientadas pelo racionalismo crítico (cf., especialmente, o capítulo o desenvolvimento de alternativas e o processo de sua especialidade, o capítulo desenvolvimento de alternativas e o processo de sua crítico, p. 107 s.). Porém, Noll não concebe a legislação exatamente como uma forma de interpretação constitucional (cf. apenas, p. 103).

102 Pela aplicação do disposto no § 82, II, da Lei do Bundesverfassungsgericht ao processo de controle abstrato de normas (mediante alteração legislativa), Friesenhahn, JZ 1966, 705 (709). A propósito da aplicação

Afigura-se, igualmente, difícil a questão sobre se e em que medida outros participantes, singular ou coletivamente considerados ou em grupos, devem ser normativamente constitucionalizados. Essa questão deve ser respondida de forma diferenciada.

Constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional (procedimental). Para conteúdos e métodos, isto se aplica de forma limitada. Fundamentalmente, o processo político deve ser (e deve permanecer), tanto quanto possível, aberto, devendo, também, uma interpretação “diversionista” ter oportunidade de ser sustentada em algum momento. É verdade que o processo político é um processo de comunicação de todos para todos, no qual a teoria constitucional deve tentar ser ouvida, encontrando um espaço próprio e assumindo a sua função enquanto instância crítica<sup>103</sup>. Porém, a ausência (*ein Zuwenig*) de *academical self-restraint* pode levar a uma perda de autoridade. A teoria constitucional democrática aqui enunciada tem também uma peculiar responsabilidade para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

---

compreensiva do § 77 da Lei do Bundesverfassungsgericht pela Corte Constitucional, ver Lechner, BVerfGG, 3. ed., 1973, esclarecimento 2 sobre o § 77.

103 P. Häberle, *verfassungstheorie ohne Naturrecht*, AöR99 (1974), p. 437 (453 s.).

## Assunto Especial – Acórdão na Íntegra

### Controle de Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Sociais

2776

## Supremo Tribunal Federal

03.12.2013 Segunda Turma

AgRg no Recurso Extraordinário com Agravo nº 740.800 Rio Grande do Sul

Relatora: Min. Cármen Lúcia

Agte.(s): Estado do Rio Grande do Sul

Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

Agdo.(a/s): Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

### EMENTA

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONSTITUCIONAL – DIREITO À SAÚDE – AUMENTO DE LEITOS EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA – UTI – INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE NÃO SE CONFIGURA SUBSTITUTIVA DE PRERROGATIVA DO PODER EXECUTIVO – DETERMINAÇÃO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA EXISTENTE – AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, *em negar provimento ao agravo regimental*, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki.

Brasília, 3 de dezembro de 2013.

Ministra Cármen Lúcia  
Relatora

### RELATÓRIO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora):

1. Em 3 de outubro de 2013, neguei seguimento ao agravo nos autos do recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra julgado do Superior Tribunal de Justiça, que determinou ao Agravante a implementação de ações com o objetivo de dotar o único hospital do Município de Cachoeirinha/RS de leitos na Unidade de Terapia Intensiva – UTI suficientes ao atendimento da população local. A decisão agravada teve a seguinte fundamentação:

“9. Este Supremo Tribunal assentou que o Poder Judiciário pode determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas imperativas para assegurar a prestação do serviço público de saúde, sem que isso configure afronta ao princípio constitucional da separação de poderes.

Na espécie, a ponderação dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, levada a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial seria possível e necessária, não está o Poder Judiciário inovando a ordem jurídica, mas determinando que o Poder Executivo adote providência garantidora de direito estabelecido na Constituição. Confiram-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONSTITUCIONAL – DIREITO À SAÚDE

1. *Possibilidade de o Poder Judiciário determinar políticas públicas.* Precedentes. 2. *Responsabilidade solidária dos entes federados.* Precedentes. 3. *Configuração de litisconsórcio passivo necessário afastado na origem.* 4. *Alegado descumprimento de limite orçamentário previsto em portaria. Análise de norma infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta.* 5. *Agravo regimental ao qual se nega provimento*” (RE 665.764-AgR, de minha relatoria, 1ª T., DJe 09.04.2012, grifos nossos).

“Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (ARE 639.337-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª T., DJe 15.09.2011).

[...]

Dessa orientação jurisprudencial não divergiu o acórdão recorrido.

10. Pelo exposto, nego seguimento ao agravo (art. 544, § 4º, inc. I, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).”

2. Publicada essa decisão no DJe de 14.10.2013, interpõe o Estado do Rio Grande do Sul, em 24.10.2013, tempestivamente, agravo regimental.

3. O Agravante afirma que “nos arestos colacionados decidiu-se pela possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para determinar que o Estado disponibilizasse a política pública em caso de inadimplemento ou de sua inexistência, diversamente do que ocorre no caso concreto no qual o pedido ministerial visa ao aumento da oferta de leitos hospitalares em uma determinada cidade para um número real. Ou seja, o serviço existe, mas foi considerado insuficiente”.

Assevera que o tema ora em debate seria semelhante àquele discutido no Recurso Extraordinário nº 592.581, com repercussão geral reconhecida.

Sustenta que a determinação judicial configuraria afronta direta ao princípio constitucional da separação de poderes.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do presente recurso.

É o relatório.

## VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste ao Agravante.

2. O Ministro Relator do recurso no Tribunal *a quo* afirmou:

“O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, constitui direito subjetivo do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de modo que está compelido a cumprir o dever legal. É certo, portanto, que a falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo – UTIs no Município viola, gravemente, o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, cuidando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. Estando ainda intrinsecamente ligado ao direito à vida, deve ser tratado com prioridade pelo ente público. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.”

Como afirmado na decisão agravada, o acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal. Confirmam-se os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA – SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL – PODER JUDICIÁRIO – DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL – VIOLAÇÃO – INOCORRÊNCIA – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO – 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (art. 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.04.2010. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’, decidiu que, *em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas*. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 642.536-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, 1ª T., DJe 27.2.2013, grifos nossos).

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. *O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes*. 3. Agravo regimental não provido” (AI 809.018-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, 1ª T., DJ 10.10.2012, grifos nossos).

Confira-se, ainda, por oportuno, o seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47:

“No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é recorrente a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais nesse sentido. Na Presidência do Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos

alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros). Assim, levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de saúde pública [...] *Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas*” (Plenário, DJe 30.04.2010).

3. Os argumentos do Agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

4. Pelo exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

#### SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

AgRg no Recurso Extraordinário com Agravo nº 740.800

Proced.: Rio Grande do Sul

Relatora: Min. Cármen Lúcia

Agte.(s): Estado do Rio Grande do Sul

Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

Agdo.(a/s): Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Decisão: A Turma, por votação unânime, *negou provimento ao agravo regimental*, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki. 2ª Turma, 03.12.2013.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira  
Secretária Substituta

### Controle de Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Sociais

#### 2777 – Ação civil pública – pretensão de melhoria no serviço de saúde – legitimidade – direitos difusos

“Agravamento regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido.” (STF – AI 809018-AgRg – 1ª T. – Rel. Min. Dias Toffoli – J. 25.09.2012 – Processo Eletrônico DJe-199 – Divulg. 09.10.2012 – Public. 10.10.2012)

#### 2778 – Atendimento a gestantes – omissão constitucional – inaplicabilidade da teoria da reserva do possível

“Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. Dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional. Obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao Poder Público, inclusive aos Estados-membros. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Estado-membro. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819). Comportamento que transgreda a autoridade da lei fundamental da República (RTJ 185/794-796). A questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197). O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. A teoria da ‘restrição das restrições’ (ou da ‘limitação das limitações’). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 196, 197 e 227). A questão das ‘escolhas trágicas’. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso). Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687, RTJ 175/1212-1213, RTJ 199/1219-1220). Possibilidade jurídico-processual de utilização das *astreintes* (CPC, art. 461, § 5º) como meio coercitivo indireto. Existência, no caso em exame, de relevante interesse social. Ação civil pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade. Legitimação ativa do Ministério Público (CF, art. 129, III). A função institucional do Ministério Público como ‘defensor do povo’ (CF, art. 129, II). Doutrina. Precedentes. Recurso de agravo improvido.” (STF – RE 581352-AgRg – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª T. – J. 29.10.2013 – Acórdão Eletrônico DJe-230 – Divulg. 21.11.2013 – Public. 22.11.2013)

#### 2779 – Controle judicial de políticas públicas – fornecimento de medicamento e tratamento médico de alto custo – indenização

“1 – Juizado especial. Fazenda Pública. Saúde pública. Indenização por dano material. Sistema Único de Saúde. Acesso universal e igualitário. Recomendação médica a paciente portador de doença

diagnosticada como Púrpura Trombocitopênica Imune – PTI. Aquisição de remédio de alto custo: esquema de rituximab + dexametasona. Tratamento afirmado necessário porque constatada a refratariedade da autora a qualquer outra linha terapêutica disponível. Solicitação de fornecimento dirigida à Secretaria de Saúde do Distrito Federal com indicação de urgência no atendimento. Postulada a apresentação de motivos, se não atendido o requerimento. Pedido desconsiderado. Ausência de resposta em prazo razoável. II – Silêncio da Administração Pública. Ausência de pronunciamento que constituiu fato jurídico ensejador do ajuizamento de demanda judicial para compelir o Estado a indenizar os gastos havidos com o parcial custeio do tratamento que, sob grande risco hemorrágico, precisava ter início imediato. Interesse de agir dos autores devidamente evidenciado. Hipótese em que o silêncio administrativo gera presunção irrefragável de indeferimento da postulação feita pelos administrados. Omissão administrativa de que resulta dano jurídico e acarreta para o Poder Público o dever de indenizar. Responsabilidade do Estado devidamente configurada. Condições da ação presentes. Procedimento hágido. III – Falha o ente estatal que não oferece à população meios materiais para recuperação da saúde (art. 196, CF). Atua com desídia quando deixa de efetivar as prestações necessárias à implementação de política pública relacionada à garantia de saúde ou não comprova a existência de impedimento com capacidade para afastar a exigibilidade do dever de promover, proteger e recuperar o Estado de são do jurisdicionado a quem, de forma correlata, assiste o direito subjetivo público de manter o equilíbrio de seu organismo. III – Direito à saúde. Dever do Estado de prover o custeio de despesas com tratamento de urgência comprovada. Controle judicial de política pública de saúde. Atuação do Poder Judiciário. Exercício da função jurisdicional em limites que não configuram invasão no campo da discricionariedade administrativa. Mérito do programa de ação governamental para saúde não sindicado. Exame restrito à verificação de ocorrência de vícios na execução do plano de governo estabelecido por quem ostenta título legal para instituí-lo. Ponderação necessária entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível que não implica inovação na ordem jurídica. IV – Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. 1. Ausentes elementos de convicção hábeis a afirmar a plausibilidade da alegação de que o deferimento pelo Poder Judiciário do pleito formulado pelos autores/recorridos importará alteração de política pública de saúde elaborada pelos Poderes Legislativo e Executivo do Distrito Federal; inexistindo prova pré-constituída de violação de normas orçamentárias e/ou administrativas no deferimento judicial de medida que se revela conforme a ação para resguardo do mínimo existencial de dignidade da suplicante portadora de grave enfermidade; é de ser imposta ao Distrito Federal a responsabilidade social de atender a demandas coerentes com a política pública de proteção à saúde por ele estabelecida. 2. Direito subjetivo reconhecido à autora de postular o cumprimento pelo Estado de norma de Direito Público que, não atendida, a priva da obtenção de vantagem de que desfrutaria caso omissão estatal não houvesse no atendimento a interesses público consistente em garantir à sociedade a fruição do direito fundamental à vida e à saúde. Ação do Poder Judiciário que se caracteriza tão-só como atuação corretiva do Poder Público diante de gravame individualmente suportado por pessoa acometida por doença grave e que se revelou refratária a múltiplas linhas terapêuticas, restando como opção tratamento de alto custo e que consiste no uso de esquema de rituximab + dexametasona. 3. Garantia de uso imediato de medicamento, tendo em conta elevado risco hemorrágico, que atende, simplesmente, a condições mínimas para zelar pela conservação do equilíbrio do organismo da autora, o que não ofende, onera ou altera política pública de saúde do Governo do Distrito Federal. Antes, afasta grave perigo de dano irreparável expresso na possibilidade de estar o Estado a recusar, a jurisdicionado com comprovada necessidade, meios a ele indispensáveis para concretização de direito fundamental que lhe é constitucionalmente assegurado. 4. Atende ao princípio da legalidade a ação estatal que estabelece em prol de todos os membros do corpo social uma proteção e uma garantia, afinal a norma posta no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil atende a interesses públicos primários que necessariamente se irradiam sobre todos os que se encontrem em território brasileiro. 5. Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Em face da sucumbência, fixo honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor corrigido da causa, devendo também a recorrente suportar o pagamento das custas processuais, conforme disposição expressa no *caput* do art. 55 da Lei nº 9.099/1995. 6. Acórdão lavrado por súmula de julgamento servirá de acórdão, conforme regra dos arts. 27 da Lei nº 12.153/2009 e 46 da Lei

nº 9.099/1995.” (TJDFT – Ac 701732 – 20110112338895ACJ – 1ª T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF – Relª Diva Lucy de Faria Pereira – J. 06.08.2013 – DJe 13.08.2013 – p. 275)

**2780 – Defesa do direito à saúde – responsabilidade solidária – todos os entes governamentais**

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Direito à saúde. Fornecimento pelo Poder Público do tratamento adequado. Solidariedade dos entes federativos. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Colisão de direitos fundamentais. Prevalência do direito à vida. Precedentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF – ARE 801676-AgRg – 1ª T. – Rel. Min. Roberto Barroso – J. 19.08.2014 – Acórdão Eletrônico DJe-170 – Divulg. 02.09.2014 – Public. 03.09.2014)

**2781 – Defesa do direito à saúde – responsabilidade solidária – todos os entes governamentais**

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Interesses individuais indisponíveis. Legitimidade do Ministério Público. Direito à saúde. Dever do Estado. Realização de tratamento médico. Obrigação solidária dos entes da federação. Situação de omissão da Administração Pública. Concretização de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Possibilidade. Agravo a que se nega provimento. I – O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ingressar em juízo com ação civil pública em defesa de interesses individuais indisponíveis, como é o caso do direito à saúde. II – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, a realização de tratamento médico por paciente destituído de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento. Portanto, o usuário dos serviços de saúde, no caso, possui direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação. III – Em relação aos limites orçamentários aos quais está vinculada a ora recorrente, saliente-se que o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. IV – Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da Administração Pública, não configura violação do princípio da separação dos poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro. V – Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF – RE 820910-AgRg – 2ª T. – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – J. 26.08.2014 – Processo Eletrônico DJe-171 – Divulg. 03.09.2014 – Public. 04.09.2014)

**2782 – Direito à saúde – aumento de leitos – Unidades de Tratamento Intensiva**

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Direito à saúde. Aumento de leitos em Unidade de Terapia Intensiva – UTI. Intervenção judicial que não se configura substitutiva de prerrogativa do Poder Executivo. Determinação de implementação de política pública existente. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (STF – ARE 740800-AgRg – 2ª T. – Relª Min. Cármen Lúcia – J. 03.12.2013 – Processo Eletrônico DJe-244 – Divulg. 11.12.2013 – Public. 12.12.2013)

**2783 – Fornecimento de água – decisão política – suspensão do fornecimento – imóvel em situação irregular**

“I – Juizado Especial da Fazenda Pública. Direito constitucional e direito administrativo. Caesb. Pedido de fornecimento de água. II – Possuidor de lote irregular. Ocupação ilegal. Inobservância de dis-

posições expressas em Decreto Distrital nº 32.898/2011. Documentos necessários para demonstrar a regularidade da ocupação não apresentados. Imóvel sem escritura pública e para o qual não emitida certidão de regularidade pela administração regional (Codhab). Hipótese em que sequer formulado pela autora pedido de vistoria prévia para verificação da possibilidade de fornecimento de água no local. Art. 182 da Constituição Federal. Comando normativo constitucional que não afasta a compreensão de que o fornecimento de serviços públicos está sujeito à política de desenvolvimento urbano. III – Cidadania. CF/1988. Direito fundamental do Estado Democrático de Direito que demanda a participação de seu titular na vida em sociedade e traz, correlatos, deveres do cidadão para com a comunidade. Valor essencial de proteção à dignidade da pessoa humana que não autoriza seu exercício quando descumpridas obrigações legalmente estabelecidas em respeito aos interesses de toda a sociedade. Inobservado o dever de respeito a leis que viabilizam a efetivação de direito fundamental à moradia, é de ser reconhecida legítima a atuação estatal de recusa ao fornecimento de serviço público enquanto não cumpridas exigências normativas que regulamentam a concretização do direito vindicado. IV – Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso conhecido e improvido. 1. Irreparável a sentença que decide pela improcedência de pedido formulado em desfavor da Caesb para compeli-la a fornecer serviço de água e esgoto quando não exibidos pelo autor documentos hábeis a comprovar a regularidade da ocupação exercida sobre imóvel a ser beneficiado. 2. Atuando a Caesb segundo parâmetros legalmente estabelecidos, tem-se por legítimo seu proceder. Hipótese concreta em que incabível a invocação de regras protetoras da dignidade da pessoa humana para, por via reflexa, blindar o ocupante de terreno em área de ocupação irregular, eximindo-o do cumprimento de obrigações legais a todos impostas. O usufruto de serviço público de fornecimento de água e esgoto exige estrita obediência aos ditames legais fixados no Decreto nº 32.898/2011, que visa ao controle e à erradicação de ocupações irregulares do solo e de áreas de proteção ambiental. Além disso, estabelece a Constituição Federal que a prestação de serviços públicos deve sujeitar-se à política de desenvolvimento urbano (art. 182). 3. Recurso conhecido e improvido, servindo a súmula de julgamento como acórdão, conforme permissão do art. 46 da Lei dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis. 4. Vencida a parte recorrente, deve arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor corrigido da causa, consoante art. 55 da Lei nº 9.099/1995, entretanto a exigibilidade da cobrança fica suspensa, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/1950.” (TJDFT – Ac 741349 – 20120110925538ACJ – 1ª T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF – Relª Diva Lucy De Faria Pereira – J. 03.12.2013 – DJe 05.12.2013 – p. 148)

**2784 – Melhoria na prestação do serviço de saúde – determinação judicial – modificação dos procedimentos adotados**

“Agravamento regimental no recurso extraordinário. Administrativo e processual civil. Repercussão geral presumida. Sistema público de saúde local. Poder Judiciário. Determinação de adoção de medidas para a melhoria do sistema. Possibilidade. Princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Violação. Inocorrência. Agravamento regimental a que se nega provimento. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante desta Corte (art. 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando à melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgRg, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.04.2010. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravamento regimental a que se nega provimento.” (STF – RE 642536-AgRg – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – J. 05.02.2013 – Acórdão Eletrônico DJe-038 – Divulg. 26.02.2013 – Public. 27.02.2013)

**2785 – Moradia digna – adequação para atender pessoa com deficiência física – direito assegurado**

“La actora tiene una hija a quien le diagnosticaron parálisis cerebral y escoliosis severa rígida. Ambas viven en una casa de interés social que fue entregada por el Gobierno Nacional, en virtud de su condición de desplazada y madre cabeza de familia. El inmueble no cuenta con las condiciones requeridas para garantizar el derecho a la vivienda digna de la menor que presenta la discapacidad, pero la Secretaría accionada considera que las eventuales modificaciones que requiera la construcción, son responsabilidad de la constructora. Se reitera jurisprudencia relacionada con la acción de tutela de personas desplazadas y en condición de discapacidad; el acceso a viviendas de interés social y de interés prioritario para las familias de menores recursos y, respecto del enfoque diferencial por discapacidad. Se concede el amparo del derecho fundamental a la vivienda digna y se ordena al Fondo Nacional de Vivienda y a la entidad demandada, que provean los recursos para que en coordinación con la respectiva Constructora, adecuen la vivienda de la peticionaria de acuerdo a la discapacidad que presenta su hija, en particular, las modificaciones de la escalera y el baño.” (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia T-270/14 – Corte Constitucional de Colombia – Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva – 02.05.2014)

**Comentário IDP**

Trata-se de julgamento proferido, em 2 de maio de 2014, pela Corte Constitucional da Colômbia (Sentença T-270/14), ocasião em que restou decidido que à autora, bem como à sua filha de treze anos de idade e portadora de deficiência física e mental, sejam assegurados o direito fundamental à moradia digna, devendo o Fundo Nacional de Moradia e a Secretaria de Moradia Social de Cáli disponibilizarem recursos para que, em coordenação com a respectiva construtora, haja a devida adequação, dentro do prazo de 2 (dois) meses, da habitação popular e gratuita de acordo com a deficiência que apresenta a menor de idade, particularmente no que tange às necessárias modificações referentes à escada e ao banheiro.

Mesmo já sendo beneficiárias de um programa estatal de distribuição de moradias populares e gratuitas, a Corte Constitucional colombiana entendeu que a autora e sua filha com deficiência possuem direito a uma moradia digna, conforme art. 51 da Constituição daquele país. De acordo com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e outros instrumentos internacionais, toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestimenta e moradia adequadas, e a uma melhora contínua das condições de existência. E, ao final, restou consignado pela Corte que ser titular do direito fundamental à moradia digna significa mais que simplesmente ter um “direito a um telhado”.

Carlos Odon

**2786 – Política pública – decisão judicial – tributação de verba de natureza indenizatória**

“I – Juizados especiais. Fazenda Pública. Direito administrativo. Servidores da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Imposto de Renda, retido na fonte, sobre verbas recebidas a título de auxílio pré-escolar. Benefício de natureza indenizatória. Tributação indevida. Legitimidade passiva do Distrito Federal. Competência firmada dos juizados fazendários. II – Preliminares. Ilegitimidade passiva do Distrito Federal e incompetência dos juizados especiais. Máculas inocorrentes. Processo hígido. II.1 – O Distrito Federal, ente integrante da federação brasileira, tem legitimidade para figurar no polo passivo de ação de repetição de indébito proposta pelo contribuinte que alega ter sofrido indevida tributação por força de conduta ilícita do Poder Público que reter percentual relativo a Imposto de Renda sobre parcela não tributável de seus rendimentos. Legitimação que decorre da posição jurídica em que colocados os entes federados pelo texto constitucional, visto que expressamente indicados como credores do produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza (art. 157, I, CF/1988). Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. II.1 – Incompetência dos juizados especiais. Afirmada a legitimidade do Distrito Federal para figurar no polo passivo de ação de repetição de indébito ajuizada por servidores públicos distritais ao argumento de que ilegalidade há na incidência de Imposto de Renda sobre auxílio pré-escolar, impreterível fixar a competência da Justiça Estadual para conhecer e julgar a demanda proposta. No âmbito distrital, considerado o valor atribuído à causa, inquestionável que a demanda proposta integra o rol de competência dos juiza-

dos especiais da Fazenda Pública (art. 2º, *caput*, Lei nº 12.153/2009). Preliminar de incompetência rejeitada. III – A Carta da República de 1988 assegura a educação como direito social e dever do Estado (arts. 6º, 205 e 208, IV). Quanto à educação infantil, considerada sua relevância, estabeleceu-a gratuita aos filhos e dependentes de trabalhadores urbanos e rurais até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, XXV, CF/1988). A norma constitucional veio regulamentada por dispositivos infraconstitucionais, a exemplo do comando normativo posto no art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) que consignou ser dever do Estado assegurar à criança de zero a seis anos de idade atendimento em creche e pré-escola. Ocorre que os diversos entes das diversas esferas do Estado brasileiro revelaram inaceitável falta de capacidade para garantir, por meio de assistência direta, a eficácia da norma constitucional instituidora do direito fundamental à educação infantil. À vista disso, passaram a conferir proteção indireta pela concessão de suporte financeiro aos pais para que as crianças pudessem ter acesso ao ambiente escolar, o que foi concretizado com a instituição do chamado auxílio pré-escolar. III.1 – O benefício dado em dinheiro, segundo disciplina estabelecida pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para seus respectivos servidores, tem, de tal modo, evidente natureza indenizatória, uma vez que sua razão de existir está na falta de assistência pré-escolar direta. Dever estatal continuamente inadimplido. Omissão ilícita justificadora da concessão de proteção indireta que visa a ressarcir (conquanto efetivamente não o faça) os responsáveis financeiros pelos gastos que têm com a educação infantil de seus filhos. IV – Juros de mora. O termo inicial para contagem de juros moratórios em ação de repetição de indébito tributário deve ser computado conforme orientação sumulada em Enunciado nº 188 do Superior Tribunal de Justiça: ‘Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença’. No caso, a contar do trânsito em julgado do acórdão proferido por esta eg. Corte. Apenas nesse ponto a douda sentença monocrática deve ser objeto de reforma. V – recurso conhecido. Preliminares rejeitadas. No mérito, improvido. 1. Acórdão lavrado por súmula de julgamento, conforme permissão posta no art. 46 da lei dos juizados especiais cíveis.” (TJDFT – Ac. 827098 – 20120111143756ACJ) – 1ª T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF – Relª Diva Lucy De Faria Pereira – J. 02.09.2014 – DJe 28.10.2014 – p. 311)

**2787 – Profissionais de saúde – suficiência – repercussão geral reconhecida**

“Administrativo e constitucional. Implementação de políticas públicas especificamente quanto à suficiência de profissionais na área de saúde. Alegada contrariedade aos arts. 2º e 196 da Constituição da República. Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.” (STF – RE 684612-Rg – Relª Min. Cármen Lúcia – J. 06.02.2014 – Processo Eletrônico DJe-109 – Divulg. 05.06.2014 – Public. 06.06.2014)

**2788 – Tratamento médico – cobertura – plano nacional de saúde – determinação de atendimento**

“Rehabilitación integral en centro especializado de menor en situación de discapacidad. A través de la figura de la agencia oficiosa se presenta la acción de tutela en representación de un niño de ocho años de edad a quien le diagnosticaron autismo infantil y retardo mental grave, por lo que el médico tratante le ordenó la rehabilitación integral en un centro especializado. El niño fue valorado en una clínica especializada en el manejo del precitado diagnóstico y esta institución recomendó el inicio de las correspondientes terapias. La E. P. S. accionada negó los servicios o procedimientos prescritos alegando no estar incluidos en el POS. Luego de analizar jurisprudencia relacionada con la procedencia de la acción de tutela para garantizar la especial protección de los menores con discapacidad, el derecho a la vida digna y el principio de integralidad en el tratamiento a la salud del menor y la posibilidad de autorizar la realización de terapias alternativas a menores en situación de discapacidad, la Sala decide conceder el amparo y ordenar a la accionada autorizar la realización de todo el tratamiento integral que requiera el menor representado, incluidas las terapias convencionales y no convencionales que el respectivo médico tratante le prescriba.” (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia T-586/13 – Juzgado en 29.08.2013 – Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla)

### Comentário IDP

Cuida-se de ação de tutela instaurada por Herminda Leal Barón, em representação de seu filho menor de idade Juan Pablo Rodríguez Leal, contra a *Human Heart* EPS e a Secretaria Distrital de Saúde de Bogotá. A criança, diagnosticada com autismo infantil e deficiência mental grave, foi avaliada em uma clínica especializada, tendo esta instituição recomendado o início das terapias correspondentes. A Entidade Promotora de Saúde (EPS), cuja função é organizar e garantir a prestação de serviços de saúde no âmbito do sistema geral de seguridade social da Colômbia, negou os serviços ou procedimentos prescritos, alegando não estarem incluídos no Plano Obrigatório de Saúde (POS). Com base no direito à vida digna, ao princípio da integralidade no tratamento à saúde de menor e à possibilidade de realização de terapias alternativas em menores portadores de deficiência, a Corte Constitucional decidiu conceder a medida de amparo e ordenar que as requeridas autorizem a realização de todo o tratamento integral que requer o menor, incluídas as terapias convencionais e não convencionais que o respectivo médico responsável lhe prescreva.

Por ordem constitucional, o Estado deve uma especial proteção aos direitos das crianças. E a procedência da tutela, no caso em comento, se torna mais evidente quando se está em jogo também a necessária proteção daquelas pessoas que se encontram em circunstâncias de debilidade manifesta, por razão de sua idade e de sua condição econômica, física ou mental. É evidente, ainda, a afetação do direito à saúde que produz, nos menores de idade, a falta de tratamentos ou medicamentos adequados. Logo, há possibilidade de autorizar a realização de terapias alternativas para menores com deficiência, como, por exemplo, equoterapia, animalterapia, musicoterapia, hidroterapia, etc.

Carlos Odon

## A Discriminação Indireta, Sua Natureza Jurídica e a Possibilidade de Implementação das Ações Afirmativas nas Relações de Emprego: Algumas Breves Ideias

HUMBERTO FERNANDES DE MOURA

UNICEUB – Centro Universitário de Brasília.

Submissão: 19.12.2013

Decisão Editorial: 25.02.2014

**RESUMO:** O tema a ser desenvolvido no presente artigo diz respeito ao estudo da discriminação, especialmente da discriminação indireta nas relações de trabalho em sociedades empresárias privadas. Será exposto o conceito de discriminação indireta, sua natureza jurídica, as formas de comprovação e os possíveis remédios jurídicos punitivos e preventivos. Será exposto, mesmo que brevemente, a iniciativa do Ministério Público do Trabalho, que ajuizou algumas ações civis públicas em face dos maiores bancos privados do Distrito Federal, imputando a eles a prática de discriminação indireta, bem como foi a visão do Poder Judiciário trabalhista a respeito. Longe de buscar a resposta definitiva a questão, o presente artigo tem por objetivo apenas clarear a argumentação a respeito do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Discriminação indireta; ações afirmativas; atuação do Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** The topic to be developed in this article concerns the study of discrimination, especially indirect discrimination in labor relations in companies private entrepreneurs. It will be exposed the concept of indirect discrimination, legal status, forms of evidence and possible preventive and punitive remedies. Will be exposed, even briefly, the initiative of the *Parquet*, who filed some civil lawsuits in the face of the largest private banks in the Federal District, imputing to them the practice of indirect discrimination, and was the vision of the Judiciary labor respect. Far from seeking a definitive answer to the question, this article aims only lighten the arguments on the subject.

**KEYWORDS:** Indirect discrimination; affirmative actions; Judiciary attitude.

**SUMÁRIO:** 1 A Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho e o conceito de discriminação; 2 Do conceito de discriminação indireta; 3 Da análise das repercussões da discriminação indireta. Exigência de regras claras de contratação, ascensão e remuneração e possibilidade, a depender de lei, de estabelecimento de cotas de contratação; 4 Discriminação indireta e a atuação do Ministério Público do Trabalho; Considerações finais; Referências.

### 1 A CONVENÇÃO Nº 111 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O CONCEITO DE DISCRIMINAÇÃO

A Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão, ratificada pelo

Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, publicado no DOU de 23 de janeiro de 1968, traz definição clara a respeito do conceito de discriminação em seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º [...]

1. Para os fins da presente Convenção o termo *discriminação* compreende:
  - a) toda *distinção, exclusão ou preferência* fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social *que tenha por efeito* destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
  - b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam e outros organismos adequados.
2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em *qualificações exigidas para um determinado emprego* não são consideradas como discriminação.
3. Para os fins da presente Convenção, as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego. (grifos ausentes no original)

As convenções internacionais, devidamente ratificadas pelo Brasil, segundo entendimento antes consolidado no do Supremo Tribunal Federal, teriam força de legislação ordinária<sup>1</sup>. Por outro lado, a despeito dessa visão, aquele Tribunal, a partir de voto prolatado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, e analisando a questão relativa à prisão civil viabilizada pelo Decreto-Lei nº 911/1969 em face do Pacto de San Jose da Costa Rica, decidiu reconhecer aos tratados *status* de legislação supralegal par concluir pela impossibilidade de prisão do depositário infiel<sup>2</sup>.

- 1 Com efeito, é pacífico, na jurisprudência desta Corte, que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o art. 105, III, da Constituição, que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo STJ, como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no art. 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado.” (HC 72.131, voto do Rel. p/o Ac. Min. Moreira Alves, Plenário, Julgamento em 23.11.1995, DJ de 01.08.2003)
- 2 Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o DL 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei nº 10.406/2002)” (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, Julgamento em 03.12.2008, Plenário,

Por outro lado, há posições no Tribunal que reconhecem aos Tratados relacionados a Direitos Humanos a natureza de normas propriamente constitucionais, por força do art. 5º, § 3º, da Constituição<sup>3</sup>.

Essa breve exposição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito dos tratados internacionais humanos tem por objetivo delimitar os efeitos que a Convenção da OIT tem em relação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Como a vedação à discriminação nas relações de emprego tem inegável interface com os direitos humanos, a convenção pode ser entendida como norma de natureza constitucional, o que confere maior importância em relação à temática que ora se apresenta.

Explicitando a Convenção nº 111, a própria Organização Internacional do Trabalho conceitua a discriminação como “o ato de tratar as pessoas de forma diferenciada e menos favorável a partir de determinadas características pessoais, tais como, entre outras, o sexo, a raça, a cor, a origem étnica, a classe social, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional, que não estão relacionadas com os méritos e nem com as qualificações necessárias ao exercício do trabalho<sup>4</sup>”.

O conceito de discriminação na doutrina jurídica brasileira não difere significativamente. Segundo Maurício Godinho Delgado, “discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada<sup>5</sup>”.

E, a respeito do conceito de discriminação trazido pela Convenção, tem-se agora que expor a diferença entre a discriminação direta da discriminação indireta.

---

DJe de 05.06.2009, com repercussão geral). No mesmo sentido: RE 349.703, Rel. p/o Ac. Min. Gilmar Mendes, Julgamento em 03.12.2008, Plenário, DJe de 05.06.2009. Em sentido contrário: AI 403.828-AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 05.08.2003, 2ª Turma, DJe de 19.02.2010. *Vide*: AI 601.832-AgRg, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgamento em 17.03.2009, 2ª Turma, DJe de 03.04.2009; HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 23.09.2008, 2ª Turma, DJe de 06.02.2009; HC 72.131, Rel. p/o Ac. Min. Moreira Alves, Julgamento em 23.11.1995, Plenário, DJ de 01.08.2003.

3 “[...] após o advento da EC 45/2004, consoante redação dada ao § 3º do art. 5º da CF, passou-se a atribuir às convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquia constitucional [...]. Desse modo, a Corte deve evoluir do entendimento então prevalecente [...] para reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção. [...] Se bem é verdade que existe uma garantia ao duplo grau de jurisdição, por força do pacto de São José, também é fato que tal garantia não é absoluta e encontra exceções na própria Carta.” (AI 601.832-AgRg, voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgamento em 17.03.2009, 2ª Turma, DJe de 03.04.2009). *Vide*: RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, Julgamento em 03.12.2008, Plenário, DJe de 05.06.2009, com repercussão geral.

4 OIT. *Manual de capacitação e informação sobre gênero, raça, pobreza, e emprego*: guia para o leitor. Módulo 2 – A questão racial, pobreza, e emprego no Brasil: tendências, enfoques e políticas de promoção de igualdade. Brasília: OIT, 2005. 8 v.: il., graf., tab. p. 53.

5 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr. p. 773.

Sobre a discriminação direta, o Ministro Joaquim Barbosa expõe que é a “mais trivial forma de discriminação<sup>6</sup>” e que pode ser denominada, também como discriminação intencional ou tratamento discriminatório. Ocorre quando “a pessoa vítima da discriminação é tratada de maneira desigual, menos favorável, seja na relação de emprego ou em qualquer outro tipo de atividade, única e exclusivamente em razão de sua raça, cor, sexo, origem ou qualquer outro fator que a diferencie da maioria dominante<sup>7</sup>”.

## 2 DO CONCEITO DE DISCRIMINAÇÃO INDIRETA

A discriminação denominada indireta foi conceituada pela Organização Internacional do Trabalho – OIT como “aquela que deriva de disposições e práticas aparentemente imparciais, mas que redundam em prejuízos e desvantagens de um grande número de integrantes de um determinado grupo. nem sempre está relacionada a preconceitos e estereótipos; *é produzida sem que haja, necessariamente, a intenção de discriminar membros de um grupo específico*”<sup>8</sup>.

Daniel Sarmento, ao cuidar da discriminação indireta, menciona:

Também é de grande importância a discriminação indireta, correlacionada à teoria do impacto desproporcional. Essa pode ser utilizada para impugnar medidas públicas ou privadas aparentemente neutras do ponto de vista racial, mas cuja aplicação concreta resulte, de forma intencional ou não, em manifesto prejuízo para minorias estigmatizadas. A discriminação indireta difere da discriminação de fato porque na segunda a norma pode ser aplicada de forma compatível com a igualdade. Já na discriminação indireta, tem-se uma medida cuja aplicação fatalmente era desfavorecer um grupo vulnerável.<sup>9</sup>

Ou seja, enquanto a discriminação direta estaria voltada para a análise da intenção do contratante, a discriminação se preocuparia com os efeitos das práticas do contratante. Se a prática de contratação, ascensão e remuneração gerarem como impacto, como efeito, uma disparidade não baseada em critérios meritórios, poder-se-ia constatar a discriminação indireta.

Assim, a discriminação direta seria a intencional, ou seja, aquela que nega a alguém a oportunidade de emprego, ascensão profissional ou remuneração deliberadamente por critérios não meritórios, enquanto a discriminação indireta dispensaria a prova dessa intenção discriminatória, voltando os olhos para os efeitos de práticas em princípio inofensivas.

---

6 BARBOSA, Joaquim. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: Renovar. p. 20.

7 Idem, ibidem.

8 OIT. Op. cit., p. 54.

9 SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de (coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasil: Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República, 2006.

Comprovado pelo autor o resultado díspare, a excludente de responsabilidade, como definido pela própria Convenção, seria a comprovação de que “as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação”.

Daí surgem alguns questionamentos: 1) Será que o conceito de discriminação indireta realmente dispensa o requisito intenção?; 2) Qual seria a natureza jurídica da responsabilidade civil admitida pela Convenção nº 111 da OIT?; 3) Seria ela responsabilidade exclusivamente subjetiva?; 4) Seria ela de natureza objetiva?; 5) Ou, na verdade, a ratificação da Convenção da OIT teria incorporado ao ordenamento jurídico Brasileiro hipótese de responsabilidade por culpa presumida?; 6) Ou seja, nessa última hipótese, comprovado o resultado discriminatório, presumir-se-ia a discriminação que somente seria afastada caso o réu provasse que eventuais distinções decorreriam exclusivamente do mérito?

### **3 DA ANÁLISE DAS REPERCUSSÕES DA DISCRIMINAÇÃO INDIRETA. EXIGÊNCIA DE REGRAS CLARAS DE CONTRATAÇÃO, ASCENSÃO E REMUNERAÇÃO E POSSIBILIDADE, A DEPENDER DE LEI, DE ESTABELECIMENTO DE COTAS DE CONTRATAÇÃO**

O marco legal para discussão a respeito da natureza jurídica da responsabilidade civil vem estabelecido no art. 927 do Código Civil, *verbis*: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Assim, entendido que a discriminação prevista na Convenção nº 111 da OIT somente gerará responsabilização caso comprovada a intenção deliberada da empregadora, a prova exigida seria difícilíssima. O autor teria que provar que as distinções que ocorrem na admissão, ascensão e remuneração dentro da empresa não decorrem exclusivamente de qualificações profissionais. Essa dificuldade ainda seria ampliada se os critérios de admissão, ascensão e remuneração não fossem ser claros, ou nem mesmo existirem.

Além disso, atribuir o ônus da prova exclusivamente ao autor seria praticamente tornar letra morta a Convenção nº 111 da OIT, bem como o conceito doutrinário de discriminação indireta.

Dessa forma, até para viabilizar a concretização do direito fundamental de não ser discriminador, ao que parece, a Convenção nº 111 teria estabelecido hipótese de responsabilidade civil por culpa presumida. Como assim?

Ao autor caberia demonstrar a total disparidade entre homens e mulheres exercendo cargos de chefia ou a disparidade na admissão e remuneração entre negros, brancos e mulheres com a mesma qualificação profissional. A defesa do réu deverá se fundar na alegação de que as disparidades encontradas decorreram de critérios exclusivamente meritórios, ou seja, para evitar a responsabi-

lização, o réu deverá indicar os critérios que adotou na admissão, ascensão e remuneração dos seus funcionários.

E se os critérios de admissão, remuneração e ascensão não existirem ou não forem claros?

Aqui surgiria uma outra interpretação a respeito da Convenção nº 111. Ou seja, se não admitida que ela estabeleceu uma hipótese culpa presumida, pode-se ir além e entender que a Convenção estabeleceu hipótese de responsabilidade objetiva pela criação de risco juridicamente proibido.

Explica-se. Com a ausência de critérios, ou mesmo sendo esses obscuros, pode-se entender que a omissão do contratante revela a criação de um risco iminente de causar discriminação. E, se uma conduta é normalmente arriscada, pode-se aplicar a teoria do risco expressamente adotada pelo nosso Código Civil no parágrafo único do art. 927, *verbis*: “Parágrafo único. *Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

Por essa visão, além do impacto desproporcional na remuneração, ascensão e admissão, caberá ao autor comprovar que não existem na sociedade empresária regras claras de contratação, ascensão e remuneração e que a ausência de tais regras gerara o efeito discriminatório. Com isso, a responsabilidade civil da empregadora seria de rigor.

As ideias anteriormente desenvolvidas estão dentro do campo punitivo, todavia, mais do que a punição, o combate à discriminação deve ocorrer no campo preventivo ou inibitório, exigindo, por parte dos contratantes, a definição de regras claras a respeito da contratação, ascensão e remuneração.

Daí pode surgir a seguinte pergunta: Não seria exagero a exigência de uma empresa privada à definição de regras claras de contratação, remuneração e ascensão? Não deveria ser aplicada a regra de livre contratação?

Bem, como já fora indicado anteriormente, a convenção da OIT fora devidamente ratificada pelo Estado brasileiro, ou seja, evitar a discriminação na contratação, remuneração e ascensão já é obrigatório desde há muito tempo.

Além disso, cada vez mais ganha prestígio a denominada teoria da eficácia privada dos direitos fundamentais, já reconhecida no âmbito do Supremo Tribunal Federal em voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 201819, *verbis*:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos,

estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados [...] A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Diante disso, pode-se exigir em relação àquelas empresas que ocupam o denominado espaço público, ou seja, aquelas que exercem certa supremacia dentro de uma determinada área econômica, por exemplo, os bancos, a definição e publicidade de regras claras de admissão de pessoal, não a ponto de exigir-lhe o concurso público (por questão de razoabilidade), mas sim para exigir-lhe regras claras de contratação.

Todavia, mesmo que estabelecidas regras claras de contratação, ascensão e remuneração, baseadas em qualificações profissionais, exigência essa decorrente da Convenção nº 111 da OIT para se evitar ou minorar a discriminação especialmente a discriminação indireta, pode ocorrer que o resultado ainda indique uma disparidade bastante desarrazoada, por exemplo, entre o número de negros e brancos.

Nesse último caso, teria cabimento, a depender de previsão legal expressa a respeito da utilização das chamadas ações afirmativas, com o estabelecimento de cotas de contratação.

Segundo Antônio Sérgio Alfredo Guimarães, as ações afirmativas são “ações que corrigem distorções nos sistemas de alocação por mérito, assentando-se nos valores individualistas e republicanos que norteiam o direito civil ocidental”<sup>10</sup>.

Toda ação considerada afirmativa enfrenta, como não poderia deixar de ser, forte argumentação contrária, entre as quais se pode indicar: as ações afirmativas significam o reconhecimento de raças e distinções de raças no Brasil e isso contraria o credo brasileiro de que somos um só povo, uma só nação; além disso, não se pode discriminar positivamente, no Brasil, porque não há limites rígidos e objetivos entre as raças e que a indefinição dos limites raciais, no Brasil, ou a ausência de tradição de identificação racial daria margem a que oportunistas se aproveitassem da situação. Por outro lado, muito mais eficaz que a implementação de ações afirmativas seria a implementação de medidas universalistas, pois não haveria na sociedade brasileira consenso sobre a de-

---

10 GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora 34, 2005. p. 171.

sigualdade social provocada por diferença de cor e raça, sendo que as ações afirmativas reforçariam práticas de privilégio e de desigualdade hierárquica, ferindo os direitos constitucionais daqueles que passam a ser excluídos em consequência de sua aplicação<sup>11</sup>.

Por outro lado, arrolando os argumentos favoráveis à implementação das ações afirmativas, o mencionado autor afirma que: raça é um dos critérios reais, embora não declarados, de discriminação, utilizados em toda a sociedade brasileira, e, para combatê-lo, é essencial reconhecer sua existência, sendo que os limites rígidos e objetivos entre raças a que se reportam os opositores às ações afirmativas não existem em nenhum lugar. Afinal, o que contaria na discriminação, tanto positiva quanto negativa, é a construção social da raça (identificação racial). O risco para que oportunistas aproveitem das ações afirmativas é real, todavia ele seria mínimo, dado que exigiria o reconhecimento oficial das identidades raciais; Por outro lado, as ações afirmativas não poderiam ser substituídas por ações universalistas, vez que estas não rompem os mecanismos inerciais de exclusão e as políticas de ações afirmativas poderiam ajudar a legitimar o consenso sobre a desigualdade social provocada por diferenças de cor e raça<sup>12</sup>.

Além disso, não há que se dizer que a adoção das ações afirmativas seja considerada prática de privilégio, pois elas teriam, na verdade, efeito contrário, ou seja, inverteriam a desigualdade pondo a nu o absurdo da ordem estamental; por fim, o autor assevera que não há base legal para demonstrar a inconstitucionalidade de políticas de ação afirmativa<sup>13</sup>.

Todavia, quanto à implementação de tais ações afirmativas, nota-se grande resistência por parte do Poder Judiciário; todavia, recentemente o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a definição de cotas em universidades públicas<sup>14</sup>.

---

11 Idem.

12 Idem.

13 Idem.

14 O Ministro Luiz Fux ratificou que as ações afirmativas seriam políticas eficazes de distribuição e de reconhecimento, porquanto destinadas a fornecer espécies limitadas de tratamento preferencial para pessoas de certos grupos *raciais*, étnicos e sociais, que tivessem sido vítimas de discriminação de longa data. Clarificou que a igualdade não se efetivaria apenas com a vedação da discriminação, senão com a igualdade para além da formal, ou seja, a isonomia real como *ultima ratio*, a atender aos reclamos do não preconceito e da proibição ao racismo como cláusulas pétreas constitucionais. Aquilato que o direito à diferença reivindicaria implementação ética da igualdade material, escopo que não se alcançaria tão somente com promessas legais abstratas, as quais não se coadunariam com a moderna percepção da efetividade das normas constitucionais. Neste passo, qualificou as cotas em questão como instrumento de transformação social. Preconizou que a construção de sociedade justa e solidária imporia a toda a coletividade a reparação de danos pretéritos, a adimplir obrigações morais e jurídicas. Aduziu que todos os objetivos do art. 3º da CF, que prometeriam a construção de sociedade justa e solidária, traduzir-se-iam na mudança para se alcançar a realização do valor supremo da igualdade, a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído. Reputou paradoxal a dificuldade de alunos de colégios públicos chegarem às universidades públicas, as quais seriam compostas, na maioria, por estudantes egressos de escolas particulares. Acresceu que a política das cotas atenderia, à sociedade, o princípio da proporcionalidade, na medida em que erigiria a classificação racial benigna, a qual não se compararia com discriminações. Explanou que aquela visaria fins sociais louváveis, ao passo

#### 4 DISCRIMINAÇÃO INDIRETA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

O Ministério Público do Trabalho, por meio de uma de suas Coordenadorias Nacionais – a Coordigualdade –, fez amplo levantamento de dados que demonstrariam práticas discriminatórias por parte de determinados bancos no Distrito Federal<sup>15-16</sup>.

Com base nos dados levantados, apontando ainda toda a experiência internacional na implementação das ações afirmativas, ajuizou algumas ações civis públicas.

As sentenças exaradas nas ações civis públicas propostas<sup>17</sup> refutaram a existência de discriminação baseada em argumentos que podem ser assim resumidos: a discriminação não seria a causa das desigualdades observadas, uma vez que a discriminação reinante deriva, sobretudo, da qualidade social: a cor não é o tom da discriminação; na demonstração da alegada discriminação, os juízes entendem que o Ministério Público do Trabalho não se ocupou em fazer nenhum comparativo de pessoas que teriam tido tratamento desigual ou discriminatório; além disso, a discriminação não poderia ser comprovada com base em evidências estatísticas, uma vez que envolvem mera possibilidade matemática e não efetividade do fato<sup>18</sup>.

Também a posição do Tribunal Regional do Trabalho foi praticamente unânime quanto à rejeição da prática de discriminação indireta, sendo que, dos recursos julgados, apenas um dos Desembargadores julgou favoravelmente a pretensão do Ministério Público.

Alguns desses processos já foram arquivados; todavia, chama a atenção o AIRR 95241-85.2005.5.10.0013, em que o Ministério Público do Trabalho interpôs o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 95241-

---

que as últimas teriam cunho odioso e segregacionista. ADFP 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.04.2012. (ADPF-186)

- 15 Dados colhidos pelo Ministério Público do Trabalho atestaram, por exemplo, que homens negros chegam em certo banco a receber 60% do auferido pelos homens brancos e que mulheres negras chegam a receber no mesmo banco 38% do auferido pelos homens brancos.
- 16 As resistências por parte do Poder Judiciário à admissão da tese da discriminação indireta foram muito bem enfrentadas em: VARELLA, Santiago Falluh. Direitos coletivos, discriminação racial e justiça. Determinantes das resistências às ações afirmativas nos discursos jurídicos. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília (UnB) como parte dos requisitos para a obtenção do título de Doutor em 2009.
- 17 Colhe-se da Petição Recursal em desfavor das sentenças exaradas nas ações civis públicas ajuizadas que elas apontam a existência de discriminação indireta contra negros, mulheres e trabalhadores de mais idade no tocante à admissão, ascensão e remuneração. A prova utilizada foi primordial, mas não exclusivamente a disparidade estatística, sobejamente demonstrada e não contestada pelo banco, extraída da estatística realizada tomando por objeto a totalidade do quadro de pessoal de bancos no Distrito Federal, a partir de dados fornecidos pelo próprio banco em sede de procedimento investigatório.
- 18 VARELLA, Santiago Falluh. Discriminação racial e ação afirmativa no emprego sob a perspectiva dos discursos jurídicos. Trabalho apresentado no 30º Encontro Anual da ANPOCS, de 24 a 28 de outubro.

85.2005.5.10.0013<sup>19</sup>. Nesse recurso, além dos pressupostos de admissibilidade do recurso de revista, que não fora admitido, também está sendo desenvolvida toda a argumentação que imputa ao réu a prática de discriminação indireta.

Assim, uma vez admitido o recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho terá a grande possibilidade de discutir os contornos jurídicos da discriminação nas relações de trabalho, que, sem dúvida, será marcante para a história daquele Tribunal.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, diante do exposto, pode-se concluir que: a Convenção nº 111 da OIT veda tanto a discriminação direta quanto a indireta, sendo que, para se evitar a discriminação indireta, deve-se exigir das empresas a definição de regras claras de contratação, ascensão e remuneração, sob pena de responderem pela disparidade.

A responsabilidade, como visto anteriormente, decorreria ou de culpa presumida ou da aplicação da teoria do risco. Essa conclusão independeria de intermediação legislativa, diante da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; todavia, para fins de segurança jurídica, poderia ser editada lei estabelecendo parâmetros a serem seguidos por todas as empresas.

Além dessa exigência, também poderia ser avaliada a possibilidade de definição de cotas de contratação pelas empresas; todavia, a definição de cotas dependeria, essencialmente, de intermediação legislativa, assim como ocorre com as pessoas portadoras de necessidade especial.

Sabe-se, todavia, que há grande resistência à argumentação anteriormente desenvolvida, o que pode ser constatada pela breve análise da iniciativa do Ministério Público do Trabalho.

### REFERÊNCIAS

BARBOSA, Joaquim. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: Renovar.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora 34, 2005.

OIT. *Manual de capacitação e informação sobre gênero, raça, pobreza, e emprego: guia para o leitor*. Módulo 2 – A questão racial, pobreza, e emprego no Brasil: tendências, enfoques e políticas de promoção de igualdade. Brasília: OIT, 2005.

---

19 Concluso desde 13.03.2012 sob a Relatoria do Ministro Walmir Oliveira da Costa.

SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e igualdade étnico-racial.

In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de (coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasil: Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República, 2006.

VARELLA, Santiago Falluh. Direitos coletivos, discriminação racial e justiça. Determinantes das resistências às ações afirmativas nos discursos jurídicos. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília (UnB) como parte dos requisitos para a obtenção do título de Doutor em 2009.

# Instrumentos de Inclusão Social e Sustentabilidade Urbana

## *Social Inclusion Instruments and Urban Sustainability*

**ADIR UBALDO RECH**

Mestre e Doutor em Direito do Mestrado e Professor de Direito na Universidade de Caxias do Sul.

Submissão: 05.01.2014

Decisão Editorial: 15.05.2014

**RESUMO:** As cidades sempre cresceram em um processo histórico de exclusão social, sem nunca ter sido reservado espaço para as classes menos privilegiadas. O resultado é um crescimento desordenado das periferias, o qual gera o caos socioambiental. O problema que se impõe, na presente reflexão, é como, efetivamente, se pode garantir ao homem o direito fundamental constitucional à moradia digna. Acredita-se que seja construindo instrumentos capazes de assegurar espaços formais dentro da cidade para essas classes e, ao mesmo tempo, garantindo recursos que tornem acessível a moradia para todos. O Estatuto da Cidade tem normas gerais e institutos capazes de resolver o problema da exclusão social. Esses necessitam ser mais bem-interpretados e adequados aos interesses locais. Isso pode ser feito por meio do Plano Diretor, mediante a adoção de instrumentos legais, inteligentes e justos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cidade; exclusão social; moradia digna para todos; instrumentos.

**ABSTRACT:** Cities have always grown in a social exclusion historical process, without ever having space for the lower classes. The result is a sprawl of suburbs, which creates environmental chaos. This reflection deals with the following issue: as to ensure the constitutional fundamental right to the worthy dwelling. It might be that be it constructing capable instruments of assuring formal spaces within the city for those classes and, at the same time, ensuring that resources make available dwelling for all. The City Statute has general norms and capable institutes to solve the social exclusion problem. Those need to be more well-interpreted and suitable to local interests. That can be done through Director Plan, by means of legal, smart and equitable instruments adoption.

**KEYWORDS:** City; social exclusion; worthy dwelling for all; instruments.

**SUMÁRIO:** Introdução; Do direito fundamental de moradia; Das zonas habitacionais de interesse social; Conclusão; Referências.

### **INTRODUÇÃO**

Apesar de as cidades nascerem da necessidade de convivência e do desejo próprios do homem no sentido de construir um local ideal para viver, a elite

dominante sempre estabeleceu, informalmente, a ocupação e a organização do seu espaço, excluindo e relegando as demais classes a um plano inferior e para fora dos “muros” ou do perímetro urbano das cidades. O atual perímetro urbano é uma linha imaginária que substitui o antigo muro, que protegia os cidadãos de malfeitores, assaltantes e do qual era controlada a entrada de camponeses desempregados.

O traçado do perímetro urbano deixa, hoje, fora dos limites da cidade, aqueles que não têm recursos para comprar um terreno ou uma moradia, segundo as normas de parcelamento e ocupação do solo, previstas pelas leis elitistas da cidade. Nunca houve preocupação em definir um projeto de cidade a curto, a médio e a longo prazos, mais abrangente, que contemplasse todos os aspectos do desenvolvimento e indistintamente todas as classes sociais.

A ampliação do perímetro urbano, prática adotada depois que encostas, morros e arredores foram ocupados de forma desordenada, tem mais uma finalidade: cobrar tributos, especialmente o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), antes de ser um gesto concreto de inclusão social e de melhoria das condições de infraestrutura e qualidade de vida.

A exclusão social praticada hoje pelos “donos das cidades”, fora ou dentro dos “muros” ou do perímetro urbano, é histórica e cultural. Não começou com o Imperialismo ou com o Absolutismo, mas nasceu na origem das próprias cidades, contrariando sua intrínseca função antropológica.

Ao contrário do que afirmou Rousseau de que, no pacto social de formação do Estado, mesmo desiguais em força ou talento, os homens se tornam iguais por convenção de direito<sup>1</sup>, na formação das cidades, historicamente, e até os dias atuais, sempre houve, na verdade, um pacto de exclusão social, tendo como instrumentos normas urbanísticas informais adotadas pela elite dominante e transformadas em direito nos nossos Municípios.

A verdade é que os Municípios nunca tiveram grandes preocupações em estabelecer normas de Direito Público na construção de moradias, mas sempre o tema foi pautado pelo Direito Imobiliário, porém de caráter privado.

O próprio Direito, conforme afirma Nicz,

teve sempre a predominância privatística que, por influência romana, impera de um modo geral no pensamento dos juristas, uma vez que o direito privado alcançou o mais completo grau de elaboração doutrinária, tendo o direito público sofrido ingerência em seu campo, o que traz, muitas vezes, a insegurança e a incerteza na perfeita definição de seus institutos.<sup>2</sup>

1 ROUSSEAU, J. J. *O contrato social*. São Paulo: M. Fontes, 1996. p. 30.

2 NICZ, Alvacir Alfredo. *Estudos de direito administrativo*. Curitiba: JM, 1995. p. 8.

Assim sendo, as relações jurídicas nas cidades sempre foram privatistas, construídas sob a ótica dos interesses da classe dominante, sem nunca formar institutos jurídicos criadores de um sistema também jurídico de Direito Público que estabelecesse, de forma efetiva, legítima e eficaz, regras de direito, ordenando a forma de crescimento e contemplando a ocupação por parte de todas as classes sociais de espaços com vistas à construção de uma cidade sustentável e geradora de bem-estar para todos.

Não havia e não há, em nossas cidades, espaço destinado às classes mais humildes, como era o caso dos escravos e, hoje, de trabalhadores menos qualificados, entre outros. Essas classes sempre estiveram e estão exiladas<sup>3</sup> das cidades por serem consideradas indignas, impuras para conviver dentro dela.

Conforme Fustel, voltando na história e na origem da própria cidade, “a lei das cidades não existia para o escravo como não existia para o estrangeiro”<sup>4</sup>. Todo aquele que não cultivava o mesmo deus da cidade ou morava fora dos muros ou em outra cidade era considerado estrangeiro. Cidadão era aquele que era admitido na cidade<sup>5</sup>. A plebe (os de fora da cidade de Roma) ocupava uma terra sem caráter sagrado, profana e sem demarcação<sup>6</sup>. Eram os foras da lei.

Da mesma forma, hoje, as leis urbanas não existem para os pobres, para os que não podem adquirir um terreno dentro das exigências das normas urbanísticas da cidade. Eles até podem construir, mas sem previsão legal, fora do perímetro urbano, onde não há lei para construir, porque não há cidadãos no sentido de serem residentes da cidade.

Os patrícios e plebeus<sup>7</sup> das antigas cidades romanas repetem-se nos dias atuais, na figura do cidadão e do favelado ou do morador em loteamento irregular, distante, nos cinturões de pobreza que surgem ao redor das cidades, além do perímetro urbano legalmente concebido.

A lei considera todos iguais, mas leis iguais não servem para desiguais. A inexistência de normas adequadas e não excludentes sempre foi regra na ocupação das cidades. A própria Europa viu surgirem, fora do núcleo central, bairros maiores do que a própria cidade em que moravam pessoas sem nenhuma condição de vida digna, constituindo-se em um verdadeiro caos urbano. Foi

---

3 Colanges Fustel afirma: “Exilar o homem, segundo a fórmula empregada pelos romanos, era privá-lo do direito de cidadania, afastá-lo da cidade por ser impuro e indigno” (*A cidade antiga*. Trad. de J. Cretela Júnior e Agnes Cretela. São Paulo: RT, 2003. p. 183).

4 *Idem*, p. 175.

5 *Idem*, p. 174-175.

6 *Idem*, p. 221.

7 *Idem*, p. 129-223. Define *patrício* como aquele que mora na pátria, na cidade, e plebeu aquele que mora fora da cidade, que não tem pátria, não é cidadão.

somente em 1909, em Londres, que foram aprovadas as primeiras normas de planificação.

Na defesa da lei, Burns, presidente da Junta Governo Local, afirmava:

Precisamos evitar a construção de bairros humildes. Esses lugares que dão guarida a ladrões, a imundícies devem desaparecer. A finalidade desta lei é oferecer condições que permitam a gente melhorar a sua saúde física, seu caráter, suas condições sociais em conjunto. Esta lei pretende e espera proporcionar uma casa bonita, um povo agradável, um bairro saudável e uma cidade dignificada.<sup>8</sup>

Hall acrescenta seu comentário ao discurso de Burns, lembrando que a lei era contraditória em relação à maneira como as autoridades locais deviam dispor de suas propriedades para organizar a questão habitacional, restringindo-se mais à construção de casas populares, que continuavam inacessíveis à grande maioria, do que propriamente em definir a ocupação e a organização de espaços adequados e acessíveis para todos. A terra é mais cara do que a casa, tornando inatingível a muitos o sonho da casa própria.

Na realidade, isso continua acontecendo. O Programa “Minha Casa Minha Vida” do governo federal, apesar de louvável, não assegura, em nossas cidades, zoneamento de áreas destinadas e acessíveis às diferentes classes sociais, especialmente às mais pobres. Os espaços continuam supervalorizados e comercializados por força da especulação imobiliária, sem nenhuma preocupação com a moradia para todos, ignorando que é preciso também garantir a construção de bairros mais humildes, em espaços adequados, por meio de zoneamentos especiais, de forma ordenada e planejada, para que ofereça aos moradores o mínimo de dignidade.

Há, no Brasil, mais de 16 mil favelas cadastradas. Soma-se a isso o fato de que mais de 42% dos lotes ocupados na área urbana são irregulares<sup>9</sup>, o que demonstra que as nossas cidades não foram e nem são planejadas e, portanto, não existe espaço para essa grande parcela da população brasileira, que vive excluída da cidade formal e legal.

Mumford, referindo-se ao crescimento desordenado da antiga Roma, afirmou: “Esse gigantismo, fora de controle, é uma lição significativa sobre o que se deve evitar, sinal clássico de perigo a nos avisar sobre quando a vida se move na direção errada”<sup>10</sup>. Os problemas enfrentados por cidades como São Paulo são alertas do que se deve evitar.

---

8 BURNS apud HALL, Peter. *Ciudades del mañana: historia del urbanismo en el siglo XX*. Trad. De Consol Feixa. Barcelona: Serbal, 1996. p. 63.

9 IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010.

10 MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. 4. ed. Trad. Neil R. da Silva. São Paulo: M. Fontes, 1998. p. 266.

## DO DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA

A nossa Constituição Federal assegura, no seu art. 6º, o direito fundamental e social à moradia. Mas não basta que os direitos sociais sejam reconhecidos pela Constituição. É necessário que, efetivamente, sejam garantidos, mediante políticas públicas e instrumentos inteligentes e específicos.

O Estatuto da Cidade, no seu art. 2º, ratifica o direito à moradia e, nos incisos XIV e XV, estabelece a necessidade de regularização fundiária, isto é, de melhorar as condições de moradia nas áreas ocupadas irregularmente, bem como determina a simplificação da legislação e das normas de edificação, de modo que permita a redução dos custos e o aumento da oferta de lotes e Unidades Habitacionais (UHs), especialmente destinadas às classes excluídas do direito de moradia, visto que os mais abastados encontram facilmente e de forma abundante espaços organizados e adequados para construir suas casas.

Tanto no Estatuto da Cidade quanto na Lei Federal nº 6.766/1979 encontramos o instituto das *Zonas Especiais de Interesse Social* (ZEIS). Esse instrumento, porém, tem sido usado de forma restritiva, apenas como paliativo, na regularização fundiária, quando deveria ser um mecanismo preventivo, de planejamento e de reserva de espaços em nossas cidades para as classes mais pobres, possibilitando e multiplicando o surgimento de loteamentos populares, quer por iniciativa do Poder Público, quer por parte das incorporadoras privadas.

Os municípios não têm recursos para incrementar loteamentos ou moradias populares. Além de não haver espaços, no Plano Diretor, especificamente reservados às classes mais pobres, os que existem seguem a mesma ordem do mercado imobiliário, ou seja, são supervalorizados. Quando isso se soma à infraestrutura mínima necessária para construir loteamentos ou moradias populares, o empreendimento se torna inacessível às classes menos abastadas.

Aos pobres só resta morar nas periferias, em loteamentos irregulares, nas encostas ou em locais inadequados, sem segurança, ambientalmente degradados e que, normalmente, colocam em risco, inclusive, a vida das pessoas. Essa lógica é perfeitamente possível de ser revertida.

## DAS ZONAS HABITACIONAIS DE INTERESSE SOCIAL

O que se necessita é encontrar uma forma de reservar, no Plano Diretor, espaços suficientes para atender às diferentes classes sociais e, ao mesmo tempo, baratear de modo efetivo os lugares destinados à moradia da classe pobre, buscando cumprir o que dispõe a Constituição Federal de 1988, quando determina que a moradia é um direito fundamental social do homem.

A solução é simples e revolucionária: compreende uma efetiva reforma urbana. Todas as classes sociais devem ter seus espaços no projeto das cidades. Estatisticamente, os dados são bastante conhecidos, mas nas cidades só há zoneamento urbano para a classe rica ou para a classe média ou, no máximo, para a classe média baixa. Para a classe pobre não há destinação de lugares.

Para que as classes menos abastadas tenham acesso à moradia, primeiramente, é necessário que fiquem definidas, no Plano Diretor, as *Zonas Habitacionais de Interesse Social* (ZHIS). Essas zonas são espaços do perímetro urbano ou da área de expansão urbana destinadas, exclusivamente, a loteamentos e moradias populares, cujos custos, especialmente da infraestrutura, sejam financiados pelo Poder Público.

Nesse sentido, a Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos deixou expresso no Habitat II:

Grande parte da população mundial carece de moradia. Nosso objetivo é conseguir que todas as pessoas disponham de uma moradia adequada, especialmente os pobres, mediante um critério que favoreça o desenvolvimento, a melhoria da moradia, sem prejudicar o meio ambiente, como ocorre nas expansões urbanas, que geram o caos socioambiental.<sup>11</sup>

Essa conferência faz referência à necessidade de planejamento de espaços específicos para os pobres. Na prática, esses são zoneamentos específicos em nossas cidades, os quais devem ser proporcionais ao percentual da população pobre que não tem condições de acesso à casa própria.

Para consolidar esses zoneamentos e conseguir recursos para subsidiar o valor da infraestrutura, do terreno e mesmo da moradia, é necessário:

- estabelecer, por meio do Plano Diretor, as ZHIS, destinadas à construção de loteamentos ou moradias para as classes que normalmente não têm recursos econômicos para pagar o custo elevado de terrenos urbanizados e, por isso, essas são impelidas a morar nas periferias, em loteamentos irregulares ou invadem áreas de risco, como: encostas, matas ciliares, lixões, aterros, etc.;
- sobre esses espaços ou zoneamentos definidos no Plano Diretor, deve ser fixado um índice construtivo básico, o real percentual que será efetivamente permitido construir, de acordo com a infraestrutura e o tipo de habitação; e
- devem ser estabelecidos os índices excedentes ou o máximo que será permitido transferir dos mesmos para outras áreas nobres de alta especulação imobiliária, previamente definidas no Plano Dire-

---

11 HABITAT II. Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos.

tor para receber acréscimo de índices construtivos. Esse excedente de índices construtivos será objeto de Outorga Onerosa do Direito de Construir, instrumento previsto no art. 28 do Estatuto da Cidade, também denominado “solo criado”.

Nesse sentido, afirmam Rech e Rech:

O coeficiente básico é a quantidade de área que se pode construir sem ônus ou sem pagamento à municipalidade, enquanto a fixação do coeficiente máximo deve ser pago e os valores investidos no barateamento do custo da moradia para as classes pobres. Parece-nos que o instrumento propicia uma melhor justiça social, assegurando investimentos em infraestrutura da cidade, especialmente onde é necessário diminuir os custos dos lotes.<sup>12</sup>

Esses índices excedentes em relação ao índice básico serão colocados no mercado para venda à iniciativa privada para serem utilizados em áreas especificadas no Plano Diretor. Os recursos arrecadados da Outorga Onerosa do Direito de Construir, oriundos do excesso de índices construtivos sobre o coeficiente básico, retirados das ZHIS, deverão constar de um fundo específico, criado por lei e com a finalidade de ser investido na infraestrutura e no barateamento do custo dos terrenos e moradias populares.

Dallari fundamenta:

O alicerce fundamental da instituição da outorga onerosa do direito especial ou adicional de construir acima da metragem correspondente ao solo natural é, sem dúvida, o princípio constitucional da função social da propriedade. A propriedade imobiliária, atualmente, além de atender aos justos anseios do proprietário deve, também, cumprir uma função social.<sup>13</sup>

A viabilidade econômica e social dos instrumentos: ZHIS e Outorga Onerosa do Direito de Construir, além do índice básico, é confirmada duplamente.

Primeiramente, se apenas fossem definidas, no Plano Diretor, as ZHIS, teríamos uma superdesvalorização das referidas áreas no mercado imobiliário, o que geraria processos de indenização, que, somados à falta de recursos do Poder Público municipal inviabilizaria qualquer empreendimento mais popular. No entanto, a criação das ZHIS, somada à venda de índices construtivos, não desvaloriza as áreas previstas no Plano Diretor, pois elas mantêm seu valor econômico, mesmo em vista dos elevados índices construtivos, tornando rentável o negócio também para a iniciativa privada.

12 RECH, Adir; RECH, Adivandro. *Direito urbanístico: fundamentos para a construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural*. Caxias do Sul: Educs, 2010.

13 DALLARI, Adilson Abreu. *Direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 43.

Nesse sentido, essa ferramenta multiplicará os meios de construção de moradias populares, tendo em vista que o Poder Público, nesse particular, não tem se mostrado eficiente e, fundamentalmente, não tem encontrado formas de buscar recursos para tornar acessível a moradia a toda a população. Prova disso é a grande quantidade de loteamentos e de construções clandestinas que há nas cidades e o *deficit* habitacional brasileiro.

Em segundo lugar, a venda de índices, por parte do Poder Público, gera uma receita de recursos abundantes e necessários à construção da infraestrutura indispensável à urbanização, fator básico do elevado preço dos lotes e das moradias. Além disso, será capaz de subsidiar e financiar, por meio do fundo, a aquisição de lotes ou moradias, por parte dos cidadãos, que normalmente não têm acesso a áreas regularizadas.

A viabilização econômica das ZHIS gera sustentabilidade econômica, social e ambiental e evita o surgimento de loteamentos irregulares, que tanto têm onerado o Poder Público e transformado o entorno das cidades em um verdadeiro caos socioambiental, violando a própria dignidade humana, fundamento do Estado brasileiro.

Nesse raciocínio, ensina Bosselmann:

Sempre que ocorre um dano ambiental, o gozo de direitos humanos está potencialmente comprometido. Nesse caso, a abordagem dos direitos humanos é francamente antropocêntrica, mas pode afetar um amplo espectro de direitos humanos reconhecidos. A violação do meio ambiente compromete o direito à vida, o direito à saúde e ao bem-estar, o direito à família e à vida privada, o direito à propriedade e outros direitos gravemente comprometidos.<sup>14</sup>

A degradação ambiental nas periferias das grandes cidades, nas muitas encostas de morros e margens de rios, em vista do crescimento desordenado, especialmente nas áreas de localização da população mais pobre, é uma verdadeira desolação. É a forma de crescimento que necessita ser evitada urgentemente. Freitas afirma “que na dimensão social da sustentabilidade não se pode admitir um modelo excludente ou, no novo paradigma da sustentabilidade, um modelo de miserabilidade consentida ou imposta”<sup>15</sup>, especialmente pela subordinação da dimensão econômica de forma a desvirtuar o próprio conceito de sustentabilidade.

O Plano Diretor é o instrumento de planejamento de que dispõe o Município, o qual deverá regulamentar esses dispositivos, acabando com o monopólio dos loteamentos populares, exclusivos do Poder Público, de modo a

14 BOSSELMANN apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77.

15 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 55.

multiplicar as iniciativas, mediante instrumentos legais e economicamente vantajosos, tanto para o Poder Público quanto para a iniciativa privada.

Não é possível assegurar direitos sociais pelo simples fato de pensar ideologicamente diferente. É necessário, fundamentalmente, que sejam destinados recursos econômicos, viabilizados por meio de instrumentos jurídicos e socialmente justos para equacionar esse problema.

O Poder Público não tem nenhum vintém<sup>16</sup> se não tirar de alguém. E, nesse caso da compra de índices construtivos, não tira, mas propicia um negócio lucrativo, que gera trabalho e desenvolvimento. É, sem dúvida, uma forma inteligente de gestão de um dos mais graves problemas enfrentados pelas cidades.

A execução dessa política que envolve o Poder Público e a iniciativa privada é uma parceria que encontra amparo legal no instituto: *Operação Urbana Consorciada*, prevista no art. 32 do Estatuto da Cidade. Lomar afirma que “a legalidade da realização de operação urbana consorciada mediante obras de urbanização ou de renovação urbana, deve estar prevista no Plano Diretor”<sup>17</sup>.

Nesse sentido, os recursos arrecadados pela venda onerosa do direito de construir sobre essas áreas devem ser utilizados especificamente para a concretização das ZHIS, pois se trata de recursos da venda do solo criado, para serem transferidos a áreas específicas, com índices básicos previamente determinados no Plano Diretor, por conta de estruturas já existentes nas áreas às quais serão destinados, tendo o perfil de planejamento voltado à cidade sustentável.

De outra parte, o Poder Público poderá reservar para si parte da execução desses programas habitacionais sobre ZHIS, utilizando o Direito de Preempção, previsto no art. 25 do Estatuto da Cidade. É uma das finalidades desse instrumento a reserva fundiária, podendo, nesse caso, licitar a execução do projeto com vistas a cumprir a finalidade da área que era objeto de preempção.

O que se constata, nas centenas de Planos Diretores que já foram estudados é que as políticas públicas de determinação de lotes ou construção de moradias populares é sempre monopólio do Poder Público. No máximo, os Planos Diretores criam algumas áreas denominadas *Zonas Especiais de Interesse Social* – ZEIS com Direito de Preempção pelo Município. Como o Poder Público não tem recursos para executar os referidos planos, o *deficit* habitacional é uma realidade em todos os Municípios brasileiros, e o crescimento desordenado das periferias das cidades gera um ambiente caótico e a exclusão social.

A proposta articulada neste estudo vem resolver vários problemas enfrentados, como a inexistência de espaços suficientes do território do Município

16 Antiga moeda brasileira e portuguesa.

17 LOMAR apud MUKAI, Toshio. *Direito urbanístico e ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103.

reservados às classes menos abastadas, a falta de recursos que possam subsidiar a diminuição dos custos de lotes ou moradias populares e a necessidade de multiplicação de iniciativas de criação lotes e moradias populares, por meio da iniciativa privada, mediante custos acessíveis às diferentes camadas sociais.

Um Estado forte não é aquele que faz tudo, como um super-homem, mas aquele que, de forma inteligente, coordena políticas acessíveis a todos os cidadãos. As leis são instrumentos de planejamento, pois o Poder Público está vinculado à lei. No entanto, o que se tem observado é a falta de leis inteligentes, que atendam às necessidades e ao espírito do povo.

Nesse sentido, já afirmava Montesquieu:

Todos os seres têm suas leis. Mas falta muito para que o mundo inteligente seja tão bem governado quanto o mundo físico. Possuem leis naturais, porque estão unidos pelo sentimento, mas não possuem leis positivas, porque não estão unidos pelo conhecimento. E conclui o pensador: As leis estão relacionadas com o povo, o governo, o físico do país, com o grau de liberdade e necessidades. Essas relações formam, juntas, o espírito das leis.<sup>18</sup>

O Estatuto da Cidade é uma lei inteligente, mas o que se tem verificado é a pobreza de interpretações e de adaptação às realidades locais, fruto da falta de pesquisa, de aprofundamento dos valiosos instrumentos que estão disponibilizados e a pouca iniciativa do Poder Público municipal, que são evidenciados nos seus Planos Diretores, que normalmente são elaborados apenas para atender a uma exigência legal.

A cidade não pode ser apenas um instrumento de desenvolvimento, mas deve ser um local de construção da dignidade humana e de aplicação dos princípios de justiça<sup>19</sup>.

O Estatuto da Cidade e demais ordenamentos legais são indicadores de caminhos, mas, nos Municípios nos quais as políticas públicas, efetivamente, acontecem, por meio da autonomia municipal, deve ser um instrumento de criação de leis inteligentes, justas, efetivas e eficazes, sob pena de incorrer na inconstitucionalidade da lei injusta<sup>20</sup>.

A degradação humana a que são relegados os moradores dos loteamentos irregulares situados nas periferias das cidades clama por leis justas, mas fundamentalmente por leis inteligentes, capazes de vincular os prefeitos a uma gestão mais inteligente e mais justa.

18 MONTESQUIEU, Charles L. de S. *O espírito das leis*. 2. ed. Trad. Alberto da Rocha Barros. São Paulo: Vozes, 1999. p. 71.

19 FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Porto Alegre: Vozes, 1989. p. 15.

20 Idem, p. 17-34.

Mumford afirma, nesse sentido, que “há alternativas para esse destino urbano, desde que seja entendida a real função da cidade, interpretados adequadamente os processos orgânicos e incentivado o desenvolvimento e o respeito à vida humana”<sup>21</sup>. Mas para isso precisamos ser capazes de colocar a especulação imobiliária também a serviço da construção da igualdade e da dignidade humanas. É exatamente isso que estamos propondo para os Planos Diretores nesta reflexão.

### CONCLUSÃO

É possível construir-se espaços urbanos destinados a moradias das classes menos favorecidas e excluídas para fora do perímetro urbano, por meio de instrumento legal já previsto no Estatuto da Cidade e na legislação urbanística, como o ZHIS, desde que adequado às necessidades locais, pelo Plano Diretor.

De outra parte, a definição de Índice Construtivo Básico sobre o ZHIS e a fixação de um excedente, denominado “solo criado”, poderá propiciar a arrecadação de recursos abundantes para baratear o custo desses loteamentos ou moradias populares.

Além disso, se tornará um negócio vantajoso tanto para a iniciativa privada, que passará a investir nesses empreendimentos, quanto facilitará o seu incremento, por meio do Poder Público, mediante a criação de um fundo decorrente da venda dos índices construtivos ou da Outorga Onerosa do Direito de Construir.

Com isso, serão garantidos espaços planejados e moradia digna para as classes mais pobres, evitando a continuidade do surgimento de loteamentos irregulares, favelas e sub-habitações, que geram milhões de excluídos em locais socioambientalmente indignos do ser humano.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. *Direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FUSTEL, Colanges. *A cidade antiga*. Trad. J. Cretela Júnior e Agnes Cretela. São Paulo: RT, 2003.

FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Porto Alegre: Vozes, 1989.

\_\_\_\_\_. *Sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

---

21 MUMFORD, Lewis. Op. cit., p. 598.

HABITAT II. Extraído da Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos.

HALL, Peter. *Ciudades del mañana: historia del urbanismo en el siglo XX*. Trad. de Consol Feixa. Barcelona: Serbal, 1996.

MONTESQUIEU, Charles L. de S. *O espírito das leis*. 2. ed. Trad. Alberto da Rocha Barros. São Paulo: Vozes, 1999.

MUKAI, Toshio. *Direito urbanístico e ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. 4. ed. Trad. Neil R. da Silva. São Paulo: M. Fontes, 1998.

NICZ, Alvair Alfredo. *Estudos de direito administrativo*. Curitiba: JM, 1995.

RECH, Adir; RECH, Adivandro. *Direito urbanístico: fundamentos para a construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural*. Caxias do Sul: EducS, 2010.

ROUSSEAU, J. J. *O contrato social*. São Paulo: M. Fontes, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

2789

### Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Apelação Cível nº 0001095-12.2005.4.01.3400 (2005.34.00.001075-4)/DF

Processo na Origem: 200534000010754

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Apelante: Ailton de Jesus da Conceição

Defensor: Defensoria Pública da União — DPU

Apelado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — Ibama

Procurador: Adriana Maia Venturini

Apelado: Ministério Público Federal

Procurador: Ana Paula Mantovani Siqueira

#### EMENTA

**MEIO AMBIENTE — FLORESTA NACIONAL DE BRASÍLIA — BEM DE USO COMUM DO POVO — OCUPAÇÃO, POR PARTICULAR, SEM CONSENTIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO — REMOÇÃO — DEVER DA ADMINISTRAÇÃO — IMPRESCRITIBILIDADE — AÇÃO JUDICIAL — POSSIBILIDADE, NO CASO — RECUPERAÇÃO AMBIENTAL — RAZOABILIDADE DAS MEDIDAS — OBRIGAÇÃO DO CAUSADOR DO DANO**

1. Na sentença, foi julgado “parcialmente procedente o pedido para condenar o requerido, Ailton de Jesus da Conceição: a) a se abster de ocupar, edificar, explorar, cortar ou suprimir qualquer tipo de vegetação ou de realizar qualquer ação antrópica na área envolvida, nem tampouco permitir que se promova qualquer atividade danosa; b) na obrigação de fazer, consistente na recuperação da área efetivamente danificada, mediante a adoção de práticas de adequação ambiental, com a adoção de técnicas a serem indicadas por técnico habilitado, de modo a *promover a demolição de qualquer edificação/benfeitoria existente nesta, com retirada do entulho resultante*, que deverá ser depositado em local indicado pelo órgão ambiental competente, sob pena de multa diária de 100,00 (cem reais); c) obrigação de fazer consistente na adoção de medidas compensatórias e mitigatórias a serem indicadas em perícia realizada pelo Ibama ou outro órgão competente, correspondentes aos danos ambientais que se mostrarem irrecuperáveis”.

2. A Administração pode recorrer à via judicial, conforme as circunstâncias excepcionais do caso, em vez de exercer diretamente a autotutela. Conforme a jurisprudência, “embora a administração, pelo princípio da autoexecutoriedade, possa reintegrar-se *ex proprio Marte* na posse de bem público de uso comum, nada impede que o faça através do Judi-

ciário (JTA 118/213, maioria)". O presente caso é um daqueles em que se justifica ingresso na via judicial, tendo em vista tratar-se da remoção da moradia de um possível hipossuficiente (tanto que representado, no processo, pela defensoria pública).

3. Há interesse difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não se trata de proteger apenas a chamada propriedade pública, atividade que, aliás, em princípio, não seria da competência do Ministério Público e da autarquia ambiental, mas de proteger o meio ambiente como bem de uso comum do povo.

4. Os bens públicos, incluído o meio ambiente, são imprescritíveis.

5. Na própria apelação diz-se que "o caso em tela [...] se refere a um pequeno barraco e seu modesto ocupante, praticamente insignificante [...]". Além das provas constantes dos autos, o próprio apelante reconhece, portanto, a autoria do fato apontado na inicial.

6. A moradia em área pública, sem o consentimento da Administração, não é direito de quem quer que seja e muito menos superior ao direito, de toda sociedade, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

7. Embora tenham ficado indefinidas as "medidas compensatórias e mitigatórias a serem indicadas em perícia realizada pelo Ibama ou outro órgão competente, correspondentes aos danos ambientais que se mostrarem irrecuperáveis", está implícito que sejam medidas razoáveis e sujeitas a discussão mediante devido processo legal.

8. Negado provimento à apelação.

### ACÓRDÃO

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 6 de agosto de 2014 (data do Julgamento).

João Batista Moreira  
Desembargador Federal – Relator

### RELATÓRIO

Na sentença, foi julgado "parcialmente procedente o pedido para condenar o requerido, Ailton de Jesus da Conceição: a) a se abster de ocupar, edificar, explorar, cortar ou suprimir qualquer tipo de vegetação ou de realizar qualquer ação antrópica na área envolvida, nem tampouco permitir que se promova

qualquer atividade danosa; b) na obrigação de fazer, consistente na recuperação da área efetivamente danificada, mediante a adoção de práticas de adequação ambiental, com a adoção de técnicas a serem indicadas por técnico habilitado, de modo a *promover a demolição de qualquer edificação/benfeitoria existente nesta, com retirada do entulho resultante*, que deverá ser depositado em local indicado pelo órgão ambiental competente, sob pena de multa diária de 100,00 (cem reais); c) obrigação de fazer consistente na adoção de medidas compensatórias e mitigatórias a serem indicadas em perícia realizada pelo Ibama ou outro órgão competente, correspondentes aos danos ambientais que se mostrarem irrecuperáveis”.

Apela o réu, representado pela Defensoria Pública da União, argumentado que: a) “o caso em tela não se configura hipótese de interesse difuso, pois refere a um pequeno barraco e seu modesto ocupante, praticamente insignificante, impossível de atingir a órbita que os direitos difusos alcançam”; b) “como existe entidade criada e mantida pelo Poder Público para cuidar propriamente das demandas relativas ao meio ambiente, não existe razão para este permanecer secundário enquanto o Ministério Público atua em âmbito que evade de sua competência”; c) houve prescrição, pois “as edificações realizadas na área indicada a fim de utilizá-la para moradia e sustento da família foram realizadas de forma mansa e pacífica e assim permaneceram durante o tempo, sem oposição, sob a inércia dos órgãos de fiscalização”; d) “não há prova da autoria dos fatos imputados ao recorrente. O fato dele estar morando na área indicada não significa necessariamente que ele foi o autor das edificações lá constatadas. Portanto, mesmo que se trate de responsabilidade objetiva, este não prescinde da configuração da conduta do recorrente e do nexos causal, os quais não se mostraram provados”; e) “a r. sentença, ao determinar as obrigações cominadas ao apelante, atentou às medidas de proteção ambiental requeridas pelo apelado. Contudo, desconsiderou integralmente outro direito constitucionalmente previsto: a moradia”; f) “a r. sentença deixou ao critério do Ibama as medidas compensatórias e mitigatórias dos danos que se mostrarem irrecuperáveis, constituindo-se, dessa forma, em uma condenação futura, ampla, aberta, deixando ao livre arbítrio do recorrido o estabelecimento posterior de qualquer medida que este considerar conveniente”; g) “o Código de Processo Civil veda a sentença condicional”; h) “por remeter ao Ibama as medidas compensatórias e mitigatórias dos danos que se mostrarem irrecuperáveis, o item ‘c’ do dispositivo da r. sentença é nulo”.

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama apresentou contrarrazões, argumentando que: a) “a legitimidade do Ministério Público Federal para propositura da ação civil pública de proteção ao meio ambiente, direito constitucionalmente assegurado, é inequívoca, conforme fundamentação fartamente explicitada na inicial da demanda, inclusive

com citação de precedente do Superior Tribunal de Justiça”; b) “o polo passivo da ação civil pública não implica, necessariamente, uma demanda coletiva”; c) “os danos ambientais são amplos, com afetação direta, no mínimo, a toda a comunidade do Distrito Federal, considerando que a Flona contém nascentes de importantes cursos de água e bacias hidrográficas que abastecem o Lago do Descoberto e o Parque Nacional de Brasília, responsáveis pelo abastecimento de cerca de 80% da população do Distrito Federal”; d) “a instrução probatória demonstrou que as edificações realizadas pelo réu no local provocaram sérios danos ambientais, conforme explicitado em Relatórios técnicos elaborados a partir de vistorias realizadas por profissional habilitado integrante do Ministério Público Federal”; e) “na vistoria realizada por determinação do douto Juízo sentenciante, conforme Laudo de Vistoria de fl. 95, restaram constatadas as edificações irregularmente erigidas e a degradação ambiental na chácara, eis que se consignou que ‘praticamente não existe mais dentro da chácara plantas nativas, com exceção de alguns pequenos pés de lobeira (próprias do cerrado)’”; f) “a estratégia do réu de negar a autoria das edificações, ora engendrada nas razões de apelação, é contraditória com a assertiva, contida na própria apelação, no sentido de que as edificações foram realizadas para fins de ‘moradia e sustento da família’”; g) “a permanência no local afasta a invocação de prescrição porque a cada dia se renova o ilícito ambiental, referente a direito indisponível”; g) “a malícia do apelante é notória quando se constata que, apesar de sustentar que a área litigiosa constitui sua moradia e seu sustento, de forma que sua retirada implicaria atirá-lo à mendicância, em realidade, sua residência, onde foi regularmente citado, consiste em outra localidade, na cidade de Brazlândia/DF, segundo atesta a certidão do Sr. Oficial de Justiça de fl. 60”; h) “o dispositivo da sentença apresenta-se clarividente e consentâneo à demanda e à instrução probatória, sendo que a efetiva recuperação ambiental será realizada através de projeto de adequação ambiental, tudo conforme requerimento da inicial da ação civil pública”; i) “não convence a alegação do réu de miserabilidade, pois reside em local privilegiado da cidade de Brazlândia/DF, ademais de ter usufruído irregularmente da chácara, em realidade, ter depredado o meio ambiente, para seu exclusivo deleite”.

O Ministério Público Federal também apresentou contrarrazões, alegando: a) que “o art. 129, inciso III, da Constituição Federal é bem claro ao determinar que é função institucional do Ministério Público ‘promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’”; b) “no caso em tela, evidencia-se a natureza difusa do interesse defendido pelo Ministério Público”, pois, na palavras de Édis Milaré, ‘nenhum interesse tem difusidade maior do que o meio ambiente’”; c) “a aquisição da área localizada na Floresta Nacional de Brasília pela via da usucapião” “é vedada expressamente pela Constituição Federal”; d) “não há, propriamente, um caso de colisão de direitos quando se

coteja o direito de moradia definido na Constituição com o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ao se delimitar o âmbito normativo do direito de moradia, que dá a real dimensão de sua aplicabilidade, constata-se que este não abrange condutas contrárias à preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Na condição de *custus legis*, diz o mesmo Ministério Público Federal: a) “a propositura da referida Ação constitui-se em dever do Órgão Ministerial ao qual não poderia furtar-se”; b) “no tocante à asseverada prescrição no caso em tela, há que se ressaltar que, em se tratando de área pública, incabível a alegação, pois, se assim o fosse, estar-se-ia admitindo a usucapião vedada pelo § 3º do art. 183 da Carta Política de 1988”; c) quanto à alegação de “os danos decorrentes da construção de seu pequeno barraco na área da Floresta Nacional de Brasília são ínfimos, se comparados ao que lhe apresenta a falta de moradia, [...], é mister que se esclareça que a questão apresentada não pode ser utilizada como justificativa para que o direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja preterido”; d) “ele próprio admitiu a autoria da edificação, quando da interposição da apelação, à fl. 128”; e) “além da edificação propriamente dita, houve a degradação do meio ambiente nos arredores, conforme atesta Laudo de fl. 95”.

É o relatório.

### VOTO

Tenho sustentado nesta Turma que, em casos da espécie, a ação, em regra, não deve ser do Ministério Público contra o particular, diretamente. A ação civil pública deve ser intentada contra a entidade ambiental supostamente omissa no exercício da polícia administrativa, esta, em tese, suficiente para corrigir e conter a agressão ao meio ambiente. O poder judiciário não deve substituir a Administração, a quem compete, em primeira mão, por meio da polícia administrativa, a proteção ambiental.

Todavia – já tive oportunidade de escrever em trabalho teórico<sup>1</sup> –, a Administração pode recorrer à via judicial, conforme as circunstâncias excepcionais do caso, em vez de exercer diretamente a autotutela. Não haveria impropriedade, por exemplo, no Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934) quando dispôs, art. 58, que “a administração pública respectiva, por sua própria força e autoridade, poderá repor incontinenti no seu antigo estado, as águas públicas, bem como o seu leito e margem ocupados por particulares, ou mesmo pelos Estados e Municípios [...]”, acrescentando o art. 59 que, “se julgar conveniente

---

1 MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo – Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 222.

recorrer ao juízo, a administração poderá fazê-lo tanto no juízo petitorio como no juízo possessório”. Conforme a jurisprudência, “embora a administração, pelo princípio da autoexecutoriedade, possa reintegrar-se ‘ex proprio Marte’ na posse de bem público de uso comum, nada impede que o faça através do Judiciário (JTA 118/213, maioria)”<sup>2</sup>.

O presente caso parece um daqueles em que se justifica ingresso na via judicial, tendo em vista tratar-se da remoção da moradia de um possível hipossuficiente (tanto que representado, no processo, pela defensoria pública).

Há interesse difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não se trata, no caso, de proteger apenas a chamada propriedade pública, atividade que, aliás, em princípio, não seria da competência do Ministério Público e da autarquia ambiental, mas de proteger o meio ambiente como bem de uso comum do povo.

Os bens públicos, incluído o meio ambiente, são imprescritíveis.

Na própria apelação diz-se que “o caso em tela [...] se refere a um pequeno barraco e seu modesto ocupante, praticamente insignificante [...]”. Além das provas constantes dos autos, o próprio apelante reconhece a autoria do fato apontado na inicial.

A moradia em área pública, sem o consentimento da Administração, não é direito de quem quer que seja e muito menos superior ao direito, de toda sociedade, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Embora tenham ficado indefinidas as “medidas compensatórias e mitigatórias a serem indicadas em perícia realizada pelo Ibama ou outro órgão competente, correspondentes aos danos ambientais que se mostrarem irreversíveis”, está implícito que devam ser medidas razoáveis e sujeitas a discussão mediante devido processo legal.

Nego, por isso, provimento à apelação.

---

2 Cf. NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 875.

2790

### Tribunal Regional Federal da 2ª Região

IV — Apelação Cível nº 573599 1998.51.01.019984-7

Nº CNJ: 0019984-69.1998.4.02.5101

Relator: Desembargador Federal Guilherme Diefenthaler

Juíza Federal Convocada Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho

Apelante: União Federal

Apelado: Agenor Correia do Nascimento

Advogado: Carlos Neri Nogueira do Nascimento

Origem: Vigésima Nona Vara Federal do Rio de Janeiro (9800199845)

Juíza Federal: Sandra Meirim Chalu Barbosa de Campos

#### EMENTA

#### **ADMINISTRATIVO — PROCESSUAL CIVIL — REINTEGRAÇÃO — INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS — DANOS NÃO COMPROVADOS — HONORÁRIOS MAJORADOS — RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO — APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA**

1. Em sede de juízo de admissibilidade, deixo de conhecer o Recurso Adesivo interposto pela parte Ré, diante da sua manifesta intempestividade: a União interpôs recurso de Apelação em face da sentença, sendo o Réu devidamente intimado pelo despacho publicado em 28.08.2012, somente apresentou Recurso Adesivo em 21.09.2012, ou seja, fora do prazo legal (art. 506 c/c art. 508 do CPC).
2. Trata-se de Ação de Reintegração de posse ajuizada pela União em relação ao imóvel localizado na Praia do Gaegão, 74, nº 520, acrescida de pedido de perdas e danos.
3. Conforme destacado na decisão guerreada, inexistindo nos autos qualquer comprovação de suposto prejuízo patrimonial sofrido pela União, exigência trazida pelo art. 333, inciso I do CPC, não há como deferir o pleito indenizatório, sob pena de acarretar-se em enriquecimento ilícito expressamente vedado no art. 884 do Código Civil.
4. O art. 20, § 4º do Código de Processo Civil autoriza o juiz, nas causas em que não há condenação, a fixar a verba honorária consoante apreciação equitativa, conferindo ao mesmo uma margem de liberdade. Contudo, não obstante o juiz possa arbitrar livremente a verba honorária, deve fazê-lo com observância aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Entendo que, no caso, os honorários devem ser fixados em 15% sobre o valor atualizado da causa, eis que esse percentual se mostra mais

adequado para remunerar o trabalho exercido pelo profissional da advocacia, nos moldes previstos pelo art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

5. Recurso Adesivo não conhecido. Apelação parcialmente provida.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Oitava Turma Especializada do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, em não conhecer do Recurso Adesivo e dar parcial provimento ao Apelo, nos termos do voto da Relatora, constante dos autos e que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro,        de                de 2014.

Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho,  
Juíza Federal Convocada.

### RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pela União e Recurso Adesivo oposto por Agenor Correia do Nascimento contra sentença de fls. 183/185, que, nos autos da presente Ação de Reintegração ajuizada pela Apelante, julgou procedente em parte o pedido autoral, apenas para declarar o direito à reintegração na posse, indeferindo o pleito indenizatório por perdas e danos.

Em suas razões recursais, às fls. 190/196, a União sustentou a necessidade de condenação do ocupante ao pagamento de perdas e danos, afirmando que a prova dos mesmos só seria possível realizar-se após a entrega do imóvel. Requereu a aplicação dos efeitos da revelia. Discorreu sobre a necessidade de majoração dos honorários advocatícios fixados.

Contrarrazões à Apelação às fls. 217/220.

Recurso Adesivo interposto por Agenor Correia do Nascimento, às fls. 222/229, no qual alegou a nulidade da decisão que deferiu a citação por Edital, por não terem sido esgotados os meios para sua localização.

Contrarrazões ao Recurso Adesivo às fls. 244/254.

Parecer do *Parquet* Federal opinando pelo não conhecimento do Recurso Adesivo e provimento da Apelação, conforme fls. 528/262.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

### EMENTA

#### **ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – REINTEGRAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – DANOS NÃO COMPROVADOS – HONORÁRIOS MAJORADOS – RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO – APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA**

1. Em sede de juízo de admissibilidade, deixo de conhecer o Recurso Adesivo interposto pela parte Ré, diante da sua manifesta intempestividade: a União interpôs recurso de Apelação em face da sentença, sendo o Réu devidamente intimado pelo despacho publicado em 28.08.2012, somente apresentou Recurso Adesivo em 21.09.2012, ou seja, fora do prazo legal (art. 506 c/c art. 508 do CPC).
2. Trata-se de Ação de Reintegração de posse ajuizada pela União em relação ao imóvel localizado na Praia do Gaegos, 74, nº 520, acrescida de pedido de perdas e danos.
3. Conforme destacado na decisão guerreada, inexistindo nos autos qualquer comprovação de suposto prejuízo patrimonial sofrido pela União, exigência trazida pelo art. 333, inciso I do CPC, não há como deferir o pleito indenizatório, sob pena de acarretar-se em enriquecimento ilícito expressamente vedado no art. 884 do Código Civil.
4. O art. 20, § 4º do Código de Processo Civil autoriza o juiz, nas causas em que não há condenação, a fixar a verba honorária consoante apreciação equitativa, conferindo ao mesmo uma margem de liberdade. Contudo, não obstante o juiz possa arbitrar livremente a verba honorária, deve fazê-lo com observância aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Entendo que, no caso, os honorários devem ser fixados em 15% sobre o valor atualizado da causa, eis que esse percentual se mostra mais adequado para remunerar o trabalho exercido pelo profissional da advocacia, nos moldes previstos pelo art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.
5. Recurso Adesivo não conhecido. Apelação parcialmente provida.

### VOTO

Juíza Federal Convocada Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho:

Inicialmente, deixo de conhecer o Recurso Adesivo interposto pela parte Ré, às fls. 222/229, diante da sua manifesta intempestividade.

Com efeito, observa-se que a União interpôs recurso de Apelação (fls. 189/196) em face da sentença de fls. 183/185, sendo o Réu devidamente intimado pelo despacho de fls. 211, publicado em 28.08.2012, conforme certi-

ficado à fl. 212, todavia somente apresentou Recurso Adesivo (fls. 222/229) em 21.09.2012, ou seja, fora do prazo legal (art. 506 c/c art. 508 do CPC).

Quanto ao Apelo apresentado pela União, conheço-o, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de Ação de Reintegração de posse ajuizada pela União em relação ao imóvel localizado na Praia do Gaegos, 74, nº 520, acrescida de pedido de perdas e danos.

No mérito, o juízo *a quo* julgou procedente o pleito reintegratório, contudo indeferiu o pedido de condenação em perdas e dano, sob o fundamento de que não comprovados nos autos quaisquer perdas de ordem patrimonial.

Analisados o feito, não vislumbro razões para a reforma da sentença.

Conforme destacado na decisão guerreada, inexistindo nos autos qualquer comprovação de suposto prejuízo patrimonial sofrido pela União, exigência trazida pelo art. 333, inciso I do CPC, não há como deferir o pleito indenizatório, sob pena de acarretar-se em enriquecimento ilícito expressamente vedado no art. 884 do Código Civil.

Esse é o entendimento desta Corte, conforme se verifica nos seguintes julgados:

“ADMINISTRATIVO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – OCUPAÇÃO IRREGULAR – QUIOSQUE EM PRAIA – PERMISSÃO CONCEDIDA PELA ADMINISTRAÇÃO LOCAL – OCUPANTE DE BOA-FÉ – INDENIZAÇÃO PELO USO – ART. 10, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.636/1998 – NÃO CABIMENTO – 1. Trata-se de remessa necessária, de apelação interposta pela União e de Recurso Adesivo em Ação Reivindicatória e Demolitória, com pedido de antecipação de tutela, intentada pela União em face de proprietário de quiosque, localizado na Praia da Tartaruga, no município de Armação de Búzios. 2. [...]. 4. *Incabível a indenização prevista no art. 10, parágrafo único, da Lei nº 9.636/1998, ante a ausência de comprovação de má fé e da precária condição financeira da parte ré. Com efeito, não se pode pretender que o jurisdicionado, pessoa simples e de poucas posses, que agiu com toda diligência ao alcance do seu conhecimento que, como expresso na sentença, •conheça as atribuições e competências de cada uma das esferas da Administração e vislumbre em sua atividade respaldada pelo Poder Público, qualquer tipo de ilicitude –, não havendo fundamento para que seja afastada a boa-fé do administrado que, com base em razões legítimas, acreditava estar agindo conforme as exigências legais. [...]. 7. Sem honorários, tendo em vista a sucumbência recíproca e a gratuidade de justiça deferida à parte ré.” (Grifei) (TRF da 2ª R., Oitava Turma Especializada, Ap-Reex 2006.51.08.000776-4, Rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrlund, DJ 16.10.2012, p. 199/200, unânime)*

“APELAÇÕES – CIVIL – ADMINISTRATIVO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PRÓPRIO NACIONAL – DEMONSTRAÇÃO DE POSSE ANTERIOR DO ENTE

PÚBLICO – DESNECESSIDADE – DEMOLIÇÃO – OCUPAÇÃO CONSENTIDA – MULTA – ART. 15, I, ALÍNEA E DA LEI Nº 8.025/1990 – NÃO INCIDÊNCIA – HONORÁRIOS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA – 1. O cerne da controvérsia gira em torno da reintegração de próprio nacional ocupado indevidamente pelos réus. Discute-se, ainda, a demolição dos acréscimos irregulares feitos ao imóvel, bem como o ressarcimento de perdas e danos. 2. Sendo a União Federal a proprietária do imóvel objeto da lide, o regime a que se submete o particular é de mera ocupação, eis que não há previsão legal a respeito da posse de bem público em favor de particular, conforme disciplina do Decreto-Lei nº 9.760/1946. [...] 4. *Não houve comprovação de qualquer dano sofrido pela União em decorrência da ocupação de seu imóvel pelos réus, tendo a autora se limitado a formular pedido de perdas e danos de forma genérica, sem fazer qualquer menção aos supostos prejuízos por ela suportados em razão da ocupação da área, ou, ainda, à existência de danos no bem cedido, a serem ressarcidos.* 5. Relativamente à pretensão de condenação de obrigação de demolição da construção, deve a União se responsabilizar, autonomamente a providenciar tal medida, levando em consideração a circunstância de ter permanecido vários anos sem tomar qualquer medida em sentido contrário à ocupação dos apelados. 6. Afastada a incidência da multa prevista no art. 15, I, e, da Lei nº 8.025/1990 eis que a própria União Federal veio aos autos requerer o recolhimento do mandado de reintegração de posse até que seja construída nova moradia onde serão assentados os réus, o que equivale dizer que a própria autora concorda com a permanência dos réus no imóvel a despeito da notificação realizada para desocupação. 7. Tendo havido sucumbência recíproca, não há o que reformar na sentença de Primeiro Grau no tocante aos honorários sucumbenciais, que devem ser compensados. 8. *Apelo dos réus parcialmente provido. Apelo da União Federal improvido. Sentença reformada.*” (Grifei)

(TRF da 2ª, Sexta Turma Especializada, AC 2002.51.01.005093-6, Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, DJ 21.11.2012, unânime)

“REINTEGRAÇÃO DE POSSE – JARDIM BOTÂNICO – INDENIZAÇÃO – [...] Não havendo posse, mas sim detenção, não cabe indenização por benfeitoria ou acesso. O servidor não reside no imóvel, o que agride o comando do art. 83 do Decreto-Lei nº 9.760/1946. Por outro lado, não se pode falar em proteção à boa fé objetiva, mormente quando a ré por lá persiste há mais de 20 anos, graciosamente. – Reconhecido o esbulho, procede a reintegração. – *Quanto ao pedido de indenização formulado pela União, pressupõe a existência de dano ou prejuízo, o que não restou comprovado nos autos, pelo que resta improcedente.* – Apelação parcialmente provida, para reformar a sentença e, prosseguindo no exame de mérito, julgar parcialmente procedente o pedido (art. 515, § 3º do CPC).” (Grifei)

(TRF da 2ª R., 6ª Turma Especializada, AC 1987.51.01.932841-5, Rel. Des. Fed. Guilherme Couto, DJ 03.09.2009, p. 126, unânime)

Por fim, o valor arbitrado a título de honorários de sucumbência no presente feito merece ser majorado.

Com efeito, o art. 20, § 4º do Código de Processo Civil autoriza o juiz, nas causas em que não há condenação, a fixar a verba honorária consoante apreciação equitativa, levando-se em consideração, dentre outros aspectos, o zelo profissional e o trabalho realizado pelo causídico, conferindo ao mesmo uma margem de liberdade, sem que esteja obrigado a obedecer ao limite mínimo de 10% (dez por cento) ou máximo de 20% (vinte por cento).

Contudo, não obstante o juiz possa arbitrar livremente a verba honorária, deve fazê-lo com observância aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, levando-se em consideração o valor atribuído à causa, a complexidade da matéria, as dificuldades e o tempo despendido para a execução do trabalho.

A sentença condenou o Réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 05% (cinco por cento) sobre o valor atribuído a causa, sendo que este, na inicial, foi indicado no montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Entendo que, no caso, os honorários devem ser fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, eis que esse percentual se mostra mais adequado para remunerar o trabalho exercido pelo profissional da advocacia, nos moldes previstos pelo art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, para reformar a sentença de fls. 183/185 exclusivamente quanto à majoração dos honorários advocatícios para o percentual de 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil.

É como voto.

Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho,  
Juíza Federal Convocada.

2791

### Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Poder Judiciário

*Habeas Corpus* nº 0009829-92.2014.4.03.0000/SP

2014.03.00.009829-0/SP

Relator: Desembargador Federal Nino Toldo

Impetrante: João Daniel Rassi

Gauthama C. C. Fornaciari de Paula

Paciente: João Simões (= ou > de 60 Anos)

Advogado: SP156685 João Daniel Rassi e outro

Impetrado(a): Juízo Federal da 1ª Vara Criminal São Paulo/SP

Nº Orig.: 00017202520044036181 1ª Vr. São Paulo/SP

#### EMENTA

**DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL – DELITO PREVISTO NO ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL – DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – DÉBITO INCLUÍDO NO REFIS – SUSPENSÃO DO PROCESSO PENAL E DO CURSO DA PRESCRIÇÃO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE – ORDEM DENEGADA**

1. A inclusão de determinado débito no Refis enseja apenas a suspensão do processo penal e do curso da prescrição quanto ao agente a que foi imputada a prática de crime tributário ou previdenciário, tal qual aquele previsto no art. 168-A do Código Penal. Já a extinção da punibilidade, na vigência da Lei nº 9.964/2000, exige o pagamento integral do débito.

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a lei vigente à época do parcelamento representa o marco delimitador quanto à extinção da punibilidade ou à suspensão do processo e do curso da prescrição. Se a adesão ao parcelamento ocorreu ainda na vigência da Lei nº 9.249/1995, o caso é de extinção da punibilidade. Porém, se o foi quando a Lei nº 9.964/2000 já se encontrava em vigor, a hipótese é apenas de suspensão do processo e do curso da prescrição.

3. Considerando que a formalização do parcelamento do débito se deu mediante adesão ao Refis, já sob a égide da Lei nº 9.964/2000, o caso é tão somente de suspensão da prescrição e da ação penal relativa ao delito previsto no art. 168-A do Código Penal, e não de incidência da Lei nº 9.249/1995 e consequente extinção da punibilidade.

4. Não há que se falar em nulidade da decisão de recebimento da denúncia, proferida após informação do Comitê Gestor do REFIS acerca da exclusão do programa.
5. Posterior decisão proferida em agravo de instrumento tirado de ação cível que discutia a ilegalidade dessa exclusão, determinando a reintegração, não é capaz de viciar o recebimento da denúncia, ante sua ausência de eficácia, decorrente da renúncia expressa ao direito em que se funda a ação, em virtude de adesão ao parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/2009.
6. O art. 68 da Lei nº 11.941/2009 também trata o parcelamento apenas como causa de suspensão da pretensão punitiva estatal, e não de extinção da punibilidade.
7. Inexistência de ilegalidade. Ordem denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de julho de 2014.

Nino Toldo  
Desembargador Federal

### RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos advogados João Daniel Rassi e Gauthama C. C. Fornaciari de Paula em favor de *João Simões* contra decisão da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP que recebeu a denúncia oferecida em desfavor do paciente, pelo suposto cometimento do delito capitulado no art. 168-A do Código Penal.

Os impetrantes alegam, em síntese, que o débito previdenciário objeto da denúncia foi incluído no Refis em 27.11.2000, antes, portanto, do recebimento da denúncia, que se deu em 25.06.2004, e da superveniência da Lei nº 9.964/2000, de modo que se aplica à hipótese o disposto no art. 34 da Lei nº 9.249/1995, que prevê a extinção da punibilidade dos crimes tributários e previdenciários quando o agente promove o pagamento do respectivo débito antes do recebimento da denúncia.

Aduzem que, sendo nula a Portaria que excluiu do Refis a empresa administrada pelo paciente, a pretensão punitiva estatal está suspensa desde a adesão ao Programa, o que, conseqüentemente, torna nula a decisão de recebimento da denúncia.

Pleiteiam a concessão da ordem com o reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente quanto ao crime previdenciário que lhe foi imputado ou a anulação da decisão de recebimento da denúncia.

O juízo impetrado prestou informações (fls. 497/498).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 500/502).

*É o relatório.*

Nino Toldo  
Desembargador Federal

#### VOTO

Compulsando os autos, verifico que os documentos trazidos pelos impetrantes revelam que, em tese (e digo *em tese* para não incidir em indevido prejulgamento acerca do delito em questão), a sociedade *Conjunto Turístico Delfim Verde*, administrada pelo paciente, deixou de recolher contribuições destinadas à Previdência Social no período compreendido entre janeiro de 1999 e janeiro de 2000, sendo que, em 27.11.2000, teve seu pedido de parcelamento do respectivo débito incluído no REFIS – Programa de Recuperação Fiscal (fls. 17/112).

Em razão disso, o juízo impetrado acolheu requerimento do *Parquet* e suspendeu a pretensão punitiva estatal e o curso da prescrição quanto ao crime imputado ao paciente (CP, art. 168-A), com base no art. 15 e § 1º da Lei nº 9.964/2000 (fls. 114/115), que dispõe:

Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Esse dispositivo legal é claro ao estabelecer que a inclusão de determinado débito no REFIS enseja apenas *a suspensão do processo penal e do curso*

da prescrição quanto ao agente a que foi imputada a prática de crime tributário ou previdenciário, tal qual aquele previsto no art. 168-A do Código Penal. Já a extinção da punibilidade, na vigência da lei supracitada, exige o pagamento integral de tal débito.

Isso porque, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a lei vigente à época do parcelamento representa o marco delimitador quanto à extinção da punibilidade ou à suspensão do processo e do curso da prescrição.

Assim, se a adesão ao parcelamento ocorreu ainda na vigência da Lei nº 9.249/1995, o caso é de extinção da punibilidade, pois “[u]ma vez deferido o parcelamento, em momento anterior ao recebimento da denúncia, verifica-se a extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei nº 9.249/1995, sendo desnecessário o pagamento integral do débito para tanto” (RHC 11.598/SC, Terceira Seção, maioria, Rel. Min. Gilson Dipp, J. 08.05.2002, DJU 02.09.2002, p. 145). Porém, se o foi quando a Lei nº 9.964/2000 já se encontrava em vigor, a hipótese é apenas de suspensão do processo e do curso da prescrição.

A propósito, trago, a título exemplificativo, mais julgados daquele Tribunal:

[...]

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – ADESÃO A PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL – REFIS – APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.249/1995 – AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO INTEGRAL DO DÉBITO – IMPOSSIBILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – DESPROVIMENTO DO RECLAMO

1. Firmou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a incidência das regras de extinção da punibilidade nas hipóteses de parcelamento do crédito tributário, disciplinadas de formas distintas pelas Leis 9.249/1995 e 9.964/2000, depende da data na qual ocorreu a adesão ao respectivo programa, sendo certo que a partir do último diploma legal tal fato apenas dá ensejo à suspensão da pretensão punitiva até a quitação integral das parcelas.

2. No caso dos autos, verifica-se que os fatos imputados ao recorrente teriam ocorrido entre março de 2003 e outubro de 2005, ou seja, após o advento da Lei nº 9.964/2000, sendo certo que, de acordo com as informações prestadas pela Receita Federal, o parcelamento convencional foi consolidado em 31.12.2007, o que impede que se reconheça a extinção de sua punibilidade com base no art. 34 da Lei nº 9.249/1995.

3. Recurso improvido.

(RHC 47.042/MG, Registro nº 2014/0084383-7, Quinta Turma, v.u., Rel. Min. Jorge Mussi, J. 20.05.2014, DJe 26.05.2014; destaqui)

AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – DIREITO PENAL – LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – LEI Nº 9.249/1995 – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – QUITAÇÃO INTEGRAL DO

DÉBITO – NÃO OCORRÊNCIA – PEDIDO DE PARCELAMENTO DE DÍVIDA REQUERIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.964/2000 – INADEQUAÇÃO LEGAL – CAUSA DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE – INEXISTÊNCIA – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – STF

1. A Terceira Seção deste Tribunal, ao interpretar o art. 34 da Lei nº 9.249/1995, firmou o entendimento de que o simples parcelamento do débito tributário leva à extinção da punibilidade, desde que efetuado na vigência da mencionada norma.

2. *Tratando-se de crime supostamente praticado entre 1999 e 2000 e sendo requerido o parcelamento quando já em vigor o art. 15 da Lei nº 9.964/2000, a extinção da punibilidade fica condicionada ao seu pagamento integral.*

3. *Ao parcelamento do débito tributário deferido já na vigência da Lei nº 9.964/2000 ou da Lei nº 10.684/2003 aplica-se o disposto no art. 9º desta última, afastando-se a incidência da Lei nº 9.249/1995.*

4. A violação de preceitos, de dispositivos ou de princípios constitucionais revela-se *quaestio* afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal.

5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência recursal são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.183.076/PR, Registro nº 2010/0029712-5, Sexta Turma, *v.u.*, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, J. 13.08.2013, DJe 26.08.2013; destaquei)

E o exame destes autos revela que a formalização do parcelamento do débito da sociedade *Conjunto Turístico Delfim Verde* se deu mediante adesão ao Refis, deferido em 27.11.2000, já sob a égide da Lei nº 9.964/2000, que instituiu tal Programa (fls. 104). Portanto, o caso é tão somente de suspensão da prescrição e da ação penal relativa ao delito previsto no art. 168-A do Código Penal, e não de incidência da Lei nº 9.249/1995 e consequente extinção da punibilidade, como querem os impetrantes.

Por outro lado, não há que se falar em nulidade da decisão que recebeu a denúncia.

Com efeito, em maio de 2004 sobreveio aos autos a informação de que a sociedade *Conjunto Turístico Delfim Verde* havia sido excluída do Refis (fls. 123/126), o que ensejou o oferecimento de denúncia em face do paciente (fls. 129) e seu recebimento pelo juízo de origem, em 02.07.2004 (fls. 130/131), ante a existência de justa causa, pois em tal data não havia óbice a tanto.

Apesar de a sociedade ter sido reintegrada ao Refis por decisão judicial datada de 18.08.2005 (fls. 177/179), que tornou sem efeito o ato de exclusão

do Comitê Gestor do Refis (fls. 126), não se pode inquirir de viciada a decisão de recebimento da denúncia, haja vista que esta decisão, posteriormente confirmada por acórdão prolatado em 27.09.2005 (fls. 177/186), não possui mais eficácia.

Isso porque a decisão e o acórdão supracitados foram proferidos em agravo de instrumento – a título precário, portanto -, tendo cessado sua eficácia no momento da prolação da sentença na ação originária, que julgou improcedente o pedido. Esta sentença foi objeto de recurso de apelação, em que a sociedade *Conjunto Turístico Delfim Verde* renunciou ao direito em que se fundava a ação (CPC, art. 269, V), pois aderiu ao parcelamento disciplinado na Lei nº 11.941/2009, tendo o respectivo acórdão homologatório transitado em julgado.

Dessa forma, não há que se falar em nulidade da decisão de recebimento da denúncia, pois houve renúncia expressa quanto à ação que discutia a alegada nulidade da exclusão da sociedade em referência do Refis. Outrossim, a renúncia ocorreu em virtude da sua adesão ao parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/2009, que em seu art. 68 dispõe:

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Percebe-se, então, que o dispositivo legal supramencionado também trata o parcelamento apenas como causa de suspensão da pretensão punitiva estatal, e não de extinção da punibilidade, inexistindo qualquer ilegalidade a ser corrigida neste *writ*.

Posto isso, *denego a ordem de habeas corpus*.

*É o voto*.

Nino Toldo  
Desembargador Federal

2792

### Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Ação Rescisória (Seção) nº 5011861-26.2012.404.0000/PR

Relatora: Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges

Autor: Carlos Reinaldo Pilato

Advogado: Rafael Conrad Zaidowicz

Réu: União — Fazenda Nacional

MPF: Ministério Público Federal

#### EMENTA

#### **IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS — IPI — IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO PARA USO PRÓPRIO POR PESSOA FÍSICA**

É devido o imposto sobre produtos industrializados (IPI), por ocasião do desembaraço aduaneiro de produto industrializado importado por pessoa física para uso próprio.

#### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 07 de março de 2013.

Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges  
Relatora

#### RELATÓRIO

Carlos Reinaldo Pilato ajuizou ação rescisória contra a União, com fundamento no art. 485, V, do CPC, visando desconstituir sentença que denegou mandado de segurança impetrado com o objetivo de afastar a exigibilidade do IPI incidente sobre a importação de uma motocicleta Yamaha.

Sustenta que a sentença violou o art. 153, inc. IV, e § 3º, II, da Constituição Federal.

A ré apresentou contestação, argumentando que: a) a petição inicial é inepta; b) deve ser adotada a orientação contida na Súmula nº 343 do STF; e c) incide o IPI na importação de veículo.

Encerrada a instrução, o Ministério Público Federal opinou pela procedência da ação rescisória.

É o relatório.

### VOTO

*Petição inicial e Súmula nº 343 do STF.* O art. 282 do CPC estabelece como requisitos essenciais da petição inicial a (1) qualificação jurídica das partes, que se traduz na identificação daquele que pede e em face de quem se postula a tutela jurisdicional, e a (2) causa de pedir, que é a descrição detalhada dos fatos e da fundamentação jurídica que respaldam o (3) pedido inicial.

A petição inicial da ação rescisória preenche os requisitos exigidos pela legislação processual, expondo de forma clara a causa de pedir e o pedido.

De acordo com o art. 485, V, do CPC, a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando violar literal disposição de lei. A expressão “lei”, contida nesse dispositivo, compreende, evidentemente, a Constituição. A União aponta os arts. 153, § 3º, II, e 156, § 6º, da Constituição, como dispositivos violados pela decisão rescindenda.

Aplica-se, no caso, a orientação consubstanciada na Súmula nº 63 deste Tribunal:

*“Não é aplicável a Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal nas ações rescisórias versando matéria constitucional.”*

Desse modo, a petição inicial não é inepta e o pedido formulado é juridicamente possível.

*Juízo rescindendo.* A Primeira Turma deste Tribunal, a qual integro momentaneamente, vem adotando a posição consolidada na Segunda Turma. A título de exemplo, colaciono o seguinte precedente:

*“IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI) – IMPORTAÇÃO – DESEMBARAÇO ADUANEIRO – PESSOA FÍSICA – USO PRÓPRIO – É devido o imposto sobre produtos industrializados (IPI), por ocasião do desembaraço aduaneiro de produto industrializado importado por pessoa física para uso próprio.”*

*(TRF 4ª R., Apelação/Reexame Necessário nº 5004232-29.2012.404.7201, 2ª T., Des. Fed. Rômulo Pizzolatti)*

O eminente relator, em seu voto, articulou suficientemente bem os argumentos que conduzem à conclusão de ser devido o IPI por ocasião do desem-

baraço aduaneiro de produto industrializado importado por pessoa física para uso próprio, motivo pelo qual os reproduzo e adoto, *verbis*:

“A jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, anterior à Emenda Constitucional nº 33, de 2001, reconhecia a inconstitucionalidade da exigência de ICMS em relação a bem importado por pessoa física para uso próprio (entre outros, RE 203.075-DF, Pleno, Rel. p/ Ac. Min. Maurício Corrêa, DJ de 29.10.1999).

Essa orientação passou a ser estendida monocraticamente pelos ministros das turmas do STF em relação à incidência de IPI sobre bem importado por pessoa física para uso próprio, a pretexto de que a Emenda Constitucional nº 33, de 2001, não alterou o perfil constitucional do IPI, à semelhança do que fez com o ICMS, ao dar nova redação à alínea a do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição, e que deveria, em relação ao IPI, cumprir-se o princípio constitucional da não cumulatividade (CF, art. 153, § 3º, II), o que não seria possível fosse pessoa física o importador (entre outros, AgRg-RE 255.682/RS, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10.02.2006; AgRg-RE 550.170/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., Julgado em 07.06.2011). Embora esses julgamentos do Supremo Tribunal Federal não vinculem este tribunal, porque não geraram súmula vinculante, e não submetidos ao regime de repercussão geral, entendo que eles devam ser levados em conta por esta turma, com o que ficará significativamente robustecida a discussão: ‘A verdade’, disse Bachelard, ‘é filha da discussão e não filha da simpatia’ (BACHELARD, Gastón. *A filosofia do não: filosofia do novo espírito científico*. Trad. de Joaquim José Moura Ramos. In *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 81).

Não é texto de fácil interpretação o acórdão do Pleno do STF, que julgou o RE 203.075-DF, Rel. p/ Ac. Min. Maurício Corrêa, o qual serve de paradigma às decisões posteriores das turmas, seja em se tratando de ICMS, seja de IPI. Com efeito, o acórdão recorrido, do TJDF, entendeu que em se tratando de veículo importado por pessoa não-comerciante para uso próprio, há ‘ausência de fato gerador’, e o STF ‘não conheceu’ do RE. Dos onze ministros presentes à sessão, dois ficaram vencidos (o relator, Ilmar Galvão, e Nelson Jobim), e não há referência ao voto de três ministros (Celso de Mello, Sydney Sanches e Octavio Gallotti), concluindo-se apenas, pelo extrato da ata, que compuseram a maioria. Os ministros que explicitaram seu voto (seis), apresentaram argumentos diversos. O Rel. p/ Ac. Min. Maurício Corrêa entendeu que a Constituição elegeu como contribuinte do ICMS apenas quem exerce atos de comércio de forma constante e possui estabelecimento, o que não seria o caso da pessoa física que importa bem para uso próprio, além de não atender-se, nesse caso, o princípio constitucional da não cumulatividade. Foi acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio, Néri da Silveira e Carlos Velloso. Já os Ministros Sepúlveda Pertence e Moreira Alves entenderam que não haveria determinação do sujeito ativo do ICMS (estado a quem caberia o tributo), em caso de importador pessoa física não-comerciante, não tendo ele ‘estabelecimento’.

Já a extensão dessa orientação, tirada em caso de ICMS, a casos de IPI, baseou-se tão somente no fato de que ambos os tributos devem atender ao princípio constitucional da não cumulatividade. Ora, ainda que os dois tributos estejam submetidos a um mesmo princípio, isso não significa que eles sejam idênticos, nem, muito menos, que devam receber tratamento idêntico. Ainda assim, ao que tudo indica o STF optou por dar-lhes tratamento uniforme, desconsiderando alguns aspectos e dando relevância ao princípio da não cumulatividade. Como intérprete último da Constituição (que é aberta, e não fechada), o STF pode adotar opções políticas que não são dadas aos juízes e tribunais ordinários.

Ocorre que a extensão ao caso do IPI da superada (pela EC 33, de 2001) orientação do STF em relação ao ICMS não tem, atualmente, como sustentar-se, por isso que, se era intenção do STF com tal extensão dar tratamento uniforme a dois tributos submetidos igualmente ao princípio constitucional da não cumulatividade, agora essa uniformidade está definitivamente quebrada: o ICMS será devido por força da nova redação dada pela EC 33, de 2001, à alínea a do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição, enquanto o IPI não será devido por força da 'extensão' a ele da antiga orientação atinente ao ICMS.

Acresce que mesmo o argumento baseado na necessidade de atender-se o princípio constitucional da não cumulatividade a meu ver não prospera no presente caso, e por duas fortes razões.

A primeira delas é que o princípio constitucional da não cumulatividade beneficia apenas o contribuinte ou industrial, e não a pessoa física que importa bem (não mercadoria) para uso próprio. Acórdão do TRF da 2ª Região, confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.026.265/RJ, Relª Min. Eliana Calmon, DJe de 29.06.2009), deixou isso bem claro: O princípio da não-cumulatividade restringe-se ao contribuinte industrial ou ao comerciante, uma vez que prevê o creditamento da diferença entre o imposto pago e o por ocasião da saída dos produtos do estabelecimento com o montante pago por ocasião da entrada de outros produtos industrializados, realidade que não se verifica na importação de bem destinado a consumo próprio do importador (*apud* ementa do acórdão).

Em segundo lugar, o IPI, em caso de bem importado, não foi pago pelo vendedor, pelo fato de ele estar no exterior. Não tendo sido pago pelo vendedor, deverá logicamente ser pago importador, tal como previsto no Código Tributário Nacional (art. 51, I), podendo este creditar-se do que pagou a esse título – se for comerciante ou industrial, caso em que aplicável o princípio constitucional da não cumulatividade. A entender-se diferentemente, terá sido ofendido em cheio o princípio constitucional da capacidade contributiva (CF, art. 145, § 1º), inexplicavelmente desconsiderado pelas decisões do Supremo Tribunal Federal. Segundo Marco Aurélio Greco, esse princípio geral do sistema tributário nacional serve para a compreensão do alcance da lei tributária, para além daquilo que ela obviamente alcança. Nas suas palavras,

Com o tempo, a discussão sobre o princípio da capacidade contributiva evoluiu e chegou-se a uma segunda feição, que é a feição positiva do princípio da capacidade contributiva. De acordo com esta ótica, se existe capacidade con-

tributiva a lei tributária tem de alcançá-la até onde ela for detectada; ou seja, o princípio funciona como um vetor do alcance da legislação. Em outras palavras, a lei tributária alcança o que ela obviamente prevê, mas alcança não apenas isto, alcançando, também, aquilo que resulta da sua conjugação positiva com o princípio da capacidade contributiva (GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 45).

De fato, o princípio constitucional da capacidade contributiva afasta quaisquer exegeses que, por falta de percepção da totalidade do sistema jurídico, venham a desconsiderar determinada classe de contribuinte – no caso, a pessoa física que importa bem industrializado para uso próprio –, a pretexto de aplicação do princípio da não cumulatividade. Ora, com mais forte razão do que aquele que adquire bem nacional industrializado, aquele que adquire bem importado para uso próprio está sujeito ao pagamento do IPI, por evidenciar maior capacidade contributiva.

Na verdade, no presente caso deve ser observada a lição de Dworkin, segundo a qual, em havendo conflito entre princípios, aquele a quem cabe resolvê-lo levará em conta o peso de cada princípio em cada caso, privilegiando um em detrimento do outro, sem que, em situação diversa, a solução tenha de ser a mesma (cf. DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1984. 2ª reimp. 1995. p. 77 e 89). Daí se segue que, na espécie, o princípio da capacidade contributiva deve prevalecer, porque o importador não é comerciante nem industrial, aos quais possa aplicar-se o princípio constitucional da não cumulatividade. Em síntese, qualquer importador (CTN, art. 51, I), a não ser que abrigado por imunidade ou isenção, está sujeito, por sua evidente capacidade contributiva, ao recolhimento do IPI, por ocasião do desembaraço aduaneiro do bem importado, podendo ele, na hipótese de ser comerciante ou industrial (não é este o caso dos autos), creditar-se do que pagou.

Enfim, seria despropositado reconhecer que o impetrante, como pessoa física, não é contribuinte do IPI, mas o é do ICMS, por força da nova redação dada à alínea a do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001, nestes termos:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:  
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

IX – incidirá também: sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço

prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Em conclusão, impõe-se a reforma da sentença de primeiro grau para denegar o mandado de segurança, uma vez que é exigível o IPI ao impetrante, como importador, tendo como fato gerador o desembaraço aduaneiro do bem importado para uso próprio (Código Tributário Nacional, art. 46, I).

Dadas tais razões, o pedido é improcedente.”

É de ser julgada improcedente a ação rescisória.

À causa foi atribuído o valor de R\$ 10.716,32. Condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios no montante de 10% sobre o valor da causa.

Ante o exposto, voto por julgar improcedente a ação rescisória.

Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges  
Relatora

#### **EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 07.03.2013**

Ação Rescisória (Seção) nº 5011861-26.2012.404.0000/PR

Origem: PR 50399460820114047000

Relator: Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges

Presidente: Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon

Procurador: Dr. Humberto Jacques de Medeiros

Autor: Carlos Reinaldo Pilato

Advogado: Rafael Conrad Zaidowicz

Réu: União – Fazenda Nacional

MPF: Ministério Público Federal

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 07.03.2013, na sequência 13, disponibilizada no DE de 21.02.2013, da qual foi intimado(a) União – Fazenda Nacional, o Ministério Público Federal e as demais Procuradorias Federais.

Certifico que o(a) 1ª Seção, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente a ação rescisória.

Relator Acórdão: Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges

Votante(s): Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges  
Des<sup>a</sup> Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère  
Des. Federal Otávio Roberto Pamplona  
Des. Federal Rômulo Pizzolatti  
Des<sup>a</sup> Federal Luciane Amaral Corrêa Münch

Ausente(s): Des. Federal Joel Ilan Paciornik

Maria Alice Schiavon  
Diretora de Secretaria

2793

## Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

Ap-Reex 30321-PB 0004735-89.2010.4.05.8200

Apelante: União

Apelado: Arlinda Rodrigues Patricio

Adv./Proc.: André Costa Fernandes de Oliveira e outro

Parte R.: ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Diretoria Regional de Sergipe)

Adv./Proc.: Luiz Monteiro Varas e outros

Remte.: Juízo da 3ª Vara Federal da Paraíba (João Pessoa) – Competente p/ Exec. Penais

Juíza Federal Cristina Maria Costa Garcez

Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

### EMENTA

**ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – PENSÃO POR MORTE ESTATUTÁRIA – CONCESSÃO – IMPOSSIBILIDADE – CARÊNCIA DE AÇÃO – AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – ART. 267, I, C/C ART. 295, III, DO CPC – SENTENÇA REFORMADA**

1. Discute-se nos presentes autos a concessão da pensão por morte estatutária à Viúva de ex-combatente, que deixou de ser paga ao próprio instituidor do benefício, quando em vida, em face de opção pela pensão especial de ex-combatente, porquanto se entendia, à época, pela impossibilidade de cumulação entre os referidos benefícios.
2. A sentença recorrida deferiu o pedido de antecipação da tutela e julgou procedente o pedido, para condenar a União a conceder à Autora a pensão por morte e a pagar-lhe as parcelas vencidas nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação e as devidas até a efetiva implantação, corrigida monetariamente e acrescida de juros moratórios, nos termos da Lei nº 11.960/2009, bem como no pagamento de honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.
3. A União alega, preliminarmente, a ausência dos requisitos autorizados à concessão da antecipação da tutela, e, no mérito, a falta de interesse processual da Recorrida, em face da ausência de requerimento administrativo, pugnando pela extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, com inversão do ônus da sucumbência, ou, caso reste vencida, pela exclusão da condenação em honorários advocatícios ou redução do percentual fixado pelo Juízo *a quo*.

4. A Constituição Federal assegura o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Entretanto, em se tratando de benefício de previdenciário e/ou estatutário, é necessário que a parte interessada, inicialmente, requeira administrativamente a sua concessão, para que ao órgão competente possa verificar se estão ou não reunidos os requisitos legais.

5. Somente com a negativa é que nasce o direito de ação. A lide é caracterizada por uma *pretensão resistida*. Se não houve qualquer oposição por parte da administração pública, inexistente contenda e, conseqüentemente, direito de ação.

6. O Poder Judiciário não pode substituir-se ao administrador, analisando os pedidos de concessão de benefício de previdenciário/estatutário ainda não submetidos ao órgão competente para o deferimento ou indeferimento do pleito.

7. Inexistindo pretensão resistida do pleito em questão, não há interesse legítimo para o exercício do direito de ação.

8. Sendo a Autora carecedora da ação, deve o processo ser extinto, sem apreciação do mérito, na forma do art. 267, I, c/c art. 295, III, do CPC.

9. Apelação e remessa oficial providas.

### ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, *dar provimento* à apelação da União e à remessa oficial, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 13 de maio de 2014.

Des. Fed. Rogério Fialho Moreira  
Relator

### RELATÓRIO

Cuida a hipótese de apelação, interposta pela União, contra a sentença de fls. 112/115, que: a) deferiu o pedido de antecipação da tutela e julgou procedente o pedido, para condenar a União a conceder à Autora a pensão por morte e a pagar-lhe as parcelas vencidas nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação e as devidas até a efetiva implantação, acrescidas, uma única vez, até a data do pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica

e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da Lei nº 11.960/2009, bem como no pagamento de honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação; e b) julgou improcedente o pedido em relação à ECT, deixando de condenar a Autora em honorários advocatícios, por ser beneficiária da Justiça Gratuita. Custas *ex legis*.

Em suas razões recursais (fls. 119/123), a União alega, em síntese, que: não estão presentes os requisitos autorizadores à concessão da antecipação da tutela, tendo a sentença recorrida contrariado aos incisos I e II, e § 2º, do art. 273, do CPC; não restou caracterizada a pretensão resistida pela Administração ao pagamento da pensão estatutária, pois não houve a negativa do direito, sequer houve a interposição de requerimento administrativo, configurando-se a carência de ação, ante a falta de interesse de agir.

Requer, ao final, a imediata atribuição do efeito suspensivo ao presente apelo, em face da antecipação dos efeitos da tutela na sentença recorrida, e pelo provimento do recurso, para extinguir o processo nos termos do art. 267, VI, do CPC, invertendo-se o ônus sucumbencial, alternativamente, caso reste vencida, seja excluída a condenação em honorários advocatícios ou reduzido o percentual fixado pelo Juízo *a quo*.

Contrarrazões apresentadas pela Autora (fls.142/150).

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

É o relatório.

#### VOTO

Discute-se nos presentes autos a concessão da pensão por morte estatutária à Viúva de ex-combatente, que deixou de ser paga ao próprio instituidor do benefício, quando em vida, em face de opção pela pensão especial de ex-combatente, porquanto se entendia, à época, pela impossibilidade de cumulação entre os referidos benefícios.

Alega a União, preliminarmente, a ausência dos requisitos autorizadores à concessão da antecipação da tutela, e, no mérito, a falta de interesse processual da Recorrida, em face da ausência de requerimento administrativo, requerendo, ao final, a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, com inversão do ônus da sucumbência, ou, caso reste vencida, a exclusão da condenação em honorários advocatícios ou a redução do percentual fixado pelo Juízo *a quo*.

A Constituição Federal assegura o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Entretanto, em se tratando de benefício de previdenciário e/ou estatutário, é necessário que a parte interessada, inicialmente, requeira administrativamente a sua concessão, para que ao órgão competente possa verificar se estão ou não reunidos os requisitos legais.

Somente com a negativa é que nasce o direito de ação. A lide é caracterizada por uma *pretensão resistida*. Se não houve qualquer oposição por parte da administração pública, inexistente contenda e, conseqüentemente, direito de ação.

O Poder Judiciário não pode substituir-se ao administrador, analisando os pedidos de concessão de benefício de previdenciário/estatutário ainda não submetidos ao órgão competente para o deferimento ou indeferimento do pleito.

Inexistindo pretensão resistida do pleito em questão, não há interesse legítimo para o exercício do direito de ação.

No mesmo sentido trago à colação recente precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO CONCESSÓRIA DE BENEFÍCIO – PROCESSUAL CIVIL – CONDIÇÕES DA AÇÃO – INTERESSE DE AGIR (ARTS. 3º E 267, VI, DO CPC) – PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – NECESSIDADE, EM REGRA

1. Hipótese em que, na origem, o segurado postulou ação com o escopo de obter benefício previdenciário sem ter requerido administrativamente o objeto de sua pretensão.
2. A presente controvérsia soluciona-se na via infraconstitucional, pois não se trata de análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Precedentes do STF.
3. O interesse de agir ou processual configura-se com a existência do binômio necessidade-utilidade da pretensão submetida ao Juiz. A necessidade da prestação jurisdicional exige demonstração de resistência por parte do devedor da obrigação, mormente em casos de direitos potestativos, já que o Poder Judiciário é via destinada à resolução de conflitos.
4. Em regra, não se materializa a resistência do INSS à pretensão de concessão de benefício previdenciário não requerido previamente na esfera administrativa.
5. O interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de a) recusa de recebimento do requerimento ou b) negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada.
6. A aplicação dos critérios acima deve observar a prescindibilidade do exaurimento da via administrativa para ingresso com ação previdenciária, conforme as Súmulas nºs 89/STJ e 213/ex-TFR.
7. Agravo Regimental provido.”

(STJ, AgRg-AREsp 152.247/PE, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, J. 17.05.2012, Decisão: por maioria, Publicação: DJe 08.02.2013)

Assim sendo, impõe-se o reconhecimento de que a autora é carecedora da ação, devendo o processo ser extinto, sem apreciação do mérito, na forma do art. 267, I, c/c art. 295, III, do CPC.

Restando indubitável que a autora não possui condições de arcar com as verbas de sucumbência sem colocar em risco a sua manutenção, sendo, portanto, beneficiária da gratuidade da justiça, não pode ser condenada ao pagamento dos honorários advocatícios, seja em cumprimento ao que dispõe o art. 3º, V, da Lei nº 1.060/1950, seja em razão de que a disposição do art. 12, da mesma lei, não foi recepcionada pela CF/1988, em virtude da autoaplicabilidade plena do disposto no art. 5º, inciso LXXIV.

Com estas considerações, dou provimento à apelação da União e à remessa oficial.

É como voto.

Recife, 13 de maio de 2014.

Des. Fed. Rogério Fialho Moreira  
Relator

## Parte Geral – Ementário

### Administrativo

#### 2794 – Ato administrativo – Ordem dos Advogados do Brasil – moção de repúdio e desagravo – lista de autoridades – elaboração – ilegalidade

“Constitucional. Administrativo. Ação mandamental. Lista de autoridades que receberam moção de repúdio e desagravo. Ato ilegal. Direito líquido e certo que se reconhece. 1. Consoante expresso no art. 44, II, da Lei nº 8.906/1997, a Ordem dos Advogados do Brasil tem por finalidade promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil. 2. A Ordem dos Advogados do Brasil não só tem o poder de defender as prerrogativas dos advogados como também tem competência para fiscalizar e punir os profissionais inscritos em seus quadros. 3. Ao elaborar lista de autoridades que receberam desagravo e moção de repúdio a Ordem dos Advogados do Brasil extrapolou de suas atribuições e praticou ato eivado de nulidade, porquanto aplicou, sem o devido processo legal e sem lei que autorizasse, punição a pessoas não integrantes de seus quadros, violando, com isso, o princípio da legalidade. 4. Apelação provida. Sentença reformada.” (TRF 3ª R. – AC 0025854-63.2007.4.03.6100/SP – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Nery Junior – DJe 15.08.2014)

#### Comentário Editorial SÍNTESE

A apelação é oriunda de mandado de segurança impetrado pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região – AMATRA II, contra decisão do Presidente da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB/SP e Presidente da Seção de São Paulo da OAB, onde almejava a garantia de que todos os associados e aqueles que venham a se associar não vissem seus nomes inscritos no “Cadastro das Autoridades que Receberam Moção de Repúdio e Desagravo”. O Juízo *a quo* denegou a ordem, entendendo que não houve qualquer ilegalidade na conduta adotada pela autoridade impetrada.

Inconformada, a impetrante interpôs o recurso em estudo sustentando que a OAB não possui autoridade para alterar as regras previstas em lei e muito menos autoridade para aplicar punições a pessoas que não integram seus quadros.

A 3ª Turma do TRF 3ª Região entendeu que a OAB extrapolou de suas atribuições ao elaborar a lista de autoridades que receberam desagravo e moção de repúdio.

Assim, concluiu que, diante da nulidade do referido ato, já que aplicou punição a pessoas não integrantes de seus quadros, sem a observância do devido processo legal, a sentença deve ser reformada.

Do voto do Relator, destacamos:

“[...] Pois bem. Consoante expresso no art. 44, II, da Lei nº 8.906/1997, a Ordem dos Advogados do Brasil tem por finalidade promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Já o art. 7º do mesmo diploma legal elenca os direitos dos advogados, entre os quais a prerrogativa de ser publicamente desagravado, quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela (XVII).

Por outro lado, os arts. 70 a 74 dispõem sobre o processo disciplinar, nos seguintes termos:

Art. 70. O poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal.

§ 1º Cabe ao Tribunal de Ética e Disciplina, do Conselho Seccional competente, julgar os processos disciplinares, instruídos pelas Subseções ou por relatores do próprio conselho.

§ 2º A decisão condenatória irrecorrível deve ser imediatamente comunicada ao Conselho Seccional onde o representado tenha inscrição principal, para constar dos respectivos assentamentos.

§ 3º O Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho onde o acusado tenha inscrição principal pode suspendê-lo preventivamente, em caso de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia, depois de ouvi-lo em sessão especial para a qual deve ser notificado a comparecer, salvo se não atender à notificação. Neste caso, o processo disciplinar deve ser concluído no prazo máximo de noventa dias.

Art. 71. A jurisdição disciplinar não exclui a comum e, quando o fato constituir crime ou contra-venção, deve ser comunicado às autoridades competentes.

Art. 72. O processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação de qualquer autoridade ou pessoa interessada.

§ 1º O Código de Ética e Disciplina estabelece os critérios de admissibilidade da representação e os procedimentos disciplinares.

§ 2º O processo disciplinar tramita em sigilo, até o seu término, só tendo acesso às suas informações as partes, seus defensores e a autoridade judiciária competente.

Art. 73. Recebida a representação, o Presidente deve designar relator, a quem compete a instrução do processo e o oferecimento de parecer preliminar a ser submetido ao Tribunal de Ética e Disciplina.

§ 1º Ao representado deve ser assegurado amplo direito de defesa, podendo acompanhar o processo em todos os termos, pessoalmente ou por intermédio de procurador, oferecendo defesa prévia após ser notificado, razões finais após a instrução e defesa oral perante o Tribunal de Ética e Disciplina, por ocasião do julgamento.

§ 2º Se, após a defesa prévia, o relator se manifestar pelo indeferimento liminar da representação, este deve ser decidido pelo Presidente do Conselho Seccional, para determinar seu arquivamento.

§ 3º O prazo para defesa prévia pode ser prorrogado por motivo relevante, a juízo do relator.

§ 4º Se o representado não for encontrado, ou for revel, o Presidente do Conselho ou da Subseção deve designar-lhe defensor dativo;

§ 5º É também permitida a revisão do processo disciplinar, por erro de julgamento ou por condenação baseada em falsa prova.

Art. 74. O Conselho Seccional pode adotar as medidas administrativas e judiciais pertinentes, objetivando a que o profissional suspenso ou excluído devolva os documentos de identificação.

Como verifica da leitura dos dispositivos acima transcritos, a Ordem dos Advogados do Brasil não só tem o poder de defender as prerrogativas dos advogados como também tem competência para fiscalizar e punir os profissionais inscritos em seus quadros.

Portanto, ao elaborar lista de autoridades que receberam desagravo e moção de repúdio a Ordem dos Advogados do Brasil extrapolou de suas atribuições e praticou ato eivado de nulidade, porquanto aplicou, sem o devido processo legal e sem lei que autorizasse, punição a pessoas não integrantes de seus quadros, violando com isso, o princípio da legalidade.

Desta feita, presente o direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante, porquanto seus associados tem o direito de não verem seus nomes inscritos em cadastro reconhecidamente ilegal.

Assim sendo, a sentença de primeiro grau merece reforma para julgar procedente o pedido formulado nos autos e conceder a ordem, nos termos da fundamentação *supra*. [...]”

#### 2795 – Autorização – validade expirada – retomada do bem – indenização – descabimento

“Administrativo. Autorização de uso. Validade expirada. Retomada do bem pela Administração Pública. Conveniência e discricionariedade. Indenização. Não cabimento. 1. Não é ilegal o ato administrativo que deixa de renovar autorização de uso, que se trata de ato precário, unilateral e discricionário, podendo ser revogado a qualquer tempo. 2. Não cabe indenização em razão do desinteresse da administração em renovar autorização de uso, máxime quando sobre o ato não pesa ato ilícito, cabendo ao autorizado tão-só levantar os investimentos que realizou. 3. Recurso desprovido.” (TJDFT – PADM 20110111627096 – (806363) – Rel. Des. Antoninho Lopes – DJe 14.08.2014)

#### Observação Editorial SÍNTESE

Selecionamos os seguintes julgados no mesmo sentido:

“ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL – ATO ADMINISTRATIVO – AUTORIZAÇÃO DE USO FUNCIONAMENTO DE ATIVIDADE COMERCIAL EM ÁREA PÚBLICA – ATO DISCRICIONÁRIO E PRECÁRIO – SUJEIÇÃO AOS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À RENOVAÇÃO DO ATO – RESPONSABILIDADE CIVIL DA MUNICIPALIDADE NÃO CONFIGURADA – 1. A autorização administrativa, na modalidade ‘autorização de uso’, consiste em ato administrativo unilateral,

discricionário e precário através do qual a Administração Pública faculta ao particular o uso de um determinado bem público. 2. Caracterizando a 'autorização de uso' ato precário, afigura-se insuscetível de gerar direito adquirido à exploração de atividade econômica desenvolvida em área pública. Consistindo-se em ato discricionário, sua realização, renovação ou mesmo revogação encontra-se condicionada aos critérios de conveniência e oportunidade a serem aferidos pela Administração Pública. 3. Sendo poder da Administração Pública a não renovação da 'autorização de uso' por critérios de conveniência e oportunidade, com exceção de situações excepcionais em que maculados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não cabe ao Juiz valorar tais critérios, mas apenas verificar a validade da decisão administrativa. 4. Sendo válida a decisão administrativa, afasta-se a responsabilidade civil do Poder Público." (TJES, AC 50030037878, Rel. Des. Annibal de Rezende Lima, DJe 14.03.2012, p. 82) (Disponível em: [online.sintese.com](http://online.sintese.com), sob o nº 143000034089. Acesso em: 18 ago. 2014)

"PROCESSO CIVIL E CIVIL – AUTORIZAÇÃO DE USO – RETOMADA PELA ADMINISTRAÇÃO – INTERESSE PÚBLICO – APLICAÇÃO DA REGRAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO – 1. Em se tratando de autorização de uso, não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou a sua continuidade, uma vez que o interesse público se sobrepõe ao particular, de acordo com o princípio da supremacia do interesse público, um dos pilares sobre os quais se sustenta a atividade administrativa. Assim, correta é a decisão monocrática que determina a desocupação de imóvel, em se tratando de bem de uso especial, pertencente ao Estado do Amapá, isso porque em razão de sua destinação e determinabilidade subjetiva de uso não pode ser enquadrado com bem público de uso comum ou bem dominial. 2. Nas autorizações de uso são aplicáveis as regras de direito administrativo, tornando indisponíveis os bens públicos de uso especial, não guardando, em relação às pessoas de direito público a que estão afetas, caráter patrimonial. 3. Apelo não provido." (TJAP, AC 338107, (12283), Rel. Des. Gilberto Pinheiro, J. 12.02.2008) (Disponível em: [online.sintese.com](http://online.sintese.com), sob o nº 55006297. Acesso em: 18 ago. 2014)

#### 2796 – Bem público – doação a particular – exigências legais – inobservância – anulação

"Ato administrativo. Doação de bem público a particular. Municipalidade de Sebastianópolis do Sul que realizou a doação de lotes de terra. À Administração Pública é permitida a doação de imóveis às pessoas jurídicas de direito privado, desde que observadas as exigências legais de autorização legislativa, prévia avaliação e licitação na modalidade concorrência (*caput* do art. 17 da Lei nº 8.666/1993). Inocorrência de certame ou de demonstração de hipótese de dispensada em virtude do interesse público, nos termos do § 4º do art. 17 da Lei nº 8.666/1993. Anulação determinada. Sentença mantida. Recurso improvido." (TJSP – Ap 0000465-26.2013.8.26.0334 – 2ª CDPúb. – Relª Vera Angrisani – DJe 13.08.2014)

#### Comentário Editorial SÍNTESE

É válida a doação de bem público a particular sem prévia licitação? Esse foi o questionamento da apelação em tela.

Inconformada com a sentença que julgou procedente a ação declaratória de nulidade de ato jurídico ajuizada pela Prefeitura Municipal de Sebastianópolis do Sul, declarando a nulidade da doação, a apelante interpôs recurso.

Em suas razões, sustenta que a legalidade da doação e a sua boa-fé.

O ex-prefeito, no término de sua legislatura, em 20.12.2012, doou 55 terrenos da municipalidade, e a apelante foi contemplada com um desses terrenos.

Na análise recursal, a Relatora entendeu que as doações dos terrenos foram realizadas sem prévia licitação, violando, assim, exigência estabelecida pela Lei nº 8.666/1993, como dispositivo a seguir:

"Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

[...]

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; [...]"

Por fim, negou provimento ao recurso, mantendo a sentença.

Em seu voto, a Relatora assim se manifestou:

"[...] Entretanto, no caso em questão, restou evidenciado que o Município não justificou de maneira fundamentada o relevante interesse público na doação dos terrenos conforme se vislumbra da simples leitura da Legislação Municipal posta em realce. Também não trouxe o Município qualquer fundamento ou razão que justifique os motivos que levaram o ente público a decidir pela dispensa da licitação no caso em apreço.

De acordo com os ensinamentos de Marçal Justen Filho, "[...] será dispensável a licitação para doação de bens públicos quando o destinatário for órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo. Se a doação tiver por destinatário um particular, será obrigatória a licitação" (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 176).

Mesmo nos casos de doação de imóvel residencial construído, a Administração Pública não está autorizada a escolher de maneira arbitrária os beneficiários das transferências, sob pena de violação dos princípios da moralidade e da impessoalidade devendo, nesse caso, estabelecer critérios de seleção por sorteio.

Portanto, ao deixar de proceder da forma estabelecida em lei, as doações realizadas pela Prefeitura de Sebastianópolis do Sul encontram-se eivadas de nulidade devendo, por isso, serem anuladas.

Neste sentido já se entendeu este Tribunal de Justiça, a saber:

'AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – DOAÇÃO DE TERRENO PÚBLICO EFETUADA PELO MUNICÍPIO DE SEBASTIANÓPOLIS DO SUL PARA ATENDER AO PROGRAMA FEDERAL 'MINHA CASA, MINHA VIDA' DESPROVIDA DE REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE ASSEGURASSE AOS DEMAIS MUNICÍPIOS PREVIAMENTE CADASTRADOS E INTERESSADOS NA AQUISIÇÃO DE MORADIA PRÓPRIA TRATAMENTO ISONÔMICO AUSENTE, ADEMAIS E ALTERNATIVAMENTE, DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA FORMULAÇÃO DE PEDIDO ESPECÍFICO DE DOAÇÃO, PELO RÉU, BEM COMO DE TODOS OS ATOS QUE, EM TESE, CULMINARIAM NO ACOLHIMENTO DO PEDIDO PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO, NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO – NÃO DESINCUMBÊNCIA, PELO RÉU, DO ÔNUS PROCESSUAL INSCULPIDO NO ART. 333, II, CPC, NA QUALIDADE DE PARTE INTERESSADA NA COMPROVAÇÃO DA LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DA DOAÇÃO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO DO RÉU DESPROVIDO.' (Apelação nº 0000403-83.2013.8.26.0334, 21 de maio de 2014, Des. Ferraz de Arruda)

'APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – ALIENAÇÃO DE BEM PÚBLICO IMÓVEL – DOAÇÃO – Pretensão inicial da Municipalidade voltada à anulação de ato administrativo praticado pelo anterior Edil. Doação pura de imóveis pertencentes ao acervo público, sem que fossem respeitados os critérios legais. Ausência de motivação apta a evidenciar o interesse público inerente ao negócio jurídico. A mera edição de decreto, ato normativo secundário, não tem o condão de mitigar a necessária observância aos princípios a que está submetida toda a Administração Pública por força constitucional (art. 37, *caput*, da CF/1988 e art. 3º da Lei Federal nº 8.666/1993). Ilegalidade do ato de alienação afronta aos princípios da impessoalidade e moralidade. Inteligência do art. 17, *caput*, cc. inciso I, f, da Lei Federal nº 8.666/1993 sentença de procedência da ação anulatória mantida. Recurso não provido.' (Apelação nº 0000433-21.2013.8.26.0334, 19 de maio de 2014, Des. Paulo Barcellos Gatti). [...]"

**2797 – Concurso público – procurador do DNER – novo edital para procurador do INSS – carreiras diversas – direito à nomeação – inexistência**

"Agravo regimental no recurso especial. Concurso público para procurador autárquico do DNER. Novo edital para procurador autárquico do INSS. Prazo de validade do concurso anterior. Direito à nomeação. Diversidade de carreiras e conhecimentos exigidos. Súmula nº 7/STJ. 1. Embora à época possível fosse o aproveitamento de aprovados em concursos federais diversos, era também então admitida a realização de separados concursos para as Autarquias, principalmente quando justificável a distinção de conhecimentos exigidos para seus servidores. 2. A necessidade posteriormente

demonstrada de procuradores do INSS não revela o interesse administrativo em provimento de vagas de procurador autárquico do DNER, pela diferença de carreiras e de conhecimentos especializados exigidos para o desempenho da função. 3. Não havendo presunção *jure et de jure* de necessidade administrativa de servidores por concurso aberto para diferente área, tampouco cabe reexame de provas para verificação da necessidade concreta do DNER em novos procuradores, por violação aos termos da Súmula nº 7/STJ. 4. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgRg-REsp 912.110 – (2006/0277291-7) – 6ª T. – Rel. Min. Nefi Cordeiro – DJe 04.08.2014)

#### **Destaque Editorial SÍNTESE**

Do voto do Relator destacamos:

“[...] Embora admita que abertura de novo concurso representaria manifestação pela Administração Pública da necessidade de servidores, na espécie o novo concurso deu-se para diferente Autarquia Federal (INSS), de atuação especializada.

Embora hoje exista carreira de procurador federal e mesmo à época possível fosse o aproveitamento de aprovados em concurso federais diverso, era também então admitida realização de separados concurso para as autarquias, principalmente quando justificável a distinção de conhecimentos exigidos para seus servidores. Este é o caso da Procuradoria do INSS, que exige conhecimentos aprofundados em matéria previdenciária, o que certamente não se constituía no principal foco de quem era examinado precipuamente para atuação no DNER.

Deste modo, a necessidade posteriormente demonstrada de procuradores do INSS não demonstra o interesse administrativo em vagas em servidores aprovados para procurador autárquico do DNER. [...]”

#### **2798 – Concurso público – prova objetiva – questão – anulação – mérito administrativo – controle judicial – impossibilidade**

“Mandado de segurança. Concurso público. Juiz substituto da Justiça do Distrito Federal. Preliminares. Ilegitimidade passiva e perda superveniente do interesse de agir. Rejeição. Anulação de questão de prova objetiva. Mérito administrativo. Impossibilidade de controle judicial. 1. O diretor geral do Cespe/UNB não possui legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança impetrado por candidato ao concurso de juiz de direito substituto da Justiça do Distrito Federal. 2. O fato de o candidato impetrante não ter realizado a segunda fase do concurso não induz, por si só, à perda superveniente do interesse de agir, pois somente com o julgamento final da ação é que se poderá afirmar a existência, ou não, de ato violador ao direito líquido e certo da parte. 2.1 Precedente do STJ: ‘A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a homologação do resultado final do concurso não conduz à perda do objeto do *mandamus*, quando o remédio constitucional busca aferir suposta ilegalidade praticada em alguma das etapas do concurso’ (AgRg-RMS 36.566/GO, Rel. Min. Castro Meira, DJe 23.04.2012). 3. Ao Poder Judiciário não compete, em substituição à comissão examinadora, ingressar no mérito de questões de prova objetiva, atribuindo-lhes valores e critérios diversos. 3.1 ‘A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que ao Poder Judiciário não é dado substituir banca examinadora de concurso público, seja para rever os critérios de correção das provas, seja para censurar o conteúdo das questões formuladas. Agravo regimental a que se nega provimento’ (STF, 2ª Turma, AI 827001-AgRg, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 31.03.2011). 4. Processo extinto, por ilegitimidade passiva, em relação ao diretor do Cespe/UNB. 4.1 Rejeitada a preliminar de perda superveniente do interesse de agir. 5. Segurança denegada.” (TJDFT – MS 20140020049766 – (801491) – Rel. Des. João Egmont – DJe 16.07.2014)

#### **2799 – Licitação – prestação de serviços – efetivo mínimo – obrigação constante no edital – inexecução parcial – pagamentos – retenção – possibilidade**

“Administrativo. Licitação. Contrato de prestação de serviços. Efetivo mínimo. Obrigação constante do edital. Princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Inobservância. Inexecução parcial do contrato. Glosas aos pagamentos das faturas. Previsão editalícia. Legitimidade. Sentença mantida. 1. A teor do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o edital constitui norma inderrogável do certame, cujos contornos não podem ser infringidos pela Administração Pública e, tampouco, por parte daqueles que afluem à dis-

puta. Ao se credenciar, o licitante anui às exigências contidas no edital, sujeitando-se a todos os seus comandos, inclusive às penalidades e responsabilidades expressamente consignadas em seu corpo, ônus que compõem o equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato administrativo. 2. *In casu*, constava do 'Caderno de Especificações Técnicas para Contratação de Serviços de Proteção' previsão de efetivo mínimo para o desempenho dos serviços a serem contratados, elemento que deveria ser observado não apenas quando da formulação da proposta, como também durante a execução da avença. 3. A alegação de inexistência de prejuízos no tocante ao bom desempenho dos serviços contratados não tem o condão de desconstituir as glosas administrativas, as quais dizem respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da avença. 4. Dentre as despesas gerais consideradas para formação do preço global, encontram-se aquelas relativas aos custos com mão de obra, de sorte que a remuneração dos empregados, os gastos com uniforme e demais encargos sociais integraram o custo da proposta oferecida no certame, repercutindo na escolha do vencedor. Desconsiderar essa realidade implicaria, em última análise, desprestígio à isonomia e à busca pela máxima competitividade, características inerentes a todo e qualquer procedimento licitatório. 5. O contrato administrativo previa a possibilidade de a Infraero proceder à retenção de valores das faturas/notas fiscais de pagamento em hipóteses como a vertente, em que a execução do contrato ocorreu sob condições diversas daquelas que propiciaram a contratação, o que equivale à sua inexecução parcial. 6. Apelação a que se nega provimento." (TRF 3ª R. – AC 0003498-17.2007.4.03.6119/SP – 6ª T. – Relª Desª Fed. Mairan Maia – DJe 08.08.2014)

**2800 – Responsabilidade civil do Estado – computador de repartição pública – falso perfil na Internet – divulgação – indenização devida**

"Divulgação de falso perfil na Internet. Computador de repartição pública. Ofensa à honra. Fato administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Dano moral. Agravo interno em apelação cível. Decisão monocrática que deu provimento ao recurso de apelação e reconheceu a responsabilidade do Estado. Ofensas sofridas pela autora. Utilização de computador de repartição pública com acesso à Internet para divulgação das ofensas. Fato administrativo, nexo de causalidade e dano moral evidenciado. Irresignação da recorrente que não merece acolhida. Verba arbitrada em R\$ 10.000,00. Utilização de parâmetros jurisprudenciais. Recurso conhecido e improvido. Agravo interno em apelação cível. Decisão monocrática que deu provimento ao recurso e reconheceu a responsabilidade do estado. Sindicância que confirma a utilização de computador de repartição pública com acesso à Internet para divulgação de falso perfil da autora, como garota de programa e fornecia seu nome, endereço residencial e foto. Fato administrativo, nexo de causalidade e dano evidenciado. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Recurso conhecido e improvido." (TJRJ – Ap 0163327-02.2012.8.19.0001 – 12ª C.Cív. – Rel. Des. Jaime Dias Pinheiro Filho – DJe 06.08.2014)

**2801 – Servidor público – licença para trato de interesses particulares – mérito administrativo – Poder Judiciário – interferência – impossibilidade**

"Administrativo. Agravo de instrumento. Servidor público. Licença para trato de interesses particulares. Art. 91 da Lei nº 8.112/1990. Óbice. Âmbito do poder discricionário da Administração. I – No caso concreto, o agravante postula pelo afastamento de suas atividades laborais junto ao serviço público federal, sem qualquer ônus para si ou para o Erário, o que equivaleria à licença para trato de interesses particulares, uma vez que a hipótese aventada não encontra respaldo na legislação de regência. II – Consoante norma esculpida no art. 91 da Lei nº 8.112/1990, a que se sujeita o agravante, verífico que a licença para tratar de interesses particulares é deferida a critério da Administração, não cabendo ao Poder Judiciário adentrar no juízo de oportunidade e conveniência, em observância ao princípio da separação dos poderes. III – Assim, o afastamento do trabalho perseguido pelo agravante insere-se na esfera do poder discricionário da Administração, no sentido da conveniência e oportunidade do ato, não cabendo ao Judiciário sobre ele se manifestar sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes. IV – Agravo de instrumento improvido." (TRF 2ª R. – AI 2014.02.01.003967-9 – 7ª T.Esp. – Rel. Reis Friede – DJe 07.08.2014)

**Transcrição Editorial SÍNTESE**

Lei nº 8.112/1990:

“Art. 91. A critério da Administração, poderão ser concedidas ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licenças para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração.

Parágrafo único. A licença poderá ser interrompida, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço.”

## Ambiental

### 2802 – Ação civil pública – área de preservação permanente – reservatório artificial de água – dano ambiental – prova pericial – desnecessidade

“Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Desnecessidade de prova pericial. Entorno de reservatório artificial. UHE Água Vermelha. Zona rural. Código florestal vigente à época da degradação. Lei nº 4.771/1965. Resolução Conama nº 302/05. Legalidade. Inaplicabilidade da Lei nº 12.651/2002. 1. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal para efeito de indenizar *in natura* dano ao meio ambiente, em loteamento situado no Município de Paulo de Faria/SP, em razão da utilização, conservação e manutenção de rancho a menos de 100 metros de distância do reservatório de acumulação de água para geração de energia elétrica da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha (AES Tietê S/A), causando dano direto à área de preservação permanente, sem que se possa restaurar a vegetação que existia no local, em flagrante afronta ao meio ambiente, ao patrimônio público e à legislação específica. 2. O requerido Maurílio Rodrigues Chaves infringiu a legislação ambiental, imputando a inicial omissão e conivência do Poder Público Municipal, da concessionária AES Tietê S/A e do Ibama, perante a ocupação irregular da área de preservação permanente. 3. Não obstante o requerimento de prova pericial, a r. sentença considerou desnecessários os pedidos de provas, especialmente a realização de perícia técnica e oitiva de testemunhas. Extinguiu o feito sem julgamento de mérito, reconhecendo a falta de interesse de agir em relação ao Ibama e a ilegitimidade passiva em relação à AES Tietê S/A e ao Município de Paulo de Faria e, no mérito, julgou procedente o pedido, para condenar os demais requeridos a desocuparem a área de preservação permanente (30 metros contados da cota máxima normal de operação do reservatório) e a repararem o dano ambiental verificado na APP mencionada. 4. No julgamento das ACs 0005066-73.2008.4.03.6106 e 00085122120074036106, ambas de minha relatoria (DE de 04.02.2013; e-DJF3 Judicial 1 data: 26.04.2013, respectivamente) – que tratou dos mesmos fatos, com alteração apenas das partes, em razão de cada porção da área ambiental afetada, decidiu a Turma, por unanimidade, acolher o alegado cerceamento de defesa e determinar o retorno dos autos para realização de perícia. 5. No presente caso, a hipótese é diversa. Com efeito, verifica-se que naqueles anteriores, a ação foi julgada improcedente. Entendeu-se que a área não se situava em área de preservação permanente nem havia elementos suficientes que comprovassem a alegada degradação. Neste passo, imperiosa a prova pericial para adequada aferição dos danos apontados pelo *Parquet* Federal, especialmente porque lavrado auto de infração, indicativo de que existentes. 6. Aqui, diferentemente, concluiu-se que o rancho ocupa área de preservação permanente, o que, por si só, já implica na ocorrência de danos ambientais, comportando a necessária recuperação *in natura* da área degradada. 7. Tal o contexto, não se verifica a indispensabilidade da realização de perícia para apuração dos danos neste momento processual. De fato, a providência, uma vez adotada na fase de execução do julgado, melhor se prestará à complexa tarefa de mensuração da degradação e estabelecimento do plano de recuperação ambiental. 8. Não se pode desconsiderar, que as ações judiciais levam tempo até serem definitivamente decididas e, no decorrer deste lapso, muitas vezes longo, a degradação continua produzindo efeitos no meio ambiente. A prova pericial, portanto, realizada ainda em primeiro grau, já não retrataria a situação no momento da implementação do plano de recuperação então previsto. Seriam necessárias novas avaliações, levantamentos, planejamentos. Provavelmente outro será o perito, ante o tempo decorrido. 9. Todas essas circunstâncias devem ser tomadas em conta pelo julgador, no sentido de promover a celeridade processual esperada, em ordem a que não sejam adotadas diligências requeridas pelas partes de forma indiscriminada, que retardem o julga-

mento definitivo da causa, máxime se podem ser realizadas após o trânsito em julgado, quando atenderão de modo mais adequado os interesses envolvidos, como é o caso, pelo que rejeitado o alegado cerceamento de defesa. 10. As preliminares de falta de interesse de agir, ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido, suscitadas pelos sucessores do requerido Maurílio Rodrigues Chaves confundem-se com o mérito, posto que fundadas na alegação de que a proteção ambiental não alcança edificações mantidas em área empossada e na possibilidade de manutenção das edificações em área de preservação permanente mediante ações ambientais de natureza compensatória. 11. Já a preliminar de inépcia da inicial não se sustenta, na medida em que não se enquadra em nenhuma das hipóteses do parágrafo único do art. 295 do Código de Processo Civil, encontrando-se o pedido perfeitamente delimitado. 12. Não houve apelo em relação à exclusão do Ibama do polo passivo da demanda. De outro tanto, no tocante ao seu pedido de inclusão no polo ativo da lide, com esteio no art. 5º, § 2º, da LACP, assenta-se que a providência demandaria anuência do Ministério Público Federal, o que não ocorreu, já que rechaçou na réplica a alegação de falta de interesse de agir suscitada pelo referido órgão. Ademais, verificar-se-ia evidente incongruência em relação ao pedido, na medida em que o *Parquet* pretende responsabilizar o instituto pela degradação, por entender que houve omissão e conivência de sua parte. Neste sentido tem decidido reiteradamente esta eg. 3ª Turma. 13. Quanto à exclusão do polo passivo da AES Tietê S/A, cabível a reforma da sentença. Em relação a esta última, decidiu o julgador monocrático que os documentos juntados não demonstram existir intervenção dentro da área que foi desapropriada para a formação do lago. Também não consta que a empresa tenha celebrado contrato de cessão de uso de parte de sua área com Maurílio Rodrigues Chaves (primeiro ocupante da área). A concessionária não pode ingressar nas áreas particulares para fazer cessar eventuais danos ambientais, podendo apenas comunicar sobre a existência dos mesmos às autoridades. 14. A irresignação do Ministério Público Federal reside na alegada necessidade de se determinar com exatidão a área atingida pelo dano ambiental, que poderá repercutir na responsabilidade da AES Tietê. No caso, a prova pericial ainda assim seria despidianda, pois a documentação carreada é suficiente para comprovar a legitimidade passiva da AES Tietê. A própria empresa ressalta que é de sua titularidade apenas uma faixa de segurança no entorno do reservatório, de aproximadamente 20m de largura, a qual é objeto de contratos de concessão de uso, com respaldo na legislação setorial aplicável, Portaria nº 170, de 14.02.1987, editada pelo Ministério das Minas e Energia. 15. Ora, foi celebrado um contrato da espécie com Maurílio Rodrigues Chaves, conforme explicitado na contestação e cuja cópia foi carreada para os autos. E embora suas cláusulas pretendam eximir a AES Tietê de quaisquer responsabilidades pelo mau uso da área concedida, há previsão expressa acerca de seu poder de fiscalização da utilização racional da mesma, em cumprimento às competências legais e regulamentares independentemente de aviso prévio por escrito (cláusula 4ª, I, j), bem como a obrigatoriedade do usuário obedecer as restrições impostas pela Resolução Conama nº 302, de 20.03.2002, no que tange a edificações de qualquer natureza, instalações sanitárias, como também, utilizar-se do solo de modo a causar ou a contribuir para o assoreamento do reservatório (cláusula 4ª, I, l). Demonstrada a legitimidade passiva da AES Tietê S/A para figurar no polo passivo da presente ação. 16. De reverso, não ressaí dos autos a legitimidade passiva do Município de Paulo de Faria/SP. Embora a municipalidade tenha o poder dever de fiscalizar a ocupação ordenada do solo urbano, no caso concreto, a área em questão é objeto de posse de uma pequena parcela de propriedade rural particular, ao que parece com a anuência do então proprietário nos idos de 1977, localizada às margens do reservatório da UHE Água Vermelha, esta instalada e em operação desde 1978. O MPF tomou conhecimento da situação em razão da venda desta propriedade à empresa Bell Champ Ltda., no ano de 2000, que notificou o posseiro para desocupar a área e encaminhou cópia ao *Parquet* Federal, a propósito da questão ambiental. 17. Assim, não se patenteia qualquer interferência direta da municipalidade na ocupação irregular do local, que pudesse ter concorrido para o dano perpetrado, como seria o caso de emissão de licença ambiental indevida. Nem mesmo a alegada omissão pode ser invocada, pois, em sendo propriedade rural privada, a fiscalização caberia aos órgãos estaduais e federais. 18. Ingressando na análise do mérito propriamente dito, cinge-se a discussão, basicamente, em verificar se o rancho construído pelos requeridos está localizado dentro de área de preservação permanente, a demandar recuperação ambiental. 19. Tratando-se de obrigação *propter rem*, isto é, que adere ao título de domínio ou posse, independente do fato de ter sido ou não

o proprietário o autor da degradação ambiental, descabe falar em culpa ou nexo causal como determinantes do dever de recuperar a área de preservação permanente. Este o entendimento pacífico do col. STJ. 20. Também não é o caso de aplicabilidade das normas do novo Código Florestal. O col. STJ já firmou entendimento, no sentido de que o novo regramento material tem eficácia *ex nunc* e não alcança fatos pretéritos, quando implicar em redução do patamar de proteção do meio ambiente sem a necessária compensação. No mesmo sentido já decidiu aquela Corte Superior e esta eg. 3ª Turma. De qualquer sorte, tratando-se de rancho em área rural, cujo uso é meramente o lazer particular do proprietário, onde não há atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, não se lhe aproveitariam as disposições transitórias de que trata a Lei nº 12.651/2002, nos arts. 61 em diante. 21. Aplica-se a regra geral, portanto, vigente à época do ajuizamento da ação, posto que então apontada a degradação ambiental que ensejou a providência, no caso, o art. 2º da Lei nº 4.771/1965 (Código Florestal). 22. Com o advento da Lei nº 6.938/1981, que instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), a propósito da implementação da Política Nacional do Meio Ambiente, foi editada a Resolução nº 302, de 20.03.2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama. [Tab]Sem razão o juízo monocrático ao afastar sua aplicabilidade, visto não padecer a Resolução nº 302/2002 da aludida ilegalidade, consoante já pacificado pelo col. STJ, ao afirmar a higidez das normas editadas pelo Conama. 23. Neste passo, tem-se que, no entorno do reservatório da UHE Água Vermelha, situando-se na zona rural, a área a ser considerada de preservação permanente é de 100m. 24. No caso concreto, a área ocupada por Maurílio Rodrigues Chaves e, posteriormente, por seus sucessores, está situada às margens do Reservatório da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha, em área rural, com estrada de acesso dentro da propriedade da empresa Bell Champ Ltda., Município de Paulo de Faria, consoante matrícula do imóvel. 25. Na cópia da petição inicial de reintegração de posse proposta por Maurílio Rodrigues Chaves e sua esposa em face da referida empresa, carreada com a representação do Ministério Público Federal, os requerentes historiam sua posse na área em questão, que denominam de Rancho Amizade de São Pedro. 26. Relatam que, em meados de 1977, construíram, às margens do Rio Grande, na altura da Fazenda denominada Sítio do Pica-Pau Amarelo, na faixa de área de preservação da CESP, um rancho de alvenaria. Prosseguem relatando que, em 14.02.2000, a propriedade na qual se encontra a estrada de acesso ao rancho foi vendida à Bell Champ Ltda., que vistoriou o local, sendo que nesta oportunidade declarou o requerido que nada tinha contra a permanência do rancho, além do que estava dentro da área de preservação, conforme resolução do Conama. 27. Consta, ainda, dos autos, instrumento particular de contrato de concessão de uso a título oneroso, entre AES Tietê S/A e Maurílio Rodrigues Chaves, pelo qual aquela, como senhora e legítima possuidora do imóvel, com área total de 169,40ha, concedeu ao segundo o uso da área de 0,053ha, com a finalidade de lazer. 28. Daquele autuado administrativo que tramitou junto ao Ministério Público Federal, consta um Laudo Pericial de Dano Ambiental, elaborado por engenheiro florestal dos quadros do Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais, onde informado que o imóvel situa-se em zona rural do Município de Paulo de Faria/SP, e a ação degradadora decorreria de impedimento da regeneração da vegetação natural, mediante construção de chiqueiro e roçada em área correspondente a 1.300m<sup>2</sup> ou 0,13ha de preservação permanente (fls. 116/124). E, mais adiante, esclarece que as construções e benfeitorias iniciam-se a 21,5m da cota máxima normal de operação do reservatório. 29. Também se verifica um levantamento planialtimétrico, que acompanha o Projeto de Reflorestamento apresentado por Maurílio Rodrigues Chaves ao *Parquet* Federal na tentativa de composição amigável, do qual se extrai sem dificuldades que a construção posiciona-se praticamente na linha que define a referida cota máxima. 30. Por fim, a AES Tietê S/A, instada pelo juízo, apresentou seu próprio levantamento planimétrico, no qual informa as linhas demarcatórias da área que lhe cabe, corroborando as demais informações contidas nos autos. 31. Neste delineamento, não resta dúvidas de que o rancho foi implantado em área de preservação permanente e, portanto, imperiosa a reparação dos danos causados do meio ambiente no local, mediante a desocupação do imóvel pelos sucessores de Maurílio Rodrigues Chaves, demolição da área construída e elaboração de plano de regeneração e recuperação da área degradada, mantido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias após o trânsito em julgado e após a aprovação do órgão ambiental responsável, sejam adotadas as medidas propostas, a serem implementadas em igual prazo. 32. Não é demais ressaltar que esta eg. Corte tem admitido a demolição destes ranchos, pois não é possível

restabelecer a vegetação local sem a adoção da providência. 33. Condena-se, ainda, a AES Tietê S/A, de forma solidária, na obrigação de fazer consistente na completa recuperação da área danificada, mediante auxílio na remoção das edificações e impermeabilizações existentes e adoção de práticas de adequação ambiental, a serem definidas naquele mesmo plano. 34. Apelação do Ibama e dos posseiros a que se nega provimento. Recurso do MPF parcialmente provido, para reformar a r. sentença, mantendo a AES Tietê S/A no polo passivo da ação, condenando os sucessores de Maurílio Rodrigues Chaves à reparação dos danos causados ao meio ambiente no local, mediante a desocupação do imóvel, demolição da área construída e elaboração de plano de regeneração e recuperação da área degradada, considerada como área de preservação permanente aquela até 100 metros da cota máxima de operação da UHE Água Vermelha, mantido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias após o trânsito em julgado e após a aprovação do órgão ambiental responsável, sejam adotadas as medidas propostas, a serem implementadas em igual prazo, em conjunto e solidariamente com AES Tietê S/A, que deverá prestar o auxílio necessário ao efetivo cumprimento do referido plano.” (TRF 3ª R. — AC 0008533-94.2007.4.03.6106/SP — 3ª T. — Rel. Juiz Fed. Conv. Roberto Jeuken — DJe 29.07.2014 — p. 98)

### Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal para efeito de indenizar *in natura* dano ao meio ambiente, em área próxima da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha (AES Tietê), no Rio Grande, Município de Paulo de Faria/SP, em razão da utilização, conservação e manutenção de rancho a menos de 100 metros de distância do reservatório de acumulação de água para geração de energia elétrica da mencionada Usina Hidrelétrica, causando dano direto à área de preservação permanente, sem que se possa restaurar a vegetação que existia no local, em flagrante afronta ao meio ambiente, ao patrimônio público e à legislação específica.

No julgamento das ACs 0005066-73.2008.4.03.6106 e 00085122120074036106, ambas de relatoria do ilustre Relator, que tratou dos mesmos fatos, com alteração apenas das partes, em razão de cada porção da área ambiental afetada, decidiu a Turma, por unanimidade, acolher o alegado cerceamento de defesa e determinar o retorno dos autos para realização de perícia.

No presente caso, a hipótese é diversa. Com efeito, verifica-se que, naqueles anteriores, a ação foi julgada improcedente. Entendeu-se que a área não se situava em área de preservação permanente nem havia elementos suficientes que comprovassem a alegada degradação. Neste passo, imperiosa a prova pericial para adequada aferição dos danos apontados pelo *Parquet* Federal, especialmente porque lavrado auto de infração, indicativo de que existentes.

Aqui, diferentemente, concluiu-se que o rancho ocupa área de preservação permanente, o que, por si só, já implica na ocorrência de danos ambientais, comportando a necessária recuperação *in natura* da área degradada.

Tal o contexto, não se verifica a indispensabilidade da realização de perícia para apuração dos danos neste momento processual.

Não se pode desconsiderar que as ações judiciais levam tempo até serem definitivamente decididas e, no decorrer deste lapso, muitas vezes longo, a degradação continua produzindo efeitos no meio ambiente. A prova pericial, portanto, realizada ainda em primeiro grau, além de dispensável (*an debeatur*), já não retrataria a situação no momento da implementação do plano de recuperação então previsto, quando a extensão dos danos é apurada eficazmente. De fato, seriam necessárias novas avaliações, levantamentos, planejamentos, para delimitar os danos e quantificá-los (*quantum debeatur*).

Todas essas circunstâncias devem ser tomadas em conta pelo julgador, no sentido de promover a celeridade processual esperada, em ordem a que não sejam adotadas diligências requeridas pelas partes de forma indiscriminada, que retardem o julgamento definitivo da causa, máxime se podem ser realizadas após o trânsito em julgado, quando atenderão de modo mais adequado os interesses envolvidos, como é o caso.

Rejeitado, assim, o alegado cerceamento de direito alegado pelo Ministério Público Federal.

Não houve apelo em relação à exclusão do Ibama do polo passivo da demanda. De outro tanto, no tocante ao seu pedido de inclusão no polo ativo da lide, com esteio no art. 5º, § 2º, da LACP, assenta-se que a providência demandaria anuência do Ministério Público Federal, o que não ocorreu, já que rechaçou na réplica a alegação de falta de interesse de agir suscitada pelo referido órgão. Ademais, verificar-se-ia evidente incongruência em relação ao pedido, na medida

em que o *Parquet* pretende responsabilizar o instituto pela degradação, por entender que houve omissão e conviência de sua parte.

Neste sentido, tem decidido reiteradamente a eg. 3ª Turma do TRF da 3ª R.:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANOS AMBIENTAIS – LEGITIMIDADE – INGRESSO COMO LITISCONSORTE FACULTATIVO – IMPOSSIBILIDADE – RECUSA DO AUTOR

1. Impede a inclusão do Ibama no pólo ativo da demanda o fato de o MPF, autor da ação civil pública, não ter aceito o pedido.

2. O MPF manteve, em réplica, o entendimento de que o Ibama deveria compor o pólo passivo. O fato de ter sido posteriormente excluído da condição de réu, não afasta o entendimento do autor da ação quanto à questão.

3. O § 2º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente e outros, fala em faculdade do Poder Público em habilitar-se como litisconsorte, mas em momento algum faz presumir que possam ser afastadas as demais normas em relação ao litisconsórcio.

4. Não havendo tal anuência, o que pode acontecer é o ingresso nos autos do terceiro juridicamente interessado como assistente litisconsorcial, na forma do art. 54 do CPC.

5. Precedentes do STJ.

6. Agravo de instrumento não provido.” (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI 0036156-84.2008.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Márcio Moraes, Julgado em 05.03.2009, e-DJF3 Judicial 2 data: 17.03.2009, p. 377)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANOS AMBIENTAIS – LEGITIMIDADE – INGRESSO COMO LITISCONSORTE FACULTATIVO – IMPOSSIBILIDADE – RECUSA DO AUTOR

1. Impede a inclusão do Ibama no pólo ativo da demanda o fato de o MPF, autor da ação civil pública, não ter aceito o pedido.

2. O § 2º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente e outros, fala em faculdade do Poder Público em habilitar-se como litisconsorte, mas em momento algum faz presumir que possam ser afastadas as demais normas em relação ao litisconsórcio. Não havendo tal anuência, o que pode acontecer é o ingresso nos autos do terceiro juridicamente interessado como assistente litisconsorcial, na forma do art. 54 do CPC. Precedentes desta Turma.

3. Agravo de instrumento desprovido.” (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI 0000519-38.2009.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nery Junior, Julgado em 16.09.2010, e-DJF3 Judicial 1 data: 27.09.2010, p. 865)

Quanto à exclusão do polo passivo da AES Tietê S/A, cabível a reforma da sentença.

Com efeito, em relação a esta última, decidiu o julgador monocrático que os documentos juntados não demonstram existir intervenção dentro da área que foi desapropriada para a formação do lago. Também não consta que a empresa tenha celebrado contrato de cessão de uso de parte de sua área com Maurílio Rodrigues Chaves (primeiro ocupante da área). A concessionária não pode ingressar nas áreas particulares para fazer cessar eventuais danos ambientais, podendo apenas comunicar sobre a existência dos mesmos às autoridades.

A irrisignação do Ministério Público Federal reside na alegada necessidade de se determinar com exatidão a área atingida pelo dano ambiental, que poderá repercutir na responsabilidade da AES Tietê.

No caso, a prova pericial ainda assim seria despicienda, pois a documentação carreada é suficiente para comprovar a legitimidade passiva da AES Tietê. A própria empresa ressalta que é de sua titularidade apenas uma faixa de segurança no entorno do reservatório, de aproximadamente 20m de largura, a qual é objeto de contratos de concessão de uso, com respaldo na legislação setorial aplicável, Portaria nº 170, de 14.02.1987, editada pelo Ministério das Minas e Energia.

Em seu voto, o d. Relator assim se manifestou:

“Ora, foi celebrado um contrato da espécie com Maurílio Rodrigues Chaves, conforme explicitado na contestação e cuja cópia foi carreada para os autos às fls. 364/373. E embora suas cláusulas pretendam eximir a AES Tietê de quaisquer responsabilidades pelo mau uso da área concedida, há previsão expressa acerca de seu poder de fiscalização da utilização racional da mesma, em cumprimento às competências legais e regulamentares independentemente de aviso prévio por escrito (cláusula 4ª, I, j), bem como a obrigatoriedade do usuário obedecer as restrições impos-

tas pela Resolução Conama nº 302, de 20.03.2002, no que tange a edificações de qualquer natureza, instalações sanitárias, como também, utilizar-se do solo de modo a causar ou a contribuir para o assoreamento do reservatório (cláusula 4ª, I, I).

É ela quem detém a concessão do serviço público de geração de energia elétrica e opera a UHE Água Vermelha (fls. 291 da inicial; fls. 356 – Licença de Operação do Ibama; fls. 364/373 – contrato de concessão de uso com Maurílio Rodrigues Chaves). Sendo assim, é a maior interessada na preservação em causa, em ordem a manter indene o móvel de sua exploração econômica, razão mais que suficiente, num regime de livre iniciativa, para demonstrar a legitimação passiva para figurar na presente ação.

De reverso, não ressaí dos autos a legitimidade passiva do Município de Paulo de Faria/SP. Embora a municipalidade tenha o poder dever de fiscalizar a ocupação ordenada do solo urbano, no caso concreto, a área em questão é objeto de posse de uma pequena parcela de propriedade rural particular, ao que parece com a anuência do então proprietário nos idos de 1977, localizada às margens do reservatório da UHE Água Vermelha, esta instalada e em operação desde 1978. O MPF tomou conhecimento da situação em razão da venda desta propriedade à empresa Bell Champ Ltda., no ano de 2000, que notificou o posseiro para desocupar a área e encaminhou cópia ao *Parquet* Federal, a propósito da questão ambiental.

Assim, não se patenteia qualquer interferência direta da municipalidade na ocupação irregular do local, que pudesse ter concorrido para o dano perpetrado, como seria o caso de emissão de licença ambiental indevida. Nem mesmo a alegada omissão pode ser invocada, pois, em sendo propriedade rural privada, a fiscalização caberia aos órgãos estaduais e federais.

Assim, devem permanecer no pólo passivo da demanda a AES Tietê S/A e os herdeiros de Maurílio Rodrigues Chaves.”

Quanto ao mérito propriamente dito, cinge-se a discussão, basicamente, em verificar se o rancho construído pelos requeridos está localizado dentro de área de preservação permanente, a demandar recuperação ambiental:

“Tratando-se de obrigação *propter rem*, isto é, que adere ao título de domínio ou posse, independente do fato de ter sido ou não o proprietário o autor da degradação ambiental, descabe falar em culpa ou nexo causal como determinantes do dever de recuperar a área de preservação permanente. Este o entendimento pacífico do col. STJ.

Também não é o caso de aplicabilidade das normas do novo Código Florestal. O col. STJ já firmou entendimento, no sentido de que o novo regramento material tem eficácia *ex nunc* e não alcança fatos pretéritos, quando implicar em redução do patamar de proteção do meio ambiente sem a necessária compensação.”

No mesmo sentido já decidiu o STJ:

“ADMINISTRATIVO – AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – FORMAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL – OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* – SÚMULA Nº 83/STJ – PREJUDICADA A ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.651/2012 – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO IMEDIATA – IRRETROATIVIDADE – PROTEÇÃO AOS ECOSISTEMAS FRÁGEIS – INCUMBÊNCIA DO ESTADO – INDEFERIMENTO

1. A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação *propter rem*, isto é, aderem ao título de domínio ou posse, independente do fato de ter sido ou não o proprietário o autor da degradação ambiental. Casos em que não há falar em culpa ou nexo causal como determinantes do dever de recuperar a área de preservação permanente.

2. Prejudicada a análise da divergência jurisprudencial apresentada, porquanto a negatória de seguimento do recurso pela alínea *a* do permissivo constitucional baseou-se em jurisprudência recente e consolidada desta Corte, aplicável ao caso dos autos.

3. Indeferimento do pedido de aplicação imediata da Lei nº 12.651/2012, notadamente o disposto no art. 15 do citado regramento. Recentemente, esta Turma, por relatoria do Ministro Herman Benjamin, firmou o entendimento de que ‘o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da ‘incumbência’ do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I)’. Agravo regimental improvido.” (STJ,

AgRg-AREsp 327.687/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, Julgado em 15.08.2013, DJe 26.08.2013)

“AMBIENTAL – PROCESSUAL CIVIL – OMISSÃO INEXISTENTE – INSTITUIÇÃO DE ÁREA DE RESERVA LEGAL – OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* E *EX LEGE* – SÚMULA Nº 83/STJ – APLICAÇÃO DO ART. 68 DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL – IMPOSSIBILIDADE – DESRESPEITO AOS PERCENTUAIS EXIGIDOS PARA A ÁREA DE RESERVA LEGAL – VERIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA /STJ – DEVER DE AVERBAÇÃO DA RESERVA LEGAL – IMPOSIÇÃO – PROVAS SUFICIENTES – DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA – CONJUNTO PROBATÓRIO – SÚMULA Nº 7/STJ – PREJUDICADA A ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação *propter rem*, isto é, aderem ao título de domínio ou posse, independente do fato de ter sido ou não o proprietário o autor da degradação ambiental. Casos em que não há falar em culpa ounexo causal como determinantes do dever de recuperar a área de preservação permanente.

3. Este Tribunal tem entendido que a obrigação de demarcar, averbar e restaurar a área de reserva legal nas propriedades rurais configura dever jurídico (obrigação *ex lege*) que se transfere automaticamente com a mudança do domínio, podendo, em consequência, ser imediatamente exigível do proprietário atual.

4. A 2ª Turma desta Corte firmou a orientação de inaplicabilidade de norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis sem as necessárias compensações ambientais.

5. Ademais, o art. 68 da Lei nº 12.651/2012 prevê a dispensa da recomposição, da compensação ou da regeneração, nos percentuais exigidos nesta Lei, nos casos em que a supressão de vegetação nativa tenha respeitado os percentuais de reserva legal previstos na legislação vigente à época dos fatos, o que não ocorreu na hipótese, uma vez a determinação do Tribunal de origem consistiu na apresentação de projeto de demarcação da área de reserva legal, com especificação de plantio, observadas as disposições do Decreto nº 6.514/2008 e do Decreto nº 7.029/2009 (fl. 696, e-STJ). Rever o decidido pela Corte estadual encontra óbice na Súmula nº 7 do STJ.

6. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o art. 16, c/c o art. 44 da Lei nº 4.771/1965, impõe a averbação da reserva legal, independentemente de haver área florestal ou vegetação nativa na propriedade.

7. A Corte estadual consignou que a falta de reserva legal por si só acarreta degradação ambiental e asseverou que as provas produzidas seriam suficientes para a composição do conflito, sendo desnecessária a realização de perícia técnica. Nesse aspecto, não há como aferir eventual violação dos dispositivos infraconstitucionais invocados sem que se proceda ao reexame do conjunto probatório dos presentes autos (Súmula nº 7/STJ).

8. Prejudicada a análise da divergência jurisprudencial apresentada, porquanto a negatória de seguimento do recurso pela alínea a do permissivo constitucional baseou-se em jurisprudência recente e consolidada desta Corte, aplicável ao caso dos autos. Ademais, não há similitude fática e jurídica apta a ensejar o conhecimento do recurso, em face do confronto da tese adotada no acórdão hostilizado e na apresentada nos arestos colacionados, uma vez que cada um deles, individualmente, traz uma das teses abarcadas no recurso especial e não todas ao mesmo tempo, o que lhe retira a identidade necessária ao conhecimento do recurso. Agravo regimental improvido.” (AgRg-REsp 1367968/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, Julgado em 17.12.2013, DJe 12.03.2014)

Segundo o ilustre Relator:

“Reforço que os precedentes apresentados guardam a devida similitude fática e jurídica com o caso em exame, não eximindo de responsabilidade os adquirentes e atuais proprietários da área de preservação permanente o fato de que a degradação tenha ocorrido em época há muito distanciada.

De qualquer sorte, tratando-se de rancho em área rural, cujo uso é meramente o lazer particular do proprietário, onde não há atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, não se lhe aproveitariam as disposições transitórias de que trata a Lei nº 12.651/02, nos arts. 61 em diante.”

Dispõe a lei anteriormente mencionada:

“Art. 61. (VETADO).

Art. 61-A. Nas áreas de preservação permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.”

O art. 2º da Lei nº 4.771/1965 (antigo Código Florestal) dispunha, *in verbis*:

“Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

- 1 – de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- 2 – de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
- 3 – de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
- 4 – de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
- 5 – de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais.”

Com o advento da Lei nº 6.938/1981, que instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), a propósito da implementação da Política Nacional do Meio Ambiente, foi editada a Resolução nº 302, de 20.03.2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama, que dispõe, no que toca ao feito:

“Art. 3º Constitui área de preservação permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de:

I – trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais.”

Sem razão o juízo monocrático ao afastar sua aplicabilidade, visto não padecer a Resolução nº 302/2002 da aludida ilegalidade, consoante já pacificado pelo col. STJ, ao afirmar a higidez das normas editadas pelo Conama, *verbis*:

“AMBIENTAL – AGRAVO REGIMENTAL – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – LAGOA ARTIFICIAL – USINA HIDROELÉTRICA DE MIRANDA – OBRA NECESSÁRIA AO USO DA ÁGUA – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA Nº 211/STJ – DETERMINAÇÃO PARA REMOÇÃO DE EDIFICAÇÕES ERGUIDAS NA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – POSSIBILIDADE

1. A questão do proprietário ribeirinho ter direito à realização de obras para uso da água, contida no art. 80 do Código de Águas, conquanto tenha sido objeto dos embargos de declaração opostos ao acórdão, não foi enfrentada pela Corte de origem. Ausente alegação de maltrato ao art. 535 do Estatuto Processual, incide na espécie a Súmula nº STJ.

2. A Corte Estadual, ao decidir pela remoção das edificações levantadas na área de preservação permanente ao redor do reservatório de água artificial da Represa de Miranda (Usina Hidrelétrica de Miranda), não discrepa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que entende que ‘área de 100 metros em torno dos lagos formados por hidrelétricas, por força de lei, é considerada de preservação permanente’ (REsp 194.617/PR), bem como que ‘possui o Conama autorização legal para editar resoluções que visem à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais, inclusive mediante a fixação de parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente’ (REsp 994.881/SC).

3. Agravo regimental não provido.” (AgRg-REsp 1183018/MG, Relª Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, Julgado em 07.05.2013, DJe 15.05.2013)

Continuando com o raciocínio do magistrado:

“Neste passo, tem-se que, no entorno do reservatório da UHE Água Vermelha, situando-se na zona rural, a área a ser considerada de preservação permanente é de 100m.

No caso concreto, a área ocupada por Maurílio Rodrigues Chaves e, posteriormente, por seus sucessores, está situada às margens do Reservatório da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha, em área rural, com estrada de acesso dentro da propriedade da empresa Bell Champ Ltda., município de Paulo de Faria, consoante matrícula do imóvel.

Na cópia da petição inicial de reintegração de posse proposta por Maurílio Rodrigues Chaves e sua esposa em face da referida empresa, carreada com a representação do Ministério Público Federal, os requerentes historiam sua posse na área em questão, que denominam de Rancho Amizade de São Pedro.

Relatam que, em meados de 1977, construíram, às margens do Rio Grande, na altura da Fazenda denominada Sítio do Pica-Pau Amarelo, na faixa de área de preservação da CESP, um rancho de alvenaria (fls. 51). Prosseguem relatando que, em 14.02.2000, a propriedade na qual se encontra a estrada de acesso ao rancho foi vendida à Bell Champ Ltda., que vistoriou o local, sendo que nesta oportunidade declarou o requerido que nada tinha contra a permanência do Rancho, além do que estava dentro da área de preservação, conforme Resolução do Conama (fls. 53).

Consta, ainda, dos autos, instrumento particular de contrato de concessão de uso a título oneroso, entre AES Tietê S/A e Maurílio Rodrigues Chaves, pelo qual aquela, como senhora e legítima possuidora do imóvel, com área total de 169,40ha, concedeu ao segundo o uso da área de 0.053ha, com a finalidade de lazer (fls. 364/373).

Daquela autuado administrativo que tramitou junto ao Ministério Público Federal, consta um Laudo Pericial de Dano Ambiental, elaborado por engenheiro florestal dos quadros do Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais, onde informado que o imóvel situa-se em zona rural do município de Paulo de Faria/SP, e a ação degradadora decorreria de impedimento da regeneração da vegetação natural, mediante construção de chiqueiro e roçada em área correspondente a 1.300m<sup>2</sup> ou 0,13ha de preservação permanente (fls. 116/124). E, mais adiante, esclarece que as construções e benfeitorias iniciam-se a 21,5m da cota máxima normal de operação do reservatório (fls. 149).

Também se verifica um levantamento planialtimétrico, que acompanha o Projeto de Reflorestamento apresentado por Maurílio Rodrigues Chaves ao *Parquet* Federal na tentativa de composição amigável, do qual se extrai sem dificuldades que a construção posiciona-se praticamente na linha que define a referida cota máxima (fls. 157/164).

Por fim, a AES Tietê S/A, instada pelo juízo, apresentou seu próprio levantamento planimétrico às fls. 1153, no qual informa as linhas demarcatórias da área que lhe cabe, corroborando as demais informações contidas nos autos.

Neste delineamento, não resta dúvidas de que o rancho foi implantado em área de preservação permanente e, portanto, imperiosa a reparação dos danos causados do meio ambiente no local, mediante a desocupação do imóvel pelos sucessores de Maurílio Rodrigues Chaves, demolição da área construída e elaboração de plano de regeneração e recuperação da área degradada, mantido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias após o trânsito em julgado e após a aprovação do órgão ambiental responsável, sejam adotadas as medidas propostas, a serem implementadas em igual prazo."

Dessa forma, não é demais ressaltar que esta eg. Corte tem determinado a demolição destes ranchos, pois não é possível restabelecer a vegetação local sem a adoção da providência, igualmente considerada pertinente pelo col. STJ. Neste sentido:

"CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – ART. 225 DA CF/1988 – LEIS Nºs 4.711/1965, 6.938/1981, 7.347/1985 E 12.651/2012 – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – OCUPAÇÃO E EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE CILIAR – DANO AMBIENTAL CONFIGURADO *IN RE IPSA* – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E *PROPTER REM* DO POSSUIDOR – CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER, NÃO FAZER E INDENIZAR – HONORÁRIOS

I – A proteção ambiental detém *status* constitucional, estando os agentes infratores, pessoas físicas ou jurídicas, sujeitos a sanções civis, penais e administrativas, cuja incidência pode ser cumulativa, ante sua autonomia (art. 225, § 3º, CF; art. 4º, VII, c/c art. 14, § 1º, Lei nº 6.938/1981).

II – Ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal para apuração de responsabilidade por dano ao meio ambiente, decorrente da inobservância da função socioambiental da propriedade, traduzida pela ocupação e posse irregular de parcela de imóvel rural mediante construção e manutenção de edificações e benfeitorias em mata ciliar, 'rancho' erigido em Área de Preservação Permanente às margens do Rio Pardo, no Município de Jardinópolis.

III – A degradação ou supressão de vegetação natural legalmente protegida configura conduta instantânea de efeitos permanentes, estendendo-se a destruição do meio ambiente de modo continuado no decorrer do tempo e persistindo a responsabilidade do proprietário ou possuidor

de área degradada quanto à obrigação de conservar o patrimônio ambiental, não se falando em prescrição. Precedentes do STJ.

IV – A obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*, sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação, competindo ao novo proprietário ou possuidor assumir os ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento, configurando-se dano ambiental *in re ipsa* a exploração, ocupação e edificação em Área de Preservação Permanente (art. 7º, Lei nº 12.651/2012). Precedentes do STJ.

V – Preceitua o Código Florestal configurar Área de Preservação Permanente aquela detentora da função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (art. 2º, II, Lei nº 4.771/1965; art. 3º, II, Lei nº 12.651/2012).

VI – Nos termos do art. 2º, a, item 3, da Lei nº 4.771/1965, e arts. 3º e 4º, I, c, da Lei nº 12.651/2012, constituem Área de Preservação Permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto, em faixa marginal, cuja largura mínima será de 100 metros para os cursos d'água que tenham entre 50 e 200 metros de largura.

VII – Possuindo o Rio Pardo cerca de 200 metros de largura na região de Jardinópolis, e devendo portanto ser observada a Área de Preservação Permanente Ciliar de 100 metros, constata-se a violação à legislação de proteção ambiental por parte do réu, pois a faixa por ele ocupada a 30 metros da margem fluvial não é passível de exploração, edificação, supressão de vegetação ou qualquer outra intervenção humana.

VIII – Inexistentes quaisquer das hipóteses excepcionais de uso autorizado pelos órgãos de proteção ambiental, taxativamente previstas na legislação, adstritas à utilidade pública e interesse social ou ao baixo impacto, vedada, de igual sorte, a compensação.

IX – Configurado o dano ambiental *in re ipsa* e, mais ainda, estando a degradação demonstrada nos autos, restam comprovados os elementos hábeis à responsabilização do réu, quais sejam, conduta lesiva, ocorrência do dano e configuração do nexo de causalidade, tornando de rigor reconhecer sua responsabilidade pelo prejuízo ambiental causado, impondo-se o consequente dever de indenizar.

X – Tratando-se de apelo exclusivo do réu, e em observância à legislação, à razoabilidade e proporcionalidade, devem ser mantidos os termos da sentença de procedência da ação civil pública, quais sejam, a condenação do apelante à desocupação da Área de Preservação Permanente, à demolição da edificação ali erigida e decorrente retirada do entulho, ao pagamento de indenização já quantificada pelos analistas ambientais e confirmada no bojo do *decisum*, a ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, bem como às custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, cujo patamar está em consonância aos termos do art. 20, § 3º, do CPC e à linha de entendimento desta 4ª Turma.

XI – Apelação desprovida." (TRF 3ª Região, 4ª Turma, AC 0001390-42.2002.4.03.6102, Relª Desª Fed. Alda Basto, Julgado em 23.08.2013, e-DJF3 Judicial 1 data: 09.09.2013)

### 2803 – Ação civil pública – calçamento e manutenção de via pública – esgoto pluvial e escoamento das águas da chuva – canalização – obrigatoriedade

"Apelação cível. Direito público não especificado. Ação civil pública. Calçamento e manutenção de via pública. Esgoto pluvial e escoamento das águas da chuva. Canalização. Mérito administrativo.

1. Hipótese em que o acolhimento do pedido não enseja ofensa ao princípio da independência dos poderes, pois o que se pretende é a observância, pelo Município, de suas competências constitucionais (art. 23, inciso IX, e art. 30, inciso VIII, da CF), dada a inegável presença do interesse público e a caracterização da omissão do Poder Público, já que as medidas estão sendo postuladas pela coletividade desde 2007. Ademais, se é verdade que a Administração Pública atua, quanto a políticas públicas, com discricionariedade, também o é que circunstâncias fáticas podem reduzir essa margem de discricionariedade. Quanto mais diante da inobservância de obrigações que repercutem sobre toda a coletividade e sobre o meio-ambiente. 2. Caracterizada a omissão e evidenciados os danos à coletividade, decorrentes, sobretudo, da ausência de canalização das águas pluviais e de esgoto pluvial, afigura-se possível o acolhimento do pedido, com a imposição das obrigações de fazer elencadas na inicial. Até porque a canalização do esgoto é item básico de infraestrutura, consoante define o

art. 2º da Lei Federal nº 6.766/1979 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano), revelando também interesse na questão ambiental. Apelação provida.” (TJRS – AC 70059830018 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Ricardo Torres Hermann – J. 06.08.2014)

**2804 – Competência ambiental – ação de reintegração de posse – ocupação de área às margens de rio – incompetência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente – reconhecimento**

“Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Ocupação de área às margens do Rio São José dos Dourados. UHE de Ilha Solteira. Pretendida desocupação da área. Ausência de dano ambiental. Incompetência das Câmaras Reservadas do Meio Ambiente, conforme art. 4º da Resolução nº 623/2013. Simetria com decisão do Órgão Especial em caso envolvendo mesma área. Decisão que compete à Turma Especial da Seção de Direito Público, tendo em vista acórdão da 12ª Câmara de Direito Público que não conheceu do recurso.” (TJSP – Ap 0002870-47.2009.8.26.0246 – Ilha Solteira – 2ª C.Res.MA – Rel. Eutálio Porto – DJe 27.08.2014 – p. 1664)

**2805 – Crime ambiental – pesca em local proibido – habeas corpus – concessão – possibilidade**

“Processo penal. *Habeas corpus*. Pesca em local proibido. Crime ambiental. *Sursis* processual. Proibição de frequentar lugares inadequados à moral e aos bons costumes. Não portar armas de fogo. Condições inadequadas para obtenção do benefício. 1. É certo que a proibição de frequentar determinados lugares constitui condição obrigatória para a suspensão do processo. Por outro lado, o § 2º do art. 89 da Lei nº 9.099/1995 prevê que o Magistrado ‘poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado’. 2. Nada indica *a priori* que um acusado de pesca em lugares proibidos frequenta ‘locais inadequados à moral e aos bons costumes’. 3. Além de vaga e indeterminada a expressão, gera inclusive dificuldade na verificação de seu cumprimento. 4. Inexiste indicação de que o paciente, cuja vara de pescar e molinete foram apreendidos, seria dado à prática de atos violentos ou que estivesse portando ou alguma vez tivesse portado, legal ou ilegalmente, arma de fogo. 5. A inadequação das condições estipuladas por um juiz para concessão de *sursis* processual implica constrangimento ilegal a ser solucionado mediante a concessão de *habeas corpus*. 6. Ordem de *habeas corpus* concedida.” (STJ – HC 0005874-44.2013.4.01.0000 – 3ª T. – Rel. Juiz Federal Renato Martins Prates – J. 05.08.2014)

**Comentário Editorial SÍNTESE**

O vertente acórdão trata de denúncia com base no art. 34 da Lei dos Crimes Ambientais.

Trata-se de réu que pescou em local proibido – dentro do Parque Nacional do Araguaia/TO – na companhia de outras duas pessoas. Eles estavam em uma canoa, portando uma vara de pescar com molinete.

Ele concordou com as condições estabelecidas pelo Ministério Público Federal, para concessão do benefício do art. 89 da Lei nº 9.099/1995 (suspensão condicional do processo), e com a determinação de recomposição do dano ambiental (art. 28 da Lei nº 9.605/1998).

Dispõe, a propósito, o art. 89 da Lei nº 9.099/1995:

“Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – proibição de frequentar determinados lugares;

III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.”

Ocorre que o art. 89 da Lei nº 9.099/1995 prevê que o Magistrado poderá especificar outras condições relativas à suspensão, desde que sejam elas adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Todavia, as condições impostas são claramente inadequadas ao fato e à situação pessoal do paciente.

Portanto, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região concedeu o *habeas corpus* para excluir as duas condições impostas pelo juiz de primeiro grau.

#### **2806 – Estudo prévio de impacto ambiental – dispensa pelo Município – inadmissibilidade**

“Direito constitucional e ambiental. Controle de constitucionalidade de lei municipal. Parâmetro. Constituição estadual. Reprodução de regra prevista na lei maior. Possibilidade. Proteção do meio ambiente. Estudo prévio de impacto ambiental. Dispensa pelo Município. Impossibilidade. ADIn 1.086/SC. Precedentes. Acórdão recorrido publicado em 07.11.2012. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de violar o art. 225, § 1º, IV, da Lei Maior, a previsão legal que dispense a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental. Fundada a declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte de origem na incompatibilidade do art. 33, § 2º, da Lei Complementar Municipal nº 055/2004 com o art. 150, § 1º, IV, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, reprodução da regra contida no art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido.” (STF – AgRg-RE 739.998 – Rio Grande do Norte – 1ª T. – Relª Min. Rosa Weber – J. 12.08.2014)

#### **Comentário Editorial SÍNTESE**

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Prefeito Municipal de Natal contra decisão que negou seguimento a seu recurso extraordinário.

O agravante insurgiu-se contra a decisão agravada, ao argumento de que a ação direta de inconstitucionalidade teria por fundamento uma pretensa ofensa à legislação federal para, em seguida, interpretar o Texto Constitucional. Ponderou acerca da impossibilidade de controle de constitucionalidade reflexa no processo objetivo.

Sustentou que “[...] a presente Representação de Inconstitucionalidade é inepta por impossibilidade jurídica do pedido (art. 4º da Lei Federal nº 9.868/1999) e por falta de legitimação do Procurador-Geral de Justiça; bem como o feito deve ser extinto sem resolução do mérito por incompetência absoluta do Tribunal Potiguar (art. 125, § 2º, da CF) para promover o controle concentrado de normas em face do art. 24, § 1º, da Constituição da República”.

Apontou violação do art. 103, § 3º, da Lei Maior, ausente a defesa, pelo Procurador-Geral do Estado, da constitucionalidade do ato normativo impugnado. Asseverou a impossibilidade de controle abstrato de norma municipal pelo Tribunal de Justiça local tendo como parâmetro a Constituição Federal.

Defendeu a constitucionalidade do art. 33, § 2º, da Lei Complementar Municipal nº 55/2004, bem como a competência suplementar dos Municípios para legislar sobre matéria ambiental e urbanística.

Em seu voto, a ilustre Relatora transcreveu o teor da decisão que desafiou o agravo:

“Vistos, etc.

Contra o acórdão prolatado pelo Tribunal de origem, manejam recurso extraordinário, com base no art. 102, III, da Lei Maior, a Câmara Municipal de Natal e o Prefeito Municipal de Natal. Aparelhado o recurso na afronta ao art. 225, § 1º, IV, da Lei Maior.

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos extrínsecos.

Da detida análise dos fundamentos adotados pelo Tribunal de origem, por ocasião do julgamento do apelo veiculado na instância ordinária, em confronto com as razões veiculadas no extraordinário, concluo que nada colhe o recurso.

O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. Nesse sentido:

'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 182, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA – ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL – CONTRARIEDADE AO ART. 225, § 1º, IV, DA CARTA DA REPÚBLICA – A norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado inciso IV do § 1º do art. 225 da Constituição Federal. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo constitucional catarinense sob enfoque.' (ADIn 1.086/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 10.08.2001)

Nesse sentir, não merece seguimento o recurso extraordinário, consoante também se denota dos fundamentos da decisão que desafiou o recurso, aos quais me reporto e cuja detida análise conduz à conclusão pela ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República. Nego seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 557, *caput*)."

Entende a Relatora ser irrepreensível a decisão agravada:

"Oportuna a transcrição da ementa do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte:

'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO POSITIVADO NO § 2º DO ART. 33 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 55/2004 DO MUNICÍPIO DE NATAL – AUTORIZAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA) POR PROCEDIMENTO MAIS SIMPLIFICADO DENOMINADO RAS EM SITUAÇÕES POR ELE ESPECIFICADAS – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE DE JUSTIÇA SUSCITADA PELA PRESIDÊNCIA DA CÂMARA MUNICIPAL DE NATAL: QUESTIONAMENTO DO DISPOSITIVO MUNICIPAL EFETUADO COM ESTEIO EM AFRONTA AO COMANDO CONSTITUCIONAL ESTADUAL PRATICAMENTE REMISSIVO À CF (PLEITO JURIDICAMENTE POSSÍVEL) – CABIMENTO DA *ACTIO* PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CONSOANTE POSITIVADO NO ART. 125, § 2º, DA CF – PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE – REJEIÇÃO DA OBJEÇÃO – MÉRITO: MALEABILIDADE CONFERIDA PELO NORMATIVO QUESTIONADO MITIGADORA DA EXIGÊNCIA IMPOSTA PELO ART. 150, § 1º, IV, DA CEIRN (TEXTO PRATICAMENTE REMISSIVO DO ART. 225, § 1º, IV, DA CF) – NECESSIDADE/OBRIGATORIEDADE DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA A INSTALAÇÃO DE OBRA OU ATIVIDADE POTENCIALMENTE CAUSADORA DE SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL, COM A DEVIDA PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÃO DE REPRESENTANTES DA COMUNIDADE – NORMATIVO ATACADO SUPRESSOR DO ENCARGO INQUEBRANTÁVEL CONSTITUCIONAL IMPOSTO AO PERMITIR A REALIZAÇÃO DE OUTRO PROCEDIMENTO NAS OBRAS E ATIVIDADES SUJEITAS AO EIA – FLEXIBILIZAÇÃO QUE AGRIDE OBJETIVO PRINCIPOLÓGICO PREVENTIVO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – ABRANDAMENTO PELO MUNICÍPIO DO REGRAMENTO LEGISLATIVO FEDERAL E/OU ESTADUAL EM SEDE DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE REPERCUTENTE EM AFRONTA AO ART. 20 E SEUS INCISOS VI, VII e VIII DA CEIRN – INSUBORDINAÇÃO DO NORMATIVO MUNICIPAL VERGASTADO AO PRINCÍPIO DA HIERARQUIA VERTICAL DAS NORMAS, TRANSPASSANDO SUA LEGITIMIDADE CONCORRENTE PARA LEGISLAR NO ÂMBITO DO MEIO AMBIENTE E ACARRETANDO MALFERIMENTO AO *DUE PROCESS* AMBIENTAL – PRECEDENTES DO STF E ORIENTAÇÃO DOUTRINÁRIA – NECESSIDADE NA ESPÉCIE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO NORMATIVO IMPUGNADO – PRESERVAÇÃO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS CONSOLIDADAS SOB SUA ÉGIDE, TENDO EM VISTA O ELÁSTICO LAPSO TEMPORAL ENTRE A EXISTÊNCIA E A OPOSIÇÃO DA PRESENTE ADIN (QUASE OITO ANOS) – INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO AMBIENTAL OCASIONADO PELAS SITUAÇÕES JURÍDICAS ABARCADAS E/OU CONSOLIDADAS NA SUA VIGÊNCIA – EFEITO RETROATIVO QUE AO INVÉS DE RESPALDAR O INTERESSE SOCIAL, IRÁ OCASIONAR, PELA ANÁLISE LÓGICA E RACIONAL, MAIS PREJUÍZOS À COLETIVIDADE E AO MEIO AMBIENTE, ANTE A DESTRUIÇÃO DAS ATIVIDADES E OBRAS REALIZADAS SOB OS AUSPÍCIOS DA LEGISLAÇÃO ATACADA – EIA QUE SE PRESTA COMO INSTRUMENTO VOLTADO PREVENTIVAMENTE A PROTEGER O MEIO AMBIENTE – DESFAZIMENTO E INVALIDADE DAS OBRAS OU ATIVIDADES REALIZADAS SEM A SUA OBSERVÂNCIA (ESTEADAS NOS DISPOSITIVO IMPUGNADO) OS QUAIS NÃO REPERCUTIRÃO EM SERVENTIA PRÁTICA, ALÉM DE SEREM MEDIDAS DE EXCESSIVA ONEROSIDADE – APLICAÇÃO DOS EFEITOS *EX NUNC* (NÃO

RETROATIVOS – VÁLIDOS A PARTIR DO JULGADO) – POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E PRECEDENTE DESTA CORTE DE JUSTIÇA – PROCEDÊNCIA DA ADIN' (fls. 181-3)

Conforme consignado na decisão agravada, o entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que viola o art. 225, § 1º, IV, da Lei Maior, a previsão legal que dispensa a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental. Colho precedentes de ambas as Turmas desta Corte:

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONSTITUCIONAL – AMBIENTAL – LEI Nº 6.938/1981, LEI ESTADUAL Nº 1.356/1988 E RESOLUÇÃO DO CONAMA Nº 1/1986 – MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL – OFENSA INDIRETA – NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS – SÚMULA Nº 279 DO STF – IMPOSSIBILIDADE DE LEI ESTADUAL DISPENSAR ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL – AGRAVO IMPROVIDO – I – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de norma infraconstitucional que fundamenta a Decisão *a quo*. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. II – Inviável em recurso extraordinário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos. Incidência da Súmula nº 279 do STF. III – O Plenário desta Corte, ao julgar a ADIn 1.086/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, assentou que a previsão, por norma estadual, de dispensa ao estudo de impacto ambiental viola o art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal. IV – Agravo regimental improvido.' (RE 650.909-AgRg, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 03.05.2012)

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONSTITUCIONAL – AMBIENTAL – IMPOSSIBILIDADE DE LEI ESTADUAL DISPENSAR ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL – AGRAVO IMPROVIDO – I – O Plenário desta Corte, ao julgar a ADIn 1.086/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, assentou que a previsão, por norma estadual, de dispensa ao estudo de impacto ambiental viola o art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal. II – Agravo regimental improvido.' (RE 631.753-AgRg, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 22.06.2011)

Nada colhe a alegação de que se trata de controle de constitucionalidade reflexa, fundado o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 33, § 2º, da Lei Complementar Municipal nº 055/2004, na incompatibilidade desta com o art. 150, § 1º, IV, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, o qual reproduz a regra constante do art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal.

Colho trecho da petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade:

## 2. DA FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 33, § 2º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 55/2004.

06. O art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal trata do EIA nos seguintes termos:

'Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.'

07. Acrescenta-se ainda que o dispositivo na Constituição Federal acerca da exigência do EIA/Rima foi praticamente repetido no art. 150, § 1º, inciso IV, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte:

'Art. 150. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, e de harmonizá-lo, racionalmente, com as necessidades do desenvolvimento sócio econômico, para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade, garantida a participação de representantes da comunidade, em todas as suas fases.'

Nesse sentir, fundada a declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte de origem na incompatibilidade do art. 33, § 2º, da Lei Complementar Municipal nº 055/2004 com o art. 150, § 1º, IV, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, reprodução da regra conti-

da no art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados.”

Nesse sentido:

“Agravo regimental em reclamação. 2. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Inocorrência. 4. Não configuração de usurpação quando os tribunais de justiça analisam, em controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais e estaduais em face de normas constitucionais estaduais que reproduzem regra da Constituição Federal de observância obrigatória. 5. Violação à autoridade de decisão proferida pelo STF. 6. Não ocorrência. 7. Ato reclamado que não tem mesmo conteúdo de leis declaradas inconstitucionais pelo STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade. 8. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Rcl 12.653-AgRg, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 15.10.2012)

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal entende que Advogado-Geral da União e, nos Estados, o Procurador-Geral do Estado, não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela inconstitucionalidade:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE ESTENDE A REESTRUTURAÇÃO DE CARREIRA INERENTE A DETERMINADA CATEGORIA DE SERVIDORES PÚBLICOS A OUTRAS CATEGORIAS FUNCIONAIS NÃO ABRANGIDAS PELO PROJETO DE LEI ORIGINAL – EXTENSÃO DE BENEFÍCIO PECUNIÁRIO RESULTANTE DE EMENDA DE INICIATIVA PARLAMENTAR APROVADA PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA – CONSEQÜENTE AUMENTO DA DESPESA GLOBAL PREVISTA NO PROJETO DE LEI – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DESSA MAJORAÇÃO POR EFEITO DE EMENDA DE INICIATIVA PARLAMENTAR – INCIDÊNCIA DA RESTRIÇÃO PREVISTA NO ART. 63, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – VETO REJEITADO – PROMULGAÇÃO DA LEI PELO PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA LOCAL – ATUAÇÃO PROCESSUAL ORDINÁRIA DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO COMO ‘CURADOR DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE’ DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS ESTATAIS – DESNECESSIDADE, PORÉM, DESSA DEFESA QUANDO O ATO IMPUGNADO VEICULAR MATÉRIA CUJA INCONSTITUCIONALIDADE JÁ TENHA SIDO PRONUNCIADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. PROCESSO LEGISLATIVO E ESTADO-MEMBRO – A atuação dos integrantes da Assembléia Legislativa dos Estados-membros acha-se submetida, no processo de formação das leis, à limitação imposta pelo art. 63 da Constituição, que veda – ressalvadas as proposições de natureza orçamentária – o oferecimento de emendas parlamentares de que resulte o aumento da despesa prevista nos projetos sujeitos ao exclusivo poder de iniciativa do Governador do Estado ou referentes à organização administrativa dos Poderes Legislativo e Judiciário locais, bem assim do Ministério Público estadual. O EXERCÍCIO DO PODER DE EMENDA, PELOS MEMBROS DO PARLAMENTO, QUALIFICA-SE COMO PRERROGATIVA INERENTE À FUNÇÃO LEGISLATIVA DO ESTADO – O poder de emendar – que não constitui derivação do poder de iniciar o processo de formação das leis – qualifica-se como prerrogativa deferida aos parlamentares, que se sujeitam, no entanto, quanto ao seu exercício, às restrições impostas, em *numerus clausus*, pela Constituição Federal. A Constituição Federal de 1988, prestigiando o exercício da função parlamentar, afastou muitas das restrições que incidiam, especificamente, no regime constitucional anterior, sobre o poder de emenda reconhecido aos membros do Legislativo. O legislador constituinte, ao assim proceder, certamente pretendeu repudiar a concepção regalista de Estado (RTJ 32/143, RTJ 33/107, RTJ 34/6, RTJ 40/348), que suprimiria, caso ainda prevalecesse, o poder de emenda dos membros do Legislativo. Revela-se plenamente legítimo, desse modo, o exercício do poder de emenda pelos parlamentares, mesmo quando se tratar de projetos de lei sujeitos à reserva de iniciativa de outros órgãos e Poderes do Estado, incidindo, no entanto, sobre essa prerrogativa parlamentar – que é inerente à atividade legislativa –, as restrições decorrentes do próprio texto constitucional (CF, art. 63, I e II), bem assim aquela fundada na exigência de que as emendas de iniciativa parlamentar sempre guardem relação de pertinência (‘afinidade lógica’) com o objeto da proposição legislativa. Doutrina. Precedentes. ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – O Advogado-Geral da União – que, em princípio, atua como curador da presunção de constitucionalidade do ato impugnado (RTJ 131/470, RTJ 131/958, RTJ 170/801-802, v.g.) – não está obrigado a defender o diploma estatal, se este veicular conteúdo normativo já declarado incompatível com a Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos proferidos no exercício de sua jurisdição constitucional. Precedentes.” (ADIn 2681-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 25.10.2013)

Nesse contexto, entendeu a douta Relatora que: “As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à conformidade entre o que decidido no acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte”.

#### 2807 – Praia – construção de varanda – obra irregular – dano ambiental – caracterização

“Administrativo. Ambiental. Praia. Zona costeira. Construção de varanda. Obra irregular. Dano ambiental. Demolição. Indenização. Recurso de apelação desprovido. 1. A Lei nº 7.661/1988, regulamentada pelo Decreto nº 5.300/2004, em seu art. 10, estabelece que as praias são bens de uso comum do povo, abertas a toda a comunidade, insuscetíveis, pois, de apropriação privada. 2. O apelante realizou obra em área de zona costeira sem a autorização da GRPU, sem o estudo dos impactos ambientais e, conseqüentemente, sem a emissão da respectiva licença ambiental, em nítido descumprimento ao exigido pelo art. 6º da Lei nº 7.661/1988, sendo de rigor reconhecer a irregularidade da construção. 3. O dano ambiental caracteriza-se pela indevida intervenção humana no meio-ambiente, o que ocorreria no caso concreto. 4. Assentada a irregularidade da obra realizada pelo apelante, bem como demonstrada a existência de danos ao ambiente, devem ser afastadas as obrigações de demolição e de pagamento de indenização, impostas pela sentença recorrida. 5. Recurso de apelação desprovido.” (TRF 2ª R. – AC 2009.51.01.025490-1 – 5ª T.Esp. – Rel. Juiz Fed. Conv. Flavio Oliveira Lucas – DJe 25.07.2014 – p. 1143)

#### Transcrição Editorial SÍNTESE

Lei nº 7.661/1988:

“Art. 6º O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da zona costeira, deverá observar, além do disposto nesta lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos planos de gerenciamento costeiro.

§ 1º A falta ou o descumprimento, mesmo parcial, das condições do licenciamento previsto neste artigo serão sancionados com interdição, embargo ou demolição, sem prejuízo da cominação de outras penalidades previstas em lei.

§ 2º Para o licenciamento, o órgão competente solicitará ao responsável pela atividade a elaboração do estudo de impacto ambiental e a apresentação do respectivo Relatório de Impacto Ambiental – Rima, devidamente aprovado, na forma da lei.”

## Constitucional

#### 2808 – Ação direta de inconstitucionalidade – estatuto – polícia civil – organização administrativa – governador – competência privativa

“Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Estatuto. Polícia civil. Organização administrativa. Competência privativa. Governador. Competência. Usurpação. Inconstitucionalidade. Configuração. Procedência. O vício de inconstitucionalidade formal faz-se presente sempre que uma lei ou um ato normativo estiver em desconformidade com o Texto Constitucional, no tocante às regras que disciplinam o devido processo legislativo – tanto em relação à competência para a deflagração da atividade legiferante, quanto em relação ao procedimento fixado para a elaboração, alteração ou substituição das espécies legais. Ao extrapolar seu poder de legislar e invadir o campo de iniciativa reservada ao Poder Executivo, o Poder Legislativo ofende, além da regra de reserva, o princípio da separação dos poderes, o que se consubstancia em insanável vício formal. Logo, há violação do princípio da independência e harmonia entre os poderes. A regra de reserva norteia-se não só pelo princípio da separação dos poderes, mas também por um critério de conveniência e oportunidade administrativa não competindo ao Poder Legislativo modificar a fixação de interesses inerentes a matérias reservadas ao Chefe do Executivo.” (TJRO – ADIn 0003726-08.2014.8.22.0000 – TP – Rel. Des. Oudivanil de Marins – DJe 13.08.2014)

**2809 – Servidor público – custeio da assistência à saúde – desconto em folha – cobrança compulsória – inconstitucionalidade**

“Reexame necessário. Apelações. Administrativo e previdenciário. Servidor público. Desconto em folha. LC 64/2002. Custeio da assistência à saúde. Cobrança compulsória. IPSEMG. Inconstitucionalidade declarada pela Suprema Corte. Repetição do indébito. Jurisprudência uniforme do STJ. Reposicionamento. Procedência. Juros de mora. Art. 161, § 1º, do CTN. Termo *a quo*. Trânsito em julgado. Honorários advocatícios. Majoração. Cabimento. Art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. 1. A LCE 64/2002 incide em inconstitucionalidade ao prever, a título compulsório, o desconto que se destina ao custeio dos serviços de assistência à saúde. A inconstitucionalidade reside não na cobrança em si mesma, mas em sua compulsoriedade, de modo a não permitir escolhas por parte do servidor, seja ativo ou inativo. 2. Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a repetição do indébito da contribuição compulsória destinada ao custeio dos serviços de assistência à saúde instituída pelo Estado de Minas Gerais e declarada inconstitucional pelo STF (ADIn 3106/MG) é devida independentemente de o servidor ter ou não usufruído de serviço disponibilizado pelo IPSEMG. 3. Nos termos da norma do § 4º do art. 20 do CPC, os honorários serão estabelecidos consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas do § 3º do mesmo artigo. Diante do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, cabível a majoração dos honorários arbitrados. 4. Dar parcial provimento ao apelo adesivo. Quanto ao mais, em reexame necessário, mantenho a sentença, prejudicado o recurso principal.” (TJMG – AC-RN 1.0024.12.305635-0/001 – 1ª C.Cív. – Rel. Armando Freire – DJe 30.07.2014)

**2810 – Servidor público – gratificação por regime especial de trabalho – vigilantes – lei municipal – instituição – constitucionalidade**

“Direito constitucional. Administrativo. Servidor público municipal. Horas extras atrasadas. Apelação provida. 1. Trata-se de apelação cível interposta pelo Município em face de sentença proferida pelo Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Petrolina, que julgou procedente em parte o pedido de pagamento de horas extras. 2. O art. 143 da Lei Municipal nº 301/1991 dispõe que o valor hora para efeito de pagamento de Gratificação de Serviço Extraordinário será obtido dividindo-se o vencimento mensal do funcionário pelo respectivo fator (*in casu*, o fator 140). 3. Portanto, a base de cálculo para efeito de pagamento da GSE é o vencimento mensal, assim entendido como o valor da retribuição pecuniária devido ao servidor pelo exercício normal das atividades próprias do cargo ocupado. 4. Dessa forma, o valor a ser utilizado para o cálculo do montante referente às horas extras é o de R\$ 465,00. 5. Aplicando a fórmula indicada pelo autor, mas utilizando como base de cálculo o seu vencimento-base, este deveria perceber, a título de horas extras, R\$ 398,40. 6. No entanto, o autor já percebe, a título de ‘hora extra incorporada’, R\$ 450,71. 7. Assim, não há qualquer valor adicional a ser pago pela Administração Municipal ao apelado. 8. Por outro lado, a Lei nº 1.676/2005 assegurou aos vigilantes a Gratificação por Regime Especial de Trabalho. 9. Cabe ao Município, por meio de lei, fixar o regime remuneratório dos seus servidores, podendo, inclusive, substituir gratificações e alterar a sua forma de cálculo. 10. Não há que se falar, portanto, em inconstitucionalidade do diploma normativo que institui a GRET aos vigilantes, pois não há direito adquirido à manutenção do regime jurídico anterior. 11. Apelação cível provida, em ordem a reformar a sentença de primeiro grau para julgar improcedente a ação.” (TJPE – Ap 0009735-05.2009.8.17.1130 – 2ª CDPúb. – Rel. Des. Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello – DJe 06.08.2014)

## Penal/Processo Penal

**2811 – Crime ambiental – pesca com petrechos não permitidos – ausência de especificação – norma penal em branco – denúncia – inépcia**

“Apelação. Crime ambiental. Art. 34, inciso II, da Lei nº 9.605/1998. Pesca com petrechos não permitidos. Norma penal em branco. Ausência de especificação quanto aos petrechos, na denúncia. O tipo penal do art. 34, inciso II, da Lei nº 9.605/1998, é norma penal em branco, necessitando de diploma

legal esclarecendo quais são os petrechos não permitidos. Ausência de especificação acerca dos petrechos usados, na denúncia, que impossibilita a análise sobre a rede apreendida com os acusados. Denúncia inepta. Apelação da defesa provida, para absolver os réus.” (TJRS – ACr 70059017764 – 4ª C.Crim. – Rel. Des. Gaspar Marques Batista – J. 24.07.2014)

#### 2812 – Crime de roubo – corrupção de menor – crime formal – condenação

“Penal. Processual penal. Corrupção de menores (art. 244-B da Lei nº 8.069/1990). Crime formal. Súmula nº 500 do eg. Superior Tribunal de Justiça. Condenação mantida. Sentença confirmada. 1. Nos termos da Súmula nº 500 do eg. Superior Tribunal de Justiça, ‘a configuração do crime previsto no art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal’. 2. Tratando-se de crime formal, basta para a consumação do delito tipificado no art. 244-B da Lei nº 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, que o maior imputável pratique com o menor a infração penal ou o induza a praticá-la, sendo irrelevantes as consequências externas e futuras do evento, isto é, o grau prévio de corrupção ou a efetiva demonstração do desvirtuamento das vítimas da corrupção de menores. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça. 3. Apelação desprovida.” (TRF 1ª R. – ACr 0007818-48.2013.4.01.3600 – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes – DJe 22.04.2014)

#### Comentário Editorial SÍNTESE

O vertente acórdão trata de apelação interposta em face da v. sentença que julgou procedente a pretensão contida na denúncia, condenando-o pela prática dos delitos tipificados nos arts. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, e 244-B da Lei nº 8.069/1990, c/c o art. 70 do Código Penal.

O réu foi condenado por roubo a mão armada à agência dos Correios é condenado também por corrupção de menor.

Consta dos autos que o acusado, acompanhado de um menor de idade, roubou a agência dos Correios de Poconé/MT utilizando um revólver calibre 22, com o qual efetuou um disparo para o alto, dentro da agência, e outro na saída, para que ninguém os seguisse.

Eles conseguiram roubar a quantia de R\$ 840,00 (oitocentos e quarenta reais), que foi escondida em um matagal como forma de ocultar o produto do crime.

O apelante discordou da condenação por corrupção de menor, pois alegou que, para se configurar a corrupção de menor, é necessário que, além de o agente realizar uma infração penal, seja comprovado o envolvimento do menor no delito e que ele tenha sido corrompido de forma que pudesse alterar suas características morais.

Vale trazer trecho do voto do Relator:

“Neste sentido, confira-se o teor das ementas a seguir transcritas, *in verbis*:

‘AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – CORRUPÇÃO DE MENOR – ART. 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DOCUMENTO HÁBIL PARA COMPROVAR MENORIDADE – EXISTÊNCIA – SÚMULA Nº 74/STJ – CRIME FORMAL – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 500 DO STJ – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – APRECIACÃO – INVIABILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO

1. A menoridade, a teor da Súmula nº 74 do STJ, deve ser comprovada por documento hábil.
2. Não há óbice ao fato desta situação jurídica ser atestada por meio de outros registros dotados de fé pública que estejam oportunamente colacionados aos autos, conforme ocorre na espécie, em que constam alguns dados pessoais do menor, como: filiação, data e local de nascimento e constituem prova documental idônea para comprovar a menoridade, uma vez que emanados de autoridade pública.
3. A Terceira Seção desta Corte, ao julgar o Recurso Especial Representativo da Controvérsia – REsp 1.127.954/DF, sedimentou entendimento de que, para a configuração do crime de corrupção de menores, de natureza formal, basta que haja evidências da participação de menor de 18 (dezoito) anos no delito e na companhia de agente imputável, sendo irrelevante o fato de já estar ele corrompido. Inteligência da Súmula nº 500 do STJ.
4. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar na via especial suposta violação à matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
5. Agravo regimental não provido.’

(STJ, AgRg-REsp 1423997/SC, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5ª Turma, Julgado por unanimidade em 20.02.2014, publicado no DJe de 25.02.2014)”

Por tratar-se de crime formal, basta para sua consumação que o maior imputável pratique com o menor a infração penal ou o induza a praticá-la, sendo irrelevantes as consequências externas e futuras do evento, isto é, o grau prévio de corrupção ou a efetiva demonstração do desvirtuamento das vítimas da corrupção de menores.

Afirma que o menor em questão disse que não sofreu nenhuma forma de coação, e que não há provas de que o acusado o tenha corrompido ou facilitado sua corrupção.

O TRF da 1ª Região negou provimento à apelação.

### 2813 – Furto qualificado – CEF – imagens do circuito – materialidade – caracterização

“Penal. Processo penal. Apelação. Furto qualificado. Caixa Econômica Federal. Absolvição. Imagens de circuito de segurança. Materialidade e autoria caracterizadas. Condenação. Ruptura de obstáculo. Qualificadora. Laudo pericial. Comprovação. 1. Imagens gravadas pelo circuito interno de segurança da Caixa Econômica Federal, demonstrando a presença do réu e de outro indivíduo no interior, subtraindo computadores da instituição financeira, são provas suficientes para a condenação. 2. Afigura-se comprovada a ruptura de obstáculo (retirada de vidro da agência), ainda que por meio de laudo pericial indireto (papeloscópico), quando os peritos são categóricos ao confirmarem a situação, incidindo por isso a qualificadora correlata prevista para o furto. 3. Apelação provida.” (TRF 1ª R. – ACr 0005625-81.2009.4.01.3800 – (2009.38.00.005968-9)/MG – 3ª T. – Relª Desª Fed. Mônica Sifuentes – J. 24.06.2014)

### Comentário Editorial SÍNTESE

O vertente acórdão trata de apelação criminal interposta contra sentença prolatada pelo Juiz Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Minas Gerais, que absolveu acusado de praticar o crime tipificado no art. 155, §§ 1º e 4º, I e IV, do Código Penal (furto qualificado com rompimento de obstáculo e concurso de pessoas).

Na denúncia, o Ministério Público sustentou que o réu e um comparsa, em 18.12.2006, foram flagrados pelo circuito interno de segurança da Caixa Econômica Federal subtraindo computadores.

O juízo de primeiro grau, ao analisar o caso, entendeu que não havia provas suficientes que demonstrassem ter o réu concorrido para a prática dos delitos narrados na denúncia, razão pela qual o condenou por duas condutas delitivas de furto de equipamentos de informática.

O Juiz *a quo* não vislumbrou a presença nos autos de prova judicializada, capaz de demonstrar, de forma segura, a plausibilidade da tese deduzida pelo Ministério Público Federal.

O Ministério Público Federal, por meio de parecer da lavra do Procurador Regional da República, manifestou-se pelo provimento da apelação.

Vale trazer trecho do voto do Relator:

“Por outro lado, conquanto inexistia laudo pericial específico de destruição ou rompimento de obstáculo (arrombamento) da agência Itacolomi, também é insubstancial, diante da prova existente, a afirmação do sentenciante de que:

Em relação às qualificadoras cogitadas pela acusação, observo a inexistência nos autos de laudo de exame pericial a atestar de maneira inequívoca o rompimento de obstáculo à subtração dos equipamentos da agência Itacolomi, de modo que resulta afastada, no ponto, a incidência da norma inserta no inciso I do § 4º do art. 155.

[...]

Conquanto mereça censura a conduta do réu, sua culpabilidade não desborda do esperado para o tipo penal em apreço, de modo a exigir sanção especialmente gravosa por esse motivo; os antecedentes o desabonam, pois é reincidente, como demonstra a FAC a fl. 131/132, dono de uma extensa ficha criminal. A agravante, porém, será aplicada na segunda fase; a personalidade, os autos indicam, é de uma pessoa voltada à prática de crimes contra o patrimônio; a conduta social não é passível de aferição a partir dos dados contidos nos autos; os motivos são desfavoráveis na medida em que a venda do produto serviria para financiar o próprio vício em drogas ilícitas; as circunstâncias do crime têm estreita ligação com as causas de aumento a serem aplicadas na terceira fase; as consequências já são as esperadas para o delito; o comportamento da vítima não teve influência no crime.

Por tais razões, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, no valor unitário mínimo.”

A 3ª Turma do TRF da 1ª Região deu provimento a recurso apresentado pelo Ministério Público Federal e condenou o réu pelo crime de furto qualificado.

## Processo Civil e Civil

### 2814 – Ação de prestação de contas – sociedade empresária – ilegitimidade passiva – ex-cônjuge titular de quotas – bens comuns do casal não partilhados – *pro-labore*

“Ação de prestação de contas. Sociedade empresária. Ilegitimidade passiva. Ex-cônjuge titular de quotas de sociedade empresária. Bens comuns do casal não partilhados. Dever do administrador ou gerente de prestar contas. *Pro-labore*. Remuneração paga ao administrador. Exclusão do rol de bens comunicáveis entre os cônjuges (CCB, art. 1.659, VI). Inexistência de obrigação de prestar contas. Recurso provido em parte. Sendo a obrigação de prestar contas pessoal e exclusiva dos sócios ou gerentes que administram a sociedade, a teor do art. 1.020 do Código Civil, resta configurada a ilegitimidade passiva da pessoa jurídica para a ação de prestação de contas. A ação de prestação de contas tem o escopo de obter a análise pormenorizada dos efeitos patrimoniais de determinada relação jurídica, promovendo o accertamento dos créditos e débitos existentes entre aqueles que desta participam. À autora-apelante não é dado exigir do réu-apelado prestação de contas acerca dos valores por ele percebidos a título de *pro-labore* após a separação, visto que tais rendimentos não se comunicam entre os cônjuges, a teor do art. 1.659, VI, do Código Civil. Quanto a esse tópico, im-procede, portanto, o pleito exordial. Com relação à situação econômico-financeira e patrimonial da sociedade empresária, o pedido inicial é procedente. Isso porque, sendo o réu indiscutivelmente titular de quotas da pessoa jurídica, adquiridas na constância de seu casamento com a autora, tais bens, em tese, comunicam-se entre os cônjuges, a teor dos arts. 1.658 e 1.660, I, do Código Civil. Não há dúvida, portanto, que se tratam de bens comuns do casal, os quais estão, entretanto, sob a posse e administração exclusiva do ora apelado. Exsurge daí, por conseguinte, o direito da meeira-apelante de exigir contas, de forma a aferir e quantificar os ativos, passivos, resultados e patrimônio da pessoa jurídica, cujas quotas constituem bens comuns de propriedade do casal, para efeito de futura partilha. Preliminar de ilegitimidade passiva de Biológica Desenvolvimento de Projetos e Processos em Biotecnologia Ltda. acolhida no mérito, recurso provido em parte.” (TJMG – AC 1.0024.08.074634-0/001 – 17ª C.Cív. – Rel. Eduardo Mariné da Cunha – DJe 05.08.2014)

### 2815 – Ação reivindicatória – domínio – imóvel de propriedade da União – ilegitimidade *ad causam*

“Processual civil e administrativo. Ação reivindicatória. Domínio. Imóvel de propriedade da União. Ilegitimidade *ad causam* do Inbra. Inadequação do agravo regimental para confrontar divergência de entendimento entre Turmas. 1. O Inbra não é parte legítima para discutir em juízo questões possessórias relativas a domínio de imóvel de propriedade da União. Precedente: REsp 1.063.139/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, Relª p/o Ac. Min. Eliana Calmon, 2ª T., DJe 27.03.2009). 2. O recurso de agravo regimental não tem a finalidade de confrontar julgados ou teses dissonantes nem de dirimir eventual divergência acerca da matéria em exame. Consoante dispõe o art. 266 do RISTJ, em recurso especial, caberão embargos de divergência das decisões da Turma que divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgRg-REsp 1.403.417 – (2013/0304756-4) – 2ª T. – Rel. Min. Humberto Martins – DJe 19.08.2014)

### Comentário Editorial SÍNTESE

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Inbra contra decisão que não conheceu do recurso especial do ora agravante.

O agravante demonstra que o STJ não tem entendimento pacífico sobre a matéria em debate. Pediu o provimento do recurso especial ou, alternativamente, seja o feito sobrestado ou submetido à Corte Especial.

O STJ afirma que, não tendo agravante trazido argumento apto a convelir a decisão agravada, negou provimento agravo regimental.

Na ação reivindicatória reconhece-se o direito de propriedade, quando esta é procedente.

O eminente Jurista Sílvio de Salvo Venosa, discorrendo sobre o instituto da ação reivindicatória, assim nos ensina:

“Ação reivindicatória é a ação petitoria por excelência. É direito elementar e fundamental do proprietário a seqüela; ir buscar a coisa onde se encontra e em poder de quem se encontra. Deflui daí a faculdade de o proprietário recuperar a coisa. Escuda-se no direito de propriedade para reivindicar a coisa do possuidor não proprietário, que a detém indevidamente. É ação real que compete ao titular do domínio para retomar a coisa do poder de terceiro detentor ou possuidor indevido. [...]”

Geralmente, mas não exclusivamente, na ação reivindicatória estabelece-se conflito ente o direito e a aparência, o estado de fato da posse. Aquele que é proprietário quer retomar a coisa do possuidor ou detentor injusto. Está, portanto, legitimado para essa ação o proprietário, que deve fazer prova de seu direito, assim como do fato de o terceiro a deter injustamente. Nem sempre a prova da propriedade é absoluta. Vimos que a presunção do registro imobiliário também não é absoluta. Por outro lado, a posse justa do réu, ainda que temporária, pode obstar a reivindicação.

Também na reivindicação, a exemplo das ações possessórias, autoriza-se o direito de retenção com relação às benfeitorias, desde que presente a boa-fé do réu. O sistema para as benfeitorias e construções na coisa alheia, no respeitante à indenização, é o já estudado para a posse, assim como em relação aos frutos.” (*Direito civil*: direitos reais. São Paulo: Atlas, 2004. p. 289-290)

#### **2816 – Alimentos – ex-cônjuge – caráter provisório da obrigação – critério de razoabilidade**

“Recurso especial. Ação de alimentos em favor de ex-cônjuge. Caráter provisório da obrigação. Critério de razoabilidade. 1. Admite-se a fixação provisória de alimentos quando, rompida a relação matrimonial, necessita o ex-cônjuge alimentado de período para adequar-se à nova realidade profissional e financeira. 2. Recurso especial provido.” (STJ – REsp 1.388.181 – (2012/0174718-4) – 3ª T. – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJe 20.08.2014)

#### **Comentário Editorial SÍNTESE**

Versam os autos acerca de ação de alimentos em desfavor do recorrido, ex-cônjuge, em favor dos filhos menores.

A ação foi julgada parcialmente procedente, fixando-se alimentos para os menores, negando-se quanto à recorrente.

Houve apelação, provida em parte para majorar o valor dos alimentos.

Sustentou a recorrente que o acórdão limitou-se a dizer que a mulher é jovem e possui capacidade laboral, mas não levou em consideração sua dificuldade de recolocação profissional, pois tem quase 40 anos, é mãe de dois filhos pequenos, está fora do mercado de trabalho há quase 4 anos. Afirma-se que a capacidade financeira do recorrido e o sustento integral das despesas por ele ficaram comprovados no processo, cabendo-lhe a prova de que a ex-esposa não faria jus aos alimentos.

Aduz-se ofensa aos arts. 1.694, *caput* e § 1º, e 1.695 do CC, uma vez que o acórdão descon siderou os requisitos legais para fixação da obrigação alimentar (vínculo conjugal; necessidade, ainda que temporária; e possibilidade) elegeu outras condições (idade avançada, falta de saúde e ausência de qualificação).

Argumenta-se ainda que não pretende a mulher viver indefinidamente às custas do recorrido, mas necessita de alimentos como suporte temporário, até que consiga reinserir-se no mercado de trabalho e possa contribuir efetivamente para a manutenção dos filhos.

O STJ conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento para reconhecer o direito da ex-esposa à percepção de alimentos pelo período de 2 (dois) anos, no valor de 1 (um) salário-mínimo mensal.

Oportuno colacionar trecho do voto do Relator:

“No caso dos autos, a recorrente, apesar de totalmente apta para exercer atividade laboral, deixou sua carreira pra dedicar-se à família e procurar nova capacitação profissional em curso universitário interrompido pela supressão dos alimentos. A despeito de já ter exercido atividade remunerada, nos dois últimos anos de casamento, vivia às expensas do recorrido, razão pela qual necessita de amparo material por período determinado, até que consiga autossustentar-se.”

Analisemos os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

“A esse respeito mais preciso é o atual Código Civil, que no art. 1.641 estatui: ‘Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação’, principalmente quando o beneficiário for menor, acrescentando, ainda, no § 1º que: ‘Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada’, e no § 2º que: ‘Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia’. [...]”

Não se deve confundir a obrigação de prestar alimentos com os deveres familiares de sustento, assistência e socorro que tem o marido em relação à mulher e vice-versa e os pais para com os filhos menores, devido ao poder familiar, pois seus pressupostos são diferentes. A obrigação alimentar é recíproca, dependendo das possibilidades do devedor, e só é exigível se o credor potencial estiver necessitado, ao passo que os deveres familiares não têm o caráter de reciprocidade por serem unilaterais e devem ser cumpridos incondicionalmente. Como vimos alhures, o dever de sustento dos cônjuges toma a feição de obrigação de prestar alimento, embora irregular, por ocasião da dissolução da sociedade conjugal. A rigor não se tem, nessa hipótese, propriamente o dever de prestação alimentícia, apesar de, para certos efeitos, os deveres de sustento, assistência e socorro adquirirem o mesmo caráter. [...]

Convém ainda lembrar que se na separação ou no divórcio a mulher, p. ex., renunciou ao exercício do direito à pensão alimentícia, posteriormente carecerá de ação para pleitear alimentos ao seu ex-marido, ante a insubsistência do vínculo matrimonial, mesmo que alegue alteração de sua situação econômica (RT, 620:167; EJUSTJ, 20:133, 16:56); todavia, tem havido decisão em contrário (JB, 162:314).” (*Curso de direito civil brasileiro, direito de família*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2002. p. 459-460 e 472)

#### 2817 – **Compra e venda de imóvel – existência de usucapião em favor do adquirente – ocorrência de erro essencial – induzimento malicioso – dolo configurado**

“Direito civil e processual civil. Anulação de negócio jurídico. Compra e venda de imóvel. Existência de usucapião em favor do adquirente. Ocorrência de erro essencial. Induzimento malicioso. Dolo configurado. Anulação do negócio jurídico. 1. O erro é vício do consentimento no qual há uma falsa percepção da realidade pelo agente, seja no tocante à pessoa, ao objeto ou ao próprio negócio jurídico, sendo que para render ensejo à desconstituição de um ato haverá de ser substancial e real. 2. É essencial o erro que, dada sua magnitude, tem o condão de impedir a celebração da avença, se dele tivesse conhecimento um dos contratantes, desde que relacionado à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração de vontade, a qualidades essenciais do objeto ou pessoa. 3. A usucapião é modo originário de aquisição da propriedade em razão da posse prolongada da coisa, preenchidos os demais requisitos legais, sendo que aqui, como visto, não se discute mais sobre o preenchimento desses requisitos para fins de prescrição aquisitiva, sendo matéria preclusa. De fato, preenchidos os requisitos da usucapião, há, de forma automática, o direito à transferência do domínio, não sendo a sentença requisito formal à aquisição da propriedade. 4. No caso dos autos, não parece crível que uma pessoa faria negócio jurídico para fins de adquirir a propriedade de coisa que já é de seu domínio, porquanto o comprador já preenchia os requisitos da usucapião quando, induzido por corretores da imobiliária, ora recorrente e também proprietária, assinou contrato de promessa de compra e venda do imóvel que estava em sua posse *ad usucapionem*. Portanto, incide o brocardo *nemo plus iuris*, isto é, ninguém pode dispor de mais direitos do que possui. 5. Ademais, verifica-se do cotejo dos autos uma linha tênue entre o dolo e o erro. Isso porque parece ter havido, também, um induzimento malicioso à prática de ato prejudicial ao autor com o propósito de obter uma declaração de vontade que não seria emitida se o declarante não tivesse sido ludibriado – dolo (CC/1916, art. 92). 6. Portanto, ao que se depreende, seja pelo dolo comissivo de efetuar manobras para fins de obtenção de uma declaração de vontade, seja pelo dolo omissivo na ocultação de fato relevante – ocorrência

da usucapião –, também por esse motivo, há de se anular o negócio jurídico em comento. 7. Recurso especial não provido.” (STJ – REsp 1.163.118 – (2009/0210626-4) – 4ª T. – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 05.08.2014 – p. 2328)

### Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de ação pleiteando rescisão do contrato com repetição do indébito, diante do vício de consentimento no momento da contratação da promessa de compra e venda do imóvel descrito na inicial – pelo qual pagou 216 prestações –, aduzindo que fora enganado e pressionado pela corretora pra adquirir o imóvel de que já exercia posse há 16 anos.

Paralelamente, a empresa ré ajuizou ação de solução do contrato em face do autor e de sua esposa, haja vista inadimplência deles, requerendo a restituição liminar do bem.

O Magistrado, reconhecendo que o autor, em verdade, pleiteava a anulação e não a rescisão do negócio jurídico (que pressupõe negócio válido eficaz), afastou eventual coação, mas acabou por anular o negócio jurídico pela configuração de erro a que fora acometido autor, haja vista que “foram instados a celebração do contrato de promessa de compra e venda de bem que já haviam, em tese, adquirido pelo decurso de prazo”.

Indeferiu, contudo, qualquer repetição de indébito, bem com indenização por danos morais.

Interposta apelação por ambos litigantes, o TJRS negou provimento ao recurso da sociedade empresária.

Irresignada, a empresa apresentou o recurso especial aduzindo que as partes livremente pactuaram as condições do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, não havendo falar em erro substancial, “sob o argumento de que, à época, já havia direito a usucapião”.

Salientou que não existe coação, pois ameaça foi em exercício regular de um direito, tendo a recorrente buscado apenas regularizar situação do invasor do imóvel.

O STJ negou provimento ao recurso especial.

Oportuno trazer trecho do voto do Relator:

“Verifica-se disso e diante do cotejo dos autos, que há uma linha tênue entre o dolo e o erro. Isso porque parece ter havido, também, um induzimento malicioso à prática de ato prejudicial ao autor com o propósito de obter uma declaração de vontade que não seria emitida se o declarante não tivesse sido ludibriado – dolo (CC/1916, art. 92).

Em verdade, o dolo que enseja anulação não é apenas o comissivo, mas também omissivo. Já previa o Código Civil anterior que ‘nos atos bilaterais o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela se não teria celebrado contrato’ (art. 94).

De fato, ‘pretendia rescisão do contrato por omissão dolosa do vendedor do imóvel, que escondeu a existência informação relevante em curso na época da transação (silêncio intencional art. 147 do CC), o ato jurídico é anulável’ (AgR-Ag 783.491/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma,).

Portanto, ao que se depreende, seja pelo dolo comissivo de efetuar manobras para fins de obtenção de uma declaração de vontade, seja pelo dolo omissivo na ocultação de fato relevante – ocorrência da usucapião –, entendo que também por esse motivo, há de se anular o negócio jurídico em comento.”

O eminente jurista Salvo de Silvo Venosa elucida o dolo contido no regramento civil:

“Nossa lei não define o dolo. Limitando-se o art. 145 do Código Civil a estatuir que ‘são os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for sua causa’ (antigo art. 92). Dolo consiste em artifício, artimanha, engodo, encenação, astúcia, desejo maligno tendente a viciar a vontade do destinatário, a desviá-la de sua correta direção.

[...]

O dolo tem em vista o proveito ao declarante ou a terceiro. Não integra a noção de dolo o prejuízo que possa ter o declarante, porém, geralmente, ele existe, daí por que a ação de anulação do negócio jurídico, como regra, é acompanhada de pedido de indenização de perdas e danos. A prática do dolo é ato ilícito, nos termos do art. 186 (antigo art. 159) do Código Civil.

[...]

Como temos repetido, o elemento básico do negócio jurídico é a vontade. Para que essa vontade seja apta a preencher o conceito de um negócio jurídico, necessita brotar isenta de qualquer induzimento malicioso. Deve ser espontânea. Quando há perda dessa espontaneidade, o ne-

gócio está viciado. O induzimento malicioso, o dolo, é uma das causas viciadoras do negócio.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2004. p. 455-7)

O Jurista Sebastião Pereira de Souza nos ilustra o contrato de compra e venda de acordo com a nova codificação, *in verbis*:

“A compra e venda é uma espécie do gênero contrato, com características próprias, mas que se aperfeiçoa, como todo acordo de vontade, como um ato jurídico ou na dicção da nova ordem – um negócio jurídico, que requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Acrescentando, ao negócio jurídico, a coincidência de duas ou mais manifestações unilaterais de vontade, visando o proveito e bem-estar dos contratantes, temos aí, como consequência, o contrato.

A capacidade do agente que libera a sua vontade para contratar é ampla e só encontra limitação no interesse social – art. 421 do Código Civil, guardando as partes, tanto na conclusão como na execução, os princípios da probidade e boa-fé – art. 422.

O princípio da autonomia da vontade, ensina Sílvio Rodrigues, parte do pressuposto de que os contratantes se encontram em pé de igualdade, e que, portanto, são livres de aceitar ou rejeitar os termos do contrato.

#### 1.1 Elementos da compra e venda

Pelo contrato de compra e venda um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e, o outro, a pagar-lhe o preço em dinheiro – art. 481 do Código Civil. O contrato de compra e venda é o meio, o instrumento para se transferir o domínio. Tem efeito meramente obrigacional que se implementa com a execução mediante a tradição se coisa móvel – art. 1.267 ou pelo Registro no Cartório do Registro Imobiliário – art. 1.245, se for coisa imóvel. A obrigação do vendedor é de transferir o domínio do objeto contratado. A obrigação do comprador é de pagar o preço.

Segundo expressa disposição no art. 482, a venda é considerada perfeita desde que haja acordo sobre a coisa e sobre o preço. Três, portanto, são os elementos da compra e venda: *consensus*, *pretium* e *res*.

#### *Consensus*

O consenso ou consentimento é o resultado do encontro da declaração unilateral de vontades de um lado, do comprador sobre o bem, e, de outro lado, do vendedor sobre o preço. A vontade eivada de vício contamina todo o contrato. Anulável, portanto, é o contrato de compra e venda quando viciada a declaração de vontade por erro substancial, dolo e coação nas circunstâncias delineadas nos art. 138 e seguintes do Código Civil.

#### *Pretium*

No contrato de compra e venda, o preço deve ser sério, em dinheiro, não podendo ser irrisório, e que consista numa soma que seja considerada equivalente à coisa, considerando a oferta e procura à época da contratação.

O preço vil pode levar à consideração não de um contrato de compra e venda, mas de doação simulada, cujo efeito pode levar à sua anulação como *verbi gratia* na doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice que pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal, – expressa disposição do art. 550 do Código Civil, considerando, mais ainda, as demais disposições que impedem a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador e, também, a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento – arts. 548 e 549. O preço pode ser pago em moeda corrente nacional à vista, em moeda estrangeira pela cotação do dia que converter em moeda nacional ou a prazo, em prestações. Sendo o preço pago com outro bem, compra e venda não é, pois a moldura é do contrato de troca que *in thesi* os efeitos não divergem muito, porque as disposições que se aplicam são as mesmas do contrato de compra e venda, exceto quando se tratar de troca entre ascendentes e descendentes – art. 533 – em que o negócio só depende da intervenção dos outros descendentes e do cônjuge, quando os bens trocados forem de valores desiguais:

‘Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:

I – *omissis*;

II – é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.’

Fica sem efeito o contrato de compra e venda se o terceiro a quem foi deixado arbitrar o preço – art. 485, não aceitar o encargo, salvo se concordarem designar outra pessoa. O preço estipulado pelo terceiro indicado vincula os contratantes, até que se provem vícios na elaboração do laudo que inquinem de nulidade os negócios jurídicos em geral. A nova ordem civil considera lícito às partes fixarem o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação – art. 487. As partes podem escolher um padrão objetivo e de fonte isenta para a fixação do preço, como v.g. os índices estipulados por órgãos governamentais ou fundações de trato econômico. Ocorre, a meu falível juízo, que o índice ou parâmetro não pode ter origem em entidade de uma das partes, como na compra e venda de imóveis feita entre construtoras e particulares com base em índice Sinduscon/CUB elaborado pelo Sindicato das Empresas Construtoras, porque estaria, de forma transversa, deixando ao arbítrio exclusivo da construtora, através de seu sindicado, entidade defensora de seus interesses, a fixação do preço, fato que torna nulo o contrato por força do art. 489. Não havendo convenção a fixação do preço ou critérios para a sua determinação, e não tendo a coisa tabelamento oficial, dispõe a lei – art. 488 do Código Civil –, que as partes sujeitarão ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor – art. 488. Convencionada a compra e venda de um veículo em determinada concessionária do ramo sem fixação do preço, vale o preço que o vendedor aliena a mesma marca nas vendas habituais. Havendo oscilação no preço valerá a média. A dificuldade, porque não elucida a lei – parágrafo único do art. 488 do Código Civil –, é disciplinar qual o tempo que se deve considerar para tirar a média.

#### Res

Em regra, ensina Carvalho Santos, são alienáveis todas as coisas que estão no comércio, quer sejam existentes, ou futuras, certas ou incertas, contanto que estas se venham a verificar. Sem a coisa, inexistente contrato, por falta do objeto, elemento essencial. Não há dúvida quando o objeto do contrato de compra e venda se constitui de coisa presente, atual. Do art. 483, disposição nova, a compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório.

É futura a compra de determinada quantidade e qualidade da safra agrícola ou de determinado número de itens da produção industrial, em que o adquirente toma para si o risco de vir existir em qualquer quantidade. A venda no caso é de coisa certa esperada – *emptio rei speratae*. Vale o contrato para a quantidade produzida e o vendedor tem direito a todo o preço, desde que de sua parte não tenha havido culpa. Nada produzindo, mesmo em face de caso fortuito ou força maior, o contrato não se forma, a venda é nenhuma, por falta de elemento essencial, o objeto, a coisa contratada – art. 459, parágrafo único, do Código Civil.

'Art. 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada.

Parágrafo único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido.'

Aleatória é a compra da esperança. A compra da expectativa. O comprador aposta na existência da coisa no termo. Por isso mesmo, o objeto do contrato é a própria esperança, a própria expectativa – *emptio spei*. Alguém compra toda a safra de feijão ou café que produzir a lavoura do vendedor, assumindo o risco de colher muito ou nada colher. Neste caso, o objeto do negócio não foram os grãos, mas a esperança de colhê-los. Válido é o contrato, a teor da norma do art. 458, mesmo que nada venha a colher.

'Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumiu, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.'

A aparente desproporção das prestações não descaracteriza a comutatividade do contrato e justifica porque ambos os contratantes assumiram igual risco. O vendedor recebeu um preço e ao adimplir o contrato o que entregar pode valer o dobro ou mais. O comprador pagou um preço com uma expectativa de lucro que pode redundar em prejuízo.

É ainda aleatório o objeto concernente à compra de mercadoria já despachada, embarcada e sujeita ao risco do transporte assumido pelo adquirente, mesmo que já não existisse no dia do contrato, no todo ou em parte, por naufrágio do navio ou qualquer outro acidente com o veículo

transportador, fazendo jus o vendedor a todo o preço, desde que ignorasse a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa – arts. 460 e 461 do Código.” (A compra e venda no novo Código Civil. *Juris Síntese*. Porto Alegre: IOB Thomson, set./out. 2005. 55 CD-ROM)

**2818 – SFH – saldo residual – ausência de cobertura pelo FCVS – responsabilidade do mutuário**

“Agravo regimental. Recurso especial. Sistema Financeiro da Habitação. Saldo residual. Ausência de cobertura pelo FCVS. Responsabilidade do mutuário. Decisão agravada mantida. 1. No que tange ao saldo residual, o entendimento desta Corte Superior é no sentido de que, não havendo previsão de cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais, como no presente caso, os mutuários finais responderão pelos resíduos dos saldos devedores existentes, até sua final liquidação, na forma que for pactuada, conforme o disposto no art. 2º do Decreto-Lei nº 2.349/1987. 2. O agravo não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgRg-REsp 1.453.598 – (2014/0110902-9) – 3ª T. – Rel. Min. Sidnei Beneti – DJe 04.09.2014 – p. 416)

**2819 – União estável – ação de reconhecimento e dissolução – partilha de bens – companheiro sexagenário**

“Civil. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c partilha de bens. Companheiro sexagenário. Art. 1.641, II, do Código Civil (redação anterior à dada pela Lei nº 12.344/2010). Regime de bens. Separação legal. Impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento. Necessidade de prova do esforço comum. Inexistência. Benfeitoria excluída da partilha. Recurso desprovido. 1. Devem ser estendidas, aos companheiros, as mesmas limitações previstas para o casamento, no caso de um dos conviventes já contar com mais de sessenta anos à época do início do relacionamento, tendo em vista a impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento. 2. De acordo com o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, com a redação anterior à dada pela Lei nº 12.344/2010 (que elevou essa idade para setenta anos, se homem), ao nubente ou companheiro sexagenário é imposto o regime de separação obrigatória de bens. 3. Nesse caso, ausente a prova do esforço comum para a aquisição do bem, deve ele ser excluído da partilha. 4. Recurso especial desprovido.” (STJ – REsp 1.369.860 – (2013/0067986-7) – 3ª T. – Rel. Min. Sidnei Beneti – DJe 04.09.2014 – p. 377)

**Comentário Editorial SÍNTESE**

Trata-se de recurso especial contra ementa do TJPR:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE – REFORMA DA SENTENÇA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTILHA – UNIÃO ESTÁVEL COM SEXAGENÁRIO – OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS À SEMELHANÇA DO CASAMENTO – COMPANHEIRO QUE SÓ FARIA JUS A MEAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL, DESDE QUE COMPROVASSE, EM AÇÃO PRÓPRIA, O ESFORÇO COMUM – PROVAS TRAZIDAS AOS AUTOS QUE DEMONSTRAM QUE O IMÓVEL FOI CONSTRUÍDO COM RECURSOS ANTERIORES DO RÉU – INCIDÊNCIA DO § 1º DO ART. 5º DA LEI Nº 9.278/1996 – CONCESSÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – PREENCHIMENTO PELO RÉU DOS REQUISITOS LEGAIS – INVERSÃO DA VERBA SUCUMBENCIAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO

1. Convivência do casal que começou quando o réu tinha 62 anos de idade, incidindo a regra prevista no art. 1641, II, do CC. Entender de forma diferente seria o mesmo que prestigiar a união estável em detrimento do casamento.

2. Incontroverso nos autos que o imóvel em disputa foi construído com recursos exclusivos do réu anteriores à união, impossibilitando acolhimento da pretensão exposta na inicial.

3. Esforço comum que não pode sequer ser visto pelo prisma imaterial. Depoimento pessoal da autora e do réu, corroborada pela prova testemunhal, dando conta de que a relação dava-se a revelia de ética, respeito e companheirismo entre os conviventes.”

A recorrente sustentou, em síntese, que o regime do casamento entre sexagenários é o da comunhão parcial de bens, em necessidade de prova do esforço comum, sendo esse presumido.

O STJ deu provimento ao recurso especial, restabelecendo-se a sentença.

O jurista Euclides de Oliveira, discorrendo sobre a questão da competência da ação de reconhecimento de união estável, assim assevera:

“Assim já se entendia antes mesmo da Lei nº 8.971/1994. Agora, com o reconhecimento legal dos direitos a alimentos e sucessão entre companheiros, virtualmente modificadas as disposições civis e processuais sobre a matéria, já não subsistem dúvidas quanto à competência das Varas Especializadas em Família e Sucessões, para o processamento e julgamento das ações ajuizadas àquele título.

O mesmo se diga das ações relativas à meação entre companheiros, pois também resultam no reconhecimento de união estável que lhes abre a porta para os consectários direitos à assistência alimentar e petição de herança, sem falar que pode haver cumulação dos pedidos com fundamento no mesmo substrato fático da vida em comum.

Nessa mesma linha de raciocínio, importa lembrar que o reconhecimento da união estável, nas referidas ações, tem outras consequências no plano familiar, em especial a possibilidade da conversão da união de fato em casamento, na pendência de regulamentação por lei específica, conforme já anotamos.

E depois, é o juiz de família quem se acha mais preparado e aparelhado para o julgamento de semelhantes questões, não só pela especialização no trato da matéria, mas porque dispõe de melhor infraestrutura técnica, com serviços auxiliares de psicólogos e assistentes sociais.” (Concubinato – Ações derivadas da Lei nº 8.971/1994: competência das Varas de Família e de Sucessões. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, v. III, n. 06/96, p. 105, artigo n. 3/11833, 2. quinzena mar. 1996)

## Trabalhista/Previdenciário

### 2820 – Ação anulatória – débito fiscal – admissibilidade – depósito prévio indevido

“Ação anulatória de débito fiscal. Admissibilidade. Condição da ação. Desnecessidade. Depósito prévio indevido. A ação anulatória é ação de conhecimento, que tem como objeto a desconstituição do crédito da União por razões de ilegalidade ou inconstitucionalidade da exação, vícios no lançamento, ilegitimidade passiva, dentre outras hipóteses. A pretensão é de desconstituir a exigibilidade do crédito, mediante a anulação de um lançamento indevido ou viciado. Como ação ordinária que é, pode o contribuinte exercer amplo direito de defesa, sendo cabíveis todos os meios de prova, com apreciação de todas as questões de fato e de direito envolvendo a dívida. Assim, além das questões relativas ao auto de infração, pode o autor, em sede de ação anulatória, discutir todas as questões envolvendo o auto de infração. Portanto, o ingresso da presente ação pressupõe apenas a existência do débito, ainda que o mesmo não esteja inscrito na Dívida Ativa, como no caso presente. Impedir o contribuinte ingressar com a presente ação é o mesmo que violar o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Na mesma esteira entende-se que a exigência do depósito integral do valor da infração resulta violação à Súmula Vinculante nº 21 do STF e Súmula nº 424 do TST.” (TRT 11ª R. – RO 0000349-22.2012.5.11.0011 – Rel. Des. Lairto José Veloso – DJe 17.07.2014 – p. 10)

### 2821 – Ação civil pública – participação obrigatória do Ministério Público como fiscal da lei – não observação – nulidade

“Ação civil pública. Participação obrigatória do Ministério Público como fiscal da lei. Quando esse imperativo legal não é observado a nulidade do processo se impõe. A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, prevê em seu art. 5º, § 1º, que ‘o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei’. Portanto, por expressa disposição legal, a intervenção do Ministério Público na ação civil pública como *custos legis* é obrigatória, de forma que a ausência de intimação daquele órgão para intervir no processo, atrai a aplicação dos arts. 84 e 246 do Código de Processo Civil, *in verbis*: ‘Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo’. ‘Art. 246. É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a

acompanhar o feito em que deva intervir.’ Ressalte-se que o exercício da função institucional do Ministério Público, referente à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui respaldo na Constituição Federal (art. 127) e na Lei Complementar nº 75/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União (arts. 1º e 5º).” (TRT 8ª R. – RO 0001215-92.2013.5.08.0006 – Rel. Des. Fed. Eliziário Bentes – DJe 17.07.2014 – p. 24)

### Comentário Editorial SÍNTESE

No acórdão em destaque, foi declarada a nulidade processual pela ausência do Ministério Público na ação civil pública interposta.

Reza o seguinte dispositivo processual:

“Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

Além disso, o art. 84 do CPC, dispõe:

“Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á intimação sob pena de nulidade do processo.”

Humberto Theodoro Junior lembra:

“A nulidade processual é a privação de efeitos imputada aos atos do processo que padecem de algum vício em seus elementos essenciais e que, por isso, carecem de aptidão para cumprir o fim a que se achem destinados.”

A lei traça um padrão de procedimento ou conduta a ser observado em cada situação por ela regulada, quando o sujeito queira atingir o efeito jurídico previsto no diploma legal. O ato praticado, concretamente, é típico ou perfeito quando se amolda exatamente ao padrão da lei; é atípico ou defeituoso, quando dele se afasta.

A atipicidade às vezes é sancionada, outras vezes não, com a ineficácia. Quando se dá a ineficácia, como sanção para o ato defeituoso, diz-se que a atipicidade é relevante; caso contrário, temos a atipicidade irrelevante.

[...]

Frederico Marques fez minucioso levantamento e encontrou, no Código de Processo Civil, os seguintes casos de nulidade absoluta, expressamente cominadas:

- a) atos decisórios de juiz absolutamente incompetente (art. 113, § 2º);
- b) intimação pela imprensa, quando dela não constar ‘os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação’ (art. 236, § 1º);
- c) citação e intimação, ‘quando feitas sem a observância das prescrições legais’ (art. 247);
- d) atos não ratificados que praticar o advogado sem mandato (art. 37, parágrafo único);
- e) atos de advogado praticados por pessoa não inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil (CPC, art. 36 c/ Lei nº 8.906/1994, art. 4º);
- f) contestação ou petição inicial que não indicar o endereço do advogado para receber intimações (art. 39, parágrafo único);
- g) sentença lançada em processo nulo, ou a que for proferida por juiz peitado, impedido ou absolutamente incompetente (art. 485, I e II).

São, outrossim, casos de nulidade de todo o processo, que por isso, conduzem à sua extinção sem julgamento de mérito:

- a) falta de autorização do marido ou da outorga uxória, nos casos previstos em lei (art. 11);
- b) incapacidade processual ou irregularidade da representação da parte, não sanadas no prazo assinado pelo juiz (art. 13, I);
- c) falta de intimação do Órgão do Ministério Público, quando sua intervenção no processo for por lei considerada obrigatória (art. 84);
- d) falta de citação dos litisconsortes necessários (art. 47, parágrafo único);
- e) falta de contratação de novo advogado, pelo autor, em 20 dias, quando seu representante houver falecido (art. 265, § 2º);

f) todos os casos de extinção do processo, sem julgamento do mérito, previstos no art. 267, do CPC.

Além dos casos em que a lei taxativamente comina a nulidade ou a extinção do processo, há outros em que considera os atos totalmente ineficazes, o que equivale à cominação de nulidade. São eles: a) o ato processual praticado, sem justa causa, depois de vencido o prazo legal (art. 183, *caput*); b) o ato processual praticado durante a suspensão do processo, a não ser quando o juiz tenha autorizado excepcionalmente para evitar dano irreparável (art. 266); c) os atos escritos nos autos por advogado que não os restituiu no prazo legal, bem como a juntada de alegações e documentos que então ele apresentar (art. 195)." (As nulidades no Código de Processo Civil. Disponível em: [online.sintese.com](http://online.sintese.com). Acesso em: 11 ago. 2014)

#### **2822 – Aposentadoria especial – reconhecimento de tempo de serviço – jogador de futebol – hipótese de reconhecimento**

"Previdenciário. Aposentadoria especial. Reconhecimento de tempo de serviço. Jogador de futebol. Atividade especial. Motorista autônomo. Requisitos não implementados antes da EC 20/98. Pedágio e requisito etário não cumpridos. A lei previdenciária, ao exigir início razoável de prova material, não viola a legislação processual, pois o art. 400 do Código de Processo Civil preceitua ser sempre válida a prova testemunhal, desde que a lei não disponha de forma diversa. A atividade de atleta profissional somente foi regulamentada pela Lei nº 6.354, de 02.09.1976. Período anterior regido pela Lei nº 3.807/1960 – Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS). Períodos de 10.08.1973 a 20.06.1975, 20.06.1975 a 16.01.1976, 15.06.1976 a 07.01.1977 e de 03.05.1977 a 31.12.1977, nos quais foi jogador profissional, reconhecidos como tempo de serviço. A obrigatoriedade dos recolhimentos das contribuições previdenciárias está a cargo do empregador, não havendo como se exigir, do segurado, a comprovação de que foram vertidas, cabendo ao INSS cobrá-las do responsável tributário na forma da lei. Para o trabalho exercido até o advento da Lei nº 9.032/1995 bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia o trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos nºs 53.831/1964 e 83.080/1979, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa. Com a promulgação da Lei nº 9.032/1995 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei que a regulamentasse. Somente após a edição da MP 1.523, de 11.10.1996, tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB 40 ou DSS 8030. Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias. Possibilidade da conversão do tempo especial em comum, sem a limitação temporal prevista no art. 28 da Lei nº 9.711/1998. O Decreto nº 53.831/1964, no código 2.4.4 do quadro anexo, e o Decreto nº 83.080/1979, no código 2.4.2 do anexo II, caracterizam a categoria profissional de motorista de ônibus e de caminhões de carga como atividade especial, com campo de aplicação correspondente ao transporte urbano e rodoviário. Atividade especial não comprovada. Inexistência de conjunto probatório consistente acerca da habitualidade e permanência do desempenho da atividade de motorista autônomo. Períodos trabalhados em atividades comuns e especiais totalizando 24 anos, 05 anos e 16 dias até o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998. Possuindo menos de 30 anos de tempo de serviço até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/1998, necessária à submissão à regra de transição, a qual impõe limite de idade e cumprimento de pedágio exigido em seu art. 9º, inciso I, e § 1º, letra b. Pedágio e requisito etário não implementados. Dada a sucumbência recíproca, cada parte pagará os honorários advocatícios de seus respectivos patronos e dividirá as custas processuais, respeitada a gratuidade conferida ao autor e a isenção de que é beneficiário o réu. Remessa oficial e apelação parcialmente providas para reconhecer a atividade de jogador de futebol desenvolvida pelo autor apenas nos períodos de 10.08.1973 a 20.06.1975, 20.06.1975 a 16.01.1976, 15.06.1976 a 07.01.1977 e de 03.05.1977 a 31.12.1977, deixar de reconhecer as condições especiais do trabalho de motorista autônomo e de conceder a aposentadoria especial. Sucumbência recíproca." (TRF 3ª R. – Ap-RN 0002651-15.2007.4.03.9999/SP – 8ª T. – Relª Desª Fed. Therezinha Cazerta – DJe 06.06.2014 – p. 2455)

**Comentário Editorial SÍNTESE**

A discussão girou em torno da concessão da aposentadoria especial ao jogador de futebol.

O Mestre Wladimir Novaes Martinez explica:

“Uma aposentadoria específica dos jogadores de futebol, equivocadamente designada como aposentadoria especial, existiu até 14.12.1996, revogada pela Medida Provisória nº 1.523/1996, convertida na Lei nº 9.528/1997, e não tratava dos valores auferidos anteriormente do limite do salário-de-contribuição. Criada inicialmente pela Lei nº 5.939/1973, cuidava especialmente do cálculo da aposentadoria por tempo de serviço, regulamentada pelo Decreto nº 77.210/1976 na Lei nº 6.269/1975 e Decreto nº 77.774/1976.” (Previdência social dos profissionais de futebol. *Revista SÍNTESE Direito Desportivo*, a. 1, n. 7, p. 181, jun./jul. 2012)

A aposentadoria especial, prevista no art. 57 da Lei nº 8.213/1991, será devida, uma vez cumprida a carência exigida, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos.

Sergio Pinto Martins leciona:

“Agentes nocivos são os que possam trazer ou ocasionar danos à saúde ou à integridade física do trabalhador nos ambientes de trabalho, em razão de sua natureza, concentração, intensidade e exposição aos agentes físicos (ruídos, vibrações, calor, pressões anormais, radiações ionizantes etc.), químicos (poeiras, gases, fumos, névoas, óleo contendo hidrocarbonetos etc.), biológicos (microorganismos, como bactérias, fungos, parasitas, bacilos, vírus, etc.).” (*Direito da seguridade social*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 374)

**2823 – Apropriação indébita previdenciária – prescrição – extinção da punibilidade – aplicação**

“Penal. Processo penal. Apelação. Prescrição. Pena em concreto. Réu maior de setenta anos. Data dos fatos. Recebimento da denúncia. Arts. 109, 110 e 115 do Código Penal. Extinção da punibilidade. Recurso provido. 1. Nos termos do art. 109, IV, do Código Penal, a prescrição verifica-se em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro). 2. A prescrição, nas hipóteses de delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no art. 109, CP. 3. Constatado que o réu era maior de 70 (setenta) anos na data da sentença, reduz-se pela metade o prazo de prescrição (art. 115, CP). 4. Considerando a data dos fatos, no caso, a constituição definitiva do crédito, 29.06.2005, e a do recebimento da denúncia, 25.10.2010, impõe-se o reconhecimento da prescrição, com a extinção da punibilidade, considerando o transcurso de lapso temporal superior a quatro anos. 5. Recurso de apelação da defesa provido para declarar extinta a punibilidade, em razão da prescrição.” (TRF 1ª R. – ACr 0041208-41.2010.4.01.3300 – 3ª T. – Rel. Juiz Fed. Klaus Kuschel – J 24.06.2014)

**Comentário Editorial SÍNTESE**

O vertente acórdão trata de crime de apropriação indébita previdenciária.

Consta dos autos que o acusado foi condenado a dois anos e oito meses de reclusão pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A do Código Penal, que diz o seguinte:

“Art. 168-A. Deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajustamento de suas execuções fiscais.”

Ocorre que, levando em conta a data dos fatos, a constituição definitiva do crédito, ocorrida em 29.06.2005, e a data do recebimento da denúncia, em 25.10.2010, impõe-se o reconhecimento da prescrição, com a extinção da punibilidade, considerando o transcurso do lapso temporal superior a quatro anos.

Sustentou o apelante que nasceu em 06.06.1938, sendo maior de setenta anos na data da prolação da sentença (10 de outubro de 2012), razão pela qual o prazo da prescrição é reduzido de metade, com base no art. 115 do Código Penal.

Assim, considerando que a pena aplicada não excedeu quatro anos, a prescrição seria de oito anos (com base na aplicação dos arts. 109 c/c 110, do Código Penal), mas, no caso, é reduzida pela metade e opera-se em quatro anos, prazo já decorrido da data dos fatos, no caso, constituição definitiva do crédito (29.06.2005), até o recebimento da denúncia (25.10.2010), devendo ser extinta a punibilidade.

A 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região declarou extinta pena aplicada a um réu, maior de 70 anos, em razão da prescrição punitiva.

#### **2824 – Assédio moral – opção de crença e religiosidade – caracterização**

“Assédio moral religioso. Caracterização. Indenização devida. Convém ressaltar que o estabelecimento do Estado laico foi uma conquista da sociedade moderna voltada à garantia da liberdade de crença e opção religiosa, dissociando o poder secular do poder temporal a fim de romper com os riscos de subjugação de uma nação ao arbítrio dos seguidores de certa crença religiosa, como ainda sói ocorrer em cantos do mundo moderno. Portanto, é conveniente evitar que o sadio anseio de propagação de uma crença religiosa seja realizada no ambiente de trabalho, ainda mais quando isso ocorrer por iniciativa de superior hierárquico, pois, nessas situações, a subordinação jurídica fatalmente irá se sobrepor à liberdade de religião do empregado, podendo resultar em lesão de índole imaterial. No caso dos autos, restou comprovado que a superior hierárquica impunha a participação efetiva de seus subordinados, dentre os quais a autora, em culto religioso no ambiente de trabalho, violando, assim, o disposto nos incisos VI e VIII do art. 5º da Constituição Federal.” (TRT 23ª R. – RO 0000086-72.2013.5.23.0026 – 1ª T. – Rel. Juiz Conv. Juliano Girardello – DJe 11.08.2014 – p. 75)

#### **Comentário Editorial SÍNTESE**

No presente caso, discutiu-se a liberdade religiosa dentro do ambiente de trabalho.

É fato que está previsto na CF/1988, no art. 5º, o seguinte:

“[...]”

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]”

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

[...]”

Com efeito, a violação dos dispositivos anteriormente citados configurará assédio moral, passível de indenização.

Os Mestres Cláudio Armando Couce de Menezes, Gláucia Gomes Vergara Lopes, Otavio Amaral Calvet e Roberta Ferme Sivoletta assim explicam:

“Não há como se tratar de não discriminação sem antes tecer alguns comentários sobre o princípio da igualdade e sua evolução histórica. Nas palavras de J. J. Calmon de Passos: ‘Em verdade, o princípio de não discriminação é insuscetível de ser construído a partir dele próprio ou de uma direta referência ao homem. É sempre um consectário ou reflexo do princípio da igualdade, como seja entendido e positivado, ao qual se prende umbilicalmente’.

E continua o citado autor:

Esse estreito nexos entre não discriminação e igualdade se percebe de imediato quando se lê qualquer trabalho versando o princípio da igualdade. Em verdade, neles só se logra defini-la mediante a determinações das discriminações desautorizadas. Isso porque a igualdade absoluta entre os homens encontra desmentidos inafastáveis quer em tudo quanto a ciência nos põe como saber, quer em tudo quanto a reflexão filosófica nos infunde como sabedoria.

Também se evidencia ele em termos de direito positivo constitucional. Podemos observar que em todas as Constituições disciplinam-se conjuntamente, numa mútua implicação inafastável, tanto o princípio da igualdade quanto o de não discriminação. Assim está no art. 13 da Constituição portuguesa de 1976, na Constituição japonesa de 1946 (art. 14), na Constituição italiana de 1947 (art. 3º), na Lei Fundamental da Alemanha Ocidental, de 1949 (art. 3º), na Constituição espanhola, de 1978 (art. 14), para citar apenas estas.

Pode-se dizer que a constitucionalização do princípio da igualdade vem seguida ao surgimento do Estado Moderno, especialmente nos documentos publicados após as revoluções burguesas do final do século XVIII, que influenciaram as constituições do século XIX, e chegaram até ao século XX.

[...]

Além da hipossuficiência inerente ao contrato de trabalho, muitos trabalhadores, por diversos motivos, ainda podem ser considerados em desvantagem perante outros no acesso e permanência no mercado de trabalho.

Incluem-se na ideia de trabalhadores em desvantagem, entre outros grupos, mulheres, pessoas com deficiência, trabalhadores com idade acima de 40 anos (em média), trabalhadores sem experiência, negros, trabalhadores com doenças graves (Aids, hepatite, etc.).

A não discriminação de trabalhadores no emprego e na profissão foi preocupação da Organização Internacional do Trabalho, que adotou, em 25 de junho de 1958, a Convenção nº 111.

Essa convenção tem base na Declaração de Filadélfia, que afirma que ‘todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais’, e nos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que coíbem a discriminação.

Em seu art. 1º, define discriminação como:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção; exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.” (As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: direito ao trabalho e a não discriminação. Medidas judiciais e pretensões cabíveis. Disponível em: [online.sintese.com](http://online.sintese.com). Acesso em: 22 ago. 2014)

#### **2825 – Assistência judiciária – pessoa física empregadora – depósito recursal – ausência – deserção**

“Agravos de instrumento. Benefícios da justiça gratuita. Concessão à pessoa física empregadora. Ausência de depósito recursal. Descumprimento da obrigação legal fixada pelo art. 899, § 7º, da CLT. Deserção. Mesmo após a vigência da Lei Complementar nº 132/2009, que acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei nº 1.060/1950, é prevalente no âmbito desta Corte Superior o entendimento de que os benefícios da justiça gratuita, concedidos à pessoa física empregadora, não alcançam a isenção do depósito recursal porque este encargo possui natureza jurídica de garantia do juízo com finalidade de assegurar a satisfação mais célere do crédito de natureza alimentar. Consequentemente, o exame do agravo de instrumento deve ser interceptado na admissibilidade em razão da deserção constatada,

pois, a teor da diretriz contida no art. 899, § 7º, da CLT, a agravante também deixou de cumprir a obrigação legal de efetuar, no ato da interposição do seu apelo, o depósito recursal correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor devido a título de depósito do recurso de revista ao qual se pretendia destrar. (TST – AI-RR 0019000-91.2006.5.02.0002 – Rel. Min. Tarcísio Régis Valente – DJe 15.08.2014 – p. 1739)

**2826 – Contrato de trabalho – Administração Pública – vício – nulidade – FGTS – pagamento indevido**

“Apelação cível. Ação trabalhista. Município de Santa Luzia. Contrato de prestação de serviços. Caráter administrativo. FGTS indevido. Inaplicabilidade do precedente do STF no RE 596.478. Horas extras. Ausência de comprovação. Recurso não provido. Sentença de improcedência mantida. É vedada a contratação temporária quando a atividade a ser realizada constitui serviço ordinário da Administração Pública, afeta a um cargo público + 24,90, ou quando a necessidade passa a ser permanente ou habitual, em que se torna imprescindível prévia aprovação em concurso público. A contratação em análise encontra-se eivada de nulidade; contudo, tal fato não tem o condão de transmutar a natureza administrativa do vínculo existente entre a requerente e o Município, de modo que o FGTS não é devido, diante da natureza jurídica do contrato e por falta de previsão constitucional. Não se aplica ao presente caso o precedente do Supremo Tribunal Federal oriundo do julgamento do RE 596.478, pois tal julgado é aplicável somente aos casos em que o Poder Público contrata pessoal sob o regime celetista. Em se tratando de horas extras, deve haver prova satisfatória do exercício das funções além do horário da jornada normal de trabalho, da quantidade de horas extrapoladas, e se há diferença que não foi paga, o que não é possível de se obter, na hipótese, apenas por meio das provas produzidas. Assim, impõem-se a improcedência da ação e, conseqüentemente, a manutenção da r. sentença.” (TJMG – AC 1.0245.09.177552-9/001 – 2ª C.Cív. – Relª Hilda Teixeira da Costa – DJe 25.08.2014)

**Comentário Editorial SÍNTESE**

Trata-se de decisão que reconheceu o vício na contratação do autor pela Administração Pública tendo como consequência a nulidade do ato e o pagamento indevido do FGTS.

Segundo o disposto no inciso II do art. 37 da CF/1988, “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. Portanto, se ausente o concurso público de empregado contratado pela Administração Pública, nulo é o ato que envolve a contratação. Ato nulo não produz efeitos jurídicos, segundo o art. 82 do CC/2002.

Entretanto, ainda, segundo a redação da Súmula nº 363 do TST, há uma possibilidade de o contratado receber o FGTS:

“363 – CONTRATO NULO – EFEITOS – NOVA REDAÇÃO – A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”

Todavia, no caso em apreço, o Relator indeferiu o pagamento pela impossibilidade de o vício ser sanado.

Importante, com isso, destacarmos o seguinte posicionamento:

“CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NECESSIDADE TEMPORÁRIA – NÃO COMPROVAÇÃO – NULIDADE – FGTS – PAGAMENTO DEVIDO – Apelação cível. Ação de reclamação trabalhista c/c indenização por danos materiais e morais. Contratação por tempo determinado. Necessidade temporária. Contingência fática não demonstrada. Nulidade da contratação. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Estabilidade provisória da gestante. I – É nulo o contrato celebrado ‘para atender necessidade temporária de excepcional interesse público’ quando não demonstrada a contingência fática que reclama o ‘atendimento urgente a exigências do serviço’ previsto na Lei Municipal regulamentadora da matéria e tampouco ‘a impossibilidade de suprir a necessidade temporária com o pessoal do próprio quadro’. II – A declaração de nulidade do contrato ‘por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público’ autoriza a condenação do ente público contratante

ao pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Leitura do art. 19-A, *caput*, da Lei nº 8.036/1990. Jurisprudência do Plenário do STF. Inteligência das Súmulas nºs 466 do STJ e 363 do TST. III – O Supremo Tribunal Federal assentou que a estabilidade provisória da gestante se aplica às servidoras públicas e empregadas, incluídas as contratadas a título precário (art. 37, inciso IX, da Constituição da República), independente do regime jurídico de trabalho. Apelação conhecida e desprovida.” (TJGO, AC 201093829680, 5ª C.Cív., Rel. Sebastião Luiz Fleury, DJe 23.08.2013, p. 350)

O articulista Leandro do Amaral D. de Dorneles comenta:

“O problema é particularmente perceptível no campo de atuação do direito do trabalho. Este, com sua formação impulsionada pelo conflito latente entre capital e trabalho, consolida-se com o objetivo principal de tutelar o polo presumidamente hipossuficiente das relações trabalhistas. Ocorre que o Estado, ao intensificar a sua participação nas diversas relações sociais, principalmente nas relações econômico-produtivas, passa a figurar diretamente no outro polo da relação, atuando como ‘empregador’. Como sabemos, o caráter tutelar do direito do trabalho se constitui com base na suposta hipersuficiência econômica do polo empregador, buscando, assim, a compensação desta situação no plano jurídico. Dessa maneira, configura-se em um conjunto de regras e princípios tendentes a igualitar polos de uma relação manifestamente desigual.

Ao atuar como ‘empregador’, o Estado investe-se dessa condição, assumindo a perspectiva atribuída àquele pelo direito do trabalho. Em outras palavras, ele passa a atuar na relação trabalhista como se privado fosse, ou seja, tratado desigualmente na busca pela igualdade. Ocorre que tal presunção é incompatível com a finalidade do Estado, que é a de promover o desenvolvimento social igualitário. Este problema se materializa, por exemplo, na contratação irregular pela Administração Pública, caracterizando uma situação em que inúmeros empregados têm seus contratos de trabalho eivados de nulidade pela inobservância da obrigatoriedade do concurso público, previsto no art. 37, inciso II, da CF de 1988. Essa situação extremamente delicada provoca o confronto entre a necessidade de reconhecer e valorizar o trabalho produtivo efetivamente prestado, bem como de proteger aquele que é presumido economicamente mais vulnerável; e a obrigatoriedade de reconhecer o vício de um contrato de trabalho manifestamente nulo, uma vez que desrespeita princípios típicos da Administração Pública, tais como o da igualdade, o da moralidade e o da impessoalidade, entre outros.

O objetivo deste trabalho é justamente analisar esta problemática, que vem provocando muitas discussões nos Tribunais Trabalhistas. Para tanto, como não poderia deixar de ser, utilizaremos lições oriundas do próprio direito do trabalho, bem como de outros ramos, como do direito administrativo, constitucional e civil. Como poderemos ver, apesar de conflitante, a problemática supraexposta pode ser resolvida seguindo a boa hermenêutica jurídica, comprovando a unicidade do Direito, enquanto ciência, e a sua coerência, enquanto sistema.

[...]

Além da indenização pelo trabalho efetivamente prestado, há outros efeitos oriundos da nulidade do contrato de trabalho celebrado irregularmente com a Administração Pública. O primeiro deles é o não recolhimento dos depósitos do FGTS. Este, segundo João de Lima Teixeira Filho, “[...] é um crédito trabalhista, resultante de poupança forçada do trabalhador, concebido para socorrê-lo em situações excepcionais durante a vigência do vínculo de emprego ou na cessação deste, de forma instantânea ou futura, conforme a causa determinante da cessação contratual’.

Consiste num dever do empregador em recolher à conta vinculada do empregado uma importância correspondente a 8% de todas as parcelas de natureza salarial pagas ao empregado. Como já visto, não há o pagamento de parcelas de natureza salarial na hipótese de contratação irregular pela Administração Pública, mas sim de parcelas de natureza indenizatória. Assim, não há que se falar em recolhimento de depósitos de FGTS.

Da mesma forma, não há que se falar em anotação na CTPS. Uma vez que não houve o vínculo jurídico entre as partes, ou seja, a Administração Pública não adquiriu a condição jurídica de empregadora, não há que se falar em anotação na CTPS.” (Contratação irregular pela administração pública. Disponível em: [online.sintese.com](http://online.sintese.com). Acesso em: 8 set. 2014)

#### **2827 – Contribuição previdenciária – aposentado que continua trabalhando ou daquele que retorna à atividade laboral – constitucionalidade**

“Tributário. Contribuição previdenciária. Art. 2º da Lei nº 9.032/1995, que adicionou o § 4º ao art. 12 da Lei nº 8.212/1991. Aposentado que continua trabalhando ou daquele que retorna à atividade laboral. Constitucionalidade. Recurso desprovido. 1. Antes da vigência da Lei nº 9.032, de 28.04.1995,

a contribuição previdenciária era devida apenas pelos contribuintes ativos e visava garantir aposentadorias futura. Ao se aposentar, o segurado ficava liberado do recolhimento da citada contribuição. Depois passou a ser exigida do aposentado que continua trabalhando ou daquele que retornou à atividade laboral. 2. A contribuição previdenciária, suportada por todos os contribuintes do regime geral da previdência social, foi instituída com a finalidade de manter a seguridade social e garantir aos inativos (aposentados) e pensionistas a percepção de seus proventos e pensões. 3. Estabelece a Constituição Federal, em seu art. 195, que a Seguridade Social será custeada, por toda a sociedade, de forma direta, e, indiretamente, nos termos da lei. Desse modo, a contribuição para o Regime Geral de Previdência Social, em relação ao aposentado que continua na ativa ou retorna ao mercado de trabalho, a partir da Lei nº 9.032 de 28.04.1995, passou a incidir também sobre os salários recebidos e continua com a mesma finalidade, ou seja, o custeio da Previdência Social, consoante o princípio da solidariedade que pauta o sistema previdenciário. 4. A matéria encontra-se pacificada pelas Turmas (1ª e 2ª) do Excelso Pretório, no sentido da constitucionalidade da contribuição previdenciária exigida dos aposentados continua trabalhando ou retorna ao mercado de trabalho. 5. Recurso desprovido.” (TRF 2ª R. – AC 2009.51.01.808103-5 – (619142) – 4ª T.Esp. – Rel. Des. Ferreira Neves – DJe 13.08.2014 – p. 817)

### Comentário Editorial SÍNTESE

Na ementa em destaque, abordou-se a controvérsia do desconto da contribuição previdenciária de aposentado que continua trabalhando ou daquele que retorna à atividade laboral.

O advogado Sergio Pardal Freudenthal explica o instituto:

“Pequeno aumento na contribuição do empregado entre outras alterações na legislação de custeio, mas neste campo, o que vale destacar, é o fim da isenção de contribuição para o aposentado que continua trabalhando ou retorna à atividade. Completa assim o trabalho iniciado pela Medida Provisória nº 381, em dezembro/1993, extintiva do benefício denominado pecúlio.

O pecúlio era formado pelas contribuições de trabalhadores que, já aposentados, não poderiam acumular novo benefício. Com as MPs da virada do ano 1993/1994, o Governo acabou com o pecúlio, mantendo a contribuição. Mas não foi assim que o povo entendeu, e boa parcela dos aposentados em atividade decretou a isenção por conta própria. Afinal, sem o benefício específico, nada mais justo do que a isenção de participação contributiva.

Em abril/1994, sob legítima pressão popular, o Congresso Nacional aprovou tal entendimento no art. 24 da Lei nº 8.870, mantendo extinto o pecúlio, mas isentando o trabalhador aposentado da contribuição. Peculiar o parágrafo único deste artigo, que trata da isenção, dispondo ainda o pagamento de uma espécie de pecúlio para os desavisados que vinham ‘contribuindo até a data da vigência desta lei’:

‘Art. 24. O aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo Regime Geral da Previdência Social, que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida pelo mesmo, fica isento da contribuição a que se refere o art. 20 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Parágrafo único. O segurado de que trata o *caput* deste artigo, que vinha contribuindo até a data da vigência desta lei, receberá, em pagamento único, o valor correspondente à soma das importâncias relativas às suas contribuições, remuneradas de acordo com o índice de Remuneração Básica dos Depósitos de Poupança com data de aniversário do primeiro dia, quando do afastamento da atividade que atualmente exerce.’

Pois pela Lei nº 9.032 retorna a obrigatoriedade da contribuição dos trabalhadores já aposentados, sem qualquer lembrança do benefício pecúlio.

Acrescenta, então, ao art. 12 da Lei nº 8.212/1991 (Custeio) o seguinte § 4º:

‘Art. 12. [...]

[...]

§ 4º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS, que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime, é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta lei, para fins de custeio da Seguridade Social.’

E ainda acresce um § 3º, no mesmo teor, ao art. 11 da Lei nº 8.213/1991 (benefícios).

Note-se que, nas defesas da reforma previdenciária, governistas dão a ideia de mais uma contribuição, descontada diretamente nas aposentadorias e pensões [...]” (Previdência social – A

Lei nº 9.032/1995, seus efeitos e alterações necessárias. Disponível em: [online.sintese.com](http://online.sintese.com). Acesso em: 21 ago. 2014)

**2828 – Dano moral – transporte aéreo internacional – cancelamento de voo – valor indenizatório – razoabilidade**

“Agravamento regimental. Agravamento em recurso especial. Transporte aéreo internacional. Cancelamento de voo. Dano moral. Valor indenizatório. Razoabilidade. 1. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 2. Agravamento regimental a que se nega provimento.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 471.704 – (2014/0024047-8) – 4ª T. – Relª Min. Maria Isabel Gallotti – DJe 04.09.2014 – p. 458)

**Comentário Editorial SÍNTESE**

Trata-se de agravamento regimental contra decisão mediante a qual neguei provimento ao agravamento em recurso especial por aplicar ao caso as Súmulas nºs 282 e 356 do STF e 83 do STJ, bem com por considerar razoável o valor fixado a título de danos morais.

Insistiu a agravante na necessidade de redução do valor indenizatório, ao argumento de que, no caso dos autos, foi fixado em valor exagerado, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, hoje atualizados em mais de R\$ 11.000,00 (onze mil reais).

Postulou, por fim, a reconsideração da decisão agravada, ou, alternativamente, apreciação colegiada do presente recurso.

O STJ negou provimento ao agravamento regimental.

Segundo a doutrina:

“O fato do serviço é a causa objetiva do dano ocasionado ao consumidor em função de defeito na prestação de serviço, isto é, a repercussão do defeito do serviço, causadora de danos na esfera de interesse juridicamente protegido do consumidor.

Responsabilizam-se independentemente da apuração de culpa todos os fornecedores de serviço, quer imediatos como mediatos, solidariamente, pelos danos ocasionados aos consumidores em função de defeito na prestação do serviço ou por incompletude nas informações acerca da segurança na sua execução ou fruição.” (ALVIM, Arruda. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 47)

Irineu Strenger, em estudo elaborado sobre o dano moral, assim nos elucida:

“Quando se fala em dano moral se tem em conta, especialmente, a caracterização do resultado lesivo, considerando-se, como primeiro aspecto, a verificação ou não de um dano, segundo sua concepção genericamente admitida, ou seja, a existência de um ato ilícito punível, vale dizer, identificado com a ofensa ou lesão de um direito ou de um bem jurídico qualquer.

A matéria relacionada com o dano indenizável é bastante ampla e exige, para sua exata compreensão e aplicação, numerosas distinções, às vezes empanadas por variada terminologia que usam os escritores.

O dano moral, por não ter nenhuma vinculação com os valores econômicos ou patrimoniais, não é, por si mesmo, suscetível de apreciação pecuniária, e, por isso, deve ser uma indenização que se traduza numa soma de dinheiro, estabelecida livremente pelos juízes.

O dinheiro se dá não porque o bem lesionado seja suscetível de apreciação pecuniária, como os bens patrimoniais, mas como compensação.

Na verdade, somente a jurisprudência, a ductibilidade de contemplação dos casos concretos e específicos, pode dar um conceito de dano moral que contemple a verdadeira vocação do instituto de assegurar uma justa compensação a todos aqueles que sofreram lesão na situação favorável ou de vantagem que possuíam em relação a determinados bens.

Ressarcir os danos morais, ainda que seja de modo pecuniário, à falta de outro melhor não é materializar os interesses morais, mas, ao contrário, espiritualizar o direito enquanto este não se limita à proteção dos bens econômicos, envolvendo também outros bens não econômicos que são inseparáveis da pessoa humana.

Tenha-se, porém, em conta que a impossibilidade de uma exata valoração do dano moral não deve conduzir à sustentação que sua apreciação pelo juiz será absolutamente arbitrária. Isso conduz à insegurança e à injustiça. Haverá decisões que ascendem a uma soma além do bom-senso e outros valores sem nenhuma transcendência, irrisórios ou puramente simbólicos.

Há quem sustente que no dano moral deve levar-se em conta a condição social e econômica do ofendido. Porém, isso nos leva, em princípio, a subestimar o dano moral dos pobres. Nesse sentido, estamos de acordo com a opinião de que não vale mais a dor dos ricos que a dos pobres, e resulta imoral medir a dor em função do dano patrimonial que se possa ter sofrido. Deve-se, contudo, considerar a personalidade do agente, as circunstâncias condicionantes do delito e a gravidade da falta cometida, atendendo a índole do fato, se culposo ou doloso, o tipo de antijuridicidade, etc. A gravidade da falta para os fins ressarcitórios se mede pelo resultado danoso.

Como contribuição para um entendimento abrangente do dano moral, oferecemos a seguinte definição:

“Chama-se dano moral qualquer ato não patrimonial que faça repercutir na esfera da pessoa física ou jurídica consequências que afetem sua situação social, comunitária, econômica ou familiar, causando danos avaliáveis segundo o grau e extensão de seus efeitos.” (Novo Código Civil – Dano moral. *Juris SÍNTESE*, n. 52, mar./abr. 2005)

#### **2829 – Professor – efetivo exercício por mais de 25 anos – comprovação – benefício devido**

“Previdenciário e processual civil. Professor. Efetivo exercício por mais de 25 anos. Atividade incontroversa. EC 18/1981. Correção da espécie do benefício deferido. Possibilidade. Sentença mantida. 1. A pretensão da autora não visa discutir critério de cálculo ou de revisão do ato concessório, mas sim corrigir a espécie de sua aposentadoria vez que, por claro erro material, a autora foi enquadrada como ferroviária ao invés de professora. A natureza da causa é predominantemente declaratória, não incidindo prazos prescricionais ou decadenciais. 2. O tempo de serviço especial é aquele decorrente de serviços prestados sob condições prejudiciais à saúde ou em atividades com riscos superiores aos normais para o segurado e, cumpridos os requisitos legais, dá direito à aposentadoria especial. As atividades consideradas prejudiciais à saúde foram definidas pela legislação previdenciária, especificamente, pelos Decretos nºs 53.831/1964 e 83.080. 3. De acordo com o art. 41, inciso III, do Decreto nº 83.080/1979 (norma vigente quando da aquisição do direito da autora), o valor da renda mensal inicial da aposentadoria especial era limitado o máximo de 95% do salário de benefício. 4. O INSS concedeu aposentadoria por tempo de serviço à autora, na condição de Ferroviário, com o mesmo coeficiente de cálculo de 95% (fls. 16/17). Assim, não há que se falar em alteração da renda mensal do benefício, mormente porque não houve qualquer prejuízo financeiro. 5. Incontroverso que a demandante exerceu efetivamente a atividade de professora por mais de 25 anos, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional nº 18/1981, correta a sentença que declarou o direito à transformação da espécie do benefício. 6. Remessa oficial não provida.” (TRF 1ª R. – RN 2007.34.00.033787-3/DF – Rel. Juiz Fed. Conv. Cleberon José Rocha – DJe 31.07.2014 – p. 311)

#### **2830 – Servidor público militar – incapacidade parcial – benefício indevido**

“Administrativo. Militar. Reforma. Soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa. Auxílio-invalidez. Pretensões afastadas. Proventos integrais. Direito reconhecido. Nexos de causalidade entre a doença e o exercício do serviço militar. Comprovado. Apelação parcialmente provida. 1. Apelação interposta contra sentença que julgou procedente o pedido de concessão de reforma com remuneração calculada com base no soldo integral correspondente ao grau hierárquico imediato ao que o autor possuía na ativa e do benefício de auxílio-invalidez, previsto no art. 1º da Lei nº 11.421/2006. 2. De acordo com o disposto no art. 110, § 1º, da Lei nº 6.880/1980, o militar da ativa ou da reserva remunerada, julgado incapaz definitivamente em consequência de doença adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes à atividade castrense, será reformado com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa quando, verificada a incapacidade definitiva, for o militar considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho. 3. Hipótese em que, de acordo com as informações prestadas no laudo da perícia médica produzida nos autos, o autor é portador de depressão psicótica recorrente, iniciada após trauma decorrente de desenten-

dimentos com superiores hierárquicos, estando definitivamente incapacitado para o exercício de atividades que exijam atenção e responsabilidade, a exemplo do serviço militar. 4. Em que pese a moléstia apresentada pelo postulante guarde relação de causa e efeito com o serviço militar, não o incapacita definitivamente para o desempenho de todas as atividades laborativas, de modo que sendo a incapacidade total requisito indispensável à concessão da reforma com soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa, não há como se reconhecer a pretensão autoral, ao menos neste tocante. 5. Igualmente afastada a pretensão de concessão do auxílio-invalidez previsto no art. 1º da Lei nº 11.421/2006, por não se encontrar configurada a necessidade de cuidados permanentes de enfermagem ou hospitalização em razão da moléstia apresentada, requisito necessário à concessão do benefício. 6. Reconhecido o direito do autor à reforma com proventos integrais, não se justificando a concessão com proventos proporcionais, esta somente aplicável aos casos em que não configurado o nexo de causalidade entre a doença e o serviço militar (art. 111, I, da Lei nº 6.880/1980), o que não se observa na hipótese dos atos. 7. Indevida a inversão dos ônus da sucumbência, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita. 8. Apelação da União parcialmente provida, para, reformando a sentença recorrida, afastar o pedido de reforma com soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que o autor possuía na ativa, bem como de concessão do benefício de auxílio-invalidez.” (TRF 5ª R. – Ap-Reex 0000424-57.2012.4.05.8500 – (30920/SE) – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira – DJe 21.08.2014 – p. 248)

## Tributário

### 2831 – Ação de consignação em pagamento – IPTU – cobrança por mais de um ente tributante – depósito do valor que o consignante entende devido – admissibilidade – efeitos

“Agravo retido. Ação de consignação em pagamento. Imposto Predial e Territorial Urbano. Exercício de 1998. Art. 164, III, do Código Tributário Nacional (exigência do imposto por mais de um ente tributante). Depósito do valor que o consignante entende devido. Admissibilidade. Inteligência do art. 164, § 1, do diploma já referido. Declaração de extinção da obrigação atinente apenas a quantias depositadas pelo autor. Possibilidade de cobrança de eventual diferença. Agravo desacolhido. Apelação. Julgamento antecipado do pedido. Inadmissibilidade. Cerceamento do direito de produzir provas. Declarada extinta a obrigação, o processo deve prosseguir entre os credores, com observância do procedimento ordinário. Prova pericial emprestada inconclusiva. Necessidade de outra perícia. Sentença anulada. Inteligência do art. 5º, LV, da Constituição Federal e do art. 898 do Código de Processo Civil. Apelo provido.” (TJSP – Ap 9161448-19.2006.8.26.0000 – Santa Isabel – 14ª CDPúb. – Rel. Geraldo Xavier – DJe 25.08.2014 – p. 1754)

### 2832 – Compensação – abatimento de precatório com crédito fiscal – inconstitucionalidade

“Embargos de declaração. ‘Contradição’ inexistente. Execução de sentença. Abatimento de precatório (compensação) com crédito fiscal (art. 100, §§ 9º e 10, da CF/1988). Inconstitucionalidade declarada pelo STF. Embargos não providos. 1. Destinam-se os embargos declaratórios a aclarar eventual obscuridade, resolver eventual contradição (objetiva: intrínseca do julgado) ou suprir eventual omissão do julgado, consoante art. 535 do CPC, de modo que, inócua qualquer das hipóteses que ensejam a oposição deles, a inconformidade do embargante ressoa como manifesta contrariedade à orientação jurídica que se adotou no acórdão, o que consubstancia evidente caráter infringente, a que não se presta a via ora eleita. 2. O STF declarou inconstitucionais os §§ 9º e 10 do art. 100 da CF/1988. 3. Embargos de declaração não providos. 4. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 22 de julho de 2014, para publicação do acórdão.” (TRF 1ª R. – EDcl-AI 0010647-98.2014.4.01.0000 – Rel. Juiz Fed. Rafael Paulo Soares Pinto – DJe 01.08.2014)

### 2833 – Conselho de fiscalização profissional – multa – valor cobrado inferior ao mínimo exigido

“Tributário e processual civil. Conselho de fiscalização profissional. Art. 8º da Lei nº 12.511/2011. Valor cobrado inferior ao mínimo exigido. Multa. Inaplicabilidade. 1. O art. 8º estabelece: ‘Os conse-

lhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente'. 2. O legislador fixou um limite objetivo e específico para os conselhos profissionais ajuizarem as respectivas execuções das anuidades. 3. Tratando-se de multa aplicada pelo conselho é inaplicável o regime do art. 8º da Lei nº 12.514/2011. 4. Apelação a que se dá provimento para determinar o prosseguimento da execução." (TRF 3ª R. – AC 0000905-87.2012.4.03.6103/SP – 4ª T. – Relª Desª Fed. Marli Ferreira – DJe 25.08.2014)

#### **Comentário Editorial SÍNTESE**

O acórdão em comento tratou de execução fiscal ajuizada, em 08.02.2012, com o objetivo de cobrar multa de natureza não tributária (R\$ 1.659,00).

Na ocasião, a r. sentença julgou extinto o processo sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC combinado com o art. 8º da Lei nº 12.514/2011, que assim preceitua:

"Código de Processo Civil:

[...]

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[...]"

e

"Lei nº 12.514/2011:

[...]

Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente."

Em fase de apelação, o Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo pugnou pela reforma da sentença.

Os autos foram então remetidos ao Tribunal Regional da 3ª Região.

Ao julgar, a Desembargadora Federal Marli Ferreira iniciou seu julgamento observando que com a edição da Lei nº 12.514/2011, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, o art. 8º já prevê que os conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, como já citado anteriormente.

Diante de tal preceito, a Nobre Desembargadora entendeu ser inegável que o legislador fixou um limite objetivo e específico para os conselhos profissionais ajuizarem as respectivas execuções das anuidades.

No entanto, outro ponto foi levantado pela Desembargadora, ora julgadora, qual seja, que o crédito decorre de multa aplicada pelo conselho, e, portanto, de rigor a reforma da sentença, pois, tratando-se de cobrança judicial de multa administrativa, o que se entende como sendo inaplicável o regime do art. 8º da Lei nº 12.514/2011, anteriormente citado.

Portanto, no entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, representado neste julgamento pela Ilustríssima Desembargadora Federal Marli Ferreira, deve ser aplicado ao caso vertente o enunciado da Súmula nº 452 do Superior Tribunal de Justiça, que assim disciplina:

"A extinção das ações de pequeno valor é faculdade da Administração Federal, vedada a atuação judicial de ofício."

Assim, diante de todo o exposto, o eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu provimento à apelação para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para prosseguimento da execução.

#### **2834 – Contribuição social – incidência sobre faturamento – ICMS – ISS – inclusão na base de cálculo do PIS/Cofins – legalidade**

"Embargos de declaração. Constitucional. art. 195, I, da Constituição Federal. Contribuição social. Incidência sobre faturamento. ICMS/ISS. Inclusão na base de cálculo da Cofins/PIS. Legalidade. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Efeitos modificativos. Inconformismo com a de-

cisão proferida. 1. O acórdão bem delineou o posicionamento adotado pela eg. Primeira Turma, no sentido de que, diante do disposto no art. 195, I, da Constituição Federal, que autoriza a incidência da contribuição social sobre o faturamento, e da previsão contida no art. 2º das Leis nºs 9.715/1998 e 9.718/1998 e também no art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991, cabível a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS. 2. Inaplicabilidade do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 559937/RS, em sede de repercussão geral, eis que a inconstitucionalidade de parte art. 7º, inciso I, da Lei nº 10.865/2004 importa na exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS-Importação e da Cofins-Importação, não se aplicando ao caso dos autos, que trata da inclusão do referido imposto estadual no cálculo do PIS e da Cofins. 3. De igual forma, inexistente omissão do julgado quanto aos juros de mora. Na fundamentação do voto, expõe-se com clareza que o parcelamento não exclui a incidência de juros, conforme disposto no art. 155-A, § 1º, do CTN, tampouco a suspensão do crédito tributário impede a aplicação dos encargos relativos ao débito (juros e correção monetária), nos moldes do art. 151 do CTN. Apenas quando o contribuinte deposita seu montante integral é que se afasta aqueles acréscimos, sob pena de quebra da isonomia. 4. Não há de prosperar embargos declaratórios com a finalidade de emprestar efeitos modificativos ao julgado quando neste inexistente omissão, contradição ou obscuridade e o embargante limita-se a demonstrar seu inconformismo com o que foi decidido. 5. O tão só propósito de prequestionar, sem a existência, no caso concreto, de quaisquer dos pressupostos elencados no art. 535 do Código de Processo Civil, não constitui razão suficiente para a oposição dos embargos declaratórios, consoante prega a pacífica jurisprudência do STJ e deste Tribunal. Embargos de declaração desprovidos.” (TRF 5ª R. – AC 0000370-66.2013.4.05.8303/01 – (567501/PE) – 1ª T. – Rel. Des. Fed. José Maria de Oliveira Lucena – DJe 31.07.2014 – p. 48)

**2835 – Crime de importação de medicamentos falsificados – grande quantidade – prisão preventiva – requisitos – possibilidade**

“Processual penal. *Habeas corpus*. Crime de importação de medicamentos falsificados. Grande quantidade de medicamentos. Prisão preventiva: Requisitos preenchidos. Descabimento de outras medidas cautelares menos severas. Ordem denegada. 1. *Habeas corpus* impetrado contra ato do Juízo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto/SP, que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva da paciente. 2. Em análise da observância dos requisitos e pressupostos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, para a manutenção da prisão cautelar, verifica-se a presença de ambos. 3. O preenchimento dos requisitos da prova de materialidade e indícios de autoria delitiva imputadas à paciente pode ser extraído da prisão em flagrante, do oferecimento de denúncia em desfavor da paciente e da decisão de recebimento da denúncia. 4. A necessidade da custódia para garantia da ordem pública encontra motivação pertinente na decisão do Juízo *a quo*, considerando-se a internação de grande quantidade de medicamentos falsificados (400 cartelas com 10 comprimidos cada, totalizando 4.000 comprimidos), a evidenciar a potencialidade lesiva a número significativo de pessoas consumidoras. 5. Embora a substância ‘sibutramina’, indicada na embalagem, seja controlada no Brasil, estando relacionada como ‘substância psicotrópica anorexígena’, os medicamentos são falsos, o que representa maior risco à saúde pública. O laudo pericial constatou que o princípio ativo ‘sibutramina’ indicado na embalagem não foi encontrado na composição dos comprimidos, mas sim ‘caféina’ e ‘benzoína’, substâncias não descritas na embalagem. 6. É grande o potencial lesivo dos medicamentos ilegalmente internados pela paciente, dado que os incautos compradores estarão, embora acreditando estar consumindo um determinado medicamento, na verdade ingerindo outras substâncias diversas, com grave risco à saúde individual. 7. A internação de grande número de medicamentos falsificados e sua comercialização indiscriminada representa grave perigo à saúde pública. Cumpre considerar que a paciente, por ocasião do flagrante, afirmou que trabalha como ‘sacoleira’, viajando ao Paraguai semanalmente para comprar produtos e revender em Uberaba/MG. Nesse passo, a prisão cautelar revela-se necessária para fazer cessar a atividade criminosa. 8. Não se entrevê ilegalidade patente, apta a amparar a imediata soltura da paciente, porquanto a motivação apresentada vem embasada em dados concretos, suficientes para a manutenção da custódia cautelar, sendo cediço que simples primariedade, bons antecedentes, residência fixa, por si sós, não impedem a prisão preventiva, quando presentes seus requisitos. Precedentes. 9. É certo que a gravidade do

delito *de per se* não impediria, *a priori*, a concessão do *habeas corpus*, mas as circunstâncias do caso específico, concretamente examinadas, aliadas à fundamentação expendida na decisão que decretou a prisão preventiva, demonstram a necessidade de sua manutenção. 10. Sendo necessária a prisão, descabe falar em outras medidas menos severas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011. 11. Ordem denegada.” (TRF 1ª R. – HC 0002215-36.2014.4.03.0000 – 1ª T. – Juiz Fed. Marcio Mesquita – J. 12.08.2014)

#### **Comentário Editorial SÍNTESE**

O vertente acórdão trata de *habeas corpus* impetrado contra ato da MMª Juíza Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto/SP que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva da paciente.

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante em 22.01.2014 por suposta infração ao art. 273, § 1º, b, inciso I do Código Penal, por transportar 400 cartelas de Sibutramina 15 mg, contendo 10 comprimidos cada, sem registro no competente órgão de vigilância sanitária.

Foi providenciada a juntada das certidões de antecedentes, todas negativas, requerendo a concessão da liberdade provisória, tendo o Ministério Público Federal opinado favoravelmente, e a autoridade impetrada entendido por bem decretar a prisão preventiva da paciente, sob fundamento da gravidade em abstrato do delito.

Ao analisar os requisitos para concessão de liberdade provisória, o Colegiado decidiu manter a prisão preventiva, confirmando a decisão do juízo de primeiro grau, para garantia da ordem pública, considerando que a internação de grande quantidade de medicamentos falsificados evidencia a potencialidade lesiva a um número significativo de pessoas consumidoras.

A prisão cautelar se fez necessária para cessar a atividade criminosa. A primariedade, os bons antecedentes e a residência fixa da ré não foram considerados, por si só, suficientes para impedir a manutenção da prisão preventiva.

Vale trazer trecho do voto do Relator:

“Logo, a internação de grande número de medicamentos falsificados e sua comercialização indiscriminada representa grave perigo à saúde pública. Cumpre considerar que a paciente, por ocasião do flagrante, afirmou que trabalha como ‘sacoleira’, viajando ao Paraguai semanalmente para comprar produtos e revender em Uberaba/MG. Nesse passo, a prisão cautelar revela-se necessária para fazer cessar a atividade criminosa.

E, sendo necessária a prisão, descabe falar em outras medidas menos severas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011.

Portanto, a necessidade da custódia para a garantia da ordem pública está bem delineada.”

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou a ordem.

#### **2836 – Empréstimo compulsório – energia elétrica – juros de mora – termo inicial**

“Tributário. Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Juros de mora. Termo inicial. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Acórdãos que adotam a mesma tese jurídica. Falta de similitude fática. 1. Os embargos de divergência têm por escopo uniformizar a jurisprudência do Tribunal ante a adoção de teses conflitantes pelos seus órgãos fracionários, cabendo ao embargante a comprovação do dissídio pretoriano nos moldes estabelecidos no art. 266, § 1º, combinado com art. 225, §§ 1º e 2º, do RISTJ. 2. No caso em apreço, a embargante não demonstrou a presença de similitude fática nem confronto de teses jurídicas entre os acórdãos em comparação, pois, enquanto os paradigmas discutiram o mérito da questão referente ao termo inicial dos juros moratórios, o aresto embargado registrou não ser possível o provimento do pleito da ora embargante a esse respeito em razão da preclusão e da proibição ao *reformatio in pejus*. 3. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-ED-REsp 841.264 – (2011/0149860-6) – 1ª S. – Rel. Min. Benedito Gonçalves – DJe 21.08.2014 – p. 3195)

#### **2837 – Execução fiscal – massa falida – prescrição – inércia – incorrência**

“Processual civil. Tributário. Execução fiscal. Massa falida. Art. 40 da Lei nº 6.830/1980. LEF. Prescrição. Inércia. Inocorrência. 1. As regras acerca da prescrição são estabelecidas pelo art. 174 do CTN, em obediência ao disposto no art. 146, III, b, da CF, o qual exige lei complementar, não pre-

valecendo, portanto, o disposto no art. 47 do Decreto-Lei nº 7.661/1945. 2. Em relação à prescrição intercorrente, a orientação desta Corte e do STJ é no sentido de que esta, nas execuções fiscais, só ocorrerá se houver, além de lapso temporal de cinco anos, inércia imputável ao credor. 3. No caso, por tratar-se de massa falida não basta apenas que o feito executivo reste paralisado pelo prazo de cinco anos, em decorrência da inércia da Fazenda Pública. Há uma peculiaridade, com a decretação da falência e penhora no rosto dos autos, não há outra providência a ser tomada pela exequente a não ser aguardar o encerramento do processo falimentar. 4. Não restaram cumpridos os requisitos exigidos para a decretação da prescrição intercorrente. Diante disso, não se pode falar em prescrição do crédito exequendo. 5. Estando o processo falimentar em tramitação, resta suspenso o curso da prescrição até que se opere o término da falência.” (TRF 4ª R. – AC 0010912-92.2014.404.9999/RS – 2ª T. – Relª Desª Fed. Luciane Amaral Corrêa Münch – DJe 03.09.2014)

### Comentário Editorial SÍNTESE

Falência, nas palavras do jurista italiano Rocco, “é o efeito do normal funcionamento do crédito, tendo em vista que crédito é a base de expectativa de um pagamento futuro comprometido pelo devedor”.

Desta forma, podemos entender, em outras palavras, que falência é a condição daquele que, tendo recebido uma prestação a crédito, não tenha à disposição para a execução da contra prestação, a que se obrigou, um valor suficiente, realizável para cumprir sua parte.

Ou seja, a falência não deixa de ser uma situação de desequilíbrio entre os valores realizáveis (que o devedor dispõe para pagar) e as prestações exigíveis.

Em um trecho da obra *Pai Grandet*, de Honoré de Balzac: “Falir é praticar a ação mais degradante entre todas que podem desonrar um homem”.

Levando a discussão para uma visão mais jurídica, podemos dizer que a falência é uma organização legal e processual de defesa coletiva dos credores em face da impossibilidade de poder o devedor comum saldar seus compromissos.

Podemos conceituar a falência como um processo de execução coletiva, decretada judicialmente, dos bens do devedor comerciante, ao qual concorrem todos os credores para arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos e saldar o passivo em rateio, observadas as preferências legais.

Estes breves preceitos sobre o instituto da falência se fizeram necessários para adentrarmos o conflito judicial ora comentado, senão vejamos:

Temos aqui, em comento, embargos à execução opostos pela Massa Falida de uma empresa madeireira contra a Execução Fiscal nº 139/1.01.001634-6 que lhe move a Fazenda Nacional, sustentando, em suma, a nulidade da CDA, a prescrição intercorrente, e o descabimento de sua condenação em custas judiciais, por se tratar de massa falida.

Diante dos embargos apresentados pela madeireira, anteriormente demonstrado, sobreveio a sentença, que assim julgou:

“Em face do exposto, julgo procedentes os presentes embargos à execução fiscal, reconhecendo a prescrição (intercorrente) dos créditos, em vista do decurso do prazo ocorrido após o pedido de suspensão do feito, forte no art. 174 do Código Tributário Nacional.

Condeno a embargada ao pagamento dos honorários devidos ao advogado do embargante, que arbitro em R\$ 1.000,00 (mil reais), observados os parâmetros constantes do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, em especial a natureza da causa que não evidenciou dificuldade, o tempo de tramitação, bem como os trabalhos demonstrados pelos profissionais signatários da exordial. Sem custas, eis que é vencida a Fazenda Nacional (art. 39 da LEF).”

Diante da desfavorável decisão, a Fazenda Nacional apelou, e em suas razões sustentou a incorrência da prescrição, por se tratar de execução movida contra massa falida.

Alegou ainda que a sentença que decreta a falência deve ser reconhecida como ato inequívoco que põe em mora o devedor, nos termos do art. 174, parágrafo único, III, do CTN.

Sustentou também que a própria Lei de Falências prevê a suspensão da prescrição no curso do feito falimentar, conforme art. 47 do Decreto-Lei nº 7.661/1945.

Por fim, destacou que o lapso prescricional só pode ser contabilizado a partir do encerramento da falência, e que a falência da executada ainda está em tramitação.

Já em instância superior, coube o eg. Tribunal Regional da 4ª Região julgar o recurso de apelação bem como as contrarrazões de apelação.

E assim, a Nobre Desembargadora Federal Relatora, Luciane Amaral Corrêa Münch, iniciou seu julgamento destacando que cuida-se de falência decretada sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/1945, não se aplicando à hipótese a lei ora vigente. E assim destacou:

“As hipóteses de suspensão e interrupção do prazo prescricional previstas em leis ordinárias não se aplicam ao crédito tributário, em razão do disposto no art. 146, III, b, da CF/1988, segundo o qual a matéria está reservada à lei complementar (CTN, arts. 151 e 174).

Assim, considerando que a execução fiscal independe do andamento da falência (art. 187 do CTN), sendo inaplicável ao caso o art. 47 do Decreto-Lei nº 7.661/45, devendo o cômputo da prescrição seguir as disposições do art. 174 do CTN.”

Nesse sentido, inclusive, embasou sua tese com os julgados adiante transcritos:

“TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PRAZO PRESCRICIONAL – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO POR MEIO DE DECLARAÇÃO DO CONTRIBUINTE – ARTS. 174 DO CTN E 47 DO DL 7.661/1945.

1. Em se tratando de débitos confessados pelo próprio contribuinte, por meio de obrigação acessória tendente a esse fim (DCTF, GFIP, declaração de rendimentos, etc.), dispensa-se a figura do ato formal de lançamento. Considerando que o crédito declarado pelo contribuinte pode ser exigido judicialmente desde já, não há que se falar em decadência e sim em prescrição.

2. O prazo prescricional de cinco anos para a ação de cobrança do crédito tributário (art. 174 do CTN) a partir da data de entrega da declaração pelo contribuinte. Prejudicada a análise de eventual aplicação da Súmula nº 106, do STJ, quando, na propositura do feito executivo, o crédito já estava prescrito.

3. Descabe a aplicação do art. 47 do DL 7.661/1945, pois a execução fiscal independe do andamento da falência (art. 187 do CTN). Face à independência do feito executivo fiscal, as regras acerca da prescrição são estabelecidas pelo art. 174 do CTN.

4. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 4ª R., AC 2000.70.00.018123-9, 1ª T., Rel. Álvaro Eduardo Junqueira, DJ 03.05.2006).”

“EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE – SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL – DECRETAÇÃO DA QUEBRA.

1. O art. 219, § 5º, do CPC, na redação da Lei nº 11.280/2006 não afronta os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. 2. Constituído o crédito tributário pela entrega de declaração, a União tem cinco anos para promover a execução fiscal e citar a Devedora. 2. As causas de interrupção/suspensão da prescrição exigem a edição de lei complementar, consoante determinação do art. 146, III, b, da CF. Consequentemente, não há de se falar em suspensão do trâmite da execução fiscal por força da regra do art. 47 do Decreto-Lei nº 7.661/1945. (TRF 4ª R., AC 1999.71.00.010939-3/RS, Relª Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, 2ª T., DE 30.10.2008 – grifei)

Com o ensinamento exposto nos julgados citados, entendeu a Nobre Desembargadora que a razão não assiste à Fazenda Nacional nesse ponto.

No que tange à ocorrência da prescrição, a respeitável julgadora iniciou suas considerações citando que o § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830/1980, acrescentado pela Lei nº 11.051, de 30.12.2004, permite a decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, com a única condição de ser previamente ouvida a Fazenda Pública, afastando a jurisprudência anterior dos tribunais de que a prescrição intercorrente em matéria tributária não podia ser declarada de ofício.

Lembrou ainda que o art. 40 da Lei nº 6.830/1980 deve ser interpretado em harmonia com o sistema jurídico, não aceitando, assim, que a ação para a cobrança do crédito tributário tenha prazo perpétuo. Logo, tendo sido citado o devedor e havendo inércia do credor por período superior a cinco anos, é de ser declarada a prescrição intercorrente.

Ainda sobre a prescrição intercorrente, destacou que esta Corte e do STJ já profere orientação, no sentido de que esta, nas execuções fiscais, só ocorrerá se houver, além de lapso temporal de cinco anos, inércia imputável ao credor.

E reforçou tal posicionamento citando um julgado desta Corte, senão vejamos:

“TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – EXTINÇÃO.

1. O § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830, de 1980, acrescentado pelo art. 6º da Lei nº 11.051, de 30.12.2004, autoriza a decretação de ofício da prescrição. 2. Transcorridos mais de cinco

anos de paralisação do processo e não havendo causas de suspensão ou interrupção do prazo prescricional, correta a sentença ao decretar a prescrição intercorrente.

3. Apelação desprovida.” (TRF 4ª R., Ap-Reex 2000.04.01.001534-6, 2ª T., Rel. Artur César de Souza, DE 08.06.2011)

Assim entendido, restou que, nos processos em que proferida a sentença na vigência da Lei nº 11.051, de 30.12.2004, cabe apenas observar o cumprimento da indispensável condição. E, mais precisamente neste caso, por tratar-se de massa falida, não basta apenas que o feito executivo reste paralisado pelo prazo de cinco anos, principalmente por decorrência da inércia da Fazenda Pública.

Outra peculiaridade se observa no caso em pauta, de que, com a decretação da falência e penhora no rosto dos autos, não há outra providência a ser tomada pela exequente a não ser aguardar o encerramento do processo falimentar.

E foi mais adiante, ao afirmar que, durante esse lapso de tempo, não se pode exigir algum ato do Fisco no sentido de prosseguir com a execução fiscal, assim, resta suspensa a fluência da prescrição intercorrente até o término da falência.

Assim, não há como se imputar à Fazenda a inércia, requisito indispensável para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

Ressalte-se que a execução foi ajuizada em 1997, para a cobrança de créditos relativos ao imposto sobre o lucro presumido referente ao ano base/exercício de 94/95, e, expedido mandado de citação, foi certificada pelo oficial de justiça a falência da empresa executada.

Quando da intimação para se manifestar, a exequente requereu a citação da ré na pessoa do síndico da massa falida, em 16.12.1997. O síndico veio aos autos a fim de requerer que fosse procedida a penhora no rosto dos autos falimentares.

Na ocasião, a escriturária certificou ter efetuado a averbação da penhora no rosto dos autos falimentares. Intimado para se manifestar, o síndico ratificou o pedido de penhora, em junho de 1999. Somente em agosto de 2005 o juízo impulsionou o feito, intimando a massa falida de que a penhora já havia sido realizada.

No entanto, ao consultarem-se os autos da falência, foi constatado que não havia sido realizada tal diligência, sendo finalmente levada a termo no ano de 2011.

Importante se faz destacar que, a Fazenda, após requerer a citação da ré na pessoa do síndico da massa falida, em 1997, jamais foi intimada para se manifestar e dar impulso ao feito, o que ocorreu somente quando da interposição dos embargos à execução em 2011, ocasião em que restou intimada para oferecer impugnação.

Assim, não há inércia do exequente, visto que a paralisação da execução fiscal não decorreu da desídia da Fazenda Nacional.

Do exposto, se pode depreender que não restaram cumpridos os requisitos exigidos para a decretação da prescrição intercorrente.

Desta feita, verificou a nobre julgadora que não se pode falar em prescrição do crédito exequendo, no caso.

Além disso, o processo falimentar ainda está em tramitação, restando suspenso o curso da prescrição até que se opere o término da falência.

Diante do exposto, decidiu-se pela reforma da sentença, ante a inocorrência da prescrição intercorrente, devendo o feito retornar à origem e permanecer sobrestado até o encerramento da falência.

Prequestionamento:

Por fim, a Nobre Desembargadora Federal Relatora, Luciane Amaral Corrêa Münch, destacou que o enfrentamento das questões apontadas em grau de recurso, bem como a análise da legislação aplicável, são suficientes para prequestionar junto às instâncias superiores os dispositivos que as embasam.

Deixou, então, de aplicar os dispositivos legais tidos como aptos a obter pronunciamento jurisdicional diverso do que até aqui foi declinado. Dessa forma, evita-se a necessidade de oposição de embargos de declaração tão somente para esse fim, o que evidenciaria finalidade procrastinatória do recurso, passível de cominação de multa (art. 538 do CPC).

Assim, diante de todo o exposto, o eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento à apelação.

**2838 – Imunidade – entidade beneficente e de utilidade pública – mandado de segurança – agravo inominado**

“Processual civil. Tributário. Apelação em mandado de segurança. Agravo inominado. Imunidade do art. 150, VI, c, da Constituição Federal. Art. 14 do Código Tributário Nacional. Entidade beneficente e de utilidade pública. Desnecessidade de comprovação da prestação integral de serviços gratuitos. Recurso improvido. 1. Encontra-se sedimentada a jurisprudência, a partir da Suprema Corte, no sentido de que a imunidade invocada abrange não apenas tributos incidentes sobre patrimônio, renda e serviços, como igualmente alcança as operações de importação de bens destinados às finalidades essenciais do ente imune. 2. A impetrante documentalmente demonstrou a condição de entidade beneficente de assistência social em saúde, conforme Atestado de Registro e Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos no CNAS, de 03.11.1994, Certidão de Pedido de Renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social no CNAS, com data de 15 de julho de 2009; certificado emitido pelo Conselho Nacional de Assistência Social Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome acerca do pedido de renovação do certificado de entidade beneficente, de 15.07.2009, cópia do Diário Oficial da União, publicado em 04.02.2009, que informa o deferimento do pedido de renovação Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social da impetrante para os períodos de 01.01.2004 a 31.12.2006 e de 01.01.2007 a 31.12.2009, certidão de entrega de documentos referentes ao pedido de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência – CEBAS, de 04.02.2010, Questionário de Requerimento de Renovação do Certificado de Entidade bem como Certificado Municipal de Assistência Social, de 22.09.2009, com andamento do processo anexo, com último andamento em 29.07.2011, protocolo do pedido de renovação do CEBAS-Saúde junto ao Ministério da Saúde, com data de 06.06.2012, sob o fundamento de ‘realização de projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS, complementados ou não pela prestação de serviços ambulatoriais e/ou de internação hospitalar’, acompanhado de pesquisa de documentos/processos com número de registro do processo administrativo e de requerimento dirigido ao Ministro da Saúde para a concessão da Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social, Certificado Municipal de Assistência Social, de 16.09.2008, Certidão da Prefeitura do Município de São Paulo de que a impetrante é registrada no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de acordo como o ECA, em 13.08.2012, com validade de dois anos, e Declaração da Prefeitura de São Paulo de manutenção do Título de Utilidade Pública Municipal, de 28.11.2011, Certidão de Utilidade Pública Estadual pela Lei Estadual de São Paulo nº 5.766/1960, com data de 06.11.2012, sendo que o respectivo estatuto social, indica o cumprimento dos requisitos do art. 14 do Código Tributário Nacional, fazendo jus, portanto, à imunidade prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal. A importação, por sua vez, refere-se a componente usado na prestação de serviço médico-hospitalar, estando, portanto, condizente com a finalidade estatutária que garante ao impetrante a condição de entidade beneficente e de utilidade pública. 3. A concessão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social exige a comprovação, pelo interessado, da aplicação anual de, pelo menos, 20% da sua receita bruta proveniente da venda de serviços e outras receitas, inclusive financeiras, de locação, de doações, etc., em gratuidade (art. 3º, VI, do Decreto nº 2.536/1998), a demonstrar que a imunidade não depende da comprovação da prestação integral de serviços gratuitos. Assim concluiu, inclusive, o Supremo Tribunal Federal no RE 243.807, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 28.04.2000, em que a Real e Benemérita Sociedade Portuguesa de Beneficência logrou o reconhecimento de sua imunidade, para fins de II e IPI, na importação de bens destinado à prestação de serviço de saúde (‘bolsas para coleta de sangue’). 4. A impetrante protocolizou seu pedido de renovação de certificado de entidade beneficente de assistência social junto ao Conselho Nacional de Assistência Social do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome em 22.09.2012, portanto, dentro da validade do certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social para o período de 01.01.2007 a 31.12.2009, considerado o interregno previsto na Lei nº 8.212/1991, em seu art. 55, II. 5. Não se permite concluir que deveria cumprir o prazo antecipatório semestral ao vencimento do certificado, como dispõe a redação original do § 1º do art. 24 da Lei nº 12.101/2009, o que seria impossível de concretizar, pois vencendo em 31.12.2009, a referida lei foi publicada e passou a vigorar somente em 30.11.2009. 6. Improcedente o argumento da intempestividade do certificado de fins assistenciais, porquanto reconhecida, ainda que *a posteriori*, a regularidade da renovação com antecipação

ao vencimento do certificado, diante da novel redação do § 1º do art. 24 da Lei nº 12.101/2009 que permite o protocolo em todo o período de 360 dias que antecede o termo final de validade do certificado. 7. A compra do produto importado foi concretizada em 4 de setembro de 2012, sendo declarada pela importadora, Varian Medical Systems Brasil, a fabricação do equipamento, para posterior embarque, em 13 de dezembro do mesmo ano, de modo que acobertada pela certificação de entidade beneficente para fins da isenção prevista nos arts. 150, VI, c, e 195, § 7º, da Constituição Federal. 8. Agravo inominado improvido.” (TRF 3ª R. – Ag-Ap-RN 0000090-50.2013.4.03.6105/SP – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Carlos Muta – DJe 22.07.2014)

#### **Transcrição Editorial SÍNTESE**

Lei nº 12.101/2009:

“Art. 24. Os Ministérios referidos no art. 21 deverão zelar pelo cumprimento das condições que ensejaram a certificação da entidade como beneficente de assistência social, cabendo-lhes confirmar que tais exigências estão sendo atendidas por ocasião da apreciação do pedido de renovação da certificação.

§ 1º Será considerado tempestivo o requerimento de renovação da certificação protocolado no decorrer dos 360 (trezentos e sessenta) dias que antecedem o termo final de validade do certificado. (Redação dada pela Lei nº 12.868, de 2013)”

#### **2839 – IR – pessoa jurídica – CSLL – base de cálculo reduzida – prestadora de serviços hospitalares – conceito – elastecimento – fatos geradores – análise**

“Recurso especial. Tributário. Lei nº 9.249/1995. IRPJ e CSLL com base de cálculo reduzida. Condição da prestadora de ‘serviços hospitalares’ após o advento do art. 29 da Lei nº 11.727/2008. Necessidade legal da constituição sob a forma de sociedade empresária. 1. Este Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp 1.116.399/BA, 1ª S., Rel. Min. Benedito Gonçalves, Julgado em 28.10.2009) entendeu por elastecer o conceito de ‘serviços hospitalares’ previsto no art. 15, § 1º, III, a, da Lei nº 9.249/1995, para abranger também serviços não prestados no interior do estabelecimento hospitalar e que não impliquem em manutenção de estrutura para internação de pacientes. 2. No entanto, para os fatos geradores ocorridos após a produção de efeitos do art. 29 da Lei nº 11.727/2008 (a partir de 01.01.2009, art. 41, VI, da Lei nº 11.727/2008), devem ser prestigiadas as alterações efetuadas no art. 15, § 1º, III, a, da Lei nº 9.249/1995, a saber: a exigência da constituição da prestadora de serviços sob a forma de sociedade empresária. Precedente: REsp 1.369.763/RS, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Julgado em 18.06.2013. 3. Recurso especial não provido.” (STJ – REsp 1.449.067 – (2014/0086956-3) – 2ª T. – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – DJe 22.08.2014 – p. 1022)

#### **Comentário Editorial SÍNTESE**

No acórdão que passamos a comentar, a recorrente apresenta seus argumentos, na forma que se segue:

- a) Alega que houve violação aos arts. 15, § 1º, III, a, da Lei nº 9.249/1995 e art. 966, parágrafo único, do CC/2002.
- b) Afirma ser desnecessário que a empresa tenha a forma de sociedade empresária para poder usufruir do benefício da alíquota reduzida de IRPJ e CSLL mesmo a partir da vigência do art. 29 da Lei nº 11.727/2008.
- c) Sustenta que a exigência do registro formal na junta comercial (sociedade empresária) para o gozo da isenção viola a equidade, pois não abarca as sociedades simples que são registradas no cartório de títulos e documentos, mas que possuem estrutura empresarial.
- d) Propõe que mesmo após o advento da nova lei o benefício seja interpretado de forma objetiva e não em relação à condição do sujeito passivo.
- e) Pede seu enquadramento na condição de prestadora de serviços hospitalares mesmo após a vigência da Lei nº 11.727/2008.
- f) Pleiteia demonstrar o dissídio.

Na origem, o recurso foi regularmente admitido.

Ao julgar, o Nobre Ministro Relator Mauro Campbell Marques conheceu do recurso em relação ao art. 15, III, a, da Lei nº 9.249/1995 e art. 966, parágrafo único, do CC/2002, conforme a seguir transcritos:

“Lei nº 9.249/1995:

[...]

Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. (Vide Lei nº 11.119, de 2005) (Vide Medida Provisória nº 627, de 2013) (Vigência)

[...]

III – trinta e dois por cento, para as atividades de: (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares e de auxílio diagnóstico e terapia, patologia clínica, imagenologia, anatomia patológica e citopatologia, medicina nuclear e análises e patologias clínicas, desde que a prestadora destes serviços seja organizada sob a forma de sociedade empresária e atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa; (Redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008)”

e;

“Código Civil (2002):

[...]

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

Quanto ao dissídio, o d. Relator o considerou prejudicado.

Ao analisar o mérito, o Ministro Relator Mauro Campbell Marques entendeu por elastecer o conceito de “serviços hospitalares” previsto no art. 15, § 1º, III, a, da Lei nº 9.249/1995, para abranger também serviços não prestados no interior do estabelecimento hospitalar e que não impliquem em manutenção de estrutura para internação de pacientes.

Optou-se por uma conceituação objetiva que abrange as atividades de natureza hospitalar essenciais à população, independente da existência de estrutura para internação, excluídas somente as consultas realizadas por profissionais liberais.

Importante ressaltar que, no mesmo precedente, fixou-se que a tributação com a base de cálculo reduzida deve considerar a receita proveniente de cada atividade específica, na forma do § 2º do art. 15 da Lei nº 9.249/1995, ao invés da receita bruta total da empresa.

Diante de tal fato, citou ementa que segue:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – VIOLAÇÃO AOS ARTS. 535 e 468 DO CPC – VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS – LEI Nº 9.249/1995 – IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA – DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO ‘SERVIÇOS HOSPITALARES’ – INTERPRETAÇÃO OBJETIVA – DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO – ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO – RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a forma de interpretação da expressão ‘serviços hospitalares’ prevista na Lei nº 9.249/1995, para fins de obtenção da redução de alíquota do IRPJ e da CSLL. Discute-se a possibilidade de, a despeito da generalidade da expressão contida na lei, poder-se restringir o benefício fiscal, incluindo no conceito de ‘serviços hospitalares’ apenas aqueles estabelecimentos destinados ao atendimento global ao paciente, mediante internação e assistência médica integral.

2. Por ocasião do julgamento do REsp 951.251/PR, da relatoria do eminente Ministro Castro Meira, a 1ª Seção, modificando a orientação anterior, decidiu que, para fins do pagamento dos tributos com as alíquotas reduzidas, a expressão ‘serviços hospitalares’, constante do art. 15, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.249/1995, deve ser interpretada de forma objetiva (ou seja, sob a perspectiva da atividade realizada pelo contribuinte), porquanto a lei, ao conceder o benefício fiscal, não considerou a característica ou a estrutura do contribuinte em si (critério subjetivo), mas a natureza do próprio serviço prestado (assistência à saúde). Na mesma oportunidade, ficou consignado que os regulamentos emanados da Receita Federal referentes aos dispositivos

legais acima mencionados não poderiam exigir que os contribuintes cumprissem requisitos não previstos em lei (a exemplo da necessidade de manter estrutura que permita a internação de pacientes) para a obtenção do benefício. Daí a conclusão de que 'a dispensa da capacidade de internação hospitalar tem supedâneo diretamente na Lei nº 9.249/1995, pelo que se mostra irrelevante para tal intento as disposições constantes em atos regulamentares'.

3. Assim, devem ser considerados serviços hospitalares 'aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde', de sorte que, 'em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos'.

4. Ressalva de que as modificações introduzidas pela Lei nº 11.727/2008 não se aplicam às demandas decididas anteriormente à sua vigência, bem como de que a redução de alíquota prevista na Lei nº 9.249/1995 não se refere a toda a receita bruta da empresa contribuinte genericamente considerada, mas sim àquela parcela da receita proveniente unicamente da atividade específica sujeita ao benefício fiscal, desenvolvida pelo contribuinte, nos exatos termos do § 2º do art. 15 da Lei nº 9.249/1995.

5. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que a empresa recorrida presta serviços médicos laboratoriais (fl. 389), atividade diretamente ligada à promoção da saúde, que demanda maquinário específico, podendo ser realizada em ambientes hospitalares ou similares, não se assemelhando a simples consultas médicas, motivo pelo qual, segundo o novel entendimento desta Corte, faz jus ao benefício em discussão (incidência dos percentuais de 8% (oito por cento), no caso do IRPJ, e de 12% (doze por cento), no caso de CSLL, sobre a receita bruta auferida pela atividade específica de prestação de serviços médicos laboratoriais).

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao Superior Tribunal de Justiça regime do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 8/STJ.

7. Recurso especial não provido (REsp 1.116.399/BA, 1ª S., Rel. Min. Benedito Gonçalves, Julgado em 28.10.2009)."

No entanto, destaca-se que tal entendimento foi firmado por sobre fatos geradores ocorridos antes da produção de efeitos do art. 29 da Lei nº 11.727/2008 (produção de efeitos a partir de 01.01.2009 – art. 41, VI, da Lei nº 11.727/2008), que operou fortes alterações no art. 15, § 1º, III, a, da Lei nº 9.249/1995, adiante transcrito:

"Lei nº 9.249/1995:

[...]

Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. (Vide Lei nº 11.119, de 2005)

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

[...]

III – trinta e dois por cento, para as atividades de: (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares e de auxílio diagnóstico e terapia, patologia clínica, imagenologia, anatomia patológica e citopatologia, medicina nuclear e análises e patologias clínicas, desde que a prestadora destes serviços seja organizada sob a forma de sociedade empresária e atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa; (Redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008)

[...]

Art. 20. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, devida pelas pessoas jurídicas que efetuarem o pagamento mensal a que se referem os arts. 27 e 29 a 34 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, e pelas pessoas jurídicas desobrigadas de escrituração contábil, corresponderá a doze por cento da receita bruta, na forma definida na legislação vigente, auferida em cada mês do ano-calendário, exceto para as pessoas jurídicas que exerçam as atividades a que se refere o inciso III do § 1º do art. 15, cujo percentual corresponderá a trinta e dois por cento. (Redação dada Lei nº 10.684, de 2003) (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004) (Vide Lei nº 11.119, de 2005)"

[...]

Diante de tais preceitos, o eg. Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que é explícita para o gozo da alíquota reduzida a exigência de que a sociedade que presta serviços

hospitalares esteja organizada sob a forma de sociedade empresária e não sob a forma de sociedade simples, ou sob qualquer outra forma, como quer a recorrente.

Reforçou ainda o Nobre Ministro Relator, que a lei é expressa ao visar à forma de constituição da sociedade e não seu conteúdo.

Neste sentido, o Ministro destacou que os argumentos da recorrente caminham todos no sentido de prestigiar o conteúdo em detrimento da forma, coisa que a lei claramente não o fez. Sendo assim, sob essa ótica, não fazendo *juz* ao que pleiteia.

Tanto que citou como parâmetro para seu entendimento posicionamento desta mesma 2ª Turma recurso especial:

“PROCESSUAL CIVIL – CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA Nº 282/STF – LEI Nº 9.249/1995 – IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA – CONDIÇÃO DA PRESTADORA DE ‘SERVIÇOS HOSPITALARES’ APÓS O ADVENTO DO ART. 29 DA LEI Nº 11.727/2008 – NECESSIDADE LEGAL DA CONSTITUIÇÃO SOB A FORMA DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. A discussão a respeito da violação aos arts. 97, II, § 1º, 99, 108, IV e 111 do CTN, assume no presente caso cunho constitucional na medida em que calcada na tese de que o art. 29 da Lei nº 11.727/2008 invadiu campo reservado a lei complementar e que foi ferido o princípio da isonomia. Sendo assim, não é cognoscível em sede de recurso especial. Além disso, os referidos dispositivos legais não foram prequestionados na origem, o que também atrai a incidência da Súmula nº 282/STF: ‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada’.

3. Este Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp 1.116.399/BA, 1ª S., Rel. Min. Benedito Gonçalves, Julgado em 28.10.2009) entendeu por elastecer o conceito de ‘serviços hospitalares’ previsto no art. 15, § 1º, III, *a*, da Lei nº 9.249/1995, para abranger também serviços não prestados no interior do estabelecimento hospitalar e que não impliquem em manutenção de estrutura para internação de pacientes.

4. No entanto, para os fatos geradores ocorridos após a produção de efeitos do art. 29 da Lei nº 11.727/2008 (a partir de 01.01.2009 – art. 41, VI, da Lei nº 11.727/2008), devem ser prestigiadas as alterações efetuadas no art. 15, § 1º, III, *a*, da Lei nº 9.249/1995, a saber: a exigência da constituição da prestadora de serviços sob a forma de sociedade empresária.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.” (REsp 1.369.763/RS, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Julgado em 18.06.2013)

Diante de todo o explanado, o Nobre Ministro Relator Mauro Campbell Marques, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, negou provimento ao presente recurso especial.

#### **2840 – Sonegação de contribuição previdenciária – materialidade – autoria – demonstração**

“Apelação criminal. Penal e processual penal. Sonegação de contribuição previdenciária. Art. 337-A do Código Penal. Inépcia da denúncia não verificada. Presentes os requisitos do art. 41 do CPP. Materialidade, autoria e dolo demonstrados. 1. Não é o caso de declarar a inépcia da denúncia na hipótese, em que a exordial acusatória narra detalhadamente o fato criminoso e as suas circunstâncias, identificando o acusado e o tipo penal a ele imputado, além de arrolar as testemunhas a serem inquiridas. *In casu*, portanto, a peça acusatória descreveu os fatos delituosos imputados ao acusado com observância do art. 41 do Código de Processo Penal. Ademais, o réu deve se defender dos fatos a ele imputados e não da capitulação legal, de maneira que inexistente qualquer nulidade a ser pronunciada. 2. A materialidade delitiva restou demonstrada robustamente. Apurou-se, no bojo do procedimento administrativo fiscal, que a Empresa Brasileiro & AMP; Associados Consultoria Empresarial SC Ltda. deixou de informar nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP, bem como de promover o recolhimento das correspondentes contribuições previdenciárias (quota patronal) referentes a remunerações e retribuições pagas e/ou creditadas aos administradores, autônomos e demais pessoas físicas que prestaram serviços à empresa sem vínculo empregatício. 3. Mediante tal conduta, o réu, na condição de responsável pela administração da sociedade empre-

sária, logrou suprimir R\$ 386.535,32 em tributos, no período de janeiro de 1999 a fevereiro de 2002. 4. A autoria restou incontroversa. Em seu interrogatório, o acusado não nega que fosse o responsável pela administração da empresa, o que foi corroborado pela prova testemunhal produzida, inclusive pela defesa. Sendo assim, o acusado, responsável pela administração da empresa, não há como se afastar a conclusão de que, dentre suas responsabilidades, se inclui o dever de promover o regular recolhimento das contribuições previdenciárias, informando à Previdência Social os pagamentos efetuados aos seus administradores, prestadores de serviço sem vínculo empregatício e autônomos. 5. O dolo do tipo penal descrito no art. 337-A do Código Penal é genérico, bastando, para a tipicidade da conduta, que o sujeito queira suprimir ou reduzir tributos, consubstanciado o elemento subjetivo em uma ação ou omissão voltada a este propósito. 6. Na primeira fase da dosimetria, a pena-base comporta exasperação. As consequências do crime (art. 59 do Código Penal) devem ser valoradas negativamente, pois, conquanto o dano causado aos cofres públicos – aí se incluindo toda a coletividade – seja ínsito à própria objetividade jurídica da figura típica inserta no tipo penal, o valor global das contribuições suprimidas (fl. 18) é considerável, na ordem de quase R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), o que gera grave dano à coletividade, bem como coloca a sociedade empresária administrada pelo acusado em situação de indevida vantagem perante os demais agentes (pessoas jurídicas de direito privado) que atuam no mesmo ramo de atividade econômica. 7. Pena-base fixada em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. 8. Inexistem agravantes ou atenuantes. 9. Embora presente a continuidade delitiva, descabe aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 71 do Código Penal, diante da inexistência de recurso neste sentido. 10. Pena definitivamente fixada em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. 11. Pena de multa fixada em consonância com o sistema trifásico de dosimetria da pena em 11 (onze) dias-multa. 12. Mantido o valor unitário do dia-multa. 13. A pena pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade deve ser fixada de maneira a garantir a proporcionalidade entre a reprimenda substituída e as condições econômicas do condenado, além do dano a ser reparado. Ademais, não se deve olvidar que, nos termos do § 1º do art. 45 do Código Penal, ‘o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários’. 14. Pena pecuniária majorada para trinta salários-mínimos, em vigor à época do pagamento. 15. Preliminar rejeitada. 16. Apelo da defesa desprovido. 17. Recurso ministerial provido parcialmente. 18. Pena pecuniária destinada, de ofício, à União.” (TRF 3ª R. – ACr 0005373-35.2004.4.03.6181/SP – 11ª T. – Rel. Des. Fed. José Lunardelli – DJe 05.08.2014)

# Individualismo Normativo e o Direito<sup>1</sup>

DIETMAR VON DER PFORDTEN

Professor de Direito e Filosofia Sociais na Universidade de Göttingen.

**RESUMO:** Este estudo desenvolve o princípio do individualismo normativo no que concerne ao direito. Primeiramente, será determinado o que se deve entender por “individualismo normativo”. Em seguida, apresentar-se-á um esboço de como este princípio se realiza no Direito alemão e, por fim, justificar-se-á por que ele é o núcleo da ética do direito e da ética política.

**PALAVRAS-CHAVE:** Individualismo normativo; coletivismo; interesse; indivíduo; direito.

**ZUSAMMENFASSUNG:** Der Beitrag entfaltet das Prinzip des normativen Individualismus im Hinblick auf das Recht. Dazu wird zunächst präziser bestimmt, was unter diesem Prinzip zu verstehen ist. Anschließend wird skizziert, wie es sich im deutschen Recht realisiert hat und schließlich wird begründet, warum es legitimer Kern der Rechtsethik und politischen Ethik ist.

**STICHWÖRTER:** Normativer individualismus; kollektivismus; interesse; individuum; recht.

**SUMÁRIO:** Introdução; I – Determinação do individualismo normativo; 1 Individualismo normativo e coletivismo normativo; 2 Delimitação negativa do individualismo normativo; 3 A característica determinante dos indivíduos para a justificação; II – Um esboço do individualismo normativo no Direito alemão; 1 Aspectos do individualismo normativo na lei fundamental alemã; 2 Aspectos do individualismo normativo no direito civil; III – A justificação do individualismo normativo; 1 Afastamento da vontade de agir e da execução da ação; 2 Discrepância entre a execução da ação e o interesse de agir; 3 Reação adequada à exigência de fato de justificação; 4 Exclusão da comunidade de representação; Referências.

## INTRODUÇÃO

Em última instância, política e direito devem ser justificados somente com referência aos indivíduos afetados por suas ações – assim prescreve o princípio do individualismo normativo<sup>2</sup>. O individualismo normativo ou o humanismo é

---

1 O texto corresponde a uma palestra proferida pelo Professor Dietmar von der Pfordten, no Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, em Belém/PA, em agosto de 2013. Trata-se de uma versão do texto publicado originalmente sob o título “Normativer Individualismus und das Recht”, publicado em “Juristen Zeitung 22 (2005), p. 1069-1080”. Tradutor: Saulo Monteiro de Matos.

2 Para as primeiras tentativas de uma análise do individualismo normativo: *Dietmar von der Pfordten*, *Rechtsethische Rechtfertigung – material oder prozedural?*, in: *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung*, von Schulz (Org.), 2000, p. 17-44; *Dietmar von der Pfordten*, in: *Zeitschrift für Philosophische Forschung (ZfphF)* 54 (2000), p. 491-513; *Dietmar von der Pfordten*, *Rechtsethik*, 2001, p. 281-292; *Dietmar von der Pfordten*, *ZfphF* 58 (2004), p. 321-346. Agradeço ao Dr. Lorenz Kähler, Dr. Peter Unruh, à assistente Friederike Wapler e ao Sr. Sebastian Zapf pelo auxílio, sobretudo, com respeito à segunda parte deste artigo.

o fundamento do moderno Estado Democrático de Direito e constitucional. As suas concretizações mais básicas são o reconhecimento dos direitos humanos e a legitimação democrática do poder político. O individualismo normativo serve também de base à maioria das teorias modernas da filosofia política e da filosofia do direito, como, por exemplo, às teorias contratualistas modernas e contemporâneas, tais como, as teorias de Hobbes, Locke, Kant e Rawls, assim como para o utilitarismo e as teorias dos direitos, como as de Nozick e Dworkin. Política e Direito, assim como filosofia política e filosofia do direito, são mutuamente influenciadas e justificadas pelo individualismo normativo.

## I – DETERMINAÇÃO DO INDIVIDUALISMO NORMATIVO

O pensamento central do individualismo normativo recebeu diversas denominações ao longo da história, a saber: “humanismo”, “individualismo legitimatório”, “posição de sujeito do ser humano”, “subjetivismo”, “autodeterminação”, “autonomia”, “individualidade”, “valor do indivíduo”, “liberdade”, “pessoa”, “cooperação” e “democracia”<sup>3</sup>. A denominação não importa. Decisivo é a congruência do núcleo da interpretação. De maneira mais precisa, a tese central do individualismo normativo pode ser assim formulada: “Todas as decisões políticas e jurídicas possuem a sua justificação última exclusivamente em um tipo específico de referência aos indivíduos, i.e., seres humanos afetados pela respectiva decisão – deixando-se, por ora, outras formas de vida fora da análise”<sup>4</sup>. Dessa forma, os indivíduos não só limitam o domínio político. Muito mais, todo domínio só pode ser legitimado por meio da referência final aos seres humanos afetados e deve possuir exclusivamente estes como fim último.

### 1 INDIVIDUALISMO NORMATIVO E COLETIVISMO NORMATIVO

Como contraposto ao individualismo normativo, pode-se formular o princípio do coletivismo normativo. Ele aduz:

As decisões políticas e jurídicas podem possuir a sua derradeira justificação com referência a uma *coletividade* (e.g., Estado, nação, povo, raça, etnia, sociedade,

3 Acerca do “individualismo legitimatório”: Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999, p. 45 ss. Sobre a “posição de sujeito do ser humano”: Schmidt-Abmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. ed., 2004, 1 III 2, Rn. 21. Sobre o “subjetivismo”: Trapp, “Nicht-klassischer” Utilitarismus, 1988, p. 304, 310 ss.; v. Kutschera, *Grundlagen der Ethik*, 2. ed., 1999, p. 59, 121 ss. Acerca de “autodeterminação”: Gerhardt, *Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität*, 1999; \_\_\_\_\_, *Individualität. Das Element der Welt*, 2000, p. 155 ss. Acerca de “autonomia”: Beauchamp/Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 5. ed., 2001, p. 57 ss.; Schneewind, *The Invention of Autonomy*, 1998; Feinberg, *Harm to Self*, 1986, p. 27 ss.; Unruh, *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes*, 2002, p. 7. Sobre “valor do indivíduo”: Hastedt, *Der Wert des Einzelnen. Eine Verteidigung des Individualismus*, 1998. Acerca de “liberdade”: Hayek, *The Constitution of Liberty*, 1960; Henke, *Recht und Staat*, 1988, p. 7 ss. Sobre “cooperação”: Nida-Rümelin, *Demokratie als Kooperation*, 1999, p. 162 ss.

4 Caso os animais sejam incluídos na reflexão ética, então, eles precisariam ser levados em consideração no momento das decisões políticas e jurídicas.

economia, comunidade de falantes da língua, do direito ou de uma determinada cultura, a vizinhança, o contexto funcional etc.), a qual transfere legitimidade política e jurídica para as decisões.

Destarte, o argumento do coletivismo normativo é que, ao menos em última instância, a justificação de decisões políticas e jurídicas particulares não necessita ser conduzida aos seres humanos afetados pelas mesmas para ser considerada legítima, mas, sim, apenas às coletividades com fim em si mesmo. Versões mais fortes do coletivismo normativo defendem até mesmo a ideia de que *todas* ou ao menos *as principais* decisões políticas devem ser justificadas com referência final ao coletivo. O nacional-socialismo e o comunismo eram, conseqüentemente, ideologias coletivistas.

As duas posições, a do individualismo normativo e a do coletivismo normativo, são apenas *opostas*. Ou seja, elas não excluem outras possibilidades de justificação da política e do Direito. Imagináveis seriam justificações religioso-transcendentais (*transzendent-religiöse*) ou jusnaturalístico-naturalistas (*naturalistisch-naturrechtliche*). Estas formas de justificação perderam, contudo, a sua força geral argumentativa na modernidade em razão das suas aspirações metafísicas. Elas não podem mais ser consideradas como obrigatórias ante os membros de diferentes comunidades religiosas ou os defensores de diferentes convicções metafísicas. No campo da imanência, apenas o individualismo normativo pode, portanto, justificar decisões políticas e jurídicas.

Da forma como as teses do individualismo normativo e do coletivismo normativo foram formuladas, não há possibilidade de conciliação entre as duas. Do ponto de vista normativo, isto faz sentido. Do ponto de vista descritivo, isto só seria realista, caso as justificativas éticas ou os ordenamentos normativos se baseassem apenas em uma assertiva ou em algumas assertivas relacionadas rigorosamente de forma lógico-dedutiva. Isto claramente não ocorre no caso de teorias políticas complexas e sistemas jurídicos. Conseqüentemente, estes podem apresentar partes normativas individualistas e outras coletivistas, o que implica possivelmente problemas de coerência interna. Por exemplo, a filosofia política de *Thomas Hobbes* pode ser compreendida como individualista-normativa no que concerne ao ponto de partida do contrato social. Todavia, a partir do estabelecimento do *Leviathan* estatal, poucas medidas são tomadas em consideração aos indivíduos, como, por exemplo, a ausência de eleições periódicas. Dessa forma, a teoria de *Hobbes* como um todo só pode ser parcialmente qualificada como individualista-normativa.

## 2 DELIMITAÇÃO NEGATIVA DO INDIVIDUALISMO NORMATIVO

O individualismo normativo pode ser caracterizado de forma negativa:

(1) O princípio do individualismo normativo é naturalmente conciliável com o reconhecimento do fato de que indivíduos vivem, *de fato*, frequentemente em comunidades, como em casais, famílias, vizinhanças, paróquias, ou seja, de forma social ou coletiva. Nenhuma ética realista pode colocar tal fato em questão. Porém, é necessário diferenciar claramente entre o fato do viver em sociedade e a justificação normativa do direito e da política.

(2) Ademais, é importante salientar que o individualismo normativo ou uma posição humanista-normativa *não* deve ser confundido com *uma teoria libertária*, como defendem *Robert Nozick* ou *David Gauthier*<sup>5</sup>. A restrição do domínio político e da regulamentação jurídica ao resultado de um processo factual de coordenação, a partir do emprego do método da mão invisível, não pode ser justificada com base no individualismo normativo. Pois, neste caso, os indivíduos seriam obrigados a tolerar resultados desse processo que não levam em conta minimamente os seus interesses – tais como a carência de meios de transporte, a educação, os fomentos para a cultura, etc.

O individualismo normativo não deve ser tampouco confundido com a restrição total da tarefa do poder político no sentido de proibir o uso da força<sup>6</sup> e de danos<sup>7</sup> por outros poderes. A doutrina liberal é clara com relação à proibição de violações de direitos humanos, como vida, integridade corporal, liberdade e propriedade. Todavia, *e.g.*, a tributação para fins de projetos comuns, os quais só podem ser realizados coletivamente, não viola o princípio básico do individualismo normativo.

(3) O individualismo normativo *não* implica *egoísmo psicológico ou ético*. Ele parte, ao revés, da assunção de que os indivíduos possuem frequentemente também desejos altruístas e objetivos idealizados. Porém, estes não se tornam verdades absolutas, mas, sim, interesses e representações individuais na formação da comunidade política. O individualismo normativo não fomenta tampouco o egoísmo, porquanto não é claro como um tal egoísmo deveria se comportar no caso do interesse duradouro, racional e abrangente dos indivíduos.

(4) O individualismo normativo *não* implica também *relativismo* da justificação ética. As propensões, os desejos, as necessidades e os objetivos individuais, os quais formam o seu fundamento, são, de fato, dependentes da vontade das pessoas afetadas pela ação política. Porém, por um lado, existem necessidades humanas fundamentais, das quais ninguém pode prescindir, como, por exemplo, oxigênio, água e alimentação. Por outro lado, é imperioso aceitar

---

5 *Nozick*, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, p. 18, 26 ss.; *Gauthier*, *Morals by Agreement*, 1986.

6 *Hayek*, *Individualism and Economic Order*, 1948, p. 17. No seu "The Constitution of Liberty" (Nota 3), *Hayek* acrescenta ainda a fraude e o engano.

7 *Mill*, *On Liberty*, 1978, p. 9.

que, ao menos, pode-se encontrar relativamente um limite objetivo da melhor solução no caso de interesses conflitantes.

(5) Finalmente, o individualismo normativo não deve ser confundido com *teorias contratualistas*. As teorias contratualistas foram, de fato, historicamente uma expressão fundamental do individualismo normativo. Todavia, o utilitarismo e algumas teorias jusnaturalistas do direito partem do indivíduo e são, portanto – ao menos até um certo grau –, teorias individualista-normativas. As teorias contratualistas consistem em um modelo, a dizer, uma concretização do individualismo normativo, segundo o qual aquilo que foi anteriormente colocado como pressuposto se torna resultado de um contrato hipotético. Destarte, pode ser, de fato, relevante refletir acerca dos pressupostos do individualismo normativo como fundamento do contrato hipotético.

(6) O ponto de partida do individualismo normativo, como justificação do agir político, não exclui que ações coletivas no interesse das pessoas afetadas e fins coletivos, como, e.g., patriotismo, bem comum ou igualdade, sejam alvejados. Ele é conciliável, portanto, com um comunitarismo moderado. Dessa forma, o individualismo normativo se coloca, em interesse dos indivíduos, contra, por exemplo, um projeto de isolamento ou de segregação, como no caso da construção de blocos de moradia anônimos, sem infraestrutura, fora da cidade. Ele pode, destarte, apoiar o casamento, a família e a união entre pessoas, mais do que até o momento. Ele pode também naturalmente apoiar as comunidades. Todavia, todos os fins coletivos precisam ser analisados, em última análise, a partir dos interesses das pessoas afetadas. Eles não possuem, pois, um caráter de fim em si mesmo.

### 3 A CARACTERÍSTICA DETERMINANTE DOS INDIVÍDUOS PARA A JUSTIFICAÇÃO

Para a concretização do individualismo normativo, é preciso analisar ainda qual *característica* dos indivíduos é determinante para a justificação das ações políticas. Para tanto, há inúmeras sugestões: busca pela autopreservação (*Hobbes*<sup>8</sup>), consentimento tático (*Locke*<sup>9</sup>), vontade, arbítrio (*Rousseau*, *Kant*<sup>10</sup>), prazer e sofrimento, satisfação de interesses (*Bentham*, *Mill*, utilitarismo<sup>11</sup>), direitos (*Nozick*, *Dworkin*<sup>12</sup>), necessidades (*Apel*<sup>13</sup>), liberdades (v. *Hayek*<sup>14</sup>), inte-

8 *Hobbes*, *Leviathan*, 1991, cap. XVII, p. 117.

9 *Locke*, *Two Treatises of Government*, 1988, sec. Treat., § 95, p. 330.

10 *Rousseau*, *Du contrat social*, 1992, livro 2, cap. 3, p. 54; *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1986, § B, p. 38.

11 *Bentham*, *The principles of Morals and Legislation*, 1988, cap. I 1, p. 1; *Mill*, *Utilitarianism*, 1998.

12 *Nozick* (nota 5), p. IX; *Dworkin*, *Taking rights seriously*, 1977, p. 184 ss.

13 *Apel*, *Transformation der Philosophie II*, 1973, p. 425.

14 *Hayke* (nota 3), passim.

resses (Höffe, Hoerster, Patzig<sup>15</sup>), preferências (Arrow, Gauthier<sup>16</sup>), habilidades (Sen<sup>17</sup>), aceitação ou justificação fictícia (Scalon, Koller<sup>18</sup>), totalidade dos julgamentos político-individuais (Nida-Rümelin<sup>19</sup>), etc.

A discussão de todas essas alternativas exige uma investigação própria. Por isso, aqui, somente o argumento central: caso se deseje levar a sério os indivíduos, então, nenhuma característica específica deve ser prescrita a eles. Deve-se permitir que eles mesmos decidam qual aspecto da sua individualidade deve ser decisivo do ponto de vista da legitimidade política. Destarte, a *concordância fática* e as *atuais propensões, necessidades, desejos e objetivos reais* se colocam em primeiro lugar. Caso estes não possam ser encontrados, então, deve-se, em segundo lugar, recorrer a *desejos e objetivos reais anteriores*. Caso isto também não seja possível, passa-se, em terceiro lugar, para *concretas presunções* acerca dos desejos e objetivos fáticos. Caso isto também não seja suficiente, deve-se recorrer, finalmente, aos *supostos interesses abstratos* (ver a ordem de consideração no caso da vontade dos pacientes ou do testamento dos pacientes). Pode-se sintetizar essa cascata de considerações sob o termo “interesse”.

## II – UM ESBOÇO DO INDIVIDUALISMO NORMATIVO NO DIREITO ALEMÃO

Como fenômeno multidimensional, é impossível categorizar o direito por meio de uma teoria abstrata da justificação e, por isso, necessariamente simplificada, como a do individualismo normativo. Outros elementos contingentes sempre poderão ser apontados. Com essa observação, é válido: o direito da República Federal da Alemanha é, de modo *absoluto*, fortemente individualista-normativo. De modo *relativo*, é o direito mais individualista-normativo da história da Alemanha. Isto vale para a constituição da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), assim como para o direito comum e para os fundamentos da jurisprudência. A seguir, apresenta-se um esboço dessa ideia.

### 1 ASPECTOS DO INDIVIDUALISMO NORMATIVO NA LEI FUNDAMENTAL ALEMÃ<sup>20</sup>

O “projeto do lago de Herrenchiem” (*Herrenchiemseentwurf*) à lei fundamental inicia com um artigo claramente individualista-normativo: “Art. 1º [...] I. O Estado existe em razão do ser humano, não o ser humano em razão

15 Höffe (nota 3), p. 55 ss.; Hoerster, *Ethik und Interesse*, 2003; Patzig, *Der Unterschied zwischen subjektiven und objektiven Interessen und seine Bedeutung für die Ethik*, 1978.

16 Arrow, *Social choice and individual values*, 2. ed., 1963, p. 11 ss.; Gauthier (nota 5).

17 Sen, *Inequality Reexamined*, 3. ed., 1995, passim.

18 Scalon, *What we owe to each other*, 1998, p. 189 ss.; Koller, in: *Brugger*, *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, 1996, p. 361-393.

19 Nida-Rümelin, in: *Current issues in political philosophy: justice in society and world order*, Koller/Puhl (Org.), 1997, p. 272.

20 Ver acerca de interpretações díspares da lei fundamental: *Brugger* (nota 18).

do Estado”<sup>21</sup>. Esta formulação não foi, de fato, recepcionada literalmente pelo texto final da lei fundamental alemã. Isto se deu, todavia, apenas por razões de costume: no início do texto, não deveria constar nenhuma “declaração negativa” deste tipo<sup>22</sup>. A correção de conteúdo da norma não estava em questão. Independentemente da formulação, é preciso partir da ideia de que o individualismo normativo foi realizado na lei fundamental<sup>23</sup>. Isto pode ser demonstrado por meio de diversas regulamentações particulares:

No início da lei fundamental, a referência ao ser humano no preâmbulo já explicita o seu caráter individualista-normativo: “Consciente da sua responsabilidade perante Deus e os seres humanos... o povo alemão, em virtude do seu poder constituinte, outorgou-se a presente lei fundamental”. Aí, há, de fato, a referência a Deus. Porém, na sua imanência, são os “seres humanos” no sentido de indivíduos o ponto final de referência da responsabilidade, não o coletivo.

Ademais, de forma sistemática, os constituintes da lei fundamental colocaram os direitos fundamentais no cume da constituição, a dizer, ao contrário da constituição de Weimar, na qual a organização do Estado vem a frente<sup>24</sup>.

Por meio do art. 1º, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental, a dignidade humana, como qualidade fundamental do ser humano indivíduo, foi colocada

---

21 Ver também JöR, v. 1 (1951), p. 42-48: Segundo o deputado Dr. Süsterhenn, o Estado não é um fim em si mesmo. Ver também o relatório da subcomissão I da convenção constitucional do lago de Herrenchiem em: Bucher (Org.), der Parlamentarische Rat 1948-1949, atas e protocolos, v. 2, 1981, p. 217: “A subcomissão foi conduzida, no seu trabalho, pelas seguintes opiniões. No cume, deverá ser colocada uma determinação que acentue com toda intensidade a ideia fundamental de um Estado democrático liberal em contraposição à ideia de um Estado totalitário ditatorial”; idem, nota de rodapé 84: “Texto da comissão de direitos fundamentais: ‘O ser humano foi criado por Deus, mas o Estado foi feito pelo ser humano. Por isso, o ser humano não existe em razão do Estado, mas, sim, o Estado em razão do ser humano’. Esta formulação foi revista. Carlo Schmid alertou acerca do problema ‘de se falar em deus no texto constitucional’ e sugeriu: ‘O Estado é uma obra do ser humano e, assim, o ser humano não existe em razão do Estado, mas, sim, [...]’”.

22 Idem, p. 45: Intervenção do deputado Heuß.

23 Acerca disso, vide: Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner GG, 4. ed., 1999, art. 1º I, n. 1: “Primazia do ser humano ante o Estado”; Starck, Vom Grund des Grundgesetzes, 1979, p. 31; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, v. 3/1, 1988, § 58 II 6: “O Estado não é um fim em si mesmo, mas, ao revés, obra humana com fito de conduzir a vida das pessoas em dignidade e segurança”. Idem: Schmidt-Abmann (nota 3), 1 A III 2, n. 21, 24; Herdegen, in: Maunz-Dürig, GG, v. 43, 2005, art. 1º I, n. 1: “A compreensão do Estado, a qual rejeita qualquer promoção de grupos estatais de poder como fim em si mesmo: A comunidade de direito e constitucional encontra o seu fundamento, no respeito e proteção do ser humano como pessoa ante o poder estatal e outros membros da comunidade”. Ver também nota 18, 25; Jarass/Pieroth, GG, 7. ed., 2004, art. 1, nota 1; v. Münch, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. ed., 2000, Vorb. art. 1-19, nota 4; Höfling, in: Sachs, Grundgesetz, 3. ed., 2003, art. 1, 43; Hoplauf, in: Schmidt/Bleibtreu, Kommentar zum GG, 10. ed., 2004, Einl. nota 93; Haverkate, Verfassungslehre, 1992, passim; Ehlers, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. ed., 2002, § 1 IV 1, nota 28: “As atribuições e competências não foram dadas ao Estado para si, mas, sim, em prol dos seres humanos”. O gabinete da chanceler alemã atuou, em 01.02.2005, sob o lema: “O Estado existe para os seres humanos e não os seres humanos para o Estado”.

24 Ver Schmid, JöR n. F. 1 (1951) nota de rodapé 2 (1951), p. 47: “Esses direitos fundamentais foram colocados no início do todo, ao contrário da constituição de Weimar, porquanto deveria ser deixado claro que esses direitos, os quais são imprescindíveis para que os indivíduos possam viver em dignidade e respeito, precisam determinar a realização da constituição. Em última instância, o Estado existe para criar a ordem externa, da qual necessitam os seres humanos para uma vida comum baseada na liberdade individual. Desse encargo, exclusivamente, advém a legitimidade do exercício do poder estatal”.

como norma fundante e imodificável (cláusula pétrea) em razão do art. 79, III, da Lei Fundamental. O adjetivo “humana” no art. 1º, I, deixa claro que, aqui, estão incluídos todos os seres humanos indivíduos, e não o ser humano coletivo<sup>25</sup>. O Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) assentou que, na democracia liberal, a dignidade humana consiste no valor mais alto e fundamento de todos os direitos fundamentais<sup>26</sup>.

Além da dignidade humana, que pode ser vista como primeira realização fundamental do individualismo normativo, a sua concretização se divide em dois grandes ramos: o reconhecimento dos *direitos humanos ou fundamentais* e a *legitimação democrática* do poder político. As duas concretizações possuem uma dupla natureza: elas são pré-jurídicas e jurídicas.

1. Art. 1º, parágrafo primeiro, prevê os “direitos invioláveis e inalienáveis do ser humano” como “fundamento de toda comunidade humana”. A lei fundamental possui um catálogo de direitos fundamentais detalhado e muito amplo, o qual não contempla apenas direitos dos alemães, mas, outrossim, direitos de todo ser humano de modo relativamente abrangente. Pode-se citar, por exemplo, o direito ao asilo político do art. 16a. O art. 2º, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental prevê o direito ao “livre desenvolvimento da sua personalidade” (“*freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*”). O Tribunal Constitucional alemão interpretou este artigo de forma muito ampla como liberdade geral de ação (*allgemeine Handlungsfreiheit*)<sup>27</sup>. O art. 14 da Lei Fundamental garante a propriedade privada. As desapropriações, segundo o art. 14, parágrafo terceiro, da Lei Fundamental, são possíveis apenas em situações extraordinárias e com indenização por parte do Estado. O art. 19, parágrafo quarto, da Lei Fundamental garante a todos o direito de acesso ao Judiciário contra atos do Poder Público.

25 Vide *Hattenhauer*, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 3. Auflage, 1983, p. 391: “Foi uma nova posição na história do direito constitucional alemão, uma assertiva fundamental acerca da imagem do ser humano e do modelo social, os quais deveriam assegurar o caminho dessa lei fundamental. ‘Dignidade’ significava o valor do ser humano como pessoa. Este valor do ser humano foi caracterizado como ponto fixo, a partir do qual todos os demais artigos da direito constitucional deveriam ser interpretados. Porém, foi mais importante o fato de que o artigo fala de dignidade ‘do’ ser humano. O marxismo também seria capaz de colocar esse artigo como princípio maior da constituição, caso ele se referisse à ‘dignidade humana’. Aqui, contudo, trata-se do ser humano individual, da pessoa no sentido da filosofia da liberdade. Aqui, unem-se a tradição do *Aufklärung* e do liberalismo e reconhecem que todo ser humano particular possui um valor imutável e prévio a todo direito, o qual é intocável. Com isso, determina-se, igualmente, que o valor da sociedade é fundamentado através do valor da pessoa. A sociedade passa a ser secundária, mesmo que se prometa tratá-la de forma séria e com toda a importância. Perderam-se muitas vidas em nome do povo. Era necessária reafirmar aos indivíduos a sua dignidade intocável e, destarte, reconhecer que os cidadãos não está aí a serviço da sociedade, mas a sociedade a serviço dos cidadãos. Certamente, tratava-se de uma crença. Não obstante, tratava-se, igualmente, de uma convicção que todos na comissão parlamentar compartilhavam, sem dúvidas ou ressalvas, após período cinzento do passado. Tratava-se de um novo princípio da ética estatal. Quais as consequências práticas desse novo artigo não eram previsíveis no momento da sua formulação. O fato de que esse artigo foi, posteriormente, especialmente levado a sério, foi, sem dúvida, o progresso mais importante trazido pela lei fundamental”.

26 BVerfGE 5, 85, 204 ff.; 6, 32, 36 u. 41; 45, 187, 227; 50, 166, 175; 87, 209, 228; 96, 375, 398; 102, 370, 389; 107, 275, 284.

27 BVerfGE 6, 32, 36 f.; 54, 143, 144; 63, 45, 60; 74, 129, 151; 80, 137, 152.

Logo em seu início, a Lei do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) prevê a reclamação constitucional individual (*Individualverfassungsbeschwerde*)<sup>28</sup>. Em 1969, esta regra foi consolidada no art. 93, parágrafo primeiro, 4<sup>a</sup>, da Lei Fundamental. O Tribunal Constitucional alemão decidiu que todos os direitos fundamentais individuais têm efeitos mediatos contra terceiros ante qualquer direito infraconstitucional (*“mittelbare Drittwirkung”*)<sup>29</sup>. Ele reconheceu também o princípio da proporcionalidade como uma ponderação ampla entre meios e fins, o qual tem efeitos também em benefício dos indivíduos<sup>30</sup>. Ademais, ficou assentado, por meio da jurisprudência da Corte, um dever estatal de tutela decorrente dos direitos fundamentais<sup>31</sup>. Segundo a Constituição, o indivíduo não possui apenas um direito subjetivo a ser protegido na sua esfera privada contra violações da comunidade política, como também um direito subjetivo à ação estatal no sentido de protegê-lo contra possíveis violações. Isto vai muito além da proteção garantida pelos direitos fundamentais da Constituição dos Estados Unidos da América, segundo interpretação majoritária<sup>32</sup>.

2. Além disso, o individualismo normativo possui outras concretizações no princípio democrático. Para a sua compreensão, mister se faz distinguir quatro grupos de indivíduos, os quais, de forma decrescente, são partes dos grupos antecessores: (1) os afetados (pelas ações políticas), (2) os cidadãos ou nacionais, (3) os cidadãos ativos e (4) os representantes políticos. O segundo grupo forma o povo como poder constituinte originário (*pouvoir constituant*) e como poder constituinte derivado (*pouvoir constitué*)<sup>33</sup>. A norma do art. 20, II, 1, da Lei Fundamental (*“todo poder estatal emana do povo”*) se refere ao segundo grupo de cidadãos ou nacionais<sup>34</sup>. Neste caso, não se deve compreender

28 Bundesverfassungsgerichtsgesetz v. 12. 3. 1951, BGBl. I, 243.

29 BVerfGE 7, 198, 205 ff.; 49, 89, 141 f.; 97, 169, 175 ff.; Böckenförde, in: Der Staat 1990, 1, 4 ff.; Dürig, in: FS für Nawiasny, 1958, p. 157, 176-184.

30 BVerfGE 3, 383, 198; 17, 108, 117; 43, 242, 288; 76, 1, 50 f.; 81, 310, 338; Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 140 ff., 213; Yi, Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation, 1998, S. 26; Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 25 ff.; Wendt, in: AöR 104 (1979), 414, 416 f.; Vgl. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 26 f., 30 f., mas também S. 33.

31 BVerfGE 39, 1, 42 ff.; 92, 26, 46; ver: Sachs, in: Sachs (Nota 23), vor art. 1, Rn. 35 com extensa referência à jurisprudência; Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 51; Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, especialmente S. 29 s.; Hager, in: JZ 1994, 373, 378 ff.

32 Giegerich, Privatwirkung der Grundrechte in den USA, 1992, S. 235 ff., 453; Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Auflage, 2001, S. 96 ff., 101 ff.; Brugger, Demokratie, Freiheit, Gleichheit, 2002, S. 105 ff., 126, 156-181.

33 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1980, § 25 II 2, S. 22 f.

34 BVerfGE 83, 37, 51; Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR Bd. 2, 3. ed., 2004, § 24, Rn. 26 f.; Sachs, in: Sachs (nota 23), art. 20 III 1, Rn. 28; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 4. ed., 2000; art. 20 II, Rn. 142; Pieroth, in: Jarass/Pieroth (nota 23), art. 20, Rn. 4; Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), 351; Degenhart, Staatsrecht I, 20. Auflage, 2004, § 1 III 4, Rn. 39; Antoni, in: Seifert/Hömig, GG, 7. Auflage, 2003, art. 20, Rn. 7; Maurer, Staatsrecht I, 2. Auflage, 2001, § 7 III 2; outra versão: Bryde, in: Demokratie und Grundgesetz, Sonderheft Kritische Justiz, 2000, 59 ff. O princípio

“povo” no sentido de um coletivo fictício ou real, mas, sim, no sentido de todos os cidadãos que pertencem à comunidade política<sup>35</sup>. A restrição, do ponto de vista da organização estatal, da construção e do exercício do poder político a uma parcela dos afetados por tal exercício, é justificada por razões de justiça e adequação aos fins, porquanto, como toda comunidade, a comunidade política também necessita de membros, os quais sejam ligados a ela profunda e duradouramente. Apenas pessoas, que, em virtude do nascimento ou descendência de outros membros da comunidade política, ou que se comprometeram de forma duradoura com a comunidade e, por isso, carregam também seus ônus, como, por exemplo, o serviço militar obrigatório, podem ser vistas como legítimas para pleitear determinadas prestações e direitos da comunidade. Ainda mais restrito, por motivos de adequação ao fim – crianças, por exemplo, não possuem capacidade para tomar decisões racionais, é a restrição do terceiro grupo de cidadãos ativos em eleições e consultas populares, conforme art. 20, parágrafo segundo, 2<sup>36</sup>, e art. 38, parágrafo segundo, III, da Lei Fundamental. Este grupo escolhe, finalmente, o quarto grupo de representantes políticos.

Nas suas decisões, os cidadãos ativos e representantes políticos precisam, contudo, levar em consideração naturalmente todos os indivíduos afetados pela decisão, a dizer, outros cidadãos sem direito à participação política ativa, crianças e outros cidadãos sem direito ao voto, assim como estrangeiros que vivem no País ou fora dele. Outrossim, estrangeiros e pessoas que não possuem cidadania ativa, de diversas maneiras, estão sujeitos e são objetos de regulamentações jurídicas. Eles podem, por exemplo, celebrar contratos, adquirir direitos ou ser responsabilizados penalmente. Desse modo, a restrição do vínculo organizacional do poder estatal aos cidadãos passivos e ativos concretiza o princípio do individualismo normativo.

A interpretação do direito constitucional alemão como individualista-normativo corresponde, por enquanto, à doutrina majoritária<sup>37</sup>. Todavia, há

---

legitimador do individualismo normativo e sua concretização através da organização do Estado não são aqui claramente discriminados.

- 35 BVerfGE 83, 37, 51: “Povo como um grupo de seres humanos reunidos para a unidade”; *Haverkate* (nota 23), S. 330 ff.; *Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts Bd II, 1987, § 29, Rn. 4: “A autonomia do povo depende a autonomia dos integrantes do povo”; *Dietmar von der Pfordten*, JZ 2004, 157-166.
- 36 *Sachs*, in: *Sachs* (nota 23), art. 20 III 1, Rn. 28; *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig (nota 23), art. 20, 2.4, Rn. 18; *Stern* (nota 33), § 25 II 3, S. 24 s.
- 37 Ver nota 23. Ver também *Böckenförde*, Vom Wandel des Menschenbildes im Recht, 2001, p. 36. Ver, também, com algumas ressalvas hegelianas implícitas: *Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. 2, hrsg. von *Isensee/Kirchhof*, 3. Auflage, 2004, § 15 C III 3, Rn. 7: “O ‘princípio da subjetividade’, que Hegel aponta como ‘princípio dos Estados modernos’, encontra a sua realização institucional no Estado constitucional em dois aspectos: de um lado, na garantia, por meio dos direitos fundamentais, da particularidade ante a exigência normativa da generalidade estatal e a, daí advinda, conseqüente proteção da liberdade do Estado; por outro lado, na fundação do Poder estatal com base na autodeterminação do povo, do qual todo indivíduo participa na qualidade de integrante do povo. Ao princípio da subjetividade corresponde o voluntarismo, o qual torna-se, constitucionalmente, válido por meio do conceito negativo de liberdade dos direitos fundamentais, assim como através da vontade do povo como fonte legitimadora da democracia”.

também posições contrárias, reais e aparentes. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão estabeleceu em suas primeiras decisões:

A imagem do homem da lei fundamental (*Das Menschenbild des Grundgesetzes*) não é a de um indivíduo soberano e isolado; a lei fundamental, ao revés, se decidiu por uma tensão entre indivíduo e comunidade no sentido de uma pertença à comunidade e vinculação comunitária da pessoa, resguardando, contudo, o seu valor próprio como intangível. Isto, porém, significa: o indivíduo precisa se submeter a todas as restrições à sua liberdade de ação, que o legislador impõe para fins de assistência e promoção do viver em sociedade nos limites do aceitável ante o caso concreto, desde que, com isso, a autonomia da pessoa seja preservada.<sup>38</sup>

Com base nesta ideia, Winfried Brugger qualificou a “imagem do homem” (“*Menschenbild*”) do Tribunal Constitucional alemão e muitas outras regulamentações da lei fundamental como “comunitaristas”. O comunitarismo se apresenta, destarte, como uma teoria da interpretação da lei fundamental<sup>39</sup>. Esta visão parece ser problemática. No caso do conceito abstrato de “Imagem do Homem” (“*Menschenbild*”), é necessário diferenciar entre a questão *empírico-descritiva*, *jurídico-normativa* e *ético-normativa* acerca da relação indivíduo-comunidade. Sob uma perspectiva *empírico-descritiva*, o ser humano – como já colocado alhures em I. 2. (1) – não é naturalmente um indivíduo isolado, mas, sim, ligado de diversas formas em comunidades (casamento, família, municípios, igrejas, empresas, Estado). Do ponto de vista *jurídico-normativo*, a lei fundamental estabelece, de forma vinculada, valor e proteção a algumas comunidades, como, por exemplo, no art. 6º, ao casamento e à família; nos arts. 4º e 140, às comunidades religiosas; no art. 9º, às associações e sociedades; e, no art. 18, à comunidade política. Tudo isso não exclui, contudo, a compreensão – e, assim, deve-se compreender a ideia geral do Tribunal Constitucional alemão – de que os seres humanos individuais, do ponto de vista *ético-legitimador*, devem ser vistos como a última fonte de justificação desta proteção das comunidades, conforme as valorações fundamentais da lei fundamental. Nenhuma comunidade, mesmo o Estado, casamento, família, associações, sociedades ou comunidades religiosas, é, segundo a lei fundamental, um valor em si, tal como o é o indivíduo. Deve-se, nesse sentido, evitar o conceito vago de “Imagem do Homem” (“*Menschenbild*”) e deixar claro a que ele se refere: às relações fáticas da vida humana, à proteção jurídico-normativa ou à valoração e legitimação

38 BVerfGE 4, 7, 15f.; 8, 274, 329; 12, 45, 51; 27, 1, 7; 27, 344, 351 f.; 30, 1, 20; 33, 303, 334; 50, 290, 353; 56, 37, 49; 65, 1, 44; Segundo Peters, in: FS für Rudolf Laun, 1953, S. 671, und Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2003, art. 1 I, Rn. 46 ff., a lei fundamental adota a linha média do personalismo na sequência de níveis “individualismo-personalismo-coletivismo”.

39 Brugger, Zeitschrift für Rechtsphilosophie 1 (2003), 1 s. Ver também Brugger, AöR 1998, 337-374. (Porém, Brugger defende um comunitarismo liberal, do que se pode depreender que sua posição é conciliável com o individualismo normativo); também Nickel, in: Brugger (nota 17), S. 395-418; para uma posição crítica: Haltern, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 83 (2000), S. 153 ff.

ético-constitucional da lei fundamental. Ao cabo, dada a configuração fundamental discutida *supra* da lei fundamental alemã e a sua clara reação à ideologia coletivista do nacional-socialismo, esta valoração ético-constitucional é claramente individualista-normativa.

## 2 ASPECTOS DO INDIVIDUALISMO NORMATIVO NO DIREITO CIVIL

O direito civil se fundamenta no princípio da autonomia privada<sup>40</sup>. A autonomia privada não é outra coisa senão uma manifestação fundamental do individualismo normativo, uma vez que salvaguarda que todos os respectivos afetados, no bojo das interações sociais, têm o direito de garantir juridicamente os seus interesses. Dessa forma, o princípio da autonomia privada é também elevado ao patamar de direito fundamental<sup>41</sup>, concretizando-se por meio da liberdade contratual<sup>42</sup>, liberdade de testar<sup>43</sup>, assim como em outras liberdades de dispor, tais como a possibilidade de constituir representante legal, transferir propriedade e renunciar direitos.

Segundo o aludido princípio da liberdade contratual, toda celebração de contrato pressupõe a vontade do contratante. Ele pode escolher com quem e sobre o que o contrato será celebrado<sup>44</sup>. Ele escolhe se e com quem ele se compromete a trabalhar, qual moradia alugar e o que comprar. Os indivíduos não são apenas vistos como capazes de realizar os seus interesses com supedâneo nas regras da autonomia privada, mas, outrossim, eles permanecem livres para não se submeter aos interesses de outros, caso tais interesses não correspondam à sua vontade. Por isso, existem efeitos contratuais somente em favor e nunca contra terceiros, § 328 BGB (Código Civil alemão). Ademais, a liberdade contratual vale tanto em face dos indivíduos como também ante as coletividades.

A liberdade contratual, porém, permanece obscura, caso se busque interpretar-la apenas de forma funcional, como, por exemplo, sob o argumento

40 Ver acerca da autonomia privada: BGH, NJW 1994, 1278, 1279; NJW-RR 2004, 100, 101; 2004, 924; Geißler, in: JuS 1991, 617, 618; Hübner, Allgemeiner Teil des BGB, 2. ed., 1996, S. 276 ff., Rn. 600 ff.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., 1997, S. 74 ff., Rn. 173 ff., S. 182 ff., Rn. 472 ff.; Oestmann, in: NZM 2003, 1, 3; Paulus/Zenker, in: JuS 2001, 1 ff.; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, 2004, § 1 Rn. 2 ff. Acerca da história do desenvolvimento do conceito de autonomia privada: Mayer-Maly, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 14, 1989, 268, 271 ff. Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 22 ff., compreende que o direito privado é marcado pela oposição valorativa entre individualismo e coletivismo, embora o conceito de coletivismo, diferente do aqui proposto, significa a preocupação absoluta com relação aos interesses dos outros.

41 Ver BVerfGE 72, 155, 270; Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, art. 2 Rn. 38; Hübner (nota 40), p. 277, Rn. 600; Kunig, in: v. Münch/Kunig (nota 23), art. 2 Rn. 29; Murswiek, in: Sachs (nota 23), art. 2 Rn. 55 a.

42 BGH, NJW 1989, 830, 831; NJW 1994, 1278, 1279; Larenz/Wolf (nota 40), § 34 Rn. 22; Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, p. 43.

43 Ver BVerfGE 91, 346, 358; BVerfG, ZEV 2000, 399; NJW 2001, 141.

44 Ver Hübner (nota 40), S. 277, Rn. 600; Larenz/Wolf (nota 40), § 34 Rn. 24; Medicus, Schuldrecht I, AT, 13. Aufl., 2002, S. 36 f., Rn. 64 ff.

de que ela deveria ser interpretada com base no interesse público<sup>45</sup>, uma vez que, assim segue o argumento, ela poderia servir ao bem-estar geral ou seria o fundamento econômico para a vida da comunidade, como em uma cidade ou um Estado. O direito privado, pois, em sua natureza liberal, deixa em aberto a possibilidade de os indivíduos se colocarem contra os interesses coletivos. Isto pode ser observado de forma especialmente clara no caso da liberdade contratual. No Direito alemão, ela foi, até hoje, apenas em alguns pontos – como no caso das regras sobre monopólio<sup>46</sup> –, restringida<sup>47</sup>. Permanece, em última instância, o princípio de que cada um escolhe se e com quem um contrato será estabelecido. Não há necessidade de se justificar para tanto (*stat pro ratione voluntas*<sup>48</sup>). Porém, mesmo onde esta liberdade contratual foi restringida, isto se deu para a proteção dos indivíduos e não da coletividade, como no caso da “Lei da Não Discriminação” (*Antidiskriminierungsgesetz*)<sup>49</sup>.

Em certos casos, a decisão individual pode, de fato, coincidir com os interesses coletivos, como quando um município arrecada tributos e se torna um local atrativo para se viver e trabalhar, ou quando ele pode exigir determinadas prestações de serviços em benefício dos indivíduos, como no caso de empresas de construção civil. Uma coincidência entre interesses não é, contudo, garantida. Nos casos de conflitos jurídicos entre decisões individuais e interesses coletivos, observa-se que a legitimação mais convincente da liberdade contratual é aquela do individualismo normativo, pois empresas são legalmente livres para decidir acerca do fechamento de filiais, quando as mesmas não desejam mais produzir em uma determinada cidade ou na Alemanha<sup>50</sup>. Elas não precisam se justificar do ponto de vista legal, segundo o Direito alemão. Pode-se criticar tal decisão do ponto de vista político ou ético, porque, por exemplo, a empresa não levou em conta os interesses individuais de outros afetados (aliás, também esta crítica pode ser justificada sob uma perspectiva individualista-normativa). Todavia, a liberdade contratual estabelecida legalmente dessa forma não encontra supedâneo em interesses coletivos. Em outros termos, a formulação de uma eventual reserva legal comunitária por meio de uma cláusula geral seria algo como: “É nulo o contrato que não corresponda ao interesse do coletivo x”.

45 Ver *The American Law Institute*, Restatement of the Law (Second), Contracts, Rules and Principles, chapter 8, 1981.

46 Ver BGH, GRUR 1979, 788; *Larenz/Wolf* (nota 40), § 34 Rn. 29 ff.; *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 63. Auflage, 2004, Einf. V. § 145 Rn. 8 f mwN; *Nicklisch*, in: JZ 1976, 105 s.

47 *Bydlinski*, in: AcP 180 (1980), 1 ff.; *Kilian*, in: AcP 180 (1980), 47 ff.; *Markert*, in: AG 1991, 288 ff.; *Medicus* (Nota 44), p. 48 s., Rn. 87 ff.; *Reuter*, in: Münch-KommBGB, 4. Auflage, 2001, vor § 21 Rn. 107 ff.; *Oechsler*, in: Staudinger (2003), BGB, 2003, § 826 Rn. 429 ff.

48 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, 1992 S. 6.

49 Acerca disso: *Säcker*, in: ZRP 2002, 286; *Picker*, in: German Law Journal 4 (2003), 771, 779; *Armbrüster*, in: ZRP 2005, 41; *Mahlmann*, in: ZeuS 2002, 407.

50 Ver § 15 Abs. 4 Kündigungsschutzgesetz (KSchG).

Além disso, o ordenamento jurídico limita o conteúdo do contrato mais do que a liberdade de celebração de contratos<sup>51</sup>. Muitas regras jurídicas cogentes prescrevem qual conteúdo deve possuir um contrato a ser celebrado ou sob quais condições ele pode produzir efeitos. Em um primeiro momento, não é claro sob quais fundamentos uma norma pode restringir a autonomia privada. Neste caso, a interpretação individualista-normativa da liberdade de conteúdo do contrato se torna difícil. Quando se passa, contudo, a investigar mais profundamente tais restrições, observa-se que o direito legal pode ser justificado, na maioria dos casos, por meio de interesses individuais claros e diretos dos afetados<sup>52</sup>, como quando se garante ao consumidor o direito de devolução do produto comprado por telefone ou Internet dentro de um certo prazo, §§ 312 d, 355 BGB, protegendo-o, assim, por exemplo, contra as obrigações resultantes de informações alegadas mas não comprováveis; ou quando se limita a capacidade de celebrar contratos a pessoas com capacidade de discernimento reduzido, §§ 104 n. 2, 105 BGB. É possível criticar estas normas de caráter cogente e asseverar que o direito do consumidor, dessa forma, vai mais longe do que o necessário, uma vez que tutela de forma muito intensa o consumidor e prejudica novas empresas sem uma rede de vendas estabelecida. Porém, mesmo esta crítica não coloca em questão que a intenção das normas existentes é a de proteger os indivíduos e, portanto, o direito privado é individualista-normativo.

Isso se torna mais claro quando se tenta interpretar de outra forma as limitações existentes ao conteúdo contratual. Observa-se: não existem limitações da liberdade contratual que não se deixam legitimar por meio da referência a outras pessoas como interesses individuais, pois os limites da liberdade contratual não subsistem apenas quando os interesses dos indivíduos são tocados, mas também quando os interesses da coletividade exigem uma solução, a qual se contrapõe ao direito cogente. Um consumidor possui, por exemplo, também o direito de devolução no caso de um produto caro, mesmo que isso cause a insolvência do vendedor, o qual, porventura, contribui para o bem-estar de uma determinada coletividade por meio da oferta de trabalho e do pagamento de tributos<sup>53</sup>. Em suas condições gerais de contrato, as empresas não podem empregar quaisquer cláusulas surpreendentes, mesmo que as mesmas, por exemplo, suportem um hospital público ou cumpram importantes funções sociais, § 305 c 1 BGB. No caso desta justificação, é necessário se basear também nos interesses dos indivíduos. Caso o direito imponha ao indivíduo uma responsabilidade pelo seu agir, como, por exemplo, no campo da responsabilidade pré-

---

51 Em casos excepcionais, pode ocorrer um controle de conteúdo do contrato: *Coester-Waltjen*, Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG, AcP 190 (1990), 1 ff.; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, p. 79 s.

52 Veja acerca do caso especial de limitação em razão dos interesses individuais dos afetados: *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 232 ff.

53 §§ 312 b, 312 d, 355 BGB.

-contratual, nos termos do §§ 280, 311 2 BGB, isto pode ser justificado somente por meio da referência à proteção dos interesses de outros e do interesse dos afetados, em participar das relações jurídicas de forma autônoma<sup>54</sup>.

Fora da área do direito contratual, o direito privado continua marcado pelo individualismo normativo. Isto vale, por exemplo, para a responsabilidade civil. Muitos fundamentos jurídicos da responsabilidade civil por dano, como, por exemplo, §§ 823 1, 824, 825 BGB, como também normas de responsabilidade civil por perigo, como, e.g., §§ 833 BGB, 7, 18 StVG (*Straßenverkehrsgesetz*), protegem exclusivamente bens individuais: a saúde ou a vida dos indivíduos, a sua liberdade e propriedade. Já os bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente ou a reputação de um município, não estão sob proteção, pelo menos nesta área do direito. Também no caso do § 823 2 BGB, cujo bem jurídico individual não é indicado, mas, sim, vinculado a outras normas de proteção abstratas ou, ainda, não concretizadas, a forma individualista-normativa pode ser identificada, pois nem toda norma violada será vista como uma violação de uma proteção legal, mas, sim, apenas aquelas que também visem proteger uma parcela específica e limitada de indivíduos afetados<sup>55</sup>. A questão de quão intenso um indivíduo é protegido por meio de uma norma atua como critério decisivo para a proteção em caso de responsabilidade civil. A responsabilidade civil sempre deve incidir quando os interesses individuais não sejam salvaguardados suficientemente.

A área do direito privado, na qual a discussão acerca dos limites entre teorias individualistas e coletivistas pode ser considerada mais desenvolvida, é o direito societário (*Gesellschaftsrecht*). Enquanto as regras acerca das sociedades de pessoas são determinadas, em grande medida, por meio da questão de como os interesses dos sócios particulares se impõem e de como os conflitos entre os mesmos são resolvidos, torna-se mais difícil justificar as normas válidas, no caso de fundações, associações e sociedades de capital, com referência aos seus fundadores, membros e sócios. No caso da sociedade por ação, extrai-se, por exemplo, do § 76 1 AktG (*Aktiengesetz*) que um grupo diretor irá dirigir a sociedade caso o interesse da empresa ou da sociedade<sup>56</sup> divirja dos interesses individuais. Não obstante, este interesse da sociedade pode ser reconduzido, via de regra, aos interesses individuais do proprietário, credor ou empregado de uma sociedade<sup>57</sup>. De resto, há ainda normas que limitam a liberdade de fun-

54 Ver: *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, p. 414 s., 431 s. Para uma crítica: *Mayer-Maly* (nota 40), S. 277 ff.

55 BGHZ 22, 293, 297; BGH, NJW 1987, 1818; NJW 1992, 241, 242; NJW 2004, 2664, 2665; *Sprau*, in: Palandt, aaO., § 823 Rn. 57; *Hager*, in: Staudinger, 13. Bearbeitung, 1999, § 823 Rn. G 19 ff.

56 *Hüffer*, AktG, 4. Aufl., 1999, § 76 Rn. 15; *Dimke/Heiser*, in: NZG 2001, 241, 244 f.

57 Acerca disso: *Reuter*, in: MünchKomm, BGB, 4. ed., 2001, vor § 21 Rn. 1 ff.; *Schwarz*, in: Bamberger/Roth, BGB, Bd. 1, 2003, vor § 21 Rn. 2 f.; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 2. Teil, 1983, S. 1-30; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1997, S. 194 s.

dação e forma das pessoas jurídicas, inclusive restringindo possíveis interesses individuais e independentemente de como o seu *status* como pessoa jurídica é expresso<sup>58</sup>. Assim, as normas acerca do empregador do §§ 74 s. BetrVG (*Betriebsverfassungsgesetz*) não se dispõem a realizar os interesses empresariais ou do sindicato dos trabalhadores como coletividades, mas, sim, a proteger os interesses individuais dos empregados que atuam em uma empresa<sup>59</sup>. A obrigação incondicionada de associações registradas de assentar em cartório as suas modificações, conforme §§ 55, 71 ss. BGB, se destina ao controle para fins de utilidade geral, a qual pressupõe, além dos objetivos internos da associação, que interesses externos sejam promovidos, tais como a subvenção de hospitais e o fomento a artistas. O direito societário, portanto, é mais um exemplo de como as limitações da autonomia privada podem ser justificadas, em última instância, com referência aos interesses individuais.

### III – A JUSTIFICAÇÃO DO INDIVIDUALISMO NORMATIVO

Depois dessa indicação ilustrativa do individualismo no direito vigente, pode-se questionar acerca da sua justificação jusfilosófica e ético-jurídica. Nesse sentido, é necessário, primeiro, apresentar a estrutura fundante da política, *i.e.*, do político<sup>60</sup> e, por conseguinte, do direito político legítimo. A primeira e decisiva compreensão consiste em considerar a política, *i.e.*, o político como um “agir”, a dizer, uma intenção, uma intenção de ação<sup>61</sup>.

58 Acerca disso: *Reuter*, in: MünchKomm, BGB, 4. Auflage, 2001, vor § 21 Rn. 1 ff.; *Schwarz*, in: Bamberger/Roth, BGB, Bd. 1, 2003, vor § 21 Rn. 2 f.; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 2. Teil, 1983, S. 1-30; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1997, S. 194 ff.

59 Ver *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, BetrVG, 19. Aufl., 1998, § 1 Rn. 158 ff.; *Galperin/Löwisch*, BetrVG, 6. Aufl., 1982, vor § 74 Rn. 2 f; *Wiese*, in: GK-BetrVG, 6. Aufl., 1998, Einl Rn. 49.

60 Alguns autores consideram “o político” como mais abstrato do que “a política”, como, por exemplo, *Vollrath*, Grundlegung einer philosophischen Theorie des Politischen, 1987, p. 29 s. Contudo, esta diferenciação não é explícita de forma clara. Para uma investigação acerca do político em Schmitt: *von der Pfordten*, in: Joerden/Wittmann (Hrsg.), Recht und Politik, 2004, p. 51-73.

61 Os cientistas sociais, influenciados pela teoria dos sistemas, irão, possivelmente, tomar essa caracterização por uma “idealização europeia antiga”. Segundo *Niklas Luhmann* (*Die Politik der Gesellschaft*, 2000, p. 21-25), a intenção não pode ser considerada um fato psíquico determinante. Intenções são, nesse sentido, sempre pressupostos e ficções, que apenas “pontuam” um grande campo de associações e, através disso, estruturam causalidade. As causalidades se perderia no indeterminável, mesmo se houvesse intenções. Nesta toada, seria sempre possível encontrar uma intenção em um contexto causal aberto e infinito. Intenções são, portanto, meras construções sociais. Em oposição a isto, deve-se partir, em conjunto com a corrente predominante na filosofia política, assim como *Max Weber* (*Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. ed., 1985, p. 1 s.) e a tradição das ciências sociais, do fato de que todas as nossas formas de relação social só podem ser compreendidas por meio da diferença entre ação e meros acontecimentos. Nós sempre pressupomos, assim, intenções no sentido de intenções individuais, mesmo que estas sejam, frequentemente, influenciadas socialmente e só possam ser esclarecidas por meio de instrumentos sociais. Casos limites podem existir, nos quais as intenções não são facilmente determináveis. Não obstante, os casos limites não devem desviar o olhar do núcleo. Para o campo nuclear do agir político e jurídico, podem-se identificar intenções por meio da fundamentação em publicações parlamentares, comunicações, manifestações políticas, fundamentações de atos administrativos e decisões, etc. A teoria dos sistemas tenta nos convencer, do ponto de vista da sua pressuposta verdade, que existe um permanente engano na nossa compreensão social. Para tanto, ela precisa se prender a um princípio rígido, do qual o seu porrete da análise reducionista-coletivista dos sistemas pode ser novamente desviado. Este princípio não é, contudo, nítido, pois o social é constituído exatamente e somente

O agir político pode ser caracterizado por meio de três elementos: política consiste, em primeiro lugar, em um agir *formado de forma comunitária*; em segundo lugar, em um agir *representativo*; e, finalmente, este agir reivindica, pelo menos, em determinados casos com perspectiva de sucesso, a *possibilidade de uma decisão final* (uma compreensão fraca de poder)<sup>62</sup>.

No que concerne à questão acerca da fundamentação, o elemento crucial é o segundo, *i.e.*, a representação das pessoas por meio da comunidade política. O que se deve subsumir daí? A questão central para a compreensão de representação aqui estabelecida não é a representação secundária da comunidade política por meio dos seus representantes, mas, sim, a representação primária dos indivíduos através da comunidade política, a qual sustenta a secundária. Por meio da ação política representativa, a ação da comunidade política se coloca no lugar da ação dos indivíduos representados. E isto vale até mesmo para aquelas ações, as quais os indivíduos não poderiam executar, como a guerra de um exército, pois a ação ocorre como representação dos membros do povo. Por um lado, a representação implica um afastamento da execução do agir. Ademais, a própria vontade da execução é, pelo menos, de modo fictício afastada, senão a ação coletiva não poderia ser executada. A representação da ação tem como consequência o nascimento de um hiato entre, de um lado, a execução do agir, assim como da vontade de agir, e, do outro, o interesse de agir, assim como o desejo de agir. Ou seja, enquanto, no caso de uma ação individual natural, de um lado, o interesse de agir, assim como o desejo de agir, e, do outro, a vontade de agir, assim como a execução da ação, estão unidas, isto não ocorre no caso da representação.

A formação da comunidade e a representação possuem, todavia, ainda uma outra consequência fundamental: ela cria uma diferença entre dois grupos diferentes de afetados pela decisão política, a saber: (1) as pessoas em geral, as quais são afetadas pelas decisões da comunidade política, *i.e.*, além dos cidadãos da comunidade política, também os estrangeiros, seja como particulares ou unidos em outros Estados ou comunidades; (2) os membros da comunidade política, normativamente estabelecidos, a saber, os cidadãos do povo (de acordo com o estabelecido no item II 1 b, *supra*, de modo que, no direito vigente, ainda aparecem um terceiro e um quarto grupo de cidadania ativa e de representantes).

---

por meio da nossa compreensão social do social. Nós não podemos iniciar uma análise social e ético-política senão por meio da nossa compreensão fundamental da diferença entre ação e mero acontecimento. Não por outra razão, *Aristóteles* via "agir" como um dos dez conceitos categoriais, e não "sistema" (Kategorien 1b27, 11b). Para uma crítica da teoria dos sistemas, ver também: *Lepsius*, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, 1999.

62 Ver: *von der Pfordten*, in: *Moulines/Niebergall (Org.)*, *Argument und Analyse*, 2002, p. 313-335; *von der Pfordten* (nota 60).

Ante o primeiro grupo de todas as pessoas afetadas, pressupõe-se uma justificação das medidas políticas semelhante a um agir individual, como se não houvesse comunidade política. Para um não membro de uma comunidade política, não pode haver diferença se houve interferência na sua propriedade por uma pessoa privada ou pela ação de um representante de um Estado estrangeiro. Neste caso, existe apenas uma pura representação de fato das pessoas por meio da comunidade política. Ante os cidadãos, no entanto, a comunidade política deve se justificar não apenas pelas ações, as quais foram executadas de fato por ela, mas, igualmente, pela representação formal, a dizer, o agir expresso em nome dos seus membros.

Após esse esboço da estrutura do agir político, um argumento ainda será sugerido para a justificação normativo-individualista. O argumento possui quatro aspectos, os quais se relacionam entre si.

### **1 AFASTAMENTO DA VONTADE DE AGIR E DA EXECUÇÃO DA AÇÃO**

Toda justificação do agir político pressupõe uma justificação para o afastamento da vontade de agir e da execução da ação, resultante do fato da representação política. A justificação do agir político com referência a um coletivo cria somente uma referência da ação política a um coletivo duvidoso, mas não aos indivíduos, os quais são, por trás do coletivo, por meio das suas próprias ações, os derradeiros responsáveis pelas consequências das ações. Visto que somente os indivíduos, em sentido estrito, podem ser atores e que coletivos só podem agir através de seus representantes, o afastamento da vontade de agir e da execução da ação por meio da ação política afeta, em última instância, sempre os indivíduos agentes. Portanto, a justificação precisa se referir também a estes indivíduos, a fim de legitimar o afastamento da vontade de agir e da execução da ação.

### **2 DISCREPÂNCIA ENTRE A EXECUÇÃO DA AÇÃO E O INTERESSE DE AGIR**

O caráter de representação das decisões políticas conduz a uma discrepância entre a execução da ação e o interesse de agir. Uma recondução da execução da ação ao interesse de agir só poderá lograr caso a justificação se refira aos últimos interesses. Coletivos possuem, de fato, também interesses, mas nenhum interesse derradeiro próprio, os quais possam existir independentemente dos interesses dos seus membros. Isto pode ser claramente observado no fato de ninguém protestar ou tomar por problemático do ponto de vista ético quando um coletivo é dissolvido pela vontade de todos os seus membros. Ninguém, por exemplo, fez qualquer observação ética quando a União Soviética ou a Tchecoslováquia se dissolveram. Para a continuidade, quando muito, foram apresentados argumentos finalístico-racionais.

### 3 REAÇÃO ADEQUADA À EXIGÊNCIA DE FATO DE JUSTIFICAÇÃO

O interesse de agir dos indivíduos se manifesta em uma exigência de fato de justificação. Decerto, os coletivos também podem apresentar exigências de justificação das ações que os atinjam. Todavia, os coletivos o fazem, primeiramente, em última instância, somente em nome dos seus membros, como, por exemplo, uma sociedade por ações para os seus acionistas, uma sociedade limitada para os seus sócios, uma associação para os seus associados. Em segundo lugar, o cumprimento das exigências de justificação do coletivo não seria capaz de assegurar as exigências de justificação dos indivíduos por trás do coletivo.

### 4 EXCLUSÃO DA COMUNIDADE DE REPRESENTAÇÃO

No campo de uma responsabilidade, como compreendem, explícita ou implicitamente, amiúde, as decisões políticas não podem ser idênticas aquelas que se responsabilizam e aquelas responsabilizadas, senão não se trata de uma verdadeira responsabilização, mas, tão somente, de um propósito, aceito por alguém. Isto significa: afora os casos de autovinculação da comunidade política, as decisões políticas precisam se direcionar a particulares, de modo que elas excluam estes do ato particular de responsabilização por meio da justificação da decisão política por meio da referência à comunidade de todos os cidadãos. Não se pode aceitar que o particular, que está sujeito à ação da polícia, seja, ao mesmo tempo, autor desta ação policial contra ele mesmo.

A justificação de uma responsabilidade individual ante um determinado membro da comunidade política só pode ocorrer se ela o considerar um membro particular que se exclui, pois aquele ato de responsabilização irá integrá-lo novamente à comunidade. Isto pressupõe que o indivíduo se torne indivíduo na forma de sujeito responsável às medidas da comunidade política, *i.e.*, que a justificação da ação concreta, dirigida contra ele, leve em conta os seus desejos, as suas necessidade e os seus interesses e, com isso, seja normativo-individualista.

O resumo é: com base nesses quatro aspectos do argumento, uma decisão política, *i.e.*, jurídica, só pode ser justificada de forma normativo-individualista. Isto significa: uma decisão política e jurídica só é, então, legítima se ela leva em conta o interesse de todos os afetados pela decisão. Nesse sentido, os níveis 1-3 compreendem tanto a justificação ante os membros, como não membros da comunidade política. O nível 4, ao revés, compreende somente a justificação de um agir da comunidade política ante os membros, pois, neste caso, apenas estes poderiam ser afetados pela exclusão da comunidade.

A única possível justificação imanente do domínio político e jurídico é a do individualismo normativo. Penso que esta posição foi desenvolvida – com ressalvas e momentos retardados – na linha de *Hobbes a Locke, Mill, Kant*,

*Humboldt* até *Rawls* e outros teóricos do presente<sup>63</sup>. Naturalmente, sempre houve projetos contrários. Elementos e tendências coletivistas estão, por exemplo, presentes nas teorias de *Hegel*<sup>64</sup> e *Carl Schmitt*<sup>65</sup>, assim como, mais recentemente, em alguns defensores do comunitarismo, embora seja necessário, conforme já assinalado, diferenciar: o individualismo normativo exclui um estrito comunitarismo teórico<sup>66</sup>, o qual tem os coletivos como substâncias ou entidades com valor próprio. Um comunitarismo moderado e orientado de maneira prática, o qual propõe um apoio intenso a comunidades humanas, como os casais, a família, a vizinhança ou a igreja, em interesse dos indivíduos, pode se fundamentar, sem maiores problemas, no próprio individualismo normativo. Não obstante, decisivo é: somente os seres humanos particulares são a última fonte de legitimação e objetivo derradeiro.

## REFERÊNCIAS

- ANTONI, Michael. Art. 20, Rn. 7. In: Dieter Hömig/Karl-Heinz Seifert. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG)*. 7. ed. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- APEL, Karl-Otto. *Transformation der Philosophie II*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1973.
- ARISTÓTELES. *Die Kategorien*. Deutsch/Griechisch. Stuttgart: Reclam, 1998.
- ARMBRÜSTER, Christian. Antidiskriminierungsgesetz. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 2, p. 41-43, 2005.
- ARROW, Kenneth. *Social Choice and Individual Values*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1963.
- AUER, Marietta. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Principles of Biomedical Ethics*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- BENTHAM, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. Buffalo: Prometheus Books, 1988.

63 Ver: *von der Pfordten*, *Rechtsethik* (nota 2), p. 244 s.

64 *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Werke Bd. 7, 1970, § 258, p. 399: "[...] visto que ele é o espírito objetivo, assim o indivíduo mesmo tem apenas objetividade, verdade e eticidade, enquanto é um membro dele. A união enquanto tal é, ela mesma, o conteúdo verdadeiro e o fim, e a determinação dos indivíduos é levar uma vida universal".

65 *Schmitt*, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, 1917, p. 85: "[...] a perspectiva acerca do Estado como instância supraindividual e não interindividual, a qual não recebe a sua dignidade pelo mero levantar do escudo dos indivíduos [...] Através do reconhecimento de uma dignidade supraindividual do Estado [...] desaparece o indivíduo particular concreto [...] O Estado é [...] o único sujeito do *ethos jurídico*". *Schmitt*, *Verfassungslehre*, 8. ed., 1993, p. 238: "O povo como um todo deve ser o sujeito do poder constituinte".

66 Normalmente, é difícil diferenciar se uma teoria comunitarista pertence a um grupo ou a outro, porquanto quase nenhum dos seus defensores se vinculou abertamente ao coletivismo normativo.

- BRUGGER, Winfried. Kommunitarismus als Sozialtheorie und Verfassungstheorie des Grundgesetzes. *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, v. 1, p. 3-15, 2003.
- \_\_\_\_\_. Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 123, p. 337-374, 1998.
- BRYDE, Bruno-Otto. Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe. In: Redaktion Kritische Justiz (Org.). *Demokratie und Grundgesetz*. Baden-Baden: Nomos, 2000.
- BYDLINGSKI, Franz. Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges. *Archiv für civilistische Praxis (AcP)*, v. 180, p. 1-46, 1980.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Demokratie als Verfassungsprinzip. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR)*. Verfassungsstaat. 3. ed. Heidelberg: Müller, t. 2, 2004.
- \_\_\_\_\_. Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: *Der Staat*, v. 29, p. 4 ss., 1990.
- \_\_\_\_\_. *Vom Wandel des Menschenbildes im Recht*. Münster: Rhema, 2001.
- BRUGGER, Winfried. *Demokratie, Freiheit, Gleichheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Einführung in das öffentliche Recht der USA*. 2. ed. Munique: Beck, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. Munique: Beck, 1971.
- CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001.
- COESTER-WALTJEN, Dagmar. Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG. *Archiv für civilistische Praxis*, 190, Heft 1, p. 1-33, 1990.
- DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht I*. 20. ed. Heidelberg: Müller, 2004.
- DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- DIMKE, Andreas; HEISER, Kristian. Neutralitätspflicht, Übernahmegesetz und Richtlinienvorschlag. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Heft 6, p. 241-259, 2001.
- DREIER, Horst. *Grundgesetz (GG)*. Band 1. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- DÜRIG, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: Theodor von Maunz (Org.). *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*: Festschrift für Hans Nawiasky. Munique: Isar.-Verl., 1956.
- \_\_\_\_\_. Art. 1, I. In: Theodor Maunz/Günter Dürig. *Grundgesetz (GG)*. Munique: Beck, v. 42, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977.

- EHLERS, Dirk. § 1 IV 1, nota 28. In: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Org.). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 12. ed. Berlin: de Gruyter, 2002.
- ENDERLEIN, Wolfgang. *Rechtsparternalismus und Vertragsrecht*. Munique: Beck, 1996.
- FASTRICH, Lorenz. *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*. Munique: Beck, 1992.
- FEINBERG, Joel. *Harm to Self: the moral limits of criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- FELDKAMP, Michael. *Der parlamentarische Rat und das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 1948 bis 1949*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.
- FITTING, Karl u. a. *Betriebsverfassungsgesetz*. 19. ed. Munique: Vahlen, 1998.
- FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 4. ed. Heidelberg: Springer, t. 2, 1992.
- GAUTHIER, David. *Morals by Agreement*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- GEIßLER, Markus. Die Privatautonomie im Spannungsfeld sozialer Gerechtigkeit. *JuS*, p. 617-623, 1991.
- GERHARDT, Volker. *Individualität: das Element der Welt*. Munique: Beck, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Selbstbestimmung*. Stuttgart: Reclam, 1999.
- GIERGERICH, Thomas. *Privatwirkung der Grundrechte in den USA*. Berlin: Springer, 1992.
- HAGER, Johannes. Grundrechte im Privatrecht. *Juristenzeitung (JZ)*, v. 49, 8, p. 373-383, 1994.
- HASTEDT, Heiner. *Der Wert des Einzelnen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- HATTENHAUER, Hans. *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1983.
- HAVERKATE, Görg. *Verfassungslehre*. Munique: Beck, 1992.
- HAYEK, Friedrich von. *Individualism and Economic Order*. Chicago: Chicago University Press, 1948.
- \_\_\_\_\_. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1960.
- HÄBERLE, Peter. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR)*, v. 1, 1951.
- HAGER, Johannes. § 823 Rn. G 19. In: J. von Staudinger. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Berlin: De Gruyter, 1999.
- HALTERN, Ulrich. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, v. 83, p. 153 s., 2000.
- HEGEL, G. W. F. *Grundlinien des Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Werke Bd. 7. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1970.

- HEINRICH, Christian. *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.
- HEINRICH, Helmut. Einf. V. § 145 Rn. 8 f mwN. In: Otto Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch*. 63. ed. Munique: Beck, 2004.
- HENKE, Wilhelm. *Recht und Staat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1988.
- HERDENG, Matthias. Art. 1 I, n. 1. In: Theodor Maunz/Günter Dürig. *Grundgesetz (GG)*. Munique: Beck, v. 43, 2005.
- HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Göttingen: Schwartz, 1981.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- HOERSTER, Norbert. *Ethik und Interesse*. Stuttgart: Reclam, 2003.
- HOPLAUF, Axel. Einl. nota 93. In: Bruno Schmidt-Bleibtreu u. a. *Kommentar zum Grundgesetz*. 10. ed. Colônia: Carl Heymanns, 2004.
- HÖFFE, Otfried. *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*. Munique: Beck, 1999.
- HÖFLING, Wolfram. Art. 1, 43. In: Michael Sachs (Org.). *Grundgesetz*. 3. ed. Munique: Beck, 2003.
- HÜBNER, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1996.
- HÜFFER, Uwe. *Aktiengesetz (AktG)*. 5. ed. Munique: Beck, 2002.
- ISENSEE, Josef. § 15 C III 3, Rn. 7. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR)*. Verfassungsstaat. 3. ed. Heidelberg: Müller, t. 2, 2004.
- JARASS, Hans; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz*. 7. ed. Munique: Beck, 2004.
- KANT, Immanuel. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Hamburg: Meiner, 1986.
- KILIAN, Wolfgang. Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem. *Archiv für civilistische Praxis*, v. 180, p. 47 s., 1980.
- KOLLER, Peter. Moderne Vertragstheorie und Grundgesetz. In: Winfried Brugger (Org.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 1996.
- KUNIG, Philip. Art. 2, Rn. 29. In: Ingo von Münch/Philip Kunig (Org.). *Grundgesetz (GG)*. 5. ed. Munique: Beck, 2000.
- LARENZ, Karl. WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. ed. Munique: Beck, 2004.
- LEPSIUS, Oliver. *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*. Tübingen: Mohr, 1999.
- LERCHE, Peter. *Übermaß und Verfassungsrecht*. Colônia: Heymann, 1961.

- LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- LÖWISCH, Manfred; GALPERIN, Hans. *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*. 6. ed. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1982.
- LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.
- MAHLMANN, Matthias. Gleichheitsschutz und Privatautonomie. *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, p. 407-425, 2002.
- MARKET, Kurt. Privatautonomie und Kontrahierungszwang. *Die Aktiengesellschaft (AG)*, p. 288-295, 1991.
- MAURER, Harmut. *Staatsrecht I*. 2. ed. Munique: Beck, 2001.
- MAYER-MALY, Theo. Privatautonomie und Selbstverantwortung. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, v. 14, p. 268-283, 1989.
- MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 7. ed. Heidelberg: Müller, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*. 13. ed. Munique: Beck, 2002.
- MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: Hackett, 1978.
- \_\_\_\_\_. *Utilitarianism*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- MURSWIEK, Dietrich. Art. 2, Rn. 55. In: Michael Sachs (Org.). *Grundgesetz*. 3. ed. Munique. Beck, 2003.
- NICKEL, Rainer. Gleichheit in der Differenz? In: Winfried Brugger (Org.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 1996.
- NICKLISCH, Fritz. Der verbandsrechtliche Aufnahmewang und die Inhaltskontrolle satzungsmäßiger Aufnahmevoraussetzungen. *Juristenzeitung (JZ)*, Heft 4, p. 105-113, 1976.
- NIDA-RÜMELIN, Julian. *Demokratie als Kooperation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.
- \_\_\_\_\_. Demokratie als Kooperation. In: Peter Koller/Klaus Puhl (Org.). *Current issues in political philosophy*. Viena: Hölder-Pichler-Tempsky, p. 261-277, 1997.
- NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.
- OECHSLER, Jürgen. § 826 Rn. 429 ff. In: J. von Staudinger. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Berlin: De Gruyter, 2003.
- OESTMANN, Peter. Erlaubnisnormen im Mietrecht – ein Prinzipienbruch? In: *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (NZM)*, p. 1 s., 2003.
- PATZIG, Günther. *Der Unterschied zwischen subjektiven und objektiven Interessen und seine Bedeutung für die Ethik*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1978.
- PAULUS, Christoph; ZENKER, Wolfgang. Grenzen der Privatautonomie. *JuS*, Heft 1, p. 1-8, 2001.

- PETERS. In: Demetrios Constantopoulos/Hans Wehberg. *Festschrift für Rudolf Laun*. Hamburgo: Girardet, 1953.
- PICKER, Eduard. Anti-discrimination as a Program of Private Law? *German Law Journal*, v. 4, n. 8, p. 771 s., 2003.
- REUTER, Dieter. § 21 Rn. 107 ff. In: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 4. ed. Munique: Beck, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 1992.
- SÄCKER, Franz Jürgen. Vernunft statt Freiheit! Die Tugendrepublik der Jakobiner. *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, Heft 7, p. 286-289, 2002.
- SCANLON, Thomas Michael. *What we owe to each other*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1998.
- SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. 3. ed. Colônia: Heymanns, 1997.
- SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verantwortungsrecht als Ordnungsidee*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2004.
- \_\_\_\_\_. Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, v. 116, p. 323-390, 1991.
- SCHMITT, Carl. *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. Tübingen: Mohr, 1917.
- \_\_\_\_\_. *Verfassungslehre*. 8. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1993.
- SCHNAPP, Friedrich. Art. 20, 2.4, Rn. 18. In: Ingo von Münch/Philip Kunig (Org.). *Grundgesetz (GG)*. 5. ed. Munique: Beck, 2000.
- SCHNEEWIND, Jerome. *The Invention of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- SCHWARZ, Sebastian. § 21 Rn. 2. In: Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Munique: Beck, t. 1, 2003.
- SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. 3. ed. New York: Harvard University Press, 1995.
- SOMMERMANN, Karl-Peter. Art. 20 II. In: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck. *Das Bonner Grundgesetz (GG)*. 4. ed. Munique: Vahlen, t. 2, 2000.
- SPRAU, Hartwig. § 823 Rn. 57 In: Otto Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 63. ed. Munique: Beck, 2004.
- STARCK, Christian. Art. 1 I, N. 1. In: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck. *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar*. 4. ed. Munique: Vahlen, t. 1, 1999.
- \_\_\_\_\_. Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR)*. Verfassungsstaat. Heidelberg: Müller, t. 2, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Vom Grund des Grundgesetzes*. Zúrique: Interform, 1979.

- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Munique: Beck, v. 3/1, 1988.
- TRAPP, Rainer. *Nicht-klassischer Utilitarismus*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1988.
- UNRUH, Peter. *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- VOLLRATH, Ernst. *Grundlegung einer philosophischen Theorie des Politischen*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 1987.
- VON DER PFORDTEN, Dietmar. Normativer Individualismus. *Zeitschrift für philosophische Forschung (ZfphF)*, v. 58, 3, p. 322-346, 2004.
- \_\_\_\_\_. Normativer Individualismus versus normativer Kollektivismus in der politischen Philosophie der Neuzeit. *Zeitschrift für philosophische Forschung (ZfphF)*, v. 54, 4, p. 491-513, 2000.
- \_\_\_\_\_. Politik und Recht als Repräsentation. In: Jan C. Joerden/Roland Wittmann (Org.). *Recht und Politik*. Stuttgart: Steiner, 2004.
- \_\_\_\_\_. Politisches Handeln. In: Carlos Moulines/Karl Niebergall. *Argument und Analyse*. Münster: Mentis, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Rechtsethik*. Munique: Beck, 2001.
- \_\_\_\_\_. Rechtsethische Rechtfertigung – material oder prozedural? In: von Schulz (Org.). *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung*. Stuttgart: Steiner, 2000.
- VON KUTSCHERA, Franz. *Grundlagen der Ethik*. 2. ed. Berlin: de Gruyter, 1999.
- VON MÜNCH, Ingo. Vorb. Art. 1-19. In: Ingo von Münch/Philip Kunig (Org.). *Grundgesetz (GG)*. 5. ed. Munique: Beck, 2000.
- WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5. ed. Tübingen: Mohr, 1985.
- WENDT, Rudolf. Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 104, p. 414-474, 1979.
- WIESE, Günther. Einl Rn. 49. In: Günther Wiese u. a. *Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*. 6. ed. Munique: Luchterhand, 1998.
- YI, Zoonil. *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*. Frankfurt am Main: Lang, 1998.

### Análise da Decisão “BG Group plc vs. República Argentina” Proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos: Todos os Caminhos Levam a Roma?

#### *Analysis of the Decision rendered by the Supreme Court of the United States of America in re BG Group plc v. Republic of Argentina: Do All Roads Lead to Rome?*

##### VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI

Professor Adjunto de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT, Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa, Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Mestre em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista – UNESP (*campus* de Franca), Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD), Advogado, Consultor Jurídico.

##### DIEGO LUIS ALONSO MASSA

Advogado formado pela Universidade de Buenos Aires (Argentina), Mestre em Relações Internacionais (com especialização em Direito Internacional) pelo Instituto de Altos Estudos Internacionais da Universidade de Genebra (Suíça), Assessor Jurídico em questões jurídicas relativas à arbitragem internacional e propriedade intelectual, Ex-Funcionário Internacional da Organização Internacional do Trabalho (Genebra, Suíça), da Uncitral – Nações Unidas (Viena, Áustria) e da Organização Mundial do Comércio (Genebra, Suíça), Especialista em Direito da Propriedade Intelectual e em Direito dos Negócios Internacionais pela Universidade de Buenos Aires (Argentina).

RESUMO: O presente ensaio tem por finalidade analisar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos relativa à causa “BG Group plc vs. República Argentina”, de 5 de março de 2014, na qual se decidiu que a Argentina deveria pagar à empresa britânica *BG Group* o valor de US\$ 185,3 milhões como compensação pela decisão argentina de congelar os preços do gás em 2002. Analisar-se-á o mérito da decisão da Suprema Corte americana, com especial enfoque para o fato de este Alto Tribunal ter se omitido na análise de normas básicas de direito internacional geral e, mais concretamente, das normas relativas ao direito dos tratados, ao proferir uma decisão referente a uma cláusula arbitral inserida em um tratado bilateral de investimentos. Por outro lado, como se depreende da referida decisão, foram equiparados dois institutos diametralmente opostos, como são os contratos internacionais (no presente caso, um convênio de arbitragem internacional), os tratados internacionais, ao se afirmar que a diferença que pode existir entre ambos não tem maiores implicações jurídicas relativamente à fundamentação sobre a qual se baseou a decisão do Tribunal, ainda que, na realidade, se trate de institutos completamente distintos.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem comercial internacional; arbitragem de investimentos; tratado internacional; direito internacional; direito transnacional.

ABSTRACT: The present essay aims to analyze the decision rendered by Supreme Court of the United States of America, on 5 March 2014, in the *BG Group plc v. Republic of Argentina* case, whereby Argentina was ordered to pay the British company *BG Group* the amount of US\$ 185,3 million in damages as a result of Argentina's decision to impose a freeze on gas price in 2002. This essay discusses the merits of such a decision focusing, in particular, on the fact that basic norms concerning general international law and, more specifically, the law of treaties, have not been taken into account in reaching a decision on a matter involving an investment arbitration provided for in a bilateral investment treaty. Furthermore, it seems that extremely different legal institutions, such as international contracts (in the case at hand, an international arbitration agreement) and international treaties have been merged into one thing by asserting that they stand on an equal footing, while in fact they are diametrically opposed.

KEYWORDS: International commercial arbitration; investment arbitration; international treaty; international law; transnational law.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 1.1 A controvérsia; 1.2 Objeto do estudo; 2 Análise dos fundamentos do voto da maioria; 2.1 Objeto da decisão judicial: acordo de arbitragem internacional ou tratado internacional?; 2.2 Aplicação de presunções judiciais de direito interno em relação a um tratado internacional?; 2.3 Considerações sobre as implicações do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*; 2.4 A condição relativa ao consentimento: desinteresse manifesto pela aplicação das normas de interpretação dos tratados da Convenção de Viena de 1969; 3 Análise do voto dissidente; 3.1 Crítica fundamentada do voto da maioria; 3.2 Crítica ao excesso de formalismo terminológico do voto da maioria; 3.3 Decisão pelo meio do caminho?; 4 Fundamentos dissociados das regras internacionais e transnacionais: uma *contraditio in terminis* autorizada?; 4.1 Complementaridade do direito internacional público e do direito transnacional da arbitragem; 4.2 Expectativas das partes: que função exercem em um tratado internacional de investimentos?; Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 5 de março de 2014, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por 7 votos contra 2, decidiu que a Argentina deveria pagar à empresa britânica de exploração e distribuição de gás natural *BG Group* o valor de US\$ 185,3 milhões como compensação pela decisão argentina de congelar os preços do gás em 2002, não tendo tal decisão passado inadvertida tanto no plano do direito internacional público quanto no referente ao direito transnacional da arbitragem.

Tal controvérsia deve ser bem analisada – especialmente os fundamentos jurídicos sobre os quais se baseou a Suprema Corte americana – para que se possa avançar na discussão sobre quais direitos e quais deveres têm os Estados e os particulares quando em jogo uma norma convencional de investimentos entre dois Estados, sendo esse o objeto principal deste artigo.

### 1.1 A CONTROVÉRSIA

No ano de 2003, a empresa *BG Group* considerou-se prejudicada pela República Argentina em razão da promulgação de leis e regulamentos internos que estariam a violar as disposições de um tratado entre o Reino Unido (sede da empresa *BG Group*) e a Argentina, de 11 de dezembro de 1990, relativo à promoção e proteção de investimentos<sup>1</sup>. Em especial, alegou-se que as novas leis argentinas estariam a violar as disposições do tratado que proíbem a “expropriação” dos investimentos e estabelece que cada Estado outorgará um “tratamento justo e equitativo” aos investidores da outra parte<sup>2</sup>.

Naquele mesmo ano, a *BG Group* recorreu à arbitragem internacional com o fim de recompor os prejuízos que entendia terem sido causados pelas leis argentinas de congelamento dos preços do gás. As partes, então, nomearam os árbitros e escolheram a cidade de Washington, D.C., para ser a sede da arbitragem.

Não obstante a Argentina ter argumentado que a *BG Group* iniciou o processo arbitral sem observar a regra que impõe recorrer, antes de tudo, ao Tribunal competente do Estado-parte em que o investimento se realizou, ou seja, perante um Tribunal argentino, o certo é que a própria Argentina, em 2003, quando a *BG Group* pretendeu deflagrar a arbitragem com fundamento no art. 8º do tratado, aceitou nomear os árbitros e acordou em relação à sede da arbitragem (realizada em Washington, D.C.).

Em 2007, o tribunal arbitral proferiu o laudo definitivo, pelo qual reconheceu que a conduta da Argentina (de aceitar a nomeação dos árbitros, etc.) representava a sua renúncia à regra do tratado que impõe recorrer ao Tribunal competente do Estado-parte em que o investimento tenha sido realizado, para somente assim (e, ainda, decorridos dezoito meses do início da ação judicial respectiva) ser possível deflagrar a arbitragem internacional. Isso porque o art. 8º, § 2º, *b*, do tratado bilateral de investimentos coloca uma exceção à necessidade de se ter que deflagrar uma ação judicial no tribunal da Parte Contratante em cujo território o investimento se realizou: quando a Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante decidirem (expressa ou tacitamente) recorrer à arbitragem, que foi justamente o que ocorreu no presente caso. Entendeu o tribunal arbitral que exigir de uma parte privada, em tais circunstâncias, que inicie um processo judicial no Estado-parte em que ocorreu o investimento,

---

1 Para o texto do tratado, v. *United Nations – Treaty Series* (1994), p. 42-49.

2 V. art. 2º, § 2º: “Os investimentos e investidores de cada Parte Contratante receberão, em quaisquer casos, um tratamento justo e equitativo e gozarão de proteção e segurança constante no território da outra Parte Contratante. Nenhuma Parte Contratante prejudicará, por qualquer meio, com medidas injustificadas ou discriminatórias, a gestão, manutenção, uso, gozo ou liquidação, em seu território, dos investimentos e investidores da outra Parte Contratante. Cada Parte Contratante observará todo compromisso que tenha sido contraído com relação aos investimentos de investidores da outra Parte Contratante”.

para que, somente assim (e após dezoito meses de findo tal processo), seja possível iniciar o processo arbitral, seria “absurdo” e “desarrazoado”<sup>3</sup>.

No mérito, ao final, o tribunal arbitral condenou a Argentina a pagar para a empresa *BG Group*, em razão dos prejuízos e danos a ela causados, o montante de US\$ 185,3 milhões.

Em março de 2008, ambas as partes (*BG Group* e Argentina) recorreram ao Tribunal do Distrito de Columbia: *BG Group* para *confirmar* o laudo arbitral, com fundamento na Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, e na Lei Federal de Arbitragem; e a Argentina para *anular* o referido laudo, alegando carecerem os árbitros de competência para a resolução da controvérsia.

O Tribunal do Distrito de Columbia julgou *procedente* a demanda para a *BG Group* e *improcedente* para a República Argentina, tendo, assim, confirmado a *validade* do laudo arbitral. Houve recurso da Argentina para o Tribunal de Apelações do Circuito do Distrito de Columbia, que, por sua vez, revogou a decisão do Tribunal de primeira instância, anulando, portanto, o laudo arbitral. Entendeu o Tribunal de Apelações que o argumento argentino, de que deveria a *BG Group* ter ingressado na Justiça argentina (e aguardado dezoito meses após referida ação judicial), para, somente assim, iniciar a arbitragem internacional, era válido, razão pela qual o laudo arbitral não carecia de eficácia.

A *BG Group*, inconformada com a decisão do Tribunal de Apelações, interpôs, então, recurso à Suprema Corte dos Estados Unidos, que conheceu da demanda dada “a importância que reveste a questão para a arbitragem comercial internacional”<sup>4</sup>. A questão colocada perante a Suprema Corte, *tout court*, consistia em saber a que órgão “compete – em primeiro lugar – (ao tribunal ou ao árbitro) a responsabilidade de interpretar e aplicar a regra estabelecida no art. 8º, que impõe recorrer ao tribunal competente”<sup>5</sup>. Não obstante, essa visão um tanto limitada da controvérsia ficou posta, em certa medida, pelo voto dissidente do Juiz Roberts, ao pretender direcionar a análise da questão controversa indagando se se tratava de uma oferta unilateral e permanente de arbitragem

---

3 V. “*BG Group plc vs. República Argentina*”, Laudo definitivo (24.12.2007), p. 50, § 147: “Não obstante, no que toca à interpretação do tratado, o art. 8º, § 2º, a, i, não pode ser interpretado como um obstáculo absoluto e intransponível que impeça recorrer à via arbitral. Se o país receptor obstrui ou obstaculiza a possibilidade de recorrer aos seus tribunais competentes, qualquer interpretação que se fizesse dessa situação conduziria a um resultado absurdo e desarrazoado, tal como previsto no art. 32 da Convenção de Viena [sobre o Direito dos Tratados, de 1969], ao permitir ao Estado receptor subtrair-se, de maneira unilateral, ao processo arbitral, que foi o mecanismo que impulsionou a transição de um sistema de proteção diplomática baseado em critérios políticos a um mecanismo de solução de controvérsias entre Estados e particulares”.

4 V. “*BG Group plc vs. República Argentina*”, nº 12-138, 572 U.S. (5 de março de 2014), p. 5.

5 *Idem*, p. 6.

prevista no âmbito de um tratado bilateral de investimentos ou de simples questão de *arbitrabilidade* (no sentido estadunidense do termo)<sup>6</sup>.

## 1.2 OBJETO DO ESTUDO

Tal como se assinala na maioria dos comentários a decisões objeto de análise, a Suprema Corte dos Estados Unidos pareceu adotar uma posição favorável à arbitragem internacional, ao rechaçar a tese defendida pela Argentina no sentido de que os árbitros teriam ultrapassado os limites de sua competência ao se declararem aptos para o processo arbitral que a empresa *BG Group* iniciou, mesmo sem ter previamente cumprido com a disposição do tratado que exigia judicializar a demanda no país receptor (ou seja, na Argentina).

Assim, segundo a opinião majoritária dos comentaristas, essa decisão da Suprema Corte americana representaria um marco importante em favor da arbitragem, incluindo, naturalmente, a arbitragem em matéria de investimentos internacionais, assim como contribuiria para o esclarecimento de determinadas questões sobre *arbitrabilidade*<sup>7</sup> e a reafirmação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* no direito estadunidense, à medida que pretendeu incorporar o Regulamento de Arbitragem da *United Nations Commission on International Trade Law* – *Uncitral* ao art. 8º, § 2º, *b*, e ao art. 8º, § 3º, *a* e *b*, do tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina<sup>8</sup>. Não obstante, como se analisará no decorrer do presente texto, a incorporação do Regulamento da *Uncitral* citado corresponde a outro suposto que nada tem que ver com o analisado na controvérsia examinada pela Suprema Corte americana, eis que dito

6 É sabido que a noção de *arbitrabilidade* no direito estadunidense apresenta características próprias que a diferencia do sentido que no direito continental europeu (bem assim na grande maioria dos sistemas jurídicos) se outorga a tal termo. Assim, apesar de a doutrina majoritária concordar que a *arbitrabilidade* é principalmente uma condição da validade da convenção de arbitragem, no direito estadunidense o termo *arbitrability* tem um âmbito de aplicação muito mais amplo. De fato, no conceito de *arbitrabilidade* presente no contexto estadunidense se examina, além do consentimento que as partes devem prestar para recorrer à arbitragem, o âmbito de aplicação pessoal da convenção de arbitragem (é dizer, quais pessoas se encontram sujeitas a um acordo de arbitragem), tudo isso também denominado *substantive arbitrability*, além da observância de determinadas prescrições antes de se facultar o recurso ao processo arbitral, o que se denomina *procedural arbitrability*. Por último, mencione-se que o conceito de *arbitrability* também compreende o âmbito de aplicação material (vale dizer, quais matérias podem ser submetidas à arbitragem), em que, por fim, tal conceito encontra um denominador comum com a noção de *arbitrabilidade* presente na grande maioria dos ordenamentos jurídicos.

7 Na realidade, a Suprema Corte utilizou da oportunidade oferecida pelo presente caso para reafirmar que os árbitros têm competência para dirimir as questões relativas ao *procedural arbitrability*, sem que a sua decisão possa ser examinada, no mérito, pelos juízes, e que as questões de *substantive arbitrability* devem ser decididas pelos juízes a fim de evitar que as partes possam ver-se forçadas a recorrer à arbitragem, mesmo quando para tanto houvessem acordado.

8 V. “*BG Group plc vs. República Argentina*”, cit., p. 14 (voto da maioria): “Assim, pois, no mesmo tratado se autoriza recorrer a instituições administradoras de arbitragens internacionais, em cujos regulamentos se dispõe que os árbitros serão competentes para interpretar esse tipo de disposição. Art. 8(3) (em que se estabelece que as partes podem acordar em submeter uma controvérsia ao Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos ou a árbitros designados de acordo com o Regulamento de Arbitragem da *Uncitral*; no mesmo sentido, Regulamento da *Uncitral*, art. 23(1) (ed. rev. 2010) (‘Art. 23, 1: O tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre a sua própria competência’).”

*Regulamento* aplica-se somente ao caso de o Estado receptor e o investidor do outro Estado-parte acordarem em recorrer à via arbitral, que não é precisamente o que ocorreu no caso que agora se analisa. Por último, não se pode deixar de assinalar que toda a interpretação realizada pela Suprema Corte estadunidense baseou-se, principalmente, em precedentes arbitrais *internos*, sem sequer analisar os precedentes em matéria de arbitragem *internacional* e, mais concretamente, em matéria de *investimentos* internacionais, máxime quando o principal argumento utilizado pela Corte para aceitar a demanda consistiu na “importância que reveste a questão para a arbitragem comercial internacional”<sup>9</sup>.

Ainda que toda decisão judicial em que se adote uma posição clara em favor da arbitragem deva ser celebrada, talvez por uma aplicação tácita do princípio de direito transnacional<sup>10</sup> arbitral relativo ao *favor arbitrandum*<sup>11</sup> caberia assinalar que tal não deve ser realizado a qualquer custo, especialmente em desrespeito às regras claras e precisas do direito internacional público em geral, e do direito dos tratados em especial. Com efeito, na análise realizada pela Suprema Corte americana prescindiu-se da aplicação de normas relativas à interpretação dos tratados previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969<sup>12</sup>. Dessa forma, poderia se considerar que tal desinteresse pela aplicação das normas do direito internacional público em um terreno como o da arbitragem de investimentos, que constitui o âmbito comum, por excelência, em que as ordens jurídicas internacional e transnacional atuam, não contribui para fortalecer a articulação que deve existir entre essas ordens<sup>13</sup>, sequer para harmonizar o direito transnacional da arbitragem, incluindo, naturalmente, a arbitragem de

9 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 5.

10 No presente ensaio, parte-se da premissa de que se aceita a existência de uma ordem jurídica transnacional, distinta das ordens jurídicas nacional e internacional, posto que toda digressão, por mais delimitada que seja, sobre tal problemática, excederia os limites do presente ensaio.

11 Assim, o princípio reitor mais importante da arbitragem internacional que se desenvolveu nas últimas décadas é o princípio do *favor arbitrandum*, que não é mais que a extrapolação, em nível transnacional, de uma forte tendência doutrinária, jurisprudencial e normativa em favor da ampliação dos limites a que se confronta a arbitragem como método de resolução de conflitos *par excellence*. Nesse sentido, v. HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen. *Journal de Droit International*, n. 4, p. 899, oct./dez. 1994: “Par l'effet d'une politique générale de faveur envers l'arbitrage, l'ordre public recule et la compétence de l'arbitre s'affirme. Toute l'évolution du droit de l'arbitrage international moderne tend en effet à reconnaître la compétence de l'arbitre dans les domaines touchant à l'ordre public. Le principe devient la validité de la convention d'arbitrage et l'exception la nullité pour contrariété à l'ordre public”.

12 Sobre a interpretação dos tratados na Convenção de Viena de 1969, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 263-281.

13 Nesse sentido, v. GAILLARD, Emmanuel. L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité (Conférence commémorative John E. C. Brierley), *McGill Law Journal*, v. 55, p. 906-907, 2010: “[...] le droit international et le droit de l'arbitrage ont aujourd'hui un territoire commun, celui de la protection d'investissements internationaux, qu'elle soit ou non fondée sur un traité. [...] Les relations privées relevant des transactions internationales (y compris celles qui impliquent l'État agissant en tant que commerçant ou en tant que contrepartie d'un investisseur opérant sur son territoire) ont le même besoin que les relations entre États d'être appréhendées par une vision dépassant la perspective de chaque droit interne ou se contentant de constater la dispersion des solutions des ordres juridiques nationaux. Plutôt que dans une logique de concurrence, l'ordre juridique arbitral et l'ordre juridique international devraient pouvoir s'articuler dans une logique de complémentarité”.

investimentos, em detrimento dos esforços que a tais efeitos vêm empreendendo os juízes de diferentes Estados, os árbitros provenientes dos mais diversos sistemas jurídicos, bem assim numerosas organizações internacionais, cujo mandato consiste na harmonização e/ou uniformização do direito do comércio internacional, incluídas as normas relativas ao direito dos investimentos<sup>14</sup>.

Desta sorte, no presente ensaio pretendemos demonstrar que uma postura que fortaleça a arbitragem a qualquer preço, em detrimento das normas do direito internacional em geral, pode ter repercussões negativas no plano internacional e/ou transnacional, em cujo marco interagem tanto Estados soberanos como pessoas jurídicas (físicas ou morais). Por conseguinte, dentro dos limites do presente artigo, propõe-se analisar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos sob uma ótica mais ampla, capaz de contemplar tanto o direito internacional público como o direito transnacional da arbitragem, ponderando, assim, os benefícios e as desvantagens em fixar a atenção em um só aspecto da grande variedade de normas jurídicas dos sistemas nacional, internacional e transnacional em jogo nesses tipos de processo.

Com efeito, procurar-se-á demonstrar que a questão que deveria concentrar a maior atenção da Suprema Corte americana não gira em torno da *arbitrabilidade* da controvérsia, sequer da aplicação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, mas em determinar *qual é* a natureza jurídica, sob a ótica do direito internacional geral, de uma disposição relativa à arbitragem prevista em um tratado bilateral de investimentos. Nesse sentido, aderimos, em grande medida, às reflexões do voto dissidente do Juiz Roberts (v. *infra*), ao tempo que aprofundaremos tal linha de raciocínio mediante a formulação de diversas hipóteses, tudo com o fim de elucidar se tais disposições relativas à arbitragem, quando se encontram sujeitas a condições, como no caso em exame, constituem ou não um *acordo de arbitragem*.

Em última análise, a questão que se pretende responder consiste em saber se posições contrapostas, como as expressas nos votos majoritário e dissidente, podem ser conciliadas a fim de privilegiar ainda mais a instituição da arbitragem nos níveis internacional e/ou transnacional, ou se tais fundamentos seguem caminhos paralelos que nunca se cruzarão para chegar a um denominador comum.

## 2 ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO VOTO DA MAIORIA

Antes de se analisar os fundamentos do voto da maioria, há que se verificar o que dispõe o art. 8º, §§ 1º e 2º, do tratado internacional de 11 de de-

---

14 V., por exemplo, as normas sobre transparência entre investidores e Estados recentemente aprovadas pela Uncitral. Cf. Regulamento da Uncitral sobre a Transparência nas Arbitragens entre Investidores e Estados no Âmbito de um Tratado (data de entrada em vigor: 1º de abril de 2014).

zembro de 1990 entre o governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e o governo da República Argentina para a promoção e proteção de investimentos<sup>15</sup>, que é o dispositivo em torno do qual girou toda a controvérsia entre a *BG Group* e a Argentina. Eis a sua redação:

Art. 8º

Solução de controvérsias entre um investidor e o Estado receptor

(1) As controvérsias relativas a um investimento que surjam, dentro dos limites deste Convênio, entre um investidor de uma Parte Contratante e a outra Parte Contratante, que não sejam dirimidas amistosamente, serão submetidas, por solicitação de quaisquer das partes na controvérsia, à decisão do tribunal competente da Parte Contratante em cujo território o investimento se realizou.

(2) As controvérsias acima mencionadas serão submetidas à arbitragem internacional nos seguintes casos:

(a) por solicitação de uma das partes, em quaisquer das circunstâncias seguintes:

(i) quando, desde a expiração de um prazo de dezoito meses contados a partir do momento em que a controvérsia foi submetida ao tribunal competente da Parte Contratante em cujo território se realizou o investimento, dito tribunal não tenha emitido uma decisão definitiva;

(ii) quando a decisão definitiva do tribunal mencionado tenha sido emitida, mas as partes continuem em disputa;

(b) quando a Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante assim tenham acordado.

[...].

Frise-se, mais uma vez, que a disposição supratranscrita integra um *tratado internacional* entre duas potências estrangeiras (o Reino Unido e a Argentina); não se trata de um documento internacional *entre particulares*, mas, sim, entre pessoas jurídicas de direito público externo. Ademais, tudo o que diga respeito à interpretação dessa cláusula convencional deve basear-se nas regras sobre interpretação de tratados previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (arts. 31 a 33), que valem para os Estados que não a ratificaram, como é o caso dos Estados Unidos, como costume internacional cristalizado em norma convencional<sup>16</sup>.

Como se nota da leitura do texto, as controvérsias relativas a um investimento surgidas entre um investidor de uma Parte Contratante (no caso, a *BG Group*, empresa do Reino Unido) e a outra Parte Contratante (no caso, a República Argentina) *somente* poderão ser submetidas à arbitragem internacional,

15 Cf. *United Nations – Treaty Series* (1994), p. 46.

16 A propósito, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*, cit., p. 41.

por solicitação de uma das partes, quando (i) expirado o prazo de dezoito meses a partir do momento em que a controvérsia tenha sido submetida ao tribunal competente da Parte Contratante em cujo território o investimento foi realizado, não tendo havido decisão definitiva desse tribunal, ou (ii) quando a decisão definitiva do tribunal referido tenha sido emitida, mas as partes continuam em disputa (art. 8º, § 2º, a, i e ii). O art. 8º, § 2º, b, do tratado, contudo, coloca uma exceção à necessidade de se ter que deflagrar uma ação judicial no tribunal da Parte Contratante em cujo território o investimento se realizou: quando a Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante assim decidirem, ou seja, quando pretenderem, de comum acordo, recorrer à arbitragem, caso em que ficaria excepcionada a condição de admissibilidade para a arbitragem prevista no art. 8º, § 2º, a, i.

Essas são, portanto, as premissas jurídicas, livremente estabelecidas pelo Reino Unido e pela Argentina no tratado concluído em 11 de dezembro de 1990, sobre as quais a Suprema Corte dos Estados Unidos se baseou para emitir a decisão de 5 de março de 2014, relativa à causa “BG Group plc vs. República Argentina”.

Compreendidas essas preliminares, pode-se, então, analisar a decisão da Suprema Corte americana, os seus acertos e desacertos, especialmente em consideração à importância da arbitragem internacional como modo de solução contemporânea de controvérsias.

## 2.1 OBJETO DA DECISÃO JUDICIAL: ACORDO DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL OU TRATADO INTERNACIONAL?

Destaque-se, inicialmente, que o voto seguido pela maioria na sentença da Corte foi proferido pelo Juiz Breyer, sendo os seus argumentos os que analisaremos nas linhas que seguem. Esse magistrado colocou a questão a ser resolvida nos seguintes termos:

A fim de responder à questão colocada, este tribunal, em princípio, tratará o documento que tem diante de si como se fosse um contrato entre particulares. Assim sendo, então, chegamos à conclusão de que a questão deve ser dirimida pelos árbitros. Ato contínuo, a se considerar o fato de que o documento em questão seja um tratado, há de supor-se uma mudança fundamental na presente análise. Sem embargo, a conclusão a que chegamos é que tal não exige qualquer alteração.

De antemão, cabe referir que não se compreende como o magistrado é capaz de raciocinar um *tratado* internacional como sendo um *contrato* entre particulares. Ora, é evidente que se se parte de uma premissa tão equivocada como essa, o resultado será também – e esse detalhe não escapou à observação

do voto dissidente do Juiz Roberts, ao qual aderiu o Juiz Kennedy<sup>17</sup> – totalmente equivocado, para não dizer injurídico. Assim, se *fosse* um contrato entre privados, estariam os árbitros habilitados a decidir a questão, tal como se fez no caso concreto, rechaçando a necessidade de se recorrer primeiramente a um tribunal interno argentino para poder, depois, deflagrar o processo arbitral, motivo pelo qual não poderia o Tribunal de Apelações do Circuito do Distrito de Columbia ter revogado a decisão do Tribunal de primeira instância que havia *confirmado* o laudo arbitral que condenou a Argentina ao pagamento de US\$ 185,3 milhões à *BG Group*<sup>18</sup>. Porém, como *não se trata* de um contrato, mas sim de verdadeiro e válido *tratado* internacional entre duas potências soberanas, a conclusão deveria ser oposta: a decisão do Tribunal de Apelações, revogando o *decisum* do Tribunal de primeira instância, que confirmou o laudo, é *válida*; como o laudo não confirmado judicialmente, com fundamento na Convenção de Nova York de 1958 e na Lei Federal de Arbitragem, a Argentina estaria desonerada do pagamento do valor arbitrado, a menos que a *BG Group* inicie um processo judicial em um tribunal argentino e, após dezoito meses da apresentação da reclamação perante um tribunal argentino, deflagre novamente a arbitragem internacional.

Destaque-se, mais uma vez, que a empresa *BG Group* só conseguiu deflagrar uma arbitragem internacional para se recompor dos prejuízos sofridos, porque dois Estados estrangeiros, o Reino Unido e a Argentina, a ela conferiram esse benefício pelo fato de ser investidora de uma das Partes Contratantes (o Reino Unido). *A priori*, não haveria essa possibilidade, de recurso à arbitragem, se não houvesse um *tratado* internacional entre duas potências estrangeiras.

Não era absolutamente necessário, para a resolução da questão, ter a Suprema Corte raciocinado como se “fosse” um contrato entre as parte o documento posto sob o exame do tribunal. Bastaria verificar o art. 8º, § 2º, *b*, do tratado, que autoriza uma Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante a decidirem (expressa ou tacitamente) recorrer à arbitragem, que foi exatamente o que ocorreu no caso em apreço, eis que a *BG Group* requereu a arbitragem em 2003 e a Argentina, ao menos tacitamente, a aceitou, tanto que participou da escolha dos árbitros e concordou em ser a cidade de Washington, D.C., o local da sede do tribunal arbitral. Assim o fazendo, a Argentina, ao que nos parece, “abriu mão” da cláusula segundo a qual as

controvérsias acima mencionadas serão submetidas à arbitragem internacional [...] (a) por solicitação de uma das partes [...] (i) quando, desde a expiração de

---

17 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit.; voto dissidente do Juiz Roberts, p. 1-2.

18 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 14 (voto da maioria): “Assim, a interpretação e aplicação da regra que impõe recorrer ao tribunal competente relativa ao início de um processo judicial perante os tribunais de um Estado Contratante corresponde, em primeiro lugar, aos árbitros. O tribunal de apelação não poderá revisar a decisão dos árbitros mediante um novo juízo. Pelo contrário, a revisão judicial deverá levar em conta o que foi decidido por eles”.

um prazo de dezoito meses contados a partir do momento em que a controvérsia foi submetida ao tribunal competente da Parte Contratante em cujo território se realizou o investimento, dito tribunal não tenha emitido uma decisão definitiva. (art. 8º, § 2º, a, *ii*)

Também não era necessário ter utilizado de alguns argumentos doutrinários – falhos para o caso em tela, em que está em jogo um *tratado* entre potências estrangeiras, e não um *contrato* entre particulares – de que a observância dos mecanismos de índole processual que figuram em um acordo de arbitragem (ou de um tratado bilateral de investimentos) habitualmente não constitui um requisito prévio de caráter processual, bem assim de que as cláusulas desse tipo impõem uma pesada carga para a parte que procura iniciar um procedimento arbitral, contando com baixas probabilidades de chegar a um acordo a respeito da controvérsia. Ora, as disposições de um tratado hão de ser *cumpridas* pelas partes, não havendo que se falar não constituírem um “requisito prévio de caráter processual” ou que elas impõem “uma pesada carga para a parte”, etc. Novamente: o acordo entre o Reino Unido e a República Argentina não é um acordo de arbitragem, senão um *tratado internacional* entre dois Estados soberanos, cujas regras são obrigatórias, entre outros, em razão do art. 27, primeira parte, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969<sup>19</sup>.

## 2.2 APLICAÇÃO DE PRESUNÇÕES JUDICIAIS DE DIREITO INTERNO EM RELAÇÃO A UM TRATADO INTERNACIONAL?

Outra crítica que se pode fazer à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos liga-se ao fato de o tribunal ter aplicado presunções judiciais de direito *interno* para decidir questão envolvendo um tratado *internacional*. Trata-se de vício que ocorre em vários países do mundo, mas não pode ser uma constante em uma Suprema Corte. Matéria de direito dos tratados há de ser decidida à luz das regras do direito internacional público, especialmente da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, a qual, não obstante não valer nos Estados Unidos como *tratado mesmo*, eis que ainda não ratificada por esse país, vale como *costume* internacional em matéria de tratados, como reconhece o próprio Departamento de Estado Americano<sup>20</sup>.

O Juiz Breyer, contudo, não entendeu dessa maneira e pretendeu aplicar as presunções estabelecidas na legislação interna dos Estados Unidos, mesmo estando em pauta um tratado internacional, dizendo:

19 *Verbis*: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

20 Nesse sentido, ver a informação constante em: *U.S. Department of State*, Diplomacy in Action. Disponível em: <<http://www.state.gov/s/l/treaty/faqs/70139.htm>>. Acesso em: 11 set. 2014.

Quando se solicita a um tribunal federal, como sucede no presente caso, que interprete essa intenção no âmbito de um processo em que uma parte pretende anular e a outra confirmar um laudo proferido em virtude da Lei Federal de Arbitragem, dito tribunal deverá aplicar, normalmente, *as presunções estabelecidas na legislação estadunidense*. [grifo nosso]

Recorde-se, apenas, que a pretendida confirmação/anulação do laudo arbitral foi requerida também com base na Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, a qual passou, ao que parece, a ter *menos valor* que a lei federal americana sobre arbitragem, não obstante ser essa convenção internacional que autoriza a aplicação da legislação nacional sobre o tema (cf. art. 3º).

Nada de errado haveria em utilizar as presunções estabelecidas na legislação doméstica estadunidense se se tratasse de aplicar um contrato entre particulares, mesmo porque, à luz do citado art. 3º da Convenção de Nova York de 1958, “cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará *em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada*, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem”. É evidente que, tendo a Suprema Corte partido da falsa premissa de se tratar de um *contrato* entre particulares, a conclusão também não poderia ser correta. Daí não fazer qualquer sentido a afirmação do voto da maioria, baseada no caso *Sullivan vs. Kidd*, 254 U.S. 433 (1921), de que os “tratados devem ser interpretados de conformidade com os princípios que regem a interpretação dos contratos”; fosse assim não haveria toda uma Seção – a Seção 3 da Parte III – na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados intitulada “*Interpretação dos Tratados*” (arts. 31 a 33).

Nessa ordem de ideias, cabe assinalar que a Suprema Corte americana decidiu rechaçar o argumento da Argentina de que os árbitros excederam as suas atribuições ao resolver que o decreto do Poder Executivo, por meio do qual se estabelecia uma suspensão dos processos judiciais por um prazo de 180 dias, conduzia necessariamente a um resultado “absurdo e desarrazoado”, e, portanto, dispensavam à *BG Group* o cumprimento da regra relativa à sustação da reclamação em sede judicial do Estado receptor. Com efeito, a Corte sustentou que:

Ainda que este Tribunal não tivesse necessariamente que interpretar que essas medidas tornam o requisito do esgotamento dos recursos internos “absurdos e desarrazoados”, ao mesmo tempo não podemos afirmar que as resoluções dos árbitros estão proibidas pelo Tratado. Assim, os árbitros não “se apartaram da interpretação e aplicação do acordo” nem de qualquer outra maneira impuseram efetivamente a “sua própria justiça”. V. *Stolt-Nielsen S. A. vs. Animal Feeds Int'l Corp.*, 559 U. S. 662, 671 (2010) (em que se revolveu que apenas quando um árbitro realiza um ato semelhante “o laudo proferido poderá ter força executória”

(com citação da decisão *Major League Baseball Players Assn. vs. Garvey*, 532 U. S. 504, 509 (2001) (decisão unânime)).

Deve-se, contudo, assinalar a contradição apresentada no fundamento da Corte, ao confirmar a decisão dos árbitros baseada no art. 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados à base de casos jurisprudenciais em que não está em jogo a interpretação de um tratado nem de normas de aplicação imediata (*lois de police*) de um Estado soberano. Por outro lado, também cabe destacar que nem os árbitros nem a Corte citam corretamente o art. 32, *b*, da Convenção de Viena de 1969, muito provavelmente por inadvertência, ou talvez porque a sua citação correta poderia enfraquecer a solidez de seus argumentos. Com efeito, os árbitros fazem referência ao art. 32, *b*, da Convenção de Viena, omitindo na citação dessa disposição o termo (advérbio) “manifestamente”, que qualifica os adjetivos “absurdo” e “desarrazoado”<sup>21</sup>. Caberia indagar, então, se dita omissão não pressupõe desvirtuação do espírito da referida disposição. A introdução do termo “manifestamente” pressupõe que o juiz ou árbitro encarregado de analisar a disposição de que se trate deve tão somente realizar um exame breve, supérfluo, da questão, para chegar à conclusão de que uma determinada interpretação de uma disposição de um tratado conduzirá a um resultado “absurdo ou desarrazoado”. Pelo contrário, a eliminação do termo “manifestamente” implica uma análise mais profunda da questão de que se trata, que é o que sucedeu relativamente ao laudo em causa. Assim, os árbitros, para poder chegar à conclusão de que a aplicação do Decreto do Poder Executivo nº 214/2002 – que tinha como finalidade limitar o acesso à via judicial por um prazo de 180 dias – conduziria a um resultado absurdo e desarrazoado, tiveram que realizar um exame pormenorizado das implicações do mesmo. Não obstante, poderia arguir-se que a suspensão dos processos judiciais por um prazo de 180 dias, no contexto de um prazo muito maior, como é o previsto no art. 8º, § 2º, *a*, *i*, do tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina, que se estende por 18 meses, não conduz a um resultado “manifestamente” absurdo ou desarrazoado, máxime tratando-se da interpretação de normas de exceção do Estado receptor. Em qualquer caso, parece-nos sensato perceber as implicações decorrentes da omissão do advérbio “manifestamente” na interpretação dessa questão jurídica, pois tal constitui o elemento central para desvendar a verdadeira natureza jurídica da regra relativa à necessidade de se ajuizar ação no Estado receptor, para somente depois se poder recorrer à arbitragem. Não obstante, a Suprema Corte americana não apenas passou ao largo dessa omissão, senão também a convalidou, menosprezando, assim, a importância de realizar uma correta interpretação das normas da Convenção de

---

21 Para detalhes da interpretação do art. 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*, cit., p. 269-272.

Viena sobre o Direito dos Tratados relativas à interpretação dos tratados, o que poderia ser qualificado, pelo menos, como um paradoxo.

### 2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

Tal como anteriormente referido, segundo a opinião de certa corrente doutrinária, a Suprema Corte americana, por meio da decisão objeto de análise, contribuiu para fortalecer, ainda que de forma indireta, o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* no direito estadunidense. Com efeito, o fortalecimento desse princípio adviria da consequência de que no voto da maioria se sustentou a incorporação do Regulamento de Arbitragem da Uncitral no tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina, pressupondo que os árbitros seriam competentes para decidir questões como a que se examina no presente caso, a saber, quais as consequências da inobservância da regra prevista no art. 8º, § 2º, *a, i*, do tratado bilateral em causa. A esse respeito, a Suprema Corte assim decidiu:

Assim, no mesmo tratado se autoriza recorrer a instituições administradoras de arbitragens internacionais, em cujos regulamentos se dispõe que os árbitros serão competentes para interpretar tais tipos de disposições. Art. 8(3) (no qual se estabelece que as partes podem consentir em submeter uma controvérsia ao Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos – CIADI ou a árbitros que serão designados de acordo com as Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional – Uncitral); no mesmo sentido, Regulamento da Uncitral, art. 23 1) (ed. rev. 2010) (“Art. 231): O tribunal arbitral está facultado a decidir sobre a sua própria competência”); Convênio CIADI, Regulamento e Regras, art. 41 1) (ed. 2006) (“O tribunal resolverá sua própria competência”). Cf. *Howsam*, supra, pág. 85 (no qual se leva devidamente em conta a incorporação pelas partes do Código de Arbitragem da Associação Nacional de Empresas de Corretagem em Valores Mobiliários (National Association of Securities Dealers (NASD) Code of Arbitration) ao contrato, em que se estipulava uma competência de similares características, como prova de que a intenção das partes era que os árbitros fossem competentes para “interpretar e aplicar as regras relativas aos prazos do NASD”).

Contudo, a referência feita pela Suprema Corte ao art. 8º, § 3º, do tratado bilateral de investimentos não contribui para a elucidação da questão controversa. Note-se que tal disposição se relaciona com o art. 8º, § 2º, *b*, do mesmo tratado, em que se prevê a via arbitral para o caso de as partes assim decidirem. No entanto, no caso em tela, as partes não celebraram nenhum acordo a esse respeito. Assim, tal cláusula restaria inaplicável, sendo certo que a sua análise nada levaria à resolução da verdadeira questão controvertida. Pelo contrário, a análise realizada pela Corte das consequências jurídicas advindas da incorporação do Regulamento de Arbitragem da Uncitral serve para reforçar a sua

decisão de não se apartar das presunções habituais em matéria de arbitragem (interna) estabelecidas em alguns precedentes, como o citado caso “Howsam”. Por conseguinte, disso se abstrai que a suposta reafirmação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* só alcançaria os casos de arbitragem interna, o que não é totalmente censurável, porém pouco parece ajudar na resolução de um caso de arbitragem de investimentos entre um Estado soberano e um particular de outro Estado. Talvez fosse mais conveniente reafirmar tal princípio no contexto de outra causa na qual não se dirimisse uma questão relativa a uma arbitragem de investimentos. Nesse sentido, destaque-se existir vários precedentes jurisprudenciais estadunidenses sobre a questão da incorporação de regulamentos de arbitragem e as suas consequências jurídicas, de modo que a Suprema Corte americana poderia ter passado por alto da análise dessa questão, que não resulta efetivamente pertinente ao caso ora analisado<sup>22</sup>.

#### 2.4 A CONDIÇÃO RELATIVA AO CONSENTIMENTO: DESINTERESSE MANIFESTO PELA APLICAÇÃO DAS NORMAS DE INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DA CONVENÇÃO DE VIENA DE 1969

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é um dos raríssimos tratados no mundo que tem valor jurídico – senão como tratado, senão também como *costume* internacional cristalizado em norma convencional – mesmo para aqueles Estados que ainda não a ratificaram<sup>23</sup>.

Os Estados Unidos assinaram a referida Convenção de Viena em 24 de abril de 1970, mas ainda não a ratificaram (setembro de 2014)<sup>24</sup>. Ocorre que a Convenção prevê, no seu art. 18, *a*, que “um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando (a) *tiver assinado* ou trocado instrumentos constitutivos do tratado...”. Tal significa que da assinatura *já decorrem* obrigações aos Estados signatários no período entre a assinatura e a futura ratificação. Essa é uma obrigação que também os tribunais internos devem conhecer, e infelizmente não conhecem. Esse argu-

22 Vejam-se, nesse sentido, as seguintes decisões nas quais praticamente todos os Tribunais dos Circuitos que analisaram o tema entenderam que a incorporação das regras da *American Arbitration Association's* (AAA) constituem uma prova clara e inequívoca de que as partes concordaram em submeter a questão da arbitrabilidade [segundo a acepção americana do termo] à arbitragem. V., assim, *Petrofac, Inc. vs. DynMcDermott Petroleum Operations Co.*, 687 F.3d 671, 675 (5th Cir. 2012); *Fallo vs. High-Tech Inst.*, 559 F.3d 874, 878 (8th Cir. 2009); *Qualcomm Inc. vs. Nokia Corp.*, 466 F.3d 1366, 1373 (Fed. Cir. 2006); *Terminix Int'l Co. vs. Palmer Ranch LP*, 432 F.3d 1327, 1332 (11th Cir. 2005); *Contec Corp. vs. Remote Solution Co.*, 398 F.3d 205, 208 (2d Cir. 2005). Apenas um Tribunal de Circuito havia decidido a questão em sentido oposto: cf. *Riley Mfg. Co. vs. Anchor Glass Container Corp.*, 157 F.3d 775, 777 & n.1, 780 (10th Cir. 1998). As normas da *American Arbitration Association* contêm regras relativas à jurisdição similares às do art. 21 do Regulamento da Uncitral de 1976 e quase idênticas às do art. 23(1) do Regulamento da Uncitral de 2010. As conclusões a que chegaram os Tribunais do Segundo Circuito e do Circuito de Washington, D.C., relativas à incorporação do Regulamento da Uncitral, coadunam-se com as opiniões majoritárias relativas aos efeitos jurídicos da incorporação das normas da AAA em um acordo arbitral.

23 V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*, cit., p. 41.

24 V. Vienna Convention on the Law of Treaties, Status as at: 11.09.2014. Disponível em: <<https://treaties.un.org>>.

mento, somado ao fato de a Convenção também valer nos Estados como *costume* cristalizado, leva a crer que, para resolver uma questão jurídica envolvendo um tratado internacional, não se pode sobrepor a legislação *interna* do Estado às regras sobre direito dos tratados reconhecidas pela sociedade internacional em seu conjunto, tais as normas positivadas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Esse desinteresse manifesto pela aplicação das normas sobre interpretação dos tratados previstas na Convenção de Viena de 1969 não é salutar a uma Suprema Corte quando decide uma questão envolvendo um tratado internacional. É evidente que a legislação doméstica não é apta a resolver sobre tratados, eis que as regras que a sociedade internacional faz em seu conjunto são muito mais democráticas e participativas, especialmente em se tratando da Convenção de Viena de 1969, que representa, em muitos aspectos, o costume internacional cristalizado relativo a tratados internacionais.

Foi equivocado, a nosso sentir, o argumento de que “a regra que impõe recorrer ao tribunal competente relativa à iniciação de um processo judicial perante os tribunais de um Estado Contratante constitui uma condição de natureza essencialmente procedimental – uma norma relativa à tramitação das reclamações que determina o momento oportuno em que pode ser iniciado um processo arbitral”<sup>25</sup>, o que estaria a permitir aos árbitros (e não aos juízes) a sua interpretação.

A questão deveria ter sido resolvida não com a ilação de que se trata de uma condição “essencialmente procedimental”, eis que tais condições, quando previstas em *tratados*, são também essencialmente *obrigatórias* para os Estados-partes. A questão, aqui, é a seguinte: nos termos do art. 8º, § 2º, *b*, do tratado, havendo a intenção das partes de recorrer à arbitragem, fica excepcionada a obrigação prevista no art. 8º, § 1º, de primeiramente recorrer a um tribunal competente da Parte Contratante em cujo território o investimento se realizou. Poderia arguir-se ter sido isso o que ocorreu com a Argentina e a empresa *BG Group*: quando esta última deflagrou a arbitragem, no ano de 2003, a Argentina a teria aceitado, tanto que participou da nomeação dos árbitros e escolheu cidade de Washington, D.C., como sede na qual a arbitragem deveria ter lugar, abrindo mão, assim, da cláusula geral de admissibilidade do processo arbitral.

Não interessa à decisão, como se vê, se se trata de condição “essencialmente procedimental” ou não. O que muda ser uma condição “essencialmente procedimental”? Tais condições não seriam obrigatórias? É evidente que *quaisquer* disposições de um tratado entre as partes é *obrigatória*<sup>26</sup>. O que a Suprema Corte dos Estados Unidos não percebeu é que *o próprio tratado* resolvía a

25 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 9.

26 V. art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

questão pela previsão expressa do art. 8º, § 2º, *b*. Bastava interpretar o tratado à luz do art. 31, § 1º, da Convenção de Viena de 1969, segundo o qual “um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Se o objetivo e a finalidade do tratado entre o Reino Unido e a Argentina era o de “criar condições favoráveis para um aumento dos investimentos por parte de investidores de um Estado no território do outro Estado”<sup>27</sup>, parece evidente que pode o Estado-parte abrir mão da cláusula geral de admissibilidade prevista no art. 8º, § 1º, quando ele “e o investidor da outra Parte Contratante assim tenham acordado” (art. 8º, § 2º, *b*).

A questão, em suma, bem interpretado o tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina, haveria de ser resolvida da seguinte maneira: a cláusula do art. 8º, § 2º, *b*, permite que uma das partes e o investidor da outra parte acordem espontaneamente (expressa ou tacitamente) em estabelecer o caso à arbitragem, sem a necessidade de deflagrar, no juízo interno da parte em que o investimento se realizou, qualquer ação judicial como condição de procedibilidade da arbitragem, em homenagem ao princípio transnacional do *favor arbitrandum*. Assim o fazendo, a parte e o investidor da outra parte acordariam em conferir *aos árbitros* a competência para resolver a contenda entre eles.

Ainda que a Suprema Corte dos Estados Unidos tenha chegado, coincidentemente, a essa mesma conclusão, o caminho percorrido não foi juridicamente correto. Todos os caminhos levam à Roma? Sim, podem levar, mas uns são juridicamente escorregiosos, outros não. Ir à Roma pela via correta, é lícito; ir à Roma pela contramão, não é juridicamente adequado. Um tribunal deve preocupar-se em chegar à solução justa também pela via juridicamente própria. No caso que ora nos ocupa, bastava ter lido e interpretado corretamente o cristalino art. 8º, § 2º, *b*, do tratado entre o Reino Unido e a República Argentina para se chegar, segundo pensamos, a esse desiderato.

### 3 ANÁLISE DO VOTO DISSIDENTE

O Juiz Roberts, Presidente da Suprema Corte dos EUA, a cujo voto aderiu o Juiz Kennedy, votou em dissidência à maioria da Corte. Assim, merece esse seu voto dissidente ser analisado junto às críticas que realiza ao voto da maioria. Mesmo que tal voto tenha melhor fundamento que o voto da maioria, ainda assim pensamos que a opinião dissidente ficou “pelo meio do caminho”, como se verá adiante (v. item 3.3, *infra*).

---

27 Cf. *United Nations – Treaty Series* (1994), p. 42 (v. primeiro considerando do tratado).

### 3.1 CRÍTICA FUNDAMENTADA DO VOTO DA MAIORIA

A dissidência, repita-se, diverge com argumentos melhores, segundo nos parece, que aqueles utilizados pela maioria, especialmente por compreender que se está diante de um *tratado* concluído entre Estados estrangeiros, e não de um acordo de arbitragem, sequer sendo os investidores *partes* nesse instrumento internacional (como, realmente, não poderiam ser em se tratando de um ato *convencional*). De fato, o voto dissidente começa por ironizar a decisão da maioria, observando o seguinte:

O que esta Corte “tem diante de si”, naturalmente, não é um instrumento que possa ser caracterizado, em absoluto, dessa maneira [ou seja, como um contrato entre particulares]. Pelo contrário, não se trata senão de um tratado concluído entre duas nações soberanas: o Reino Unido e a Argentina. Nenhum investidor é parte no acordo. [...] Não é de estranhar que, por ter começado por um caminho equivocado, a maioria termine em lugar equivocado.<sup>28</sup>

A observação, já se disse linhas atrás, é pertinente. Realmente, não se entende o por quê de a maioria da Suprema Corte americana ter raciocinado como se *contrato* fosse o instrumento presente diante de si. Bastava ler o instrumento para verificar tratar-se de norma *convencional*, isto é, de *tratado* internacional de investimentos que contém, no seu art. 8º, simples possibilidade de se recorrer à arbitragem, desde que cumpridos certos requisitos, nada mais. Com base nessa premissa é que deveria ter decidido a Suprema Corte americana, e não na falsa e incongruente ideia de tratar-se de um *contrato* entre particulares a ser, inclusive, interpretado pela legislação doméstica estadunidense.

### 3.2 CRÍTICA AO EXCESSO DE FORMALISMO TERMINOLÓGICO DO VOTO DA MAIORIA

A decisão do voto da maioria, como se viu, girou em torno de elucidar se o art. 8º, § 2º, *a, i*, constitui uma condição relativa ao consentimento que deveria ter prestado a Argentina para poder recorrer à via arbitral, ou se se tratava de uma condição de caráter procedimental (norma relativa à tramitação de reclamações). Essa “caracterização” da disputa, parece certo, só serviu para poder aplicar os precedentes estadunidenses de caráter interno que estabelecem que, ao se tratar de uma “condição relativa ao consentimento”, são os *juízes* que têm competência – em primeiro lugar – para decidir a questão, ao passo que, quando se trata de uma “condição de caráter procedimental”, serão, ao contrário, os *árbitros* a quem incumbe decidir primeiramente o tema. É por isso que no voto da maioria se chega à conclusão de que, para tratar de uma condição relativa

---

28 V. “BG Group plc vs. República Argentina”; voto dissidente do Juiz Roberts, p. 1.

ao consentimento, as Partes<sup>29</sup> deveriam ter expressamente utilizado a palavra “consentimiento”<sup>30</sup>; e, ante a sua ausência, decidiu a Corte que se tratava de uma questão puramente procedimental, que deveria ser dirimida – em um primeiro momento – pelos árbitros.

Não obstante isso, o Juiz Roberts, em seu voto dissidente, chegou a afirmar não existir qualquer razão para que deva figurar uma designação tão evidente como “condição relativa ao consentimento”, posto que a Suprema Corte, em geral, não obriga que existam “palavras mágicas” nos tratados<sup>31</sup>.

Do que se acaba de expor, percebe-se que a atenção do voto da maioria estava mais centrada em fazer enquadrar as relações jurídicas provenientes de um tratado internacional às presunções internas do direito estadunidense da arbitragem, do que propriamente analisar a questão desde a perspectiva transnacional ou verdadeiramente internacional, como estava a merecer a causa objeto da presente análise.

### 3.3 DECISÃO PELO MEIO DO CAMINHO?

O voto da dissidência, por seu turno, também não percebeu que o tratado autoriza, no art. 8º, § 2º, *b*, que os investidores de um Estado-parte e do outro Estado-parte possam recorrer à arbitragem *independentemente* de se ingressar com qualquer medida judicial perante um tribunal interno do Estado em que o

29 Relativamente à utilização da palavra “Partes” no art. 8º, § 2º, *a, i e ii*, permitimo-nos fazer uma breve digressão. Deve-se observar que ali se utiliza o termo “Partes” e não “Partes Contratantes”, como no art. 8º, § 2º, *b*. Tal se deve a que, no primeiro caso, *não* se trata de um acordo de arbitragem, senão apenas de uma “oferta unilateral permanente” (segundo os termos utilizados pelo Juiz Roberts em seu voto dissidente) que ambos os países realizam a uma pessoa “determinável”, vale dizer, a nacionais do Estado receptor. Portanto, não teria sentido referir-se concretamente ao termo “consentimento” nessa etapa prévia à formação do contrato, em que somente existe uma oferta, eis que se subentende que o acordo de arbitragem somente restará perfeito quando a outra “Parte” manifestar o seu consentimento à oferta inicial, nos mesmos termos em que foi formulada. Destaque-se que no art. 8º, § 2º, *b*, se utiliza o termo “Parte Contratante” e investidor, posto que ali se faz referência à possibilidade concreta de que o Estado receptor e o investidor (determinável) concordem em recorrer à via arbitral. Por conseguinte, a presunção do direito interno estadunidense não corresponde exatamente à situação que as Partes Contratantes previram no art. 8º, § 2º, *a, i*.

30 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 3 (voto da maioria): “No entanto, levando em conta que no presente Tratado não há disposição no sentido de ser a judicialização da controvérsia no país receptor uma condição que pressuponha ‘prestar consentimento’ para o início de um processo arbitral, o tribunal não deve estabelecer qual seria o efeito de uma regra nesse sentido. Portanto, esta Corte não se considera obrigada, em absoluto, a emitir uma decisão que exceda os limites de seus critérios de interpretação habituais, nos quais se estabelece que, ante a inexistência, no âmbito de um tratado, de uma disposição que indique explicitamente que as partes tiveram a intenção de alterar a delegação de competência habitual, resultam aplicáveis as presunções de interpretação que comumente utilizamos em tais casos. Págs. 10 a 13. [...] No Tratado não figura qualquer disposição a indicar que a intenção das partes se contrapõe às presunções habituais relativas a quem deve decidir as questões atinentes ao ‘critério mínimo’ para a procedência ou não da arbitragem. Tanto que a redação e a estrutura da regra estabelecida no art. 8º indicam claramente que se trata de uma condição processual prévia ao início de um processo arbitral”.

31 V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 3 (voto da dissidência), p. 6-7: “Não obstante, não há qualquer razão para considerar que se deva exigir uma designação tão evidente de tal condição relativa ao consentimento, tendo em conta que esta Corte, em geral, não exige que figurem ‘palavras mágicas’ nos tratados. *Medellín vs. Texas*, 552 U. S. 491, 521 (2008)”.

investimento ocorreu, sequer aguardando dezoito meses a partir do momento em que a controvérsia foi submetida ao tribunal respectivo do país receptor.

Segundo a dissidência, tal somente seria possível se manifestado “por meio de um acordo específico”<sup>32</sup>. Tal não é verdade, eis que o art. 8º, § 2º, *b*, diz apenas e tão somente que será possível o recurso à arbitragem se “a Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante assim tenham acordado”. Acordado por qual maneira? O dispositivo não se refere à forma de acordo entre as partes, razão pela qual tal acordo pode ser expresso ou tácito.

O voto dissidente, como se vê, avançou e foi exarado corretamente no que tange à compreensão de se estar diante de um *tratado* entre dos Estados soberanos, e não perante um acordo de arbitragem entre particulares. De fato, o que o tratado faz é uma “concessão” a que se recorra à arbitragem, segundo as condições que enumera: ou quando esgotada a jurisdição interna sem sucesso, ou quando as partes (investidor e Estado no qual o investimento se realizou) consentem em submeter a questão à arbitragem, ainda que de forma tácita ou indireta (que foi o que ocorreu no presente caso, ainda que a Argentina, em sua contestação, porém, sem razão, negasse ter o tribunal arbitral competência para a análise da matéria).

À medida que o voto dissidente não percebe a real faculdade estabelecida pelo art. 8º, § 2º, *b*, do tratado, chega à conclusão de que “incumbe a um tribunal judicial, e não é um árbitro”, a competência para resolver a questão, o que também está equivocado. Assim, não obstante ter avançado relativamente ao voto da maioria, bem assim melhor compreendido os conceitos jurídicos presentes na demanda, emitiu uma opinião que ficou no “meio do caminho”. Correto seria ter entendido que a faculdade para recorrer à arbitragem proveio da vontade das partes (investidor e Estado no qual o investimento se realizou), conforme autoriza o art. 8º, § 2º, *b*, do tratado bilateral de investimentos. Apesar de a Argentina, como se disse, ter negado a “jurisdição” do tribunal arbitral, o certo é que ela concordou com a arbitragem no ano de 2003 e, inclusive, participou na escolha dos árbitros e na decisão do local em que a arbitragem se realizaria, o que significa que aceitou, ainda que de forma indireta, a faculdade estabelecida pelo referido art. 8º, § 2º, *b*, do tratado.

#### **4 FUNDAMENTOS DISSOCIADOS DAS REGRAS INTERNACIONAIS E TRANSNACIONAIS: UMA CONTRADITIO IN TERMINIS AUTORIZADA?**

Como já se adiantou ao longo do presente ensaio, os fundamentos que serviram de base à decisão em análise (tanto os expostos no voto da maioria

---

32 Idem; voto dissidente do Juiz Roberts, p. 5.

e, em certa medida, também no voto dissidente) pressupõem, em nosso entender, uma *contraditio in terminis*. Com efeito, a alegação de que um *presumido* acordo de arbitragem é equiparável a um *tratado* internacional não constitui senão uma contradição em si mesma. Não obstante, essa contradição parece ver-se autorizada pelo fim último que persegue: outorgar à controvérsia submetida perante a Corte um enquadramento jurídico tal que permita a aplicação das presunções habituais em matéria de arbitragem, baseada em uma enorme gama de precedentes jurisprudenciais, entre os quais se destacam os casos *First Options*<sup>33</sup> e *Howsam*<sup>34</sup>.

#### 4.1 COMPLEMENTARIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DO DIREITO TRANSNACIONAL DA ARBITRAGEM

Ninguém pode ignorar o fato de que, nos últimos tempos, a interação da ordem jurídica internacional com a ordem jurídica transnacional tem tido cada vez maior visibilidade e robustez. Essa reflexão é especialmente válida para a classe de controvérsias como a levantada no caso objeto da presente análise. Com efeito, a questão colocada perante a Suprema Corte americana se originou de um pedido de anulação (pela parte condenada, a Argentina) e de execução (pela parte vencedora, a *BG Group*) de um laudo definitivo proferido por um tribunal arbitral *ad hoc* perante o Poder Judiciário do país em que se realizou a arbitragem (os Estados Unidos da América), de conformidade com o Regulamento de Arbitragem da Uncitral, versando a controvérsia sobre uma arbitragem de investimentos no âmbito de um tratado bilateral de investimentos. Dessa forma, é nítida a interação das ordens jurídicas que atuam em conjunto nessa série de decisões e apelações.

Como se percebe, a inter-relação entre os três ordenamentos jurídicos é mais que evidente. Mais evidente ainda teria que ser a aplicação harmonizada dos princípios provindos de tais ordenamentos jurídicos dos quais confluem normas de interpretação do direito internacional geral, do direito dos tratados (Convenção de Viena de 1969), das normas do direito transnacional da arbitragem e, em certa medida, das normas processuais do ordenamento jurídico nacional em que se proferem as decisões sobre o laudo e se interpõem as apelações. Entretanto, no presente caso, as normas do ordenamento jurídico interno (dos Estados Unidos) tiveram prevalência absoluta sobre as normas internacionais e transnacionais, que, em realidade, seriam as mais adequadas para resolver corretamente a questão *sub judice*. Tais normas, além de terem sido concebidas para elucidar casos como o que se apresenta, também compor-

33 V. "First Options of Chicago, Inc. vs. Kaplan", 514 U. S. 938, 942 (1995).

34 V. "Howsam vs. Dean Witter Reynolds, Inc.", 537 U. S. 79, 84 (2002).

tam uma gama de princípios gerais de direito derivados de grande quantidade de ordenamentos jurídicos nacionais, entre os quais se encontram os das Partes Contratantes e o do país sede da arbitragem. Assim, o desinteresse por sua aplicação ao caso em análise acaba também por prejudicar o fundamento da Corte, que, não obstante isso, chegou a uma decisão correta, porém, percorrendo um caminho juridicamente equivocado, abrindo, assim, a porta para que outros tribunais inferiores façam eco da mecânica subjacente a tal fundamentação e o apliquem em casos similares, correndo o risco de talvez chegarem a resultados em tudo antijurídicos.

#### 4.2 EXPECTATIVAS DAS PARTES: QUE FUNÇÃO EXERCEM EM UM TRATADO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS?

Em outra ordem de ideias, centraremos agora a nossa atenção a um elemento essencial a todo acordo de arbitragem, seja nacional ou internacional, a saber: *as expectativas das partes*. Como primeira medida, deveríamos procurar saber se esse elemento, que cumpre uma função crucial no âmbito de uma arbitragem entre privados, pode também ter importância para contribuir à escorreita interpretação do art. 8º, § 2º, *a, i*, do tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina.

De acordo com o fundamento exposto no voto dissidente, ao que aderimos plenamente no que tange a essa questão concreta, parece que tais expectativas não podem cumprir função muito relevante, já que ainda não se teria um perfeito acordo arbitral. Por conseguinte, a frase “expectativas das partes”, nesse caso concreto, deveria ser modificada para significar “expectativas das Partes Contratantes”, vale dizer, o Reino Unido e a Argentina. Seguindo essa linha de raciocínio, os precedentes jurisprudenciais citados no voto da maioria<sup>35</sup> talvez tivessem importância se a controvérsia versasse sobre o art. 8º, § 2º, *b*, no qual se prevê que as Partes em um contrato de arbitragem (vale dizer, uma Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante) concordam em recorrer à via arbitral. Porém, tal como também o explica, inclusive o Procurador-Geral dos Estados Unidos, a “regra relativa à propositura de uma ação judicial no Estado receptor pode ser ‘uma condição por parte do Estado de prestar o seu consentimento para celebrar um acordo de arbitragem’”.

Portanto, a decisão plasmada no voto da maioria de rechaçar o parecer do Procurador-Geral e sustentar que “[e]m geral, *um tratado é um contrato, ainda que celebrado entre nações* [...] [grifo nosso] [...] [de modo que] a sua interpretação consiste normalmente, como sucede com a interpretação dos

35 Air France vs. Saks, 470 U. S. 392, 399 (1985); e Wright vs. Henkel, 190 U. S. 40, 57 (1903).

contratos, em determinar a intenção das partes<sup>36</sup>, não teria grande utilidade na interpretação do art. 8º, § 2º, a, i, em torno da qual girou a decisão da Suprema Corte americana objeto da nossa análise, eis que, como já explicado, em tal dispositivo o conceito de “Partes” refere-se às *Partes Contratantes* (o Reino Unido e a Argentina). Isso se deve ao fato, no tocante a esse artigo, de que não se aperfeiçoou um acordo de arbitragem, senão apenas formulou-se uma oferta unilateral e permanente em favor das partes “determináveis” (ou seja, os investidores de alguns dos Estados soberanos), que somente dará lugar a um acordo arbitral caso tal oferta seja aceita pelo investidor *determinável*, desde que cumpridas as determinações ou condições nele estabelecidas. Por conseguinte, *as expectativas das partes*, nesse contexto, não podem servir de base para interpretar um artigo de um tratado bilateral de investimentos, menos ainda quando o fim último de elucidar a intenção e/ou expectativa das partes envolve a interpretação de um contrato (nesse caso, de arbitragem) que nunca se aperfeiçoou.

## CONCLUSÃO

A Suprema Corte dos Estados Unidos, na decisão relativa ao caso “BG Group plc vs. República Argentina”, de 5 de março de 2014, decidiu corretamente: a arbitragem realizada entre *BG Group* e a Argentina foi válida e a condenação de US\$ 185,3 milhões deve ser paga. Entretanto, como se viu no decorrer do presente artigo, os fundamentos nos quais a Suprema Corte americana se baseou foram totalmente equivocados. De fato, na referida decisão, além de se confundir contrato com tratado internacional e direito interno com direito internacional, foram apresentados fundamentos totalmente dissociados dos princípios e das regras regentes das relações internacionais e transnacionais contemporâneas, de forma que a decisão “acertada” da Suprema Corte americana não passou de simples coincidência, tal como seria se proferida seguindo corretamente as regras que o direito internacional público em geral, e o direito dos tratados, em especial, impõem para a resolução de questões similares.

Todos os caminhos levam a Roma? No caso “BG Group plc vs. República Argentina”, o caminho seguido pela Suprema Corte americana levou ao desiderato correto, mas por um caminho confuso e equivocado, à exceção, em parte, do voto dissidente do Juiz Roberts, ao qual aderiu o Juiz Kennedy. Assim, vários caminhos podem levar à Roma, porém, alguns são juridicamente corretos, outros não. Ir à Roma pela via correta, é lícito; ir à Roma pela contramão, não é juridicamente aceitável. Um tribunal deve preocupar-se em chegar à solução correta sempre pela via juridicamente escoreita, especialmente uma Suprema Corte.

---

36 Idem.

## REFERÊNCIAS

GAILLARD, Emmanuel. L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité (Conférence commémorative John E. C. Brierley). *McGill Law Journal*, v. 55, p. 892-907, 2010.

HANOTIAU, Bernard, L'arbitrabilité et la *favour arbitrandum*: un réexamen. *Journal de Droit International*, n. 4, p. 899-966, oct./dez. 1994.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHREUER, Christoph. Consent to arbitration (Cap. 21). In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (Ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

# Uma Proposta de Matriz de Análise para a Pesquisa sobre a Judicialização dos Direitos Sociais

**JULIA MAURMANN XIMENES**

Advogada, Mestre em Direito, Doutora em Sociologia Política, Professora do Programa de Mestrado do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Este trabalho é fruto de pesquisa realizada pela autora durante estágio de pós-doutorado na Universidade da Califórnia/Davis.

**RESUMO:** A judicialização dos direitos sociais, ou judicialização das políticas públicas no Brasil, está inserida em uma realidade complexa, com diferentes variáveis e fatores históricos, sociais, políticos e institucionais. Considerando este cenário, o artigo busca contribuir para a compreensão da realidade com uma proposta de matriz de análise do processo de litigância dos direitos sociais, buscando avaliar os impactos, diretos ou simbólicos, na relação entre Sociedade e Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judicialização das políticas públicas; direitos sociais; matriz de análise.

**ABSTRACT:** The judicialization of social rights, or judicialization of public policy in Brazil is immersed in a complex reality, with different variables and historical, social, political and institutional factors. Considering this scenario, the article works for a way to comprehend the reality with a proposal of analytical framework of the litigation process of social rights aiming to evaluate the impacts, direct or symbolic, on the relation between Society and State.

**KEYWORDS:** Judicialization of public policy; social rights; analytical framework.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A judicialização dos direitos sociais; 2 Matriz de análise; 3 Categorias operacionais aplicadas; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

No direito comparado, a análise de diferentes estruturas e arranjos institucionais sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos tem sido muito frequente. Assim, diferentes “matrizes” têm sido elaboradas para facilitar a comparação entre diferentes campos jurídicos e seu papel, como, por exemplo, a matriz de análise da judicialização da política, da transformação social e da *accountability*<sup>1</sup>, para citar os temas e obras diretamente relacionadas à problematização deste trabalho.

Nesta perspectiva, o presente artigo tem como objetivo apresentar uma matriz de análise (ou *framework*) sobre o papel do Poder Judiciário no Brasil no

---

1 Para conhecer mais: TATE, N.; VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995; GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. *Democratization and the Judiciary: the accountability function of courts in new democracies*. London: Frank Cass Publishers, 2004; GLOPPEN, Siri et al. *Courts and Power in Latin America and Africa*. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

tocante à efetivação de direitos sociais, considerando o impacto desta atuação na relação entre Sociedade e Estado. O problema de pesquisa é: como avaliar a atuação do Poder Judiciário na relação entre Sociedade e Estado?<sup>2</sup>

A iniciativa advém da necessidade de passarmos para uma análise que ultrapasse a discussão entre eixos analíticos como o procedimentalismo e o substancialismo<sup>3</sup>. O fenômeno da judicialização das políticas públicas é um dado, uma realidade irreversível diante da constitucionalização dos direitos sociais e o reconhecimento de sua “força normativa”<sup>4</sup>. Portanto, a proposta é analisar o impacto deste fenômeno na sociedade a partir de vários fatores: social, institucional, jurídico, cultural, econômico e político.

Considerando que os direitos sociais no Brasil continuam em processo de implementação, ou seja, que ainda temos a exclusão social e econômica como grande desafio para o pleno exercício da democracia<sup>5</sup>, o presente artigo propõe uma matriz de análise para avaliar diferentes casos e momentos de atuação do Judiciário. A partir da matriz, as diferentes variáveis possibilitam compreender o papel do Poder Judiciário, em que medida ele contribui para uma compreensão das demandas sociais e assim melhorar o diálogo entre Sociedade e Estado<sup>6</sup>.

Ao traduzir uma demanda social em uma demanda jurídica nos deslocamos de um ambiente de competição por puro poder para um processo no qual as decisões devem ser justificadas em termos jurídicos. A necessidade de justificativa legal reduz o espaço de pura discricionariedade. Nessas circunstâncias, *o sistema jurídico pode dar visibilidade pública, na forma de reconhecimento de direitos àqueles que são desconsiderados pelo sistema política e pela própria sociedade.* (Vieira, 2008, p. 201, grifo nosso)<sup>7</sup>

Para tanto, começaremos com reflexões teóricas sobre a judicialização dos direitos sociais, ou judicialização das políticas públicas, considerando alguns eixos analíticos como procedimentalismo e substancialismo; constituição

2 Cumprir destacar que o presente artigo não segue o padrão do tripé metodológico tradicional já apontado pela autora em outros trabalhos (ver XIMENES, Julia Maurmann. O processo de produção científico-jurídica – o problema é o problema. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis/SC*: Fundação Boiteux, 2008). Isto porque a proposta é, a partir do problema de pesquisa mencionado, apresentar uma ferramenta para futuras pesquisas: uma matriz de análise. Esta matriz tem sido o instrumental para alguns trabalhos em andamento durante o período de pós-doutorado da autora e será utilizada no seu grupo de pesquisa no IDP, Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania – DDFC, em 2015.

3 Estas duas categorias teóricas serão exploradas no primeiro capítulo.

4 Na linha de: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

5 Oscar Vilhena Vieira (2008) argumenta que “a exclusão social e econômica, decorrente de níveis extremos e duradouros de desigualdade, destrói a imparcialidade da lei, causando a inviabilidade dos extremamente pobres, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade do privilegiados, aos olhos dos indivíduos e das instituições” (p. 186).

6 Importante salientar que de forma alguma recusamos os mecanismos de participação popular e de integração entre Sociedade e Estado, a discussão aqui é sobre a eventual contribuição que o Poder Judiciário e outros atores do campo jurídico poderão acarretar para o diálogo.

7 Obviamente importante destacar que não se deposita aqui uma ingênua crença na imparcialidade das instituições jurídicas, elas também são vulneráveis aos interesses e disputas por poder.

dirigente e constituição democrático-deliberativa. Isto porque as diferentes discussões sobre a relação entre Direito e Política afetam o próprio controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Entretanto, não conseguem perceber o “real” e seguir adiante, além da crítica, positiva ou negativa, sobre a atividade jurisdicional – qual é o seu impacto na realidade?

Em seguida, faremos a apresentação da matriz de análise de Siri Gloppen (2006), acrescentando algumas categorias elaboradas por César Rodríguez-Garvito (2001) no contexto da América Latina. Por fim, traçaremos diretrizes para aplicação das categorias operacionais<sup>8</sup> da matriz em futuras pesquisas.

O objetivo é proporcionar uma nova ferramenta de análise e pesquisa do fenômeno da judicialização das políticas públicas no Brasil. Esta ferramenta concentra a abordagem na dinâmica dos diferentes atores envolvidos e das variáveis que influenciam o processo de litigância, evitando dicotomias reducionistas, que não conseguem compreender a complexidade do processo propriamente dito.

## 1 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A discussão sobre a judicialização dos direitos sociais perpassa alguns eixos analíticos, que não lidam diretamente com o fenômeno, mas buscam analisar teoricamente o papel do Direito e do Poder Judiciário na efetivação da justiça social.

O primeiro eixo analítico compreende a dicotomia entre procedimentalismo e substancialismo. O procedimentalismo<sup>9</sup> percebe a atuação mais “política” do campo jurídico como uma perda da liberdade e conseqüente privatização da cidadania, ou seja, o cidadão não procura solucionar suas demandas por intermédio do exercício de seus direitos políticos, mas sim individualmente.

Já o substancialismo<sup>10</sup> afirma que as novas relações entre Direito e Política seriam tomadas como inevitáveis e favoráveis ao enriquecimento da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade. O Poder Judiciário tem legitimidade para atender às novas demandas.

---

8 Aqui utilizamos categoria operacional no lugar de categoria teórica, pois estamos tratando de definições cujo objetivo é ajudar o pesquisador a chegar a aspectos da realidade. “As definições operacionais surgiram de um novo modo de pensar: em vez de pensar apenas constitutivamente, os cientistas também pensam operacionalmente. Uma definição operacional é uma ponte entre os conceitos e as observações” (Kerlinger, 1980, p. 46). São ferramentas para compreensão da operação dos conceitos embutidos na matriz.

9 O procedimentalismo aqui é representado pelas obras de Jürgen Habermas (*Direito e democracia: entre facilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997) e de Antoine Garapon (*O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001).

10 O substancialismo está associado à obra de Mauro Cappelletti (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984).

Neste sentido, a discussão jurídica sobre o tema encontra outros dois eixos analíticos: a teoria da constituição dirigente e a teoria constitucional democrático-deliberativa. A primeira se concentra na necessidade do procedimento democrático para a realização da justiça social e na “força normativa da constituição”, inclusive dotando o sistema jurídico de instrumentos processuais para a concretização do programa constitucional pelo Poder Judiciário, como é o caso da ação de inconstitucionalidade por omissão (Souza Neto, 2012, p. 13-16)<sup>11</sup>.

A teoria constitucional democrático-deliberativa destaca a democracia como condição e não como fim, cabendo às constituições estabelecerem apenas a estrutura básica do Estado Democrático de Direito. O papel do Poder Judiciário aqui é controlar a violação de direitos fundamentais pelas maiorias eventuais, se restringindo ao campo da imparcialidade política (Souza Neto, 2012, p. 22).

A partir da breve apresentação dos eixos analíticos, a pergunta que permanece é: qual é o papel do Poder Judiciário que se almeja? Ele deverá ser guardião do conteúdo do Estado Democrático de Direito ou apenas do direito positivo “formal”? Assim, o próprio conceito de Justiça também é questionado.

No entanto, o desafio atual não é alargar os direitos – ou elaborar declarações de direitos (por mais importantes que estas sejam para os advogados constitucionalistas e para o simbolismo político) – mas encontrar meios e recursos para tornar, tanto “efetivos”, quando “coativos”, os direitos que os cidadãos já têm. Somente por meio da aplicação de rigorosos procedimentos acadêmicos à natureza, ao escopo e ao papel dos sistemas judiciais civis no provimento dos direitos abstratos frequentemente exaltados na retórica legal será possível expor a deficiência e a hipocrisia que cercam o discurso constitucional. (Economides, 1999, p. 71)

Na mesma linha, Abramovich (2005) resgata que a atuação judicial pode ser conceituada como a participação em um “diálogo” entre os distintos poderes do Estado para a concretização do programa jurídico-político previsto na Constituição, e acrescenta:

Às vezes, as vias legais resguardam ou tornam efetivas as “conquistas” obtidas no plano político. No marco de nossas frágeis democracias, a sanção de leis pelo Congresso nem sempre assegura a efetividade dos direitos reconhecidos e, como vimos, às vezes é necessário entrar em litígio para conseguir a implementação e o cumprimento dessas normas. Dessa forma, em um sistema institucional com fortes falhas, nem as vitórias judiciais em matéria de direitos sociais nem os triunfos políticos são definitivos, e impõem a utilização de todos os meios de reivindicação e de ação disponíveis. (p. 209)

---

11 “Em nosso País, essa perspectiva acabou resultando em um movimento político-teórico que podemos denominar ‘constitucionalismo brasileiro da efetividade’” (p. 8). Três características do Texto Constitucional são apontadas como principais ao seu potencial emancipatório: o extenso rol de direitos sociais, “complexo aparato de garantia das liberdades individuais”, e típica Constituição Dirigente, formulando projeto de futuro (p. 10).

O autor, em outra oportunidade, destaca ainda a necessidade de se abordar a efetivação de direitos sociais a partir dos direitos e não das necessidades, dos sujeitos de direitos que demandam prestações e condutas, que precisam de garantias para o exercício pleno dos direitos reconhecidos.

*El reconocimiento de derechos impone habitualmente la necesidad de establecer medidas judiciales o de otro tipo que permitan al titular del derecho reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, si el sujeto obligado o da cumplimiento a su obligación. Esto quiere decir que el enfoque basado en derechos establece obligaciones correlativas cuyo incumplimiento activará diferentes mecanismos de responsabilidad o de garantías. Por lo tanto, el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un ámbito de poder para sus titulares y en ese sentido puede ser una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente dispares. (Abramovich, 2006, p. 40-41)*

Portanto, a questão aqui é o alcance da reivindicação via arena judicial e seus impactos na relação entre Sociedade e Estado.

A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou. (Vianna; Burgos; Salles, 2007)

É possível então situar o problema aqui apresentado a partir da tensão entre duas abordagens: a sociedade contemporânea vivencia a era do reconhecimento dos direitos, uma política de direitos, inclusive sociais. Por outro lado, inúmeras são as discussões sobre as dificuldades financeiras que a garantia destes direitos acarreta aos Estados. O Poder Judiciário pode proporcionar um espaço para discussão entre estas duas abordagens? (Couso, 2006)

*The question is whether courts can provide an appropriate arena for the confrontation of these trends. Can they effectively channel pro-poor legal action or progressive social rights litigation? Moreover, how effective or, indeed, significant is this as a path to social transformation? And what kind of social groups are most likely to benefit from successful social and economic rights litigation? (Domingo, 2006, p. 4)*

Estas reflexões surgem para demonstrar a complexidade em que a problemática está inserida. A análise do fenômeno da judicialização dos direitos

sociais deve ultrapassar as dicotomias que resumem a questão em atuar ou não, e partir para a análise das variáveis envolvidas no processo. Isto porque a aproximação do campo jurídico da “questão social” é agora um dado, uma premissa irreversível.

## 2 MATRIZ DE ANÁLISE

A partir deste cenário, passaremos a trabalhar com as propostas de análise de Siri Gloppen (2006). A problematização é se o Judiciário, de alguma forma, contribui para que os pobres ou “marginalizados” sejam ouvidos.

*We know that legal systems respond very differently to the concerns of poor people – but what accounts for the difference? Why do some courts, at certain times, function as agents of social transformation and inclusion of marginalised groups? Why do poor groups in some cases turn to the legal system rather than opting for other forms of political mobilisation?* (Gloppen, 2006, p. 35, grifo no original)

A variável dependente é justamente o impacto que o Judiciário tem na transformação social e na inclusão de grupos “marginalizados” – se de alguma forma circunstâncias como classe social, sexo, gênero, religião e orientação sexual deixam de ter um peso significativo na desigualdade e nas relações de poder, e em que medida a atuação do Poder Judiciário concede “voz” para os pobres e grupos marginalizados.

*Social transformation can be defined as the altering of structured inequalities and power relations in society in ways that reduce the weight of morally irrelevant circumstances, such as socio-economic status/class, gender, race, religion or sexual orientation. Courts’ transformation performance is their contribution to the altering of such structured inequalities and power relations, or in other words, whether they serve as an institutional voice for the poor and contribute to the social inclusion of disadvantaged and marginalised groups. Which groups are the most vulnerable and marginalised varies between societies, depending on the structure and depth of social inequalities.* (Gloppen, p. 38)

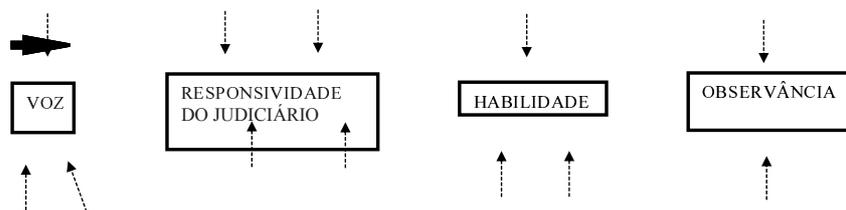
Gloppen apresenta a matriz diante da ausência de pesquisa sistematizada sobre como a mudança de papel do Poder Judiciário tem afetado ou não as pessoas que mais necessitam dos direitos sociais. A pesquisa foi utilizada para análise de diferentes países, ou seja, no âmbito do direito comparado. Para nosso propósito, adaptaremos a problematização e as categorias teóricas mais adiante.

Na matriz, analisa-se a variação entre as quatro etapas ou componentes do processo de litigância de direitos sociais: *voz, responsividade, habilidade e observância*.

*Voice concerns the ability of marginalised groups effectively to voice their claims or have them voiced on their behalf. Court responsiveness refers to the willingness of the courts to respond to the concerns of marginalised groups. Capability refers to judges ability to give legal effect to social (and other) rights in ways that significantly affect the situation of marginalised groups, while compliance concerns the extent to which these judgments are politically authoritative, and whether the political branches comply with them and implement and reflect them in legislation and policies.* (Gloppen, p. 37, grifos no original)<sup>12</sup>

Cada uma das etapas, por sua vez, é desmembrada em uma série de variáveis intermediárias, que, conectadas, criam uma “rede” de instituições e práticas com impacto no processo de litigância e de transformação social. Assim, os direitos sociais são demandados perante o Poder Judiciário, são aceitos por ele, os julgamentos efetivam direitos sociais e há impacto nos direitos sociais ou na inclusão dos sujeitos envolvidos. A lógica pode ser compreendida a partir da figura a seguir.

#### ANATOMIA DO PROCESSO DE LITIGÂNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS



Fonte: Adaptação da autora do texto de Gloppen (2006, p. 43).

Para a análise das etapas, dois tipos de indicadores<sup>13</sup> são utilizados: indicadores para avaliação do *output* de cadanexo causal em termos de contribuição para a transformação social (as setas grifadas); e indicadores que capturem os fatores e processos que juntos possam produzir cada *output* (as setas finas).

Os fatores que afetam cada uma das etapas e sugestão de indicadores são:

12 A ideia de “voz” representa os que provocam o Poder Judiciário com demandas sociais, individual ou coletivamente. A “responsividade” está relacionada à “abertura” do Poder Judiciário para os direitos sociais. Habilidade diz respeito a capacidade do Judiciário de atender as demandas, as diferentes estratégias disponíveis e utilizadas para a resposta. E observância está relacionada a execução da decisão e seus impactos no campo político e social.

13 Indicador é um recurso metodológico, de caráter empírico, um valor usado para medir e acompanhar um determinado processo e eventuais mudanças deste ao longo do tempo.

“VOZ”	Barreiras para o acesso à justiça, práticas (custos, distância, ausência de informação) e motivacionais (percepção sobre a justiça, medo ou descrédito, experiências passadas, ambiente), recursos disponíveis para articular e mobilizar as demandas (associações, presença de Defensoria Pública ou Ministério Público). Para analisar estes fatores durante o tempo, é importante verificar a frequência dos casos provocados e o seu significado político.
HABILIDADE	Fundamentação legal, cultura legal, qualificação profissional. Para verificar a habilidade os indicadores são: frequência de decisões efetivando o direito, o significado das decisões e estratégias jurisprudências utilizadas.

Importante destacar que a autora sugere como indicador na “voz”, na “responsividade” e na habilidade, a frequência de casos e de respostas como mecanismos para verificar se o grupo está sendo ouvido e como. Na observância, o indicador de impacto na legislação também é interessante no sentido de perceber se alguma nova política pública ou alteração em uma já existente foi motivada pela judicialização da política pública<sup>14</sup>.

E é neste sentido que na etapa habilidade é possível refletir sobre um outro aspecto da judicialização das políticas públicas, especialmente na América Latina<sup>15</sup>: o impacto “simbólico” das decisões.

14 Um exemplo é o estudo sobre o fornecimento de medicamentos a portadores de HIV/AIDS que demonstra que a política pública implementada em 1996 foi provocada pela mobilização da sociedade civil por meio de uma campanha da mídia liderada por ONGs, e que o aumento dos litígios está atrelado à gestão ou implantação da política pública. (HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 383-416). Nesta pesquisa, a análise dos indicadores relacionados à etapa observância na matriz demonstraria que a litigiosidade acarretou uma expansão da política pública vigente.

15 Villegas e Rodríguez (2003) abordam algumas tendências, decorrentes de fatores estruturais dos campos sociais da região: pluralidade jurídica, autoritarismo e ineficácia instrumental do Direito. Para o presente artigo, esta última reitera alguns dos nossos pressupostos: o Direito é utilizado como mecanismo de compensação do déficit de legitimidade e da ineficácia instrumental do Estado. A produção de normas e discursos legais é utilizada como resposta a demandas sociais por justiça social. Assim, o sistema jurídico acaba assumindo tarefas que poderiam ser resolvidas no sistema político e algumas reformas são feitas para

Isto porque a presente pesquisa tem também uma premissa importante: o contexto sociopolítico de “novas” democracias, ou seja, de países que atravessaram períodos de ditadura e mais especificamente, que possuem uma história de desigualdade, relacionada ao distanciamento entre o conteúdo positivado e a concretização dos direitos.

*Ante todo, es preciso tener en cuenta que las políticas sociales e incluso las prestaciones estatales en educación y salud no han estado guiadas en su organización y funcionamiento por la lógica de los derechos. Por el contrario, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente conforme a la lógica inversa, la de los beneficios asistenciales, de modo que este campo de acción de las administraciones públicas – salvo algunos controles institucionales – ha quedado tradicionalmente reservado a la discrecionalidad política. El tema es complejo y difícilmente puede entenderse de igual manera en todos los países de la región. La ampliación de las funciones sociales del Estado – en áreas como salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, consumo o el fomento de la participación de grupos sociales desaventajados – no se ha traducido necesariamente, desde el punto de vista técnico, en la configuración concreta de derechos. (Abramovich, 2006, p. 47)*

Justamente diante dos objetivos implícitos em algumas políticas públicas, mas não necessariamente concretizados, que César Rodriguez-Garavito (2011) aponta duas abordagens de análise para a atuação do Poder Judiciário: uma constutivista e outra neorealista. Os neorealistas se concentram nos efeitos diretos e palpáveis da decisão. Para estes autores, o Direito é um conjunto de normas que molda a conduta humana, e assim aplicam relações de causalidade direta entre a decisão e o que é observável como resultado. Já para os construtivistas, o Direito e as decisões judiciais acarretam uma transformação social não apenas quando afetam mudanças na conduta de grupos e indivíduos diretamente envolvidos, mas também quando produz transformação indireta nas relações sociais ou quando provoca alteração na percepção social dos atores e legitima as compreensões<sup>16</sup>.

Neste sentido, podemos refletir sobre a tabela a seguir:

---

legitimar o discurso do Estado, mas não necessariamente são efetivadas. “*La dimensión simbólica radica en el hecho de que la reforma es producida principalmente para establecer una comunicación legitimadora entre las instituciones, de un lado, y los actores del campo jurídico y los ciudadanos en general, del otro, más que para satisfacer sus objetivos instrumentales declarados*” (p. 43).

16 “On the other hand, authors inspired by a constructivist conception of the relationship between law and society have criticized Rosenberg and the neorealists for focusing only on judgments’ direct, material effects. According to these critics, law and judicial decisions generate social transformation not only when they induce changes in the conduct of the groups and individuals directly involved in the case, but also when they produce indirect transformations in social relations or when they alter social actors’ perceptions and legitimize the litigants’ worldview.” (p. 1678)

	DIRETO	INDIRETO
MATERIAL	Desenho da política pública, como determinado na decisão	Fomenta o debate influenciando a articulação entre atores sociais e políticos que passam a considerar a temática em questão
SIMBÓLICO	Definição e percepção do problema como uma violação de direitos	Transforma a opinião pública sobre a urgência e relevância do problema

Fonte: Adaptação de Rodriguez-Garavito, 2011, p. 1679.

Aprofundando a percepção construtivista, o autor defende que é preciso uma ampliação de caráter metodológico nas atuais análises, incluindo técnicas qualitativas que possam captar os efeitos simbólicos, e aponta como, por exemplo, entrevistas com servidores públicos, ativistas e membros da sociedade para examinar o impacto da decisão na percepção individual destas pessoas (Rodriguez-Garavito, 2011, p. 1679).

Portanto, a questão do impacto indireto e simbólico vai além das questões quantitativas mensuráveis, incluindo fatores externos, a percepção das pesquisas que têm sido feitas sobre a judicialização das políticas públicas. O debate pode ser também conduzido para analisar as lutas simbólicas por poder simbólico dentro do próprio campo jurídico<sup>17</sup>, valorizando as representações dos diferentes atores segundo sua posição (por exemplo, o embate entre o posicionamento do Supremo e os juízes federais).

Quando recuperamos o significado de “dizer o direito”, ou seja, da prestação jurisdicional, ampliamos o leque de funções dos tribunais, construindo um quadro conceitual e teórico que extravasa o domínio do litígio, incluindo as funções políticas e funções simbólicas dos tribunais (Sousa Santos et al., 1996). As funções políticas implicam na própria consciência de direitos e na afirmação da capacidade para os reivindicar, ou seja, uma forma de exercício da cidadania.

Na obra de Gloppen, José Reinaldo de Lima Lopes (2006) utiliza a matriz para análise de ações civis públicas sobre direito à saúde e à educação, e avalia que os casos buscam provocar mudanças no setor público. O autor salienta ainda que é necessário conduzir mais pesquisas no sentido de construir determinados padrões de habilidade e de observância, que se coaduna com o que almejamos com o presente trabalho.

17 Para saber mais sobre campo jurídico e lutas simbólicas, ler: BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989. Campo para o autor é o espaço no qual as posições dos agentes se encontram, *a priori*, fixadas, mas no qual se trava uma luta concorrencial entre os atores em torno de interesses específicos, caracterizados pelas manifestações de relações de poder. Assim, os diferentes atores lutam em função da posição que ocupam nos respectivos campos.

A partir das etapas e indicadores de Gloppen, aliada à percepção dos impactos simbólicos de Rodriguez-Garavito, apresentaremos uma proposta de aplicação das categorias operacionais sugeridas pelos autores.

### 3 CATEGORIAS OPERACIONAIS APLICADAS

Nossa proposta aqui é desenvolver os indicadores da matriz para análise de diferentes casos demandados no Poder Judiciário Brasileiro – é possível encontrar algum padrão? Podemos separar os diferentes indicadores de análise no Brasil? A atuação na efetivação dos direitos sociais é um dado atualmente, mas não uma unanimidade. É possível verificar o motivo para a diferente percepção sobre o papel? A partir do direito em questão? Em virtude dos impactos na execução?

Nossa hipótese é que, conforme a variação dos indicadores (podemos incluir ainda regiões do país e diferentes momentos sociopolíticos), a percepção sobre atuação do Poder Judiciário também irá mudar e, portanto, influenciar na relação entre Sociedade e Estado, positiva ou negativamente.

Conforme destacado anteriormente, discordamos de Gloppen no sentido de que necessariamente a atuação do Poder Judiciário leva a uma perspectiva positiva. Não descartamos aqui as diferentes dificuldades nesta atuação do Poder Judiciário<sup>18</sup>, mas considerando seus impactos no campo jurídico, a proposta é elaborar diagnósticos mais precisos sobre esta atuação.

*There is obviously some truth to this point: trials – at least in their traditional bilateral format – do not constitute the best forum for deciding some of these issues, not least because they involve a multiplicity of actors and interests. Our discussion here, however, focuses on the extent to which this argument relates to the reluctance of judges to enforce social rights. Court responsiveness to claims based on social rights could thus be conditioned by judges' perception of their role, and by a corresponding lack of sensitisation regarding the legal character of social rights. Conversely, even if judges considered themselves able, as a formal matter, to decide on social rights issues, they might feel that their capacity to impose duties on the political branches was weak, and that venturing their opinions in this uncertain field might undermine their authority. (Courtis, 2006, p. 175)<sup>19</sup>*

18 “Judicial enforcement faces a number of ‘technical’ obstacles, namely doctrinal, procedural and cultural barriers, most of which are founded on the idea that courts should mainly be devoted to settling property rights disputes between individual private parties, and that the state should be granted wide discretion in the design and implementation of social policies. Most of these arguments, while influential in local legal cultures, are ideological reflexes of the nineteenth-century hegemonic legal model; as such, their ‘necessity’ is open to conceptual challenge.” (Courtis, 2006, p. 180)

19 Explicando a citação: o autor admite que o julgamento não é a melhor forma de atender demandas sociais, justamente pelo formato “bilateral”, mas o foco seria até onde este argumento está relacionado à relutância dos juízes em implementar direitos sociais. Assim, a “responsividade” está muito mais relacionada à percepção que o Judiciário tem do seu papel. Por outro lado, se o juiz passa a considerar a possibilidade de decidir sobre temas sociais, ele pode também perceber que seu poder é fraco em relação aos outros dois Poderes.

Portanto, a “responsividade” e a habilidade não dependem única e exclusivamente do Poder Judiciário: a formação, a cultura jurídica, a influência da doutrina e da jurisprudência também são fatores que afetam o *output*. Neste sentido, indicadores que abordem as diferenças regionais sobre as demandas e sobre o próprio Poder Judiciário também são relevantes.

Nesta mesma linha, a proposta aqui, quando atrelada com a de Rodriguez-Garavito sobre os impactos simbólicos, visa compreender a judicialização das políticas públicas na perspectiva institucional.

Rodriguez-Garavito desenha referenciais para o que chama de “ativismo dialógico” por meio de dois mecanismos institucionais: a) as decisões dialógicas determinam claros caminhos de implementação por meio de metas e apresentação de relatórios, deixando para as agências governamentais decisões mais substanciais; b) as decisões dialógicas influenciam mecanismos participativos após a decisão como audiências públicas, comissões de monitoramento, envolvimento da sociedade civil em discussões por parte do governo.

*I argue that impact is likely to be higher when courts engage in “dialogic activism” through two institutional mechanisms. First, dialogic rulings set broad goals and clear implementation paths through deadlines and progress reports, while leaving substantive decisions and detailed outcomes to government agencies. Orders of this nature are not only compatible with the separation of powers principle but also can bolster the overall efficacy of a given decision. Second, a dialogic approach to SER [socioeconomic rights] cases encourages participatory follow-up mechanisms – public hearings, court-appointed monitoring commissions, and invitations to civil society and government agencies to submit relevant information and participate in court-sponsored discussions – which both deepen democratic deliberation and enhance the impact of court interventions. (2011, p. 1676)*

Para o autor, as quatro características são: a) forte afirmação dos direitos (*clear affirmation of the justiciability of the right in question* ou *strong rights*); b) deixar a decisão sobre a política para outros poderes, mas determinando claro acompanhamento do progresso (*leave policy decisions to the elected branches of power while laying out a clear roadmap for measuring progress* ou *moderate remedies*); c) ativamente monitora a implementação das decisões por intermédio de mecanismos participativos como audiências públicas (*actively monitor the implementation of the court’s orders through participatory mechanism like public hearings, progress reports, and follow-up decisions* ou *strong monitoring*).

Obviamente que não é função típica do Poder Judiciário definir políticas públicas e exercer o papel de “protagonista de transformação social” (Souza Neto, 2012, p. 35) e esta nem é a hipótese aqui levantada.

Por outro lado, isso não quer dizer que o Judiciário não possua um papel fundamental no regime democrático. A história está repleta de exemplos que levam à conclusão de que a democracia não pode ser entendida apenas a partir do princípio majoritário. A democracia implica, além da decisão majoritária, também a instauração de um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais das minorias. É justamente na promoção desse contexto e na garantia desses direitos que o Judiciário pode desempenhar um papel primordial. O Judiciário pode ser, nessa linha, um guardião da democracia. Por isso, só há sentido em pensar em uma “judicialização da política” enquanto atuação judicial que preserve a interação democrática entre os cidadãos, e não como realização pelo Judiciário de tarefas que legitimamente cabem às maiorias. (Souza Neto, 2012, p. 36)

Entretanto, importante refletir e analisar mais concretamente em que medida a judicialização das políticas públicas tem influenciado ou não a relação entre Sociedade e Estado<sup>20</sup>.

Neste contexto que o presente trabalho busca abordar a própria judicialização das políticas públicas por cidadãos que não conseguem “se enxergar” no arranjo democrático, confiando no Poder Judiciário a alteração de uma decisão governamental que os afeta profundamente. Em que medida a prática social de judicializar não permite uma análise positiva sobre a participação do cidadão na democracia brasileira, ainda que não utilizando os mecanismos convencionais de participação popular?

Ainda mais – a matriz permite analisar a participação de outros atores no processo de litigância dos direitos sociais – Ministério Público, Defensoria Pública, Conselhos, Associações, etc. Nesta linha, Abramovich destaca que:

*Quando se habla aquí de mecanismos para hacer exigibles los derechos no se hace referencia solo a los sistemas de administración de justicia, aun cuando estos tengan un papel muy importante: se incorporan asimismo en el concepto, entre otros instrumentos, los procedimientos administrativos de revisión de decisiones y de fiscalización ciudadana de las políticas, los espacios de reclamo para usuarios y consumidores, las instancias parlamentarias de fiscalización política y las instituciones especializadas que resguardan derechos fundamentales (defensorías del pueblo, oficinas de protección de consumidores y defensa de la competencia, etc.). (2006, p. 47)*

---

20 Gargarella (2006) aponta que o Poder Judiciário pode responder de várias formas às demandas de direitos sociais: solicitar mais informações para o não atendimento do direito; pode definir diretrizes para as autoridades, entre outras. “*In sum, through this dialogue between the different branches, and between them and the people, the deliberative process would be enriched and the quest for impartiality improved*” (p. 29). A discussão sobre a possibilidade de diálogo a partir da judicialização tem sido recorrente.

Assim, as categorias operacionais podem perceber, por exemplo, como ocorreu o processo de litigância e os impactos das decisões, em dois temas recentemente discutidos no Brasil:

- a) em que medida o Judiciário proporcionou uma nova arena de discussão para as demandas de grupos “marginalizados”, como aconteceu com o reconhecimento da união homoafetiva;
- b) como o Judiciário pode reforçar políticas públicas voltadas para os pobres que correm riscos ou precisam ser revisadas mas não são “ouvidas” no campo político, como foi a revisão do critério de concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC<sup>21</sup>.

Estes exemplos demonstram que a utilização da matriz de análise permitirá avaliar o efetivo impacto da atuação no Poder Judiciário, utilizando as etapas do processo – “voz”, “responsividade”, habilidade e observância – para desenhar um diagnóstico preciso do processo. A partir das etapas, surgirão os diferentes indicadores que proporcionarão a desconstrução das etapas em detalhes. Este é o processo de avaliação que a matriz proporciona e que permite uma avaliação precisa da atuação do Poder Judiciário, ultrapassando a análise teórica.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a exposição teórica para este trabalho, desenvolvemos algumas reflexões sobre a utilização da “grade de leitura” sobre a judicialização dos direitos sociais no Brasil.

O presente trabalho partiu de uma premissa na pesquisa jurídica: esta tem se preocupado predominantemente com os impactos materiais e diretos da judicialização das políticas públicas, analisando o fenômeno a partir de eixos analíticos teóricos que não conseguem conduzir a questão para a realidade, esquecendo os impactos indiretos e simbólicos. Arelada às dificuldades na efetivação de direitos sociais e à distância entre o conteúdo positivado e a realidade, típica da América Latina, a proposta buscou abordar as diferentes variáveis envolvidas: social, institucional, jurídica, cultura, econômica e política.

Importante destacar que não defendemos o “guardião de promessas” do Poder Judiciário, mas admitimos que ele foi envolvido na questão social pelo Texto Constitucional de 1988 e que este desenho institucional precisa ser compreendido a partir de indicadores como frequência dos casos, contexto social, institucional, jurídico, cultural, econômico e político das demandas, participação dos outros Poderes e outros atores do campo jurídico, etc.

---

21 De acordo com pesquisa em andamento da autora, as Conferências Nacionais de Assistência Social já tinham sinalizado ao Poder Público a necessidade de revisão do critério de concessão do benefício.

A partir do diagnóstico das variáveis e indicadores, poderemos avaliar o impacto da atuação do Poder Judiciário na relação entre sociedade e Estado – os que mais necessitam dos direitos sociais foram “ouvidos”? Era a única arena para discussão do tema? A “decisão” acarretou algum impacto na condução de políticas públicas para o grupo? A sociedade reagiu com a decisão, de forma positiva ou negativa? Estas são apenas algumas das possíveis perguntas-problema que decorrem da análise da matriz de um processo de litigância.

A pesquisa continua.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, n. 88, abr. 2006.
- \_\_\_\_\_. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, a. 2, n. 2, p. 188-223, 2005.
- COURTIS, Christian. Judicial Enforcement of Social Rights: perspectives from Latin America. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate, 2006.
- COUSO, Javier A. The changing role of law and courts in Latin America: from an obstacle to social change to a tool of social equity. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate, 2006.
- ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce et al (org.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- GARGARELLA, Roberto. Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate, 2006.
- GLOPPEN, Siri. Courts and Social Transformation: an analytical framework. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate, 2006.
- KERLINGER, Fred. N. Metodologia da pesquisa em ciências sociais: um tratamento conceitual. São Paulo: EPU, 1980.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Brazilian Courts and Social Rights: a case study revisited. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate, 2006.

RODRIGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1669-1698, 2011.

SOUSA SANTOS, Boaventura; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J.; FERREIRA, P. L. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas – O caso português*. Porto: Afrontamento, 1996.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf)>. Acesso em: dez. 2012.

VIANNA, Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)*, v. 19, n. 2, p. 39-85.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 1, p. 185-201, jun. 2008.

VILLEGAS, Maurício García. *Sociología y crítica del derecho*. México: Fontamara, 2010.

VILLEGAS, Maurício Garcia; RODRIGUEZ, César A. *Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*. Colección En Clave de Sur. 1. ed. Bogotá: ILSA, abr. 2003.

### **Reafirmado que aumento da jornada sem contraprestação remuneratória é inconstitucional**

No dia 30.10.2014, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência consolidada da Corte no sentido de que a ampliação de jornada sem alteração da remuneração do servidor viola a regra da irredutibilidade de vencimentos (art. 37, inciso XV, da Constituição Federal). Ao dar provimento ao Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 660010, com repercussão geral reconhecida, os ministros declararam que o Decreto Estadual nº 4.345/2005, do Paraná, que fixou em 40 horas semanais a carga horária dos servidores públicos estaduais, não se aplica aos servidores que, antes de sua edição, estavam legitimamente subordinados à carga horária semanal inferior a 40 horas. O pano de fundo da discussão foi a transposição dos servidores ocupantes do cargo de odontólogo, contratados sob o regime celetista para jornada semanal de 20 horas, para o regime estatutário, em 1992, passando a ser regidos pelo Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Paraná (Lei nº 6.174/1970). Em 2005, o Decreto nº 4.345 alterou a jornada de todos os servidores públicos estaduais para 40 horas semanais, e, assim, os dentistas passaram a ter jornada diária de oito horas, sem aumento de vencimentos. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ-PR), em apelação cível em ação movida pelo Sindicato dos Trabalhadores e Servidores do SUS e da Previdência do Paraná (Sindisaúde-PR), julgou constitucional a majoração da jornada, levando a entidade sindical a interpor recurso extraordinário ao STF. Na conclusão do julgamento, na sessão desta quinta-feira, a maioria do Plenário seguiu o voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, no sentido de se reafirmar a jurisprudência quanto à irredutibilidade de vencimentos. No caso concreto, o entendimento foi o de que o § 1º do art. 1º do Decreto Estadual nº 4.345/2005 não se aplica aos servidores que já tinham carga horária semanal inferior a 40 horas antes de sua edição. Com a decisão, o processo retornará à primeira instância da Justiça do Paraná para que os demais pedidos formulados na ação movida pelo Sindisaúde-PR sejam julgados, após a produção de provas. Ficou vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso nos termos do pedido formulado pelo recorrente. Processos relacionados: ARE 660010. Fonte: Supremo Tribunal Federal.

### **Declarada inconstitucionalidade de lei que exigia declaração de bens de agentes públicos à Alerj**

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou na sessão desta quinta-feira (30) duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns) referentes à Lei nº 5.388/2009, do Rio de Janeiro, que tornava obrigatória a entrega de declaração de bens de agentes públicos estaduais, inclusive magistrados, à Assembleia Legislativa do Estado (Alerj). O Relator das ações, Ministro Dias Toffoli, votou no sentido de confirmar a liminar deferida pelo Ministro Menezes Direito (falecido), em maio de 2009, que suspendeu a eficácia de dispositivos da norma. Para a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages), autoras das ADIns 4203 e 4232, respectivamente, os magistrados não devem se reportar ao Legislativo estadual, pois têm autonomia asse-

gurada pela Constituição Federal e seguem regras específicas. • Voto do relator: Na ADIn 4232, o Ministro Dias Toffoli reconheceu a legitimidade ativa da Anamages, visto que a ação trata de lei estadual e não federal. “Embora a associação represente apenas fração da classe dos magistrados, no presente caso, há a peculiaridade de que a lei questionada direciona-se especificamente à magistratura do Estado do Rio de Janeiro e não a interesse de toda a magistratura”, disse. O relator sustentou que a competência atribuída ao Legislativo pela referida lei não tem amparo constitucional. “A lei estadual, ao estabelecer a obrigação de que os magistrados estaduais apresentem declaração de bens à Assembleia Legislativa, criou modalidade de controle direto dos demais Poderes pela Assembleia Legislativa”, sustentou. O relator julgou inconstitucionais, por violação à autonomia do Poder Judiciário (art. 93 da Constituição Federal), os dispositivos da Lei Estadual nº 5.388/200, “na parte em que pretende submeter aos seus ditames os magistrados estaduais”. Dessa forma, por unanimidade, os ministros julgaram procedentes as ADIns 4203 e 4232, e declararam a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da referida lei: incisos II a V do art. 1º; incisos II a XII e XIV a XIX do art. 2º; e as alíneas b a e, do inciso XX, do art. 2º e deram interpretação conforme a Constituição ao seu art. 5º para que a obrigação que nele se contém se restrinja aos integrantes e servidores do Legislativo fluminense. Fonte: Supremo Tribunal Federal.

### **TJ mantém decreto municipal que criou área de proteção ambiental**

Os desembargadores da 1ª Câmara Cível, por unanimidade, negaram provimento a recurso interposto pelo Sindicato Rural de Tacuru contra sentença que manteve o Decreto Municipal nº 023/2003, que criou a Área de Proteção Ambiental (APA) da bacia do Rio Iguatemi. O sindicato pediu a reforma da sentença de primeiro grau alegando ser indispensável a realização de estudos técnicos para criação de área sustentável, conforme o art. 22, § 2º, da Lei nº 9.985/2000. Afirma ser requisito essencial a realização de audiência pública para criação da unidade de conservação, além da existência de lei complementar estadual para a criação de APA que envolva vários municípios, não existindo possibilidade de se utilizar decreto municipal. Alega que a sentença deve ser reformada por ignorar a nulidade de ato por desvio de finalidade, uma vez que nenhuma das finalidades da APA foi concretizada e a única alteração concreta foi a de atribuir ao Município um aumento no repasse do ICMS Ecológico. Pediu a reforma da sentença para declarar nulo o decreto municipal. O Relator do processo, Desembargador Divoncir Schreiner Maran, explica que a competência para legislar sobre direito ambiental está disciplinada no art. 24 da Constituição Federal que autoriza a União, os Estados e os Municípios a disciplinar sobre a matéria de forma concorrente, sobretudo no caso dos Municípios quando houver interesse local, como é o caso, pois apesar da bacia do rio abranger vários municípios, a APA criada refere-se apenas ao território do Município de Tucuru. Sobre a alegação de impossibilidade de se criar área de proteção ambiental por meio de decreto, o relator expõe que se trata de bem jurídico superior, abrangendo toda coletividade, sendo determinada a competência ao poder público para decidir sobre sua integridade e preservação, não havendo empecilhos para a implantação

de medidas de proteção por meio de decreto municipal. Quanto à afirmação de que não houve consulta prévia da população sobre a criação da área de preservação, Divoncir esclarece que a legislação não prevê tal exigência e que, neste caso, houve consulta posteriormente, além de haver estudo técnico sobre a área, comprovado nos autos. No entendimento do relator, não há razão quanto à alegação de desvio de finalidade, pois as implantações de políticas para preservar o meio ambiente são prescritas na Constituição Federal e, em nenhum momento, ficou demonstrado de forma concreta a desnecessidade da criação da área. Conforme consta do decreto, a unidade tem como propósito preservar a bacia do Rio Iguatemi, com a implantação de medidas para delimitar a área e a utilização de instrumentos legais para assegurar a proteção do local. Conclui-se, portanto, que não houve desvio de finalidade na implantação da unidade de preservação, votou o relator. Processo nº 0001605-17.2010.8.12.0035. Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

#### **TCE condena ex-prefeitos a devolver R\$ 16 milhões aos cofres públicos**

O Tribunal de Contas do Estado (TCE-MA) condenou, na sessão plenária desta quarta-feira (22), os ex-Prefeitos de Estreito, José Lopes Pereira, e de Sucupira de Riachão, Juvenal Leite de Oliveira, a devolverem respectivamente, R\$ 14,4 milhões e R\$ 1,6 milhão ao erário. A soma mais elevada envolve recursos do Fundo Municipal de Saúde – FMS (R\$ 4,5 milhões), do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb (R\$ 8,1 milhões) e do Fundo Municipal de Assistência Social – FMAS (R\$ 1,8 milhão), todos integrantes da prestação de contas do exercício de 2008. O Tribunal julgou irregulares as contas de José Lopes Pereira relativas a esses fundos, condenando o gestor, além do débito, ao pagamento de multas que somadas chegam a R\$ 1,4 milhão. O gestor teve suas contas rejeitadas sem apresentar defesa, apesar de ter sido citado nos termos da lei. Mesmo assim pode recorrer, já que se trata de primeiro julgamento. O segundo débito é decorrente do julgamento irregular das contas de Gestão também referentes ao exercício de 2008, que resultou em multas no total de R\$ 153,2 mil. Também foram julgadas irregulares as contas do Fundeb (com débito de R\$ 121 mil e multa de R\$ 17 mil) e do Fundo Municipal de Saúde – FMS (com multas no total de R\$ 117 mil). Foram julgadas regulares com ressalvas as contas do Fundo Municipal de Assistência Social (FMAS, com multa de R\$ 2 mil). As contas de governo de Juvenal Leite de Oliveira receberam parecer prévio pela desaprovação. Cabe recurso da decisão. Na mesma sessão, o TCE emitiu parecer prévio pela desaprovação das contas de Agenor Almeida Filho (Mirinzal, 2002) e aprovou com ressalvas as contas de governo de João Sebastião Silva de Almeida (Santana do Maranhão, 2009), julgando regulares com ressalvas suas contas de gestão (administração direta, com multa de R\$ 5,5 mil). Também foram aprovadas com ressalvas as contas de Maria Arlene Barbosa Barros (Dom Pedro, 2009), que teve julgadas regulares com ressalvas suas contas do Fundeb (com multa de R\$ 6 mil), do Fundo Municipal de Saúde (FMS) e do Fundo Municipal de Assistência Social (FMAS). As contas de gestão foram julgadas irregulares, com multa de R\$ 10,6 mil.

Em grau de recursos, o Tribunal julgou regulares com ressalvas as contas de gestão de Rui Fernandes Ribeiro Filho (Arari, 2002). • Câmaras: Entre as câmaras municipais, o TCE julgou regulares com ressalvas as contas de Jocivaldo Silva Oliveira (Itaipava do Grajaú, 2010) e irregulares as contas de Luzenir Pereira da Silva (Icatu, 2010, com débito de R\$ 14,8 mil e multas no total de R\$ 11,4 mil), Elin Pereira de Araújo (Milagres do Maranhão, 2010, com débito de R\$ 5,9 mil e multas no total de R\$ 12,2 mil), Alan Jorge Santos Linhares (Bacabeira, 2008, com débito de R\$ 28,3 mil e multas no total de R\$ 26 mil) e Terto Beneventuto de Alencar (Fortaleza dos Nogueiras, 2010), com multas no total de R\$ 20,3 mil. Foram julgadas regulares as contas de Eurico Alves da Silva (5ª Companhia Independente de Polícia Militar de Açailândia, 2012), Maicon Magalhães Carvalho (Hospital Regional Alarico Nunes Pacheco, 2012), José de Ribamar Oliveira Lima (Instituto Oswaldo Cruz, 2012) e Marcone de Nazaré Veloso (Hospital Dr. José Murad, 2012). Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Maranhão.

#### **Renda de sobrinho não deve ser computada para fins de benefício do INSS**

A decisão que negou à assistida Z. C., 60, o benefício assistencial de prestação continuada devido ao idoso e à pessoa com deficiência foi reformada em setembro, após a Turma Recursal do Amazonas/RR acolher sustentação da Defensoria Pública da União (DPU). A idosa mora com o sobrinho, a esposa e o filho dele, em Manaus (AM). A Defensora Pública Federal Luiza Cavalcanti argumentou que, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), não há obrigação alimentar primária entre sobrinhos e tios, motivo pelo qual não poderia o ato de solidariedade espontâneo e temporário prestado pelo parente servir de justificativa para eximir o Poder Público de sua obrigação de prestar assistência à idosa. “De fato, não se pode impingir ao sobrinho da autora – ele próprio com família para sustentar, que suporte o ônus de sustentar a tia, conquanto o tenha feito, generosamente, por algum tempo”, entendeu o 2º Relator da Turma Recursal do Amazonas/RR, Juiz Federal Márcio Lopes Cavalcante. Z. C. faz tratamento contra câncer pelo Sistema Único de Saúde (SUS) desde 2010, quando fez colostomia permanente. Em razão de o sobrinho da assistida ter renda superior ao limite para a concessão do benefício assistencial, o Juizado Especial Federal no Amazonas considerou que a idosa não atendia ao critério de miserabilidade, exigido na Constituição Federal e na Lei Orgânica de Assistência Social (Loas). A sentença da turma recursal condenou o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a conceder o benefício desde a data de entrada do requerimento, em abril de 2011. Fonte: Defensoria Pública da União.

#### **Procuradores confirmam prescrição do direito ao salário-maternidade após 5 anos do vencimento da última parcela**

A Advocacia Geral da União (AGU) obteve, na Justiça, decisão que reconhece a perda do direito ao salário-maternidade após cinco anos do vencimento da última parcela do benefício. O período refere-se ao prazo de prescrição, que é a perda do direito de reivindicar algo por meio da ação judicial após determinado período

de tempo. A decisão foi obtida em recurso contra sentença que julgou procedente pedido para condenar o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a pagar à autora o benefício. Os responsáveis pela atuação foram a Procuradoria-Regional Federal da 1ª Região (PRF1), a Procuradoria Federal no Estado de Mato Grosso (PF/MT) e a Procuradoria Federal Especializada junto à autarquia (PFE/INSS). As procuradorias demonstraram que, no caso do salário-maternidade, o prazo prescricional é contado de forma diferente, conforme o art. 71 da Lei nº 8.213/1991. O dispositivo prevê que a data para a prescrição do direito ao benefício passa a ser contada a partir de 92 dias depois do parto. Essa contagem compreende, ao todo, 120 dias: os 28 dias anteriores e os 92 posteriores ao nascimento do bebê. No caso em questão, como a última parcela venceu em 28 de fevereiro de 2006, a autora teria até o último dia de fevereiro de 2011 para ajuizar a ação. Porém, ela entrou com o pedido somente no final do mês seguinte, quando já havia transcorrido o prazo prescricional de cinco anos, previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. A 2ª Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) acolheu a decisão e decretou a prescrição quinquenal do direito ao benefício. A prescrição do direito ao salário-maternidade é contada do vencimento da cada parcela. Em se tratando de salário-maternidade, a última prestação venceria 91 dias após o parto, afirmou o magistrado. A PRF1, a PF/MT e a PFE/INSS são unidades da Procuradoria-Geral Federal, órgão da AGU. Ref.: Apelação Cível nº 41979-68.2013.4.01.9199, TRF 1ª R. Fonte: Advocacia Geral da União.

DECRETO

**DECRETO Nº 8.326, DE 13.10.2014 – DOU DE 14.10.2014**

Altera o Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009, quanto à autorização para a realização de concursos.

Fechamento da Edição: 05.112014

## Bibliografia Complementar

Recomendamos como sugestão de leitura complementar aos assuntos abordados nesta edição o seguinte conteúdo:

### ARTIGO DOUTRINÁRIO

- A Igualdade e a Dignidade da Pessoa Humana e a Discriminação dos Homossexuais nos Contratos de Trabalho  
Vitor Hugo Oltramari e Fernanda Oltramari  
Juris SÍNTESE ONLINE e SÍNTESENET  
Disponíveis em: [online.sintese.com](http://online.sintese.com)

## Índice por Assunto Especial

### DOCTRINA

#### Assunto

##### CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

- A República de Weimar como Paradigma do Estado Moderno: o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Meio de Efetivação dos Direitos Sociais (Luiza Ferreira Odorissi e Mônia Clarissa Hennig Leal) .....9

#### Autor

##### LUIZA FERREIRA ODORISSI

- A República de Weimar como Paradigma do Estado Moderno: o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Meio de Efetivação dos Direitos Sociais .....9

##### MÔNICA CLARISSA HENNING LEAL

- A República de Weimar como Paradigma do Estado Moderno: o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Meio de Efetivação dos Direitos Sociais .....9

### TEXTOS CLÁSSICOS

#### Assunto

##### CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

- Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição (Peter Häberle) .....25

#### Autor

##### PETER HÄBERLE

- Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição .....25

### JURISPRUDÊNCIA

##### CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

- Agravo regimental no recurso extraordinário – Constitucional – Direito à saúde – Aumento de leitos em unidade de terapia intensiva – UTI – Intervenção judicial que não se configura substitutiva de prerrogativa do Poder Executivo – Determinação de implementação de política pública existente – Agravo regimental ao qual se nega provimento (STF) .....2776, 51

### EMENTÁRIO

#### CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

- Ação civil pública – pretensão de melhoria no serviço de saúde – legitimidade – direitos difusos .....2777, 56
- Atendimento a gestantes – omissão constitucional – inaplicabilidade da teoria da reserva do possível .....2778, 56
- Controle judicial de políticas públicas – fornecimento de medicamento e tratamento médico de alto custo – indenização .....2779, 56
- Defesa do direito à saúde – responsabilidade solidária – todos os entes governamentais .....2780, 58
- Defesa do direito à saúde – responsabilidade solidária – todos os entes governamentais .....2781, 58
- Direito à saúde – aumento de leitos – Unidades de Tratamento Intensiva .....2782, 58
- Fornecimento de água – decisão política – suspensão do fornecimento – imóvel em situação irregular .....2783, 58
- Melhoria na prestação do serviço de saúde – determinação judicial – modificação dos procedimentos adotados .....2784, 59
- Moradia digna – adequação para atender pessoa com deficiência física – direito assegurado .....2785, 60
- Política pública – decisão judicial – tributação de verba de natureza indenizatória .....2786, 60
- Profissionais de saúde – suficiência – repercussão geral reconhecida .....2787, 61
- Tratamento médico – cobertura – plano nacional de saúde – determinação de atendimento... 2788, 61

## Índice Geral

### DOCTRINA

#### Assunto

##### RELAÇÃO DE EMPREGO

- A Discriminação Indireta, Sua Natureza Jurídica e a Possibilidade de Implementação das Ações Afirmativas nas Relações de Emprego: Algumas Breves Ideias (Humberto Fernandes de Moura) .....63

##### SUSTENTABILIDADE

- Instrumentos de Inclusão Social e Sustentabilidade Urbana (Adir Ubaldo Rech) .....74

#### Autor

##### ADIR UBALDO RECH

- Instrumentos de Inclusão Social e Sustentabilidade Urbana .....74

**HUMBERTO FERNANDES DE MOURA**

- A Discriminação Indireta, Sua Natureza Jurídica e a Possibilidade de Implementação das Ações Afirmativas nas Relações de Emprego: Algumas Breves Ideias .....63

**Seção Especial****TRADUÇÃO****Assunto****PRINCÍPIO**

- Individualismo Normativo e o Direito (Dietmar Von Der Pfordten).....172

**Autor****DIETMAR VON DER PFORDTEN**

- Individualismo Normativo e o Direito .....172

**TEORIAS E ESTUDOS CIENTÍFICOS****Assunto****CONGELAMENTO DE PREÇO**

- Análise da Decisão “BG Group plc vs. República Argentina” Proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos: Todos os Caminhos Levam a Roma? (Valerio de Oliveira Mazzuoli e Diego Luis Alonso Massa) .....198

**DIREITOS SOCIAIS**

- Uma Proposta de Matriz de Análise para a Pesquisa sobre a Judicialização dos Direitos Sociais (Julia Maurmann Ximenes).....222

**Autor****DIEGO LUIS ALONSO MASSA**

- Análise da Decisão “BG Group plc vs. República Argentina” Proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos: Todos os Caminhos Levam a Roma? .....198

**JULIA MAURMANN XIMENES**

- Uma Proposta de Matriz de Análise para a Pesquisa sobre a Judicialização dos Direitos Sociais .....222

**VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI**

- Análise da Decisão “BG Group plc vs. República Argentina” Proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos: Todos os Caminhos Levam a Roma? .....198

**ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA****Assunto****INDENIZAÇÃO**

- Administrativo – Processual civil – Reintegração – Indenização por perdas e danos – Danos não

- comprovados – Honorários majorados – Recurso adesivo não conhecido – Apelação parcialmente provida (TRF 2ª R.).....2790, 92

**IPI**

- Imposto sobre produtos industrializados – IPI – Importação de veículo para uso próprio por pessoa física (TRF 4ª R.).....2792, 104

**MEIO AMBIENTE**

- Meio ambiente – Floresta nacional de Brasília – Bem de uso comum do povo – Ocupação, por particular, sem consentimento da administração – Remoção – Dever da administração – Imprescritibilidade – Ação judicial – Possibilidade, no caso – Recuperação ambiental – Razoabilidade das medidas – Obrigação do causador do dano (TRF 1ª R.) .....2789, 86

**PENSÃO**

- Administrativo – Processual civil – Pensão por morte estatutária – Concessão – Impossibilidade – Carência de ação – ausência de prévio requerimento administrativo – extinção sem resolução do mérito – Art. 267, I, c/c art. 295, III, do CPC – Sentença reformada (TRF 5ª R.).....2793, 111

**PRESCRIÇÃO**

- Direito Penal e Processual Penal – Delito previsto no art. 168-A do Código Penal – Decisão de recebimento da denúncia – Débito incluído no Refis – Suspensão do processo penal e do curso da prescrição – Extinção da punibilidade – Exigência de pagamento integral do débito – Inexistência de ilegalidade – Ordem denegada (TRF 3ª R.).....2791, 98

**EMENTÁRIO****Administrativo****BEM PÚBLICO**

- Bem público – doação a particular – exigências legais – inobservância – anulação .....2796, 118

**CONCURSO PÚBLICO**

- Concurso público – procurador do DNER – novo edital para procurador do INSS – carreiras diversas – direito à nomeação – inexistência .....2797, 119
- Concurso público – prova objetiva – questão – anulação – mérito administrativo – controle judicial – impossibilidade .....2798, 120

**DESAGRAVO**

- Ato administrativo – Ordem dos Advogados do Brasil – moção de repúdio e desagravo – lista de autoridades – elaboração – ilegalidade .....2794, 116

**INDENIZAÇÃO**

- Autorização – validade expirada – retomada do bem – indenização – descabimento.....2795, 117

**LICITAÇÃO**

- Licitação – prestação de serviços – efetivo mínimo – obrigação constante no edital – inexecução parcial – pagamentos – retenção – possibilidade.....2799, 120

**RESPONSABILIDADE CIVIL**

- Responsabilidade civil do Estado – computador de repartição pública – falso perfil na Internet – divulgação – indenização devida .....2800, 121

**SERVIDOR PÚBLICO**

- Servidor público – licença para trato de interesses particulares – mérito administrativo – Poder Judiciário – interferência – impossibilidade .....2801, 121

**Ambiental****AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

- Ação civil pública – área de preservação permanente – reservatório artificial de água – dano ambiental – prova pericial – desnecessidade .....2802, 122
- Ação civil pública – calçamento e manutenção de via pública – esgoto pluvial e escoamento das águas da chuva – canalização – obrigatoriedade .....2803, 131

**COMPETÊNCIA**

- Competência ambiental – ação de reintegração de posse – ocupação de área às margens de rio – incompetência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente – reconhecimento.....2804, 132

**CRIME AMBIENTAL**

- Crime ambiental – pesca em local proibido – *habeas corpus* – concessão – possibilidade .....2805, 132
- Estudo prévio de impacto ambiental – dispensa pelo Município – inadmissibilidade ....2806, 133
- Praia – construção de varanda – obra irregular – dano ambiental – caracterização .....2807, 137

**Constitucional****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

- Ação direta de inconstitucionalidade – estatuto – polícia civil – organização administrativa – governador – competência privativa .....2808, 137

**SERVIDOR PÚBLICO**

- Servidor público – custeio da assistência à saúde – desconto em folha – cobrança compulsória – inconstitucionalidade .....2809, 138
- Servidor público – gratificação por regime especial de trabalho – vigilantes – lei municipal – instituição – constitucionalidade .....2810, 138

**Penal/Processo Penal****CRIME AMBIENTAL**

- Crime ambiental – pesca com petrechos não permitidos – ausência de especificação – norma penal em branco – denúncia – inépcia ....2811, 138

**FURTO**

- Furto qualificado – CEF – imagens do circuito – materialidade – caracterização .....2813, 140

**MENOR**

- Crime de roubo – corrupção de menor – crime formal – condenação .....2812, 139

**Processo Civil e Civil****AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS**

- Ação de prestação de contas – sociedade empresária – ilegitimidade passiva – ex-cônjuge titular de quotas – bens comuns do casal não partilhados – *pro-labore*.....2814, 141

**AÇÃO REIVINDICATÓRIA**

- Ação reivindicatória – domínio – imóvel de propriedade da União – ilegitimidade *ad causam* .....2815, 141

**ALIMENTOS**

- Alimentos – ex-cônjuge – caráter provisório da obrigação – critério de razoabilidade .....2816, 142

**COMPRA E VENDA DE IMÓVEL**

- Compra e venda de imóvel – existência de usucapião em favor do adquirente – ocorrência de erro essencial – induzimento malicioso – dolo configurado .....2817, 143

**SFH**

- SFH – saldo residual – ausência de cobertura pelo FCVS – responsabilidade do mutuário .....2818, 147

**UNIÃO ESTÁVEL**

- União estável – ação de reconhecimento e dissolução – partilha de bens – companheiro sexagenário.....2819, 147

**Trabalhista/Previdenciário****AÇÃO ANULATÓRIA**

- Ação anulatória – débito fiscal – admissibilidade – depósito prévio indevido.....2820, 148

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

- Ação civil pública – participação obrigatória do Ministério Público como fiscal da lei – não observação – nulidade.....2821, 148

**APOSENTADORIA ESPECIAL**

- Aposentadoria especial – reconhecimento de tempo de serviço – jogador de futebol – hipótese de reconhecimento.....2822, 150

**APROPRIAÇÃO INDÉBITA**

- Apropriação indébita previdenciária – prescrição – extinção da punibilidade – aplicação .....2823, 151

**ASSÉDIO MORAL**

- Assédio moral – opção de crença e religiosidade – caracterização .....2824, 152

**ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**

- Assistência judiciária – pessoa física empregadora – depósito recursal – ausência – deserção .....2825, 153

**CONTRATO DE TRABALHO**

- Contrato de trabalho – Administração Pública – vício – nulidade – FGTS – pagamento indevido .....2826, 154

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

- Contribuição previdenciária – aposentado que continua trabalhando ou daquele que retorna à atividade laboral – constitucionalidade .....2827, 55

**DANO MORAL**

- Dano moral – transporte aéreo internacional – cancelamento de voo – valor indenizatório – razoabilidade .....2828, 157

**PROFESSOR**

- Professor – efetivo exercício por mais de 25 anos – comprovação – benefício devido .....2829, 158

**SERVIDOR PÚBLICO**

- Servidor público militar – incapacidade parcial – benefício indevido .....2830, 158

**Tributário****AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO**

- Ação de consignação em pagamento – IPTU – cobrança por mais de um ente tributante – depósito do valor que o consignante entende devido – admissibilidade – efeitos .....2831, 159

**COMPENSAÇÃO**

- Compensação – abatimento de precatório com crédito fiscal – inconstitucionalidade .....2832, 159

**CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO**

- Conselho de fiscalização profissional – multa – valor cobrado inferior ao mínimo exigido .....2833, 159

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

- Sonegação de contribuição previdenciária – materialidade – autoria – demonstração .....2840, 170

**CONTRIBUIÇÃO SOCIAL**

- Contribuição social – incidência sobre faturamento – ICMS – ISS – inclusão na base de cálculo do PIS/Cofins – legalidade .....2834, 160

**CRIME**

- Crime de importação de medicamentos falsificados – grande quantidade – prisão preventiva – requisitos – possibilidade .....2835, 161

**EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO**

- Empréstimo compulsório – energia elétrica – juros de mora – termo inicial .....2836, 162

**EXECUÇÃO FISCAL**

- Execução fiscal – massa falida – prescrição – inércia – inocorrência .....2837, 162

**IMUNIDADE**

- Imunidade – entidade beneficente e de utilidade pública – mandado de segurança – agravo inominado .....2838, 166

**IR**

- IR – pessoa jurídica – CSLL – base de cálculo reduzida – prestadora de serviços hospitalares – conceito – elastecimento – fatos geradores – análise .....2839, 167

**CLIPPING JURÍDICO**

- Declarada inconstitucionalidade de lei que exige declaração de bens de agentes públicos à Alerj .....238
- Procuradores confirmam prescrição do direito ao salário-maternidade após 5 anos do vencimento da última parcela .....241
- Reafirmado que aumento da jornada sem contraprestação remuneratória é inconstitucional .....238
- Renda de sobrinho não deve ser computada para fins de benefício do INSS .....241
- TCE condena ex-prefeitos a devolver R\$ 16 milhões aos cofres públicos .....240
- TJ mantém decreto municipal que criou área de proteção ambiental .....239

**RESENHA LEGISLATIVA****DECRETO**

- Decreto nº 8.326, de 13.10.2014 – DOU de 14.10.2014 .....243

**BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR .....244****ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO .....245**