

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 201

Brasília | janeiro - março/2014

Ano 51

SENADO FEDERAL





Revista de Informação Legislativa

SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2013 – 2014

Senador Renan Calheiros

PRESIDENTE

Senador Jorge Viana

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romero Jucá

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Flexa Ribeiro

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senadora Ângela Portela

SEGUNDA-SECRETÁRIA

Senador Ciro Nogueira

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador João Vicente Claudino

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Magno Malta

Senador Jayme Campos

Senador João Durval

Senador Casildo Maldaner



Brasília | ano 51 | nº 201
janeiro/março – 2014



FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETOR-GERAL: Antônio Helder Medeiros Rebouças

SECRETÁRIA-GERAL DA MESA: Claudia Lyra Nascimento

IMPRESSO NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDO NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. REVISÃO DE ORIGINALS: Thiago Adjuto e Walfrido Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Vanessa Pacheco. REVISÃO DE PROVAS: Maria José Franco e Larissa Fernandes. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Leticia Torres e Angelina Almeida. PROJETO GRÁFICO E CAPA: Lucas Santos de Oliveira. FOTO DA CAPA: Washington Manoel Brito.

CORPO TÉCNICO: Alessandro Hirata – Ana Carla Bliacheriene – Ana Lucia Romero Novelli – Antônio Flávio Testa – Arlindo Fernandes de Oliveira – Benedito Cerezzo Pereira Filho – Camilo Zufelato – Carlos Fernando Mathias de Souza – Carlos Henrique Rubens Tomé Silva – Cláudio Araújo Reis – Cynthia Carneiro – Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Eduardo Saad Diniz – Fabiana Severi – Fernando Boarato Meneguim – Flávia Santinoni Vera – Gilberto Guerzoni – Guilherme Adolfo Mendes – Gustavo Saad Diniz – Ivan Dutra Faria – Jair Aparecido Cardoso – João Henrique Pederiva – José Carlos Evangelista Araújo – Leany Barreiro de Sousa Lemos – Luiz Renato Vieira – Lydia Neves Bastos Telles Nunes – Marcio de Oliveira Junior – Márcio Pereira Pinto Garcia – Marcos Magalhães de Aguiar – Marcos Paulo da Rocha Eirado – Maria Hemília Fonseca – Nuno M. M. Coelho – Paulo Ricardo dos Santos Meira – Paulo Lopo Saraiva – Rafael Silveira e Silva – Renato Monteiro de Rezende – Ronaldo Costa Fernandes – Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior – Rubens Beçak – Sebastião Sérgio da Silveira – Tarciso Dal Maso Jardim – Tatiana Lacerda Prazeres – Thiago Marrara – Tiago Ivo Odon – Valerio de Oliveira Mazzuoli

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 1964. Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Publicação trimestral da
Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.leg.br
Alô Senado: 0800 61 22 11

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

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

Sumário

- 7 **Há incompatibilidade entre eficiência e legalidade?**
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Fernando B. Meneguim
- 17 **O Facebook e o direito à privacidade**
Alessandro Hirata
- 29 **Evolução das regras de utilização da soja transgênica no Brasil
Análise por meio de uma abordagem sistêmica da governança**
Marcelo Dias Varella
Michel Fok
- 53 **A regulamentação da atuação, dos direitos e dos benefícios de ex-presidentes da
República em perspectiva comparada**
Ricardo José Pereira Rodrigues
- 71 **A “última palavra”, o poder e a história
O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo
brasileiro**
Juliano Zaiden Benvindo
- 97 **Ativismo judicial no Brasil
O caso da fidelidade partidária**
Amandino Teixeira Nunes Junior
- 129 **O princípio da segurança jurídica e o direito da mulher à saúde reprodutiva
Uma análise acerca do dever do Estado na prestação de assistência à saúde física e
mental da mulher no contexto da ilegalidade do aborto**
Teresinha Inês Teles Pires
- 151 **Da antinomia entre o procedimento dos processos nos Tribunais e o art. 15 da Lei
nº 12.016/2009**
Magno Federici Gomes
Izabella Pardini Reis
- 175 **Acerca da dicotomia *atividade-fim* e *atividade-meio* e suas implicações na licitude da
terceirização trabalhista**
Alexandre Pimenta Batista Pereira
Larissa Martins de Souza

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

- 193 Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina**
Marcelo Neves
- 215 Análise das emendas constitucionais sob a perspectiva da Legística Formal**
João Alberto de Oliveira Lima
Edilenice Passos
- 245 Partidos políticos e democracia**
Jarbas Maranhão
- 251 Elementos que envolvem os crimes ambientais**
Lucas Daniel Ferreira de Souza
- 275 Entre a forma e a matéria**
A distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais
Breno Baía Magalhães
Danilo Thales Martins Sozinho
Gleiciane Barroso Carvalho

Resenha Legislativa da Consultoria Legislativa do Senado Federal

- 299 Tributação de empresas e unificação dos cadastros fiscais**
Leonardo Garcia Barbosa

Há incompatibilidade entre eficiência e legalidade?

PEDRO FELIPE DE OLIVEIRA SANTOS

FERNANDO B. MENEGUIN

Sumário

Introdução. 1. Legalidade e eficiência como princípios constitucionais da Administração Pública. 2. Conceito de eficiência: contribuições da disciplina *Law and Economics*. 3. Interação e harmonização dos princípios da legalidade e da eficiência. 4. Conclusões.

Pedro Felipe de Oliveira Santos é graduado em Direito pela UnB e pós-graduado em Direito, Estado e Constituição pela União Educacional do Planalto Central. Atualmente é Juiz Federal do TRF da 1ª Região.

Fernando B. Meneguín é mestre em Economia do Setor Público e doutor em Economia pela UnB; pós-doutor pelo Departamento de Ciência Política da UFMG; Bachelor of Science in Foreign Legal Studies, AMBRA College/Florida-EUA; Consultor Legislativo do Senado Federal, Consultor-Geral Adjunto/Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa.

Introdução

Há um clamor da sociedade para um uso mais adequado dos recursos públicos. Espera-se que a prestação de serviços governamentais ocorra com qualidade, que o Estado aja diligentemente no atendimento das demandas coletivas essenciais, utilizando racionalmente os recursos dos contribuintes. Essa exigência posta pelos cidadãos passa, inexoravelmente, pelo aprimoramento do Estado de forma a torná-lo mais eficiente.

No entanto, no meio político, é comum ouvirem-se discursos argumentando a dificuldade de se conseguir eficiência dado o ordenamento jurídico vigente. Fala-se que as leis engessam sobremaneira o administrador público. É justamente nesse embate que está focado o presente texto.

Neste artigo, pretende-se discutir a interação (por vezes conflituosa) entre a legalidade e a eficiência, bem como a possibilidade de harmonizá-las concretamente. Por fim, analisar-se-ão casos práticos com que se têm deparado o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas da União, apresentando-se as soluções por eles alcançadas, na tentativa de obtenção de um melhor parâmetro de eficiência nas atividades administrativas.

1. Legalidade e eficiência como princípios constitucionais da Administração Pública

Na essência do conteúdo político de um Estado de Direito, sobressai-se a *legalidade* como um princípio basilar, norteador das relações estabelecidas pelas pessoas naturais e jurídicas. No âmbito do regime jurídico-administrativo, a *legalidade* implica a submissão do Estado à lei, sujeitando os agentes públicos (exercentes do poder em concreto) a um encadeamento normativo que embargue desvios de finalidades, favoritismos, improbidades, abusos de poder ou desmandos. Na máxima do Direito inglês, o Estado de Direito pretende-se um *governo das leis*, e não um *governo dos homens*, imperando a *rule of law, not for men*.

A legalidade é indispensável para o alcance de um parâmetro objetivo e abstrato de atuação dos administradores e dos administrados, orientando-os previamente acerca das condutas admitidas ou vedadas, dos ritos procedimentais a serem observados e das consequências aplicáveis em face de cada modalidade do *agir* administrativo. Normas extremamente complexas e rígidas em relação ao trato com a coisa pública, como as Leis nº 8.112/1990 (estatuto jurídico dos servidores públicos), nº 8.429/1992 (improbidade administrativa), nº 8.666/1993 (licitações e contratos administrativos), nº 8.987/1995 (concessão e permissão da prestação de serviços públicos), nº 9.636/1998 (regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União), nº 9.784/1999 (processo administrativo federal) e nº 11.079/2004 (parcerias público-privadas), entre diversas outras, visam a garantir, simultaneamente, a lisura na gestão pública e a observância dos direitos fundamentais dos administrados. Ademais, ensejam a desejável estabilidade das relações jurídicas, com a garantia de mínimas

certeza e previsibilidade na regência da vida social, consubstanciando a necessária segurança que pretendem os sujeitos para projetarem e empreenderem, sem os riscos de surpresas ou de abalos em suas atividades sociais, profissionais e econômicas.

Nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, figuram como princípios constitucionais da Administração Pública, ao lado da legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Tradicionalmente, os administrativistas muito se debruçaram sobre os três primeiros, pouco aprofundando os estudos sobre as implicações do princípio da *eficiência*, acrescentado à Constituição pela Emenda nº 19/1998.

A propósito, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 118), ao tratar desse princípio, afirma que se trata de conceito “juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto”. Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 28) sustenta que “a inclusão do princípio, que passou a ser expresso na Constituição, suscitou numerosas e acerbas críticas por parte de alguns estudiosos; uma delas consiste na imprecisão do termo”.

Para o Professor Paulo Modesto (2007), o princípio da eficiência pode ser percebido

“como uma exigência inerente a toda atividade pública. Se entendermos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas, temos de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contraprodutivo, ineficiente”.

A inserção, na atuação estatal, de noções de administração gerencial é uma decorrência

clara da preocupação crescente dos agentes públicos em imprimir *eficiência* ao agir administrativo.

No entanto, a relação entre *legalidade* e *eficiência* nem sempre se mostra despida de conflitos. Percebem-se corriqueiramente situações em que o gestor público, ao perseguir o cumprimento estrito de todas as regras legais, imputa ao Estado uma ineficiência no aproveitamento dos recursos e na prestação dos serviços públicos. Nesse ponto, evidenciam-se hipóteses em que a escolha legislativa, sob a ótica do caso concreto, não apresenta a eficiência necessária para o êxito da atuação administrativa. Em face desses casos, qual escolha deve realizar o administrador? Qual a margem de interferência do Poder Judiciário, no âmbito de seu controle jurisdicional, em casos de conflito entre esses princípios? Pretende-se debater essas perguntas nas seções seguintes.

2. Conceito de eficiência: contribuições da disciplina *Law and Economics*

Antes de adentrar a análise da interação dos princípios constitucionais acima referidos, convém apresentar contribuições para a formulação de um conceito mais robusto de *eficiência* administrativa.

Considerando que o Direito Administrativo não se tem aprofundado sobre a questão, é indispensável buscar em outras áreas, sob uma perspectiva interdisciplinar, as bases teóricas necessárias. Nesse ponto, a disciplina *Law and Economics*, que no Brasil tem sido chamada ora de “Direito e Economia”, ora de “Análise Econômica do Direito”, fornece “instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento

jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico” (GICO JUNIOR, 2012).

A questão da eficiência é assunto basilar para a Economia. Sabe-se que a sociedade deve fazer escolhas. Para tanto, realiza-se a análise da relação custo-benefício para se comparar a diferença positiva entre os benefícios globais (econômicos e sociais) e os custos globais de cada opção.

Um conceito muito utilizado em Economia é o da *eficiência de Pareto*, que pode ser transposto para o Direito. Se uma nova norma buscar a eficiência de Pareto, será exigida uma alocação para os recursos de tal forma que nenhuma reordenação diferente possa melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de qualquer outra pessoa. Note que, por esse critério, seria muito difícil haver qualquer mudança aprovada, a menos que os ganhadores explicitamente compensassem os perdedores. Se não houvesse essa compensação explícita, os perdedores poderiam vetar a alteração.

Para superar essa dificuldade, quando se discutem políticas públicas, adota-se outro critério de eficiência, o de Kaldor-Hicks, em que se reconhece a existência de ganhadores e perdedores nas modificações, sendo apenas exigido que o ganho total seja maior que a perda total para que a alteração seja considerada eficiente. Em essência, essa é a técnica da análise de custo-benefício, ou seja, vale empreender uma mudança se os benefícios excederem os custos.

Em suma, uma lei é dita eficiente se os benefícios oriundos da norma compensam os custos impostos por ela, além de esses custos serem os menores possíveis. Esse é o conceito que será utilizado a seguir, focando no fato de que a norma jurídica e as decisões judiciais, ao buscarem eficiência, devem procurar propiciar uma estrutura de incentivos adequada de forma a não acarretar desperdício de recursos.

3. Interação e harmonização dos princípios da legalidade e da eficiência

a) Decisões do Poder Judiciário

Estabelecidas as premissas conceituais, pretende-se analisar como a Administração e o Poder Judiciário tratam da relação entre a legalidade e a eficiência.

Nesse ponto, impende ressaltar que, num cenário ideal, legalidade e eficiência devem estar justapostas. Assim, seja no momento de criação da lei, seja no momento de aplicação da norma (quando se tratar de atos discricionários), as escolhas do legislador e do administrador, respectivamente, devem recair sobre a opção mais eficiente, tanto num viés objetivo (análise do *conteúdo* dos benefícios e dos custos, aprioristicamente – *quais são os benefícios e os custos?*), como num viés subjetivo (análise dos *sujeitos* sobre os quais recaem os custos e os benefícios, de modo que afetem ou aliviem, equitativamente, tanto os administradores como os administrados – *quem suporta os custos e quem se favorece dos benefícios?*). Trata-se da hipótese de *interação típica* entre a legalidade e a eficiência.

No entanto, a praxe administrativa descortina situações de *interação atípica* entre os dois princípios, em que a opção administrativa não se evidencia a mais eficiente para o alcance da finalidade de interesse público.

Em pesquisa de acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais Federais, verificam-se duas hipóteses: *a*) a situação supostamente ineficiente é também ilegal; e *b*) a situação ineficiente é legal.

No primeiro caso, de tranquila solução, não há dúvidas quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, para declarar a nulidade do ato administrativo impugnado e determinar as providências pertinentes para o restabelecimento da situação de legalidade. Nessas hipóteses, a interação atípica não se resolve pela análise do conteúdo da eficiência administrativa, mas pela legalidade.

Um exemplo corriqueiro consiste na inobservância, por parte da Administração Pública, dos prazos legais para proferir decisões em processos administrativos. Multiplicam-se as ações judiciais com notícias de pedidos administrativos não apreciados em tempo hábil, nas mais diversas esferas (pedidos de desembaraço aduaneiro à Receita Federal do Brasil, de registro de medicamentos genéricos ou de autorização de importação e de comercialização de bens de consumo especiais à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, de certificação de georreferenciamento de imóveis rurais ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária etc)¹.

¹A título de exemplo, confirmam-se as seguintes ementas: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATI-

Nesses casos, percebe-se que o parâmetro de eficiência se encontra intimamente ligado ao parâmetro de legalidade, de modo que a violação da regra implica uma situação gravosa ao administrado, supostamente ineficiente. No entanto, mais controversa é a segunda situação, em que a obediência à regra legal se revela ineficiente para a gestão pública.

Em algumas dessas hipóteses, o Poder Judiciário tende, em caráter excepcional, a mitigar a obediência à estrita legalidade, em prol de uma solução que garanta resultados com maximização de benefícios e minoração de custos, tanto para os administrados, quanto para os administradores.

Nos autos da apelação nº 157-90.2000.01.3400, julgada em 3/5/2013, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1ª Região) afastou a aplicação da Instrução Normativa nº 13/1999, da Secretaria de Defesa Agropecuária (Ministério de Agricultura e do Abastecimento), que previa prazo de 60 dias

para licenciamento de importação de alho. Entendeu-se que o estabelecimento de prazo elástico violara o princípio da eficiência, especialmente considerando o caráter perecível do produto importado, bem como os riscos de perda do produto, caso cumprida a legislação em seu rigor. Nesse sentido, o Estado-juiz determinou que a União afastasse a regra impugnada, para processar o pedido de licenciamento em prazo exíguo.

Na ocasião, ponderou o TRF da 1ª Região:

“A Administração Pública deve pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente o da eficiência, que se concretiza pela condução racional e célere dos procedimentos que lhe cabem. A função administrativa deve ser desempenhada, não apenas com a observância ao princípio da legalidade, mas exigindo, outrossim, resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”².

VO COM VISTAS À EXPEDIÇÃO DE CERTIFICADO DE GEORREFERENCIAMENTO PROTOCOLIZADO JUNTO AO INCRA. APRECIÇÃO ASSEGURADA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA EFICIÊNCIA E DA MORALIDADE. I - Formulário requerimento administrativo objetivando a expedição de Certificado de Georreferenciamento, tal pleito deve ser analisado tempestivamente pela Administração, assegurando-se à impetrante a observância da garantia constitucional do devido processo legal, devida a todos os litigantes, na esfera judicial ou administrativa (Constituição Federal, art. 5º, LIV e LV), afigurando-se passível de correção, pela via do mandado de segurança, a abusiva demora do Poder Público em apreciar o pleito, por ofensa ao princípio da eficiência e da moralidade inerentes aos atos administrativos. II - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada. (TRF 1ª Região, REOMS 2009.36.00.018093-3 / MT, Rel. Des. Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 18/4/2013).

TRIBUTÁRIO. RETENÇÃO DE MERCADORIAS COMO FORMA DE COBRAR TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 323, DO STF. [...] 2. O despacho aduaneiro é atividade fiscalizatória que não pode prolongar-se indefinidamente no tempo, causando prejuízo no patrimônio jurídico-financeiro das empresas e obstando sua atividade comercial. [...] (TRF 1ª Região, AMS 2002.33.00.022694-0 / BA, Rel. Juiz Federal Wilson Alves de Souza, Quinta Turma Suplementar, e-DJF1 3/5/2013).

² CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO DE ALHO DA ARGENTINA. PEDIDO DE ANUÊNCIA PRÉVIA PARA O LICENCIAMENTO DE IMPORTAÇÃO. PRAZO DE 60 DIAS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. A Instrução Normativa nº 13, de 25 de junho de 1999, da Secretaria de Defesa Agropecuária, dispõe que o Departamento de Defesa e Inspeção Vegetal processará os pedidos de anuência prévia para o licenciamento de importação de alho no prazo de 60 dias, desde que firmado Termo de Compromisso pela empresa, o qual deve conter informações sobre o porto de descarga, serviços de atracação, a utilização do produto após a autorização do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, além da disponibilização de toda a carga para a fiscalização. 2. A Administração Pública deve pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente o da eficiência, que se concretiza pela condução racional e célere dos procedimentos que lhe cabem. A função administrativa deve ser desempenhada, não apenas com a observância ao princípio da legalidade, mas exigindo, outrossim, resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. 3. Ao fixar um prazo elástico de 60 dias para processamento do pedido de anuência prévia para licenciamento de importação de alho, a Administração malferiu o princípio da eficiência, mormente tratando-se de mercadoria perecível. 4. Deve ser assegurado ao Apelado o direito de obter a apreciação do requerimento administra-

Em outros julgados recorrentes, também balizados no princípio da eficiência, os Tribunais Regionais Federais têm permitido a posse de aprovados em concurso público para cargo de nível médio, de natureza técnica, que disponham de titulação superior em área compatível com a especialidade requerida. A título de exemplo, confira-se o seguinte trecho da ementa do acórdão da apelação nº 2007.38.12.000664-8/MG, julgada pelo TRF da 1ª Região:

“É irrazoável, e contrário ao princípio da eficiência, o ato da Administração que, tendo em vista uma interpretação literal, limita o acesso ao cargo público por candidata que apresenta qualificação técnica distinta, mas superior à exigida pelo edital. Isso porque há de se presumir que tal qualificação lhe permite o exercício das atribuições inerentes ao cargo, com igual ou superior eficiência, não havendo a impetração contrariada tal fato.”³

Outra controvérsia corriqueira nas Cortes Federais é a acumulação de cargos por agentes de saúde. Com fulcro no artigo 37, inciso XVI, alínea c, da Constituição Federal, permite-se excepcionalmente o acúmulo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, no âmbito do serviço público. Atento ao princípio da eficiência, o Estado-juiz restringe essa permissão constitucional, quando verificado concretamente

tivo de anuência prévia formulado perante a autoridade coatora no menor prazo possível, em observância ao princípio constitucional da razoável duração do processo. 5. Apelação e à remessa oficial desprovidas. (TRF 1ª Região, Apelação nº 157-90.2000.4.01.3400, Rel. Juiz Federal Wilson Alves de Souza, 5ª Turma Suplementar, e-DJF1 3/5/2013).

³ TRF 1ª Região, AMS 2007.38.12.000664-8/MG, Rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 21/11/2008. *Outros precedentes*: AGRADO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE NÍVEL MÉDIO. TÉCNICO DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA DE NÍVEL SUPERIOR. POSSIBILIDADE DIREITO A NOMEAÇÃO. 1. É regular a apresentação de diploma de nível superior por candidato que é aprovado para o cargo de nível médio, quando o cargo tem correlação com o curso superior. No caso, o cargo de técnico em tecnologia da informação é possível à correlação com o curso de nível superior de ciência da computação. 2. Agravo regimental improvido. (TRF 1ª Região, AMS 0003397-43.2008.4.01.3809/MG, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.176 de 30/7/2010)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA. TÉCNICO EM LABORATÓRIO. CARGO DE NÍVEL MÉDIO. QUALIFICAÇÃO SUPERIOR DO CANDIDATO PORTADOR DE DIPLOMA DE BACHAREL EM CIÊNCIAS BIOLÓGICAS E DE MESTRE EM AGRONOMIA. 1. Os diplomas de graduação em Ciências Biológicas e de mestrado em Agronomia suprem o requisito de habilitação previsto no edital do concurso público para provimento de cargo de Técnico em Laboratório - na área de especialidade em análise de qualidade ambiental do solo - que exigia comprovação de conclusão de curso técnico de Técnico Agropecuário, de Técnico Agrícola ou Técnico em Química. Não caracterizada a violação das regras editalícias. Sentença concessiva da segurança para reconhecer o direito líquido e certo do candidato aprovado em primeiro lugar no certame à nomeação e posse no cargo público. 2. Apelação e remessa oficial às quais se nega provimento. Agravo retido prejudicado. (TRF 1ª Região, AMS 2006.38.03.004725-3/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Conv. Juiz Federal Rodrigo Navarro De Oliveira, Sexta Turma, e-DJF1 p.56 de 20/7/2009)

que, mesmo não havendo sobreposição de jornadas, o exercício efetivo das duas atividades gera risco à qualidade da prestação do serviço público e à própria saúde do servidor⁴.

A legalidade também foi mitigada em prol da eficiência para se afastar a aplicação do artigo 9º da Lei nº 8.745/1993, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.748/2008, que impede a contratação, como professor substituto temporário, em instituição pública federal de ensino superior, de candidato já contratado em oportunidade pretérita, ainda que aprovado em novo certame.

Além do princípio da isonomia, que impede restrições inoportunas a cargos públicos, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação nº 2009.81.00.013677-2, asseverou a ocorrência de violação do princípio da eficiência:

“a vedação em debate, imposta exatamente contra quem já vinha prestando o mesmo serviço a que se visava atender com o novo concurso, ataca o bom senso e colide com o princípio da eficiência, incluído no referido art. 37 pela EC nº 19/1998. É que enquanto a Carta Magna pugna pela eficiência no serviço público, aquele dispositivo legal veda que participem de novos concursos para celebração de contrato para professores temporários exatamente aqueles que já adquiriram experiência nesse ensino”⁵.

Em outro julgado, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu a improcedência de pedido de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, que pleiteava a declaração parcial de nulidade de contrato administrativo celebrado entre o Departamento Nacional de

⁴ A título de exemplo, confira-se o seguinte trecho do acórdão da apelação nº 2005.34.00.013994-3, do TRF 1ª Região: “A questão aqui debatida diz respeito ao direito do autor cumular o cargo público de ‘auxiliar de enfermagem’ na Fundação Universidade de Brasília – FUB, com o de ‘técnico de enfermagem’ no Hospital das Forças Armadas – HFA, em que o requerente fora aprovado em concurso público [...]. Verifico que, no caso em apreço, em verdade, a acumulação dos cargos resultaria em uma jornada de 70 horas semanais, o que configura uma carga horária elevada, que evidencia a impossibilidade de se cumprir todas essas horas com presteza, o que comprometeria a qualidade do trabalho, sobretudo se considerados os limites da condição humana, haja vista a necessidade de tempo para descanso, lazer, alimentação, deslocamento, etc, e implicaria em ofensa ao princípio da eficiência. A exigência de compatibilidade de horários denota que não basta a permissão legal e não se trata de uma mera questão aritmética. Deve haver possibilidade fática, no sentido de que a acumulação não irá atrapalhar o bom andamento e a qualidade do serviço público. Autorizar a cumulação, nos termos presentes, significa compactuar para uma péssima prestação de serviço público pelo autor, em ambos os locais de prestação, com incalculável prejuízo para a Administração Pública, bem como para os administrados que se beneficiam direta ou indiretamente das funções por ele desempenhadas, e para o próprio servidor porque, de fato, não conseguirá executar suas tarefas com padrão de qualidade aceitável, nem tampouco preservar a higidez física e mental. [...]” (TRF 1ª Região, Processo nº 2005.34.00.013994-3, Rel. Juiz Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, Terceira Turma Suplementar, e-DJF1 28/2/2013).

⁵ TRF 5ª Região, Processo nº 2009.81.00.013677-2, Rel. Des. Francisco Wildo, DJ 21/7/2010.

Infraestrutura de Transportes (DNIT) e empreiteira, tendo por objeto a recuperação da BR-163. No entanto, a despeito de reconhecidas e comprovadas diversas irregularidades apontadas, especialmente quanto à dispensabilidade da licitação, entendeu-se que a situação calamitosa em que se encontrava a rodovia exigia uma atuação emergencial do gestor público, sob pena de afetar a segurança dos cidadãos. Confira-se trecho do acórdão:

“Em que pese tal situação possa se mostrar irregular, entendo que não houve prejuízo algum para os cofres públicos nesse tópico, bem como para toda a população usuária da rodovia. Ao contrário do que sustenta a parte demandante, a celeridade no procedimento e início das obras de recuperação da malha rodoviária estão em fiel respeito ao princípio da eficiência (art. 37, caput, da CF), que deve permear todos os atos da Administração Pública”⁶.

b) Decisões do Tribunal de Contas da União

Ao fiscalizar a aplicação dos valores públicos, o Tribunal de Contas da União (TCU) já abordou o dilema *eficiência versus legalidade* em alguns acórdãos. O que se nota é a possibilidade de flexibilização do princípio da legalidade quando o objetivo é obter um maior retorno dos recursos públicos em prol da sociedade.

Um exemplo vem da determinação constante do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, que estipula que as “minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”. Apesar de entendimento anterior do TCU sobre a necessidade de aprovação pela assessoria jurídica de todas as minutas de editais de licitação, o Acórdão nº 392, de 2006 (Plenário/TCU), admitiu a adoção da sistemática de utilização de minutas-padrão de editais e de contratos, sem que todos fossem analisados pela assessoria jurídica, em prol de uma “otimização de recursos financeiros, materiais e humanos desde o início da fase interna, até a assinatura e posterior execução do contrato”⁷.

Em outro caso, o inc. IV do art. 27, combinado com o inc. IV do art. 29 da Lei nº 8.666/1993 estipula que, para a habilitação nas licitações, será exigida dos interessados documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, que consistirá, entre outros, em prova de quitação com a

⁶ TRF 4ª Região, Processo nº 4704-34.2006.404.7005/PR, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJ 25/5/2010.

⁷ Plenário/TCU, Acórdão 392/2006, Processo nº 008.107/2005-4, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU 31/3/2006.

Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). O TCU entendeu, por meio do Acórdão nº 1105/2006 (Plenário), que, “quando a competição for inviável, por inexistirem outros prestadores de serviços essenciais ao funcionamento da Administração Pública, que não os inadimplentes, a única alternativa é realizar a contratação da empresa monopolista, estatal ou privada, ainda que ela esteja em débito com o INSS e o FGTS”⁸.

4. Conclusões

A inclusão da *eficiência* no rol dos princípios constitucionais da Administração Pública (EC nº 19/1998), muito além de assumir um papel meramente retórico, descortinou um novo viés de análise jurídica sobre a gestão pública administrativa. Sempre em busca da satisfação do interesse público, a *eficiência* tem sido um prisma diferenciado de solução de conflitos.

O Poder Judiciário e o Tribunal de Contas da União acenam para a possibilidade de afastamento pontual de escolhas normativas que se repute ineficientes, desde que, harmonizado com o interesse público, sejam asseguradas (i) a incoerência de prejuízo ao erário; (ii) a boa-fé e a probidade dos agentes envolvidos; (iii) a ausência de violação ao núcleo essencial dos demais direitos e garantias fundamentais (a título de exemplo, o contraditório, a ampla defesa, a duração razoável do processo, a isonomia etc.); e (iv) a obtenção de resultado prático com preponderância considerável de benefícios sobre os custos, tanto para a Administração, como para os administrados. A mitigação da obediência à estrita legalidade deve necessariamente estar atenta a esses parâmetros objetivos,

não podendo aplicar-se a qualquer opção legal que o gestor repute ineficiente, sob pena de se adotar a indesejável noção de que os fins de interesse público convalidam quaisquer espécies de violação da norma.

A análise econômica do direito fornece instrumental teórico para o alcance do próprio conteúdo da *eficiência*, em suas vertentes objetiva (benefícios e custos) e subjetiva (sujeitos prejudicados e beneficiados). Bruno Salama (2010) argumenta que “o ponto central da análise econômica do direito não é saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios”. Trata-se do resultado esperado ao se considerar de forma mais ativa o princípio da eficiência, garantindo, na aplicação do ordenamento jurídico, um incremento no bem-estar social.

Nesse ponto, ressalte-se que a análise da *eficiência*, nos moldes propostos neste texto, transcende a análise da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* dos atos estatais, não se restringindo a esses parâmetros, notadamente mais casuísticos. O alcance do *agir eficiente* perpassa a incorporação de uma perspectiva de avaliação necessariamente econômica e, portanto, com conteúdo específico.

As decisões públicas podem e devem considerar critérios de eficiência, visando a uma otimização dos recursos públicos e a um incremento no bem-estar social. Para tanto, não é necessário que a eficiência seja vista como uma excludente da legalidade, bastando que haja uma reinterpretação das normas de forma favorável ao princípio da eficiência. Nas palavras de Paulo Modesto (2007), “ao contrário de contrastar com o princípio da legalidade, ou legitimar sua atenuação, [...] o princípio da eficiência pode ser percebido como componente

⁸ Plenário/TCU, Acórdão 1105/2006, Processo nº 002.994/2004-8, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU 10/7/2006.

da própria legalidade, percebida sob um ângulo material e não apenas formal”.

Salutar também seria que o ordenamento jurídico fosse produzido e constantemente revisado já incorporando análises de eficiência, de forma que o gestor público não precisasse enfrentar essa aparente dicotomia. Torna-se fundamental, na fase de discussão das proposições legislativas, a confecção de uma avaliação cuidadosa, empreendida para analisar, previamente, eventuais impactos decorrentes da aplicação de uma nova lei. Deve-se examinar se a legislação será *efetiva* (o comportamento adotado pelos destinatários da norma contempla os objetivos de edição da norma?); *eficaz* (o texto legal conduz aos alcances dos objetivos desejados?); e *eficiente* (os benefícios oriundos da lei compensam os custos impostos por ela e esses custos são os menores possíveis?).

O amadurecimento da sociedade democrática torna o Estado cada vez mais questionado acerca do desempenho e da efetividade de suas ações. Nesse ponto, a *eficiência* será certamente um dos grandes desafios – teóricos e pragmáticos – com que os três Poderes da República se depararão, no mister de criação, concretização e controle das políticas de aprimoramento da realidade socioeconômica do País.

Referências

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, L. B. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2013.
- SALAMA, Bruno M. De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 4-6, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/viewArticle/1461>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

O Facebook e o direito à privacidade

ALESSANDRO HIRATA

Sumário

1. Introdução. 2. Redes sociais. 2.1. Histórico das redes sociais. 2.2. Características das redes sociais. 2.3. Facebook. 3. Questões jurídicas nas redes sociais. 3.1. Privacidade. 3.2. Mineração de dados (*data mining*). 4. Direito à privacidade e à intimidade. 5. Direito europeu e a privacidade. 6. Ações referentes à “*Europe versus Facebook*”. 7. Conclusões.

1. Introdução

É desnecessário justificar a importância e a motivação de escrever sobre o fenômeno das redes sociais e suas implicações na privacidade das pessoas. Trata-se de questão cotidiana na nossa sociedade contemporânea, atingindo direta ou indiretamente a enorme maioria da população mundial¹. É função primordial do direito tratar dessas novas situações, adequar-se a elas e enfrentá-las com seus instrumentos, já existentes ou inéditos, da melhor forma possível (JENNINGS; FENA, 2000, p. 16).

Além disso, têm-se como ponto de partida deste artigo as recentes investidas de um estudante de direito vienense contra o Facebook, movendo 22 ações de direito europeu, em um movimento denominado *Europe versus Facebook*². Desse modo, procura-se analisar neste trabalho o fenômeno das redes sociais, em especial o Facebook, dentro do contexto de proteção do direito à privacidade e à intimidade no direito europeu,

Alessandro Hirata é professor associado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München (Alemanha).

¹ Vale lembrar, ainda, que entre os anos de 2000 e 2009 o número de usuários da Internet cresceu de 394 milhões de pessoas para 1,858 bilhão de pessoas, o que claramente demonstra a influência da Internet no cotidiano da sociedade contemporânea (ITU, 2013).

² Todas as informações sobre as ações desse grupo podem ser encontradas no site: <http://europe-v-facebook.org/>.

levantando questões que precisarão ser enfrentadas por todos em um futuro próximo.

2. Redes sociais

Um serviço de rede social (*social networking service*) é uma plataforma, baseada na internet, para a construção de redes sociais ou relações sociais entre as pessoas que, por exemplo, desejam compartilhar interesses, atividades ou conexões da vida real. Tal serviço consiste em uma representação de cada usuário (geralmente um perfil), suas relações sociais, e uma variedade de serviços adicionais. Desse modo, os sites de redes sociais permitem aos usuários compartilhar ideias, imagens, mensagens, atividades, eventos e interesses com as pessoas em sua rede.

Hoje em dia, essa definição de serviço de rede social é, na verdade, supérflua, uma vez que um enorme número de pessoas utiliza algum tipo desse serviço. Do mesmo modo, o seu melhor exemplo atinge hoje tantas pessoas por todo o mundo, que todos sabem do que se trata: o Facebook.

2.1. Histórico das redes sociais

A base para redes sociais surge nos anos 80 com os chamados *Bulletin-Board-System (BBS)* (BOYD; ELLISON, 2007). Esses sistemas permitiam o intercâmbio de dados e mensagens entre vários usuários de uma única plataforma. No final dos anos 80 e início dos anos 90 as aplicações *CompuServe*, *Prodigy* e *AOL* lançaram as funções básicas que hoje são comuns a uma rede social; ao contrário dos sistemas de boletins, perfis pessoais foram criados, com a possibilidade de divulgação de eventos e o envio de mensagens públicas e privadas.

O passo seguinte foi a combinação de funções de *chat*, bate-papo, nas redes sociais. Um dos primeiros exemplos dessa nova etapa foi a rede de amigos de escola *Classmates.com*, fundada nos EUA em 1995. Em seguida, o LinkedIn foi fundado em dezembro de 2002 (e lançado em maio de 2003); em julho de 2003, o Myspace; e, em seguida, em janeiro de 2004, o Orkut, que teve enorme sucesso no Brasil. Em fevereiro de 2004, o Facebook foi lançado, a princípio, apenas para os alunos da Universidade de Harvard.

2.2. Características das redes sociais

Os sites com serviços de redes sociais (SNS) compartilham uma variedade de características técnicas que permitem aos indivíduos: construir uma perfil público e/ou semipúblicos, articular uma lista de outros

usuários com quem partilham uma conexão e ver a sua lista de conexões dentro do sistema (BOYD; ELLISON, 2007). O mais básico deles contém perfis com uma lista de “amigos” que também são usuários do site.

Geralmente, um perfil é gerado a partir de respostas, em que os usuários constroem suas próprias características. É o chamado “*type oneself into being*” (BOYD; ELLISON, 2007). Assim, devem ser respondidas perguntas como idade, localização, interesses, dentre outras. Alguns sites permitem aos usuários fazer *upload* de fotos, adicionar conteúdo multimídia ou modificar a aparência do perfil. Muitos desses sites permitem, por exemplo, que os usuários postem entradas de *blog*, busquem outras pessoas com interesses semelhantes e compartilhem listas de contatos. Os perfis de usuário muitas vezes têm uma seção dedicada a comentários de amigos e de outros usuários. Para proteger a privacidade do usuário, as redes sociais têm tipicamente controles que permitem aos usuários escolher quem pode ver seu perfil, contatá-los, adicioná-los à sua lista de contatos, e assim por diante.

2.3. Facebook

O Facebook é um serviço de rede social *on-line* e seu nome deriva do termo utilizado para designar o livro dado aos estudantes no início do ano letivo por algumas universidades nos Estados Unidos, a fim de ajudá-los a conhecer uns aos outros. Foi fundado em fevereiro de 2004 por Mark Zuckerberg, juntamente com seus colegas da Universidade de Harvard, os também estudantes Eduardo Saverin, Andrew McCollum, Dustin Moskovitz e Chris Hughes³. Inicialmente, os fundadores limitaram o acesso ao *website* apenas aos estudantes de Harvard. Sucessivamente, foi liberado para estudantes de outras faculdades na área de Boston, das universidades da chamada Ivy League, e da Universidade de Stanford. Por fim, tornou-se acessível a alunos de várias outras universidades, em seguida para os alunos do ensino médio e, finalmente, para todos que têm 13 anos ou mais.

Em abril de 2012 (EUROPE VERSUS FACEBOOK, [2011?]), um total de cerca de 840.500.000 membros “registraram-se”, pelo menos uma vez (ou seja, estiveram *on-line*, mesmo que tenham extinto sua conta posteriormente) por meio de uma conta pessoal no Facebook. Também no início de 2012, a Ásia contabilizava cerca de 226 milhões de membros, seguida pela Europa (201,3 milhões), América do Norte (175,1 milhões), América do Sul e Central (164,5 milhões), África (60,2 milhões) e Ocea-

³ A enorme repercussão da rede Facebook também reflete na história de seus fundadores, retratada nas mais diversas formas na cultura popular.

nia (13,3 milhões). Ainda, o Brasil, em abril de 2012, contribuía com cerca de 46,3 milhões de membros da rede social, sendo o segundo maior do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos (SOCIAL MEDIA SCHWEIZ, 2012).

3. Questões jurídicas nas redes sociais

3.1. Privacidade

Preocupações com a privacidade relativa aos serviços de redes sociais têm sido levantadas constantemente (BARNES, 2006; JENKINS; BOYD, 2006; ROSENBLUM, 2007). Os usuários de redes sociais precisam estar alerta sobre os perigos de dar informações de caráter íntimo. Dados podem ser utilizados indevidamente, também de *hackers* ou por meio de vírus.

Além disso, há uma ameaça à privacidade percebida em relação a colocar demasiada informação pessoal nas redes sociais, permitindo produzir um perfil do comportamento de um indivíduo. Com isso, criam-se verdadeiros arquivos de informações de cada usuário, com os mais diferentes dados sobre o seu comportamento social, econômico e pessoal; tais informações podem ser utilizadas para os mais diversos fins.

Mesmo que esses dados sejam públicos, a sua coleta e posterior organização e classificação para a utilização em fins – comerciais, por exemplo – levam à importante questão sobre a invasão de privacidade. Vale lembrar ainda que tais dados, mesmo depois de apagados pelos usuários de redes sociais, permanecem sob controle dessas redes, que os armazenam para fins econômicos seus e de terceiros.

Assim, a privacidade nos sites de redes sociais pode ser prejudicada por vários fatores. Além dos usuários divulgarem informações pessoais, os próprios *sites* podem não tomar as

medidas adequadas para proteger a privacidade do usuário, sendo que terceiros frequentemente usam informações postadas em redes sociais para uma variedade de propósitos⁴.

3.2. Mineração de dados (*data mining*)

Por meio da chamada mineração de dados (*data mining*), ou prospecção de dados, as empresas são capazes de melhorar suas vendas e lucratividade. Com esses dados, as empresas podem delinear o comportamento *on-line* de clientes em potencial, atingindo seu público-alvo facilmente. Pode-se definir a mineração de dados como o processo de explorar grandes quantidades de dados à procura de padrões consistentes.

Observa-se, ainda, o grande desenvolvimento do chamado “*software* de análise de redes sociais” (“*network analysis software*”) (HANNEMAN; RIDDLE, 2005). Este *software* é capaz de adaptar-se para produtos específicos (MILLER, 2010). Nesse contexto, o Facebook tem sido especialmente importante para os profissionais de *marketing*, dando às empresas o acesso aos milhões de perfis, a fim de adaptar os seus anúncios aos interesses de um usuário da rede social.

4. Direito à privacidade e à intimidade⁵

O termo direito à intimidade é considerado como tipificação dos chamados “direitos da personalidade”, que são inerentes ao próprio

⁴ Nas palavras de D. Rosenblum (2007): “*For the Net generation, social networking sites have become the preferred forum for social interactions, from posturing and role playing to simply sounding off. However, because such forums are relatively easy to access, posted content can be reviewed by anyone with an interest in the users’ personal information*”.

⁵ Tal tema já foi tratado pelo autor em artigo anterior, trecho esse aqui reproduzido (HIRATA, 2012).

homem e têm por objetivo resguardar a dignidade da pessoa humana⁶ (MIRANDA, 1971; DE CUPIS, 1959; DE-MATTIA, 1977; AMARAL, 2008). Surgem como uma reação à teoria estatal sobre o indivíduo e encontram guarida em documentos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art. 12), a 9ª Conferência Internacional Americana de 1948 (artigo 5º), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (artigo 8º), a Convenção Panamericana dos Direitos do Homem de 1959, a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, de 1967, além de outros documentos internacionais. Vale ressaltar que a matéria é objeto tanto da Constituição Federal de 1988⁷ quanto do Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 11 a 21), o que provocou o seu tratamento mais aprofundado e amplo pela doutrina nacional. Ainda, a Constituição Federal de 1988, à semelhança do texto constitucional de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, atribui às figuras da intimidade e da vida privada tipificação diversa.

Com o progresso científico e o avanço da técnica, as intromissões na intimidade e na vida privada das pessoas agravaram-se⁸. Aliás, no passado, a necessidade de estar só era atribuída à excentricidade, não se pensava em isolamento. No entanto, hoje apresenta-se uma outra realidade. A tecnologia provoca um aumento desenfreado nas possibilidades e na velocidade do acesso à informação, levando, conseqüentemente, a uma maior fragilidade da esfera privada, da intimidade das pessoas (COSTA JÚNIOR, 1970, p. 14).

Cabe lembrar que alguns autores distinguem o direito à intimidade do direito à vida privada. A. De Cupis (1954, p. 90), por exemplo, entende que a esfera íntima da pessoa se divide em direito à *riservatezza* e o direito à *segretezza*⁹. O direito à intimidade pode ser conceituado como aquele que visa a resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem. Ou seja, é o direito de a pessoa excluir

⁶ P. Kayser (1984) classifica os direitos de personalidade em: direito de se opor à divulgação da vida privada, direito de se opor a uma investigação na vida privada e, ainda, direito de resposta.

⁷ O artigo 5º, X, da CF 1988, considera “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁸ Ao tratar da doutrina francesa, E. Szaniawski (1993, p. 118-119) considera a proteção da vida privada em dois sentidos: *lato sensu*, como as regras jurídicas que objetivam à proteção da vida pessoal e familiar; e *stricto sensu*, como o conjunto de regras que visam a proteger as pessoas contra atentados particulares. São as agressões deflagradas contra o segredo da vida privada, ou seja, são as regras que objetivam proteger a vida pessoal e familiar das pessoas e a intimidade de seu lar. A vida pessoal e familiar necessita de uma esfera de segredo para o seu desenvolvimento, sendo este uma condição de sua liberdade. Então, faz-se necessária a proteção dessa esfera secreta dos atentados dirigidos à liberdade.

⁹ Contrariamente, B. Franceschelli (1960, p. 5 et seq.).

do conhecimento de terceiros tudo aquilo que a ela se relaciona (MIRANDA, 1971, p. 124 et seq.). O direito à intimidade é, ainda, o poder correspondente ao dever de todas as outras pessoas de não se imiscuir na intimidade alheia, opondo-se a eventuais descumprimentos desse dever, realizados por meio de investigação e/ou divulgação de informações sobre a vida alheia (FERNANDES, 1984, p. 17 et seq.).

Desse modo, pode-se observar que o direito à intimidade se apresenta como uma forma de impedir que o avanço tecnológico, juntamente com o já conhecido crescimento populacional, com uma consequente ocupação territorial, possa violar o direito de cada um de estar consigo próprio sem interferência alheia¹⁰.

5. Direito europeu e a privacidade

Ponto de partida para este trabalho são as ações movidas contra a rede social Facebook em virtude de eventuais violações ao direito à privacidade. Tais ações têm como objeto o direito europeu¹¹ e suas proteções. Assim, tem-se como principal fonte para essas proteções a Diretiva 95/46/CE de proteção dos dados pessoais. Esse texto referencial em tal matéria procura estabelecer um equilíbrio entre a proteção da vida privada e a livre circulação de dados pessoais na União Europeia.

O direito à privacidade é altamente desenvolvido no direito europeu. Todos os Estados-membros da União Europeia são também signatários da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de 4 de novembro de 1950.

¹⁰ Vale lembrar ainda que é de grande importância a questão sobre a esfera privada de pessoas públicas. Ou seja, até que ponto o fato de a pessoa ser conhecida (políticos, artistas, celebridades) pode influir no tratamento do seu direito à intimidade (SILVA JUNIOR, 2002).

¹¹ Sobre o direito europeu em geral, R. Streinz (2008) e T. Oppermann (2009).

O artigo 8^o¹² da Convenção prevê o direito ao respeito pela “vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos deu a esse artigo uma interpretação bastante ampla na sua jurisprudência, levando inclusive à Diretiva 95/46/CE.

A Diretiva 95/46/CE regula o tratamento de dados pessoais, que são definidos no seu art. 2^o como “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”. Tal definição é propositadamente ampla, a fim de abranger o maior número de situações possíveis. Desse modo, mesmo que a pessoa não possa determiná-los, tais dados são bens a serem protegidos.

Segundo o art. 2^ob da Diretiva 95/46/CE, o chamado “tratamento de dados pessoais” (ou processamento) engloba “qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados”.

As regras de proteção de dados são aplicáveis não só quando o tratamento estiver estabelecido no território da União Europeia, mas sempre que o controlador utilizar equipamento situado na UE, a fim de processar dados¹³. Desse

¹² Art. 8^o da CEDH: “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

¹³ Art. 4^o da Diretiva 95/46/CE: “Direito nacional aplicável. 1. Cada Estado-membro aplicará as suas disposições nacionais adoptadas por força da presente diretiva ao tratamento de dados pessoais quando: a) O tratamento for efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável pelo tratamento situado no território desse Estado-membro; se o mesmo responsável pelo tratamento estiver estabelecido no território de vários Estados-membros, deverá tomar as medidas necessárias para garantir que cada um desses estabelecimentos cumpra as obrigações estabelecidas no direito nacional que lhe for aplicável; b) O responsável pelo tratamento não estiver estabelecido

modo, os casos referentes ao Facebook (e diversas outras redes sociais) levariam à aplicação da Diretiva 95/46/CE. Contudo, como tal Diretiva foi escrita antes do avanço da internet, ainda há poucas decisões a respeito.

Dessa forma, o processamento de dados apenas será considerado legítimo, se estiver no rol previsto no art. 7º da Diretiva 95/46/CE:

“Os Estados-membros estabelecerão que o tratamento de dados pessoais só poderá ser efetuado se: a) A pessoa em causa tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento; ou b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual a pessoa em causa é parte ou de diligências prévias à formação do contrato decididas a pedido da pessoa em causa; ou c) O tratamento for necessário para cumprir uma obrigação legal à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito; ou d) O tratamento for necessário para a proteção de interesses vitais da pessoa em causa; ou e) O tratamento for necessário para a execução de uma missão de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que é investido o responsável pelo tratamento ou um terceiro a quem os dados sejam comunicados; ou f) O tratamento for necessário para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro ou terceiros a quem os dados sejam comunicados, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa, protegidos ao abrigo do nº 1 do artigo 1º”.

Ainda, o titular dos dados tem direito de acesso a todos os dados sobre ele processados.

no território do Estado-membro, mas num local onde a sua legislação nacional seja aplicável por força do direito internacional público; c) O responsável pelo tratamento não estiver estabelecido no território da Comunidade e recorrer, para tratamento de dados pessoais, a meios, automatizados ou não, situados no território desse Estado-membro, salvo se esses meios só forem utilizados para trânsito no território da Comunidade. 2. No caso referido na alínea c) do nº 1, o responsável pelo tratamento deve designar um representante estabelecido no território desse Estado-membro, sem prejuízo das ações que possam vir a ser intentadas contra o próprio responsável pelo tratamento”.

Também pode exigir retificação, apagamento ou bloqueio dos dados que são incompletos, imprecisos ou não estão sendo processados devidamente¹⁴.

Além disso, o processamento de dados só pode ser feito em três condições: transparência, finalidade legítima e proporcionalidade.

Segundo o princípio da transparência, o titular dos dados tem o direito de ser informado quando seus dados pessoais estão sendo processados. Assim, o responsável pelo tratamento dos dados deve fornecer seu nome e endereço, o objetivo do tratamento, os destinatários dos dados e todas as outras informações necessárias para garantir o seu justo processamento¹⁵.

Quanto à finalidade legítima, os dados pessoais só podem ser processados para fins explícitos e legítimos especificados e não de forma incompatível com essas finalidades¹⁶.

Ademais, a fim de atender ao princípio da proporcionalidade, os dados pessoais só podem ser processados na medida em que é adequado e pertinente em relação às finalidades para que são recolhidos e tratados posteriormente. Os dados devem ser exatos e, se necessário, atualizados, devendo ser empregadas todas as medidas razoáveis para assegurar que dados inexatos ou incompletos sejam apagados ou retificados.

Há, ainda, restrições comerciais ao processamento dos dados. O titular dos dados pode opor-se a qualquer momento ao processamento de dados pessoais para fins de *marketing* direto¹⁷. Restrições adicionais devem ser aplicadas

¹⁴ Art. 12 da Diretiva 95/46/CE.

¹⁵ Cf. arts. 10 e 11 da Diretiva 95/46/CE.

¹⁶ Art. 6ºb da Diretiva 95/46/CE.

¹⁷ Cf. Art. 14 da Diretiva 95/46/CE: “Direito de oposição da pessoa em causa. Os Estados-membros reconhecerão à pessoa em causa o direito de: a) Pelo menos nos casos referidos nas alíneas e) e f) do artigo 7º, se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas

no processamento de dados pessoais considerados sensíveis, referentes a crenças religiosas, opiniões políticas, saúde, orientação sexual, raça, filiação a organizações no passado, especialmente¹⁸.

6. Ações referentes à “*Europe versus Facebook*”

Fato motivador deste artigo, como já mencionado, foram as ações movidas por Max Schrems contra o Facebook. Estudante de direito em Viena, Max Schrems indignou-se após, muitas dificuldades, conseguir um CD com toda a informação coletada durante os três anos em que fez parte dessa rede. O conteúdo impresso desse CD contabilizava um total de 1.200 páginas. Todo esse material, que compreendia, por exemplo, histórico de chats, “cutucadas”, pedidos de amizade, era classificado em 57 categorias que possibilitam facilmente a chamada mineração de dados.

Também surpreendente para Max Schrems foi perceber que mesmo as mensagens, fotos e outros arquivos que ele havia apagado continuavam armazenados nos computadores do Facebook¹⁹. Segundo o Facebook, apenas há

com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional. Em caso de oposição justificada, o tratamento efetuado pelo responsável deixa de poder incidir sobre esses dados; b) Se opor, a seu pedido e gratuitamente, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito previsto pelo responsável pelo tratamento para efeitos de mala direta; ou ser informada antes de os dados pessoais serem comunicados pela primeira vez a terceiros para fins de mala direta ou utilizados por conta de terceiros, e de lhe ser expressamente facultado o direito de se opor, sem despesas, a tais comunicações ou utilizações. Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para garantir que as pessoas em causa tenham conhecimento do direito referido no primeiro parágrafo da alínea b).”

¹⁸ Cf. Art. 8º b da Diretiva 95/46/CE.

¹⁹ Essa questão envolve o chamado “direito ao esquecimento”. Ou seja, os dados sobre uma pessoa não devem ser armazenados para sempre. É o entendimento também

uma “remoção da página” e não a “deleção”. Uma vez que o Facebook tem servidores na Irlanda, entre agosto e setembro de 2011, Schrems abriu 22 ações contra a rede social no Irish Data Protection Commissioner, órgão público irlandês, tendo como base o direito europeu de proteção aos dados pessoais.

Resumidamente, podem-se elencar as 22 ações (EUROPE VERSUS FACEBOOK, [2011?]):

1. Pokes (“cutucar”) – Os “cutucões” são mantidos mesmo após o usuário os remover.
2. Perfis sombra – O Facebook coleta dados sobre as pessoas sem o seu conhecimento. Essa informação é usada para substituir os perfis existentes e criar perfis de não-usuários.
3. *Tagging* – Tags são usadas sem o consentimento dos usuários, que precisam desmarcar tal opção²⁰.

Info: Facebook anunciou mudanças.

4. Sincronizar – O Facebook coleta dados pessoais, por exemplo, por meio do iPhone App ou da função “Encontrar amigos”. Essas informações são usadas pelo Facebook, sem o consentimento dos titulares dos dados.

5. Postagens apagadas – Postagens que foram excluídas permanecem no acervo de dados mantido pelo Facebook.

6. Postagens em páginas de outros usuários – Os usuários não podem ver as configurações em que o conteúdo distribuído por ele é postado em páginas de terceiros.

7. Mensagens – As mensagens (incluindo as de *chat*) são armazenadas pelo Facebook mesmo depois de o usuário ter excluído. Isso significa que toda a comunicação junto ao Facebook não pode ser excluída.

do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

²⁰ O Facebook já anunciou alterações quando ao *tagging*.

8. Política de privacidade e consentimento – A política de privacidade é vaga, obscura e contraditória, não sendo condizente com a Diretiva 95/46/CE.

9. Reconhecimento facial – O novo recurso de reconhecimento facial é uma violação do direito à privacidade dos usuários, uma vez que não há informações adequadas e consentimento inequívoco dos usuários.

10. Solicitação de informações – Os pedidos de acesso às informações não são atendidos plenamente. Não se sabe qual Facebook se responsabiliza pelos usuários.

11. Tags excluídas – Tags que foram removidas pelo usuário são só desativadas, mas armazenadas pelo Facebook.

12. Segurança de Dados – Em suas cláusulas gerais, o Facebook diz que não garante nenhum nível de segurança de dados.

13. Aplicações – Aplicações de “amigos” podem acessar dados pessoais do usuário. Não há garantia de que esses aplicativos estão seguindo as normas de privacidade europeias.

14. Amigos excluídos – Todos os amigos removidos continuam sendo armazenados pelo Facebook.

15. Excesso de processamento de dados – O Facebook hospeda enormes quantidades de dados pessoais e que está processando todos os dados para seus próprios fins, sem qualquer limitação.

16. *Opt-out*²¹ – O Facebook opera, na prática, opera um sistema *opt-out* em vez de um sistema *opt-in*, que é exigido pela legislação europeia.

17. Botão “curtir” – O botão “curtir” gera dados do usuário que são armazenados pelo

Facebook, podendo ser usados para rastrear usuários por toda a internet. Os usuários não são informados, nem consentem nesse armazenamento.

18. Deveres como processador de dados – O Facebook assume deveres como prestador de um “serviço de *cloud*” (por exemplo, não utilizando dados de terceiros para seus próprios fins ou processamento de dados somente quando instruído a fazê-lo pelo usuário).

19. Configurações de privacidade para fotos – Os usuários podem apenas determinar quem pode ver o *link* para uma foto. A foto em si pode ser vista por todos que conhecem o *link*.

20. Fotos excluídas – O Facebook só apaga o *link* para fotos. As fotos ainda continuam públicas na internet por um determinado período de tempo.

21. Grupos – Os usuários podem ser adicionados a grupos sem o seu consentimento; esses grupos podem propagar uma imagem enganosa sobre a pessoa.

22. Novas políticas – As políticas do Facebook são alteradas com muita frequência, sem que os usuários sejam devidamente informados. Além disso, não são consultados para autorizar as novas políticas.

Em dezembro de 2011, o Irish Data Protection Commissioner publicou seu primeiro parecer sobre o caso, analisando as eventuais alterações a serem feitas pelo Facebook. O grupo *Europe versus Facebook* considerou tais sugestões insatisfatórias. Em seguida, em fevereiro de 2012, membros do *Europe versus Facebook* encontraram-se em Viena com representantes do Facebook, a fim de discutir um acordo para as alterações a serem feitas pelo Facebook. Não houve resultado prático positivo desse encontro.

Entretanto, em maio e junho de 2012, o Facebook publicou nova diretiva de proteção de dados. Podem ser observadas pequenas alterações nesse tema, como maior transparência no

²¹ *Opt-out* é o sistema de envio de mensagens eletrônicas, em que os destinatários dessas mensagens de *marketing* recebem-nas automaticamente, sem haver solicitação prévia. Apenas por meio de ação expressa do usuário, ele se libera do envio de mensagens. O sistema oposto é o *opt-in*, em que o usuário precisa fazer a opção para receber as mensagens.

tocante ao processamento de dados, assim como pleiteia o grupo *Europe versus Facebook*. Contudo, ainda são progressos ínfimos, uma vez que os problemas centrais não foram atacados.

No momento, o grupo *Europe versus Facebook* elabora requerimento para obter uma decisão formal do Irish Data Protection Commissioner sobre o caso. Suas previsões, todavia, não são otimistas, pois entendem que o órgão irlandês não aplicará na sua completude o direito europeu de proteção de dados²².

7. Conclusões

Mais do que traçar conclusões definitivas, este artigo objetiva levantar questões e problemas a serem analisados e repensados, segundo o prisma dos direitos fundamentais ou, mais precisamente, do direito à privacidade e à intimidade no contexto da atualidade. Afinal, trata-se de questões profundamente relevantes e cotidianas, uma vez que as redes sociais estão presentes na vida de grande parte da população (além da tendência clara de se tornarem cada vez mais abrangentes).

É preciso rever as garantias e os conceitos de direito à privacidade, a fim de adequá-los aos novos padrões de vida social contemporânea. Por outro lado, abusos precisam ser coibidos, possibilitando e facilitando a defesa dos direitos fundamentais dos usuários de redes sociais.

Iniciativas e ações como a do grupo *Europe versus Facebook* são de extrema importância, não apenas para a proteção dos interesses dos usuários, mas principalmente por possibilitar a discussão desses temas fundamentais. Deve-se acompanhar o desfecho desse caso, a fim de podermos traçar novas diretrizes para o futuro tratamento dessa matéria.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARNES, Susan B. A privacy paradox: social networking in the United States. *First Monday*, Copenhagen, v. 11, n. 9, Sept. 2006. Disponível em: <<http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/1394/1312>>. Acesso em: 7 maio 2013.

BOYD, Danah M.; ELLISON, Nicole B. Social network sites: definition, history, and scholarship in journal of computer-mediated communication. *Journal of Computer-Mediated Communication*, Oxford, v. 13, n. 1, Oct. 2007. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x/full>>. Acesso em: 7 maio 2013.

²² As atualizações referentes aos processos podem ser acompanhadas em: <http://europe-v-facebook.org/EN/Complaints/complaints.html>.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1959.

_____. *Il diritto alla riservatezza esiste*. Roma: Società editrice del Foro italiano, 1954.

DE-MATTIA, Fabio Maria, Direito da personalidade *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.14, n. 56, p. 247-266, out./dez. 1977.

EUROPE VERSUS FACEBOOK. Legal procedure against “Facebook Ireland Limited”. *Europe Versus Facebook*, Vienna, [2011?].

FERNANDES, Milton. Os direitos da personalidade. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FRANCESCHELLI, Bruno. *Il diritto alla riservatezza*. Napoli: Jovene, 1960.

HANNEMAN, Robert A.; RIDDLE, Mark. *Introduction to social network methods*. Riverside: University of California, 2005.

HIRATA, Alessandro. O direito de intimidade e ao segredo na sociedade contemporânea. In: SIQUEIRA, Dirceu P.; AMARAL, Sérgio T. (Org.). *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigui: Boreal, 2012.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION (ITU). *Internet user graphs: market information and statistics*. Geneva: ITU, 2013. Disponível em: <<http://www.itu.int/ITU-D/ict/statistics/>>. Acesso em: 7 maio 2013.

JENKINS, Henry; BOYD, Danah M. Discussion: myspace and deleting online predators act (DOPA). *MIT News Office*, Massachusetts, May 2006. Disponível em: <<http://www.danah.org/papers/MySpaceDOPA.html>>. Acesso em: 7 maio 2013.

JENNINGS, Charles; FENA, Lori. *Priv@cidade.com: como preservar sua intimidade na era da internet*. São Paulo: Futura, 2000.

KAYSER, Pierre. *Protection de la vie privée*. Paris : Economica, 1984.

MILLER, Andy J. Mining social networks: untangling the social web. *The Economist*, London, 2 Sept. 2010. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/16910031>>. Acesso em: 7 maio 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

OPPERMANN, Thomas. *Europarecht*. 4. ed. München: Beck, 2009.

ROSENBLUM, David. What anyone can know: the privacy risks of social networking sites. *IEEE Security & Privacy*, New York, v. 5, n. 3, p. 40-49, May/June 2007.

SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores, socialites*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SOCIAL MEDIA SCHWEIZ. *Facebook: die welt im überblick*. Schweiz: Social Media, 2012. Disponível em: <http://www.socialmediaschweiz.ch/Facebook_-_Die_Welt_Update_April_2012_.pdf>. Acesso em: 7 maio 2013.

STREINZ, Rudolf. *Europarecht*. 8. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Evolução das regras de utilização da soja transgênica no Brasil

Análise por meio de uma abordagem sistêmica da governança

MARCELO DIAS VARELLA

MICHEL FOK

Sumário

Introdução. 2. Metodologia: a abordagem sistêmica de Türke. 3. O contexto brasileiro relativo aos OGM antes do advento da soja SRR. 3.1. O Contexto jurídico e institucional. 3.2. Particularidades do mercado de sementes de soja. 3.3. Instauração de um sistema social de governança pública. 4. Autorização da soja SRR dada sob uma longa e amarga disputa. 4.1. Fase de utilização ilegal antes da autorização. 4.2. Uma primeira autorização do SRR imediatamente contestada. 4.3. A divergência entre os atores públicos que obtiveram uma autorização definitiva do SRR. 4.4. Ajustamento da governança da autorização comercial dos OGM. 5. Determinação das regras de utilização sob dominação da Monsanto. 5.1. Engajamentos da Monsanto nos mercados de variedades e de sementes. 5.2. Abordagem contratual que engloba a difusão do gene RR, a partir da internacionalização do setor. 5.3. Modalidades de contratação sob dominação. 6. Conclusão.

Marcelo Dias Varella é doutor em Direito pela Universidade de Paris, livre-docente pela USP, professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.

Michel Fok é pesquisador do CIRAD (França).

Introdução

Com a comercialização dos organismos geneticamente modificados (OGM) na agricultura desde 1996, é difícil ignorar o tema dos OGM, haja vista a grande confrontação entre defensores e opositores, bem como a esperança que nasceu de um mundo sem fome (SERAGELDIN; PERSELEY, 2001). A concretização das esperanças ligadas aos OGM em agricultura depende, contudo, do acesso às sementes, tema cujos aspectos cruciais são estudados com grande pertinência por Pinstrup-Andersen

e Schioler (2001), mas minimizados pelos defensores dos OGM. Desse modo, a adoção dos OGM pelos países em desenvolvimento seria justificada por diversas razões (MCGLOUGHLIN, 1999), e elas seriam uma questão de sobrevivência para a África (KIRBY, 2002). Paarlberg (2008) vai mais longe, com acusações da atitude hostil dos europeus, dos japoneses e das organizações não governamentais (ONGs) no que concerne aos OGM, por contribuírem para manter a África em uma realidade de fome. De modo contrário, Berlan e Lewontin (1998) denunciam o advento dos OGM como uma extorsão sobre o ser vivo para reforçar ainda mais o poder econômico dos grandes grupos de biotecnologia que controlam os setores de criação varietal e de produção de sementes. Esse argumento foi apropriado na Índia, onde a ameaça da perda de segurança das sementes foi apresentada pelos opositores à adoção da cultura do algodão OGM (SHIVA; EMANI; JAFRI, 1999). A atitude crítica contra a dominação da Monsanto¹ é apresentada no livro de Robin (2008), que tem o interesse de revelar a estratégia dessa multinacional para impor seus produtos no mundo todo.

Desde então, o tema dos OGM na agricultura passou a ser visto, sobretudo, em debates genéricos, que tentavam convencer de que os impactos são necessariamente positivos ou negativos, sempre e em todos os lugares. Depois de mais de dez anos de comercialização de OGM na agricultura, esse tipo de debate parece ultrapassado, pois os seus impactos dependem das condições de sua utilização. Uma análise retrospectiva relativa ao algodão geneticamente modificado pela injeção de um gene Bt² para re-

sistir a algumas pragas indica que as diferenças de eficiência e de rentabilidade entre os países são atribuídas às diferentes condições técnicas e econômicas de utilização (FOK, 2006). Essa visão é confirmada pela síntese de Smale, Zambrano e Cartel (2006), que analisa as insuficiências metodológicas das avaliações realizadas durante dez anos de comercialização dos OGM na agricultura. No que concerne a um país, por exemplo, a Índia, os impactos da utilização do algodão-Bt variam muito em função da aceitação das condições econômicas de utilização pelos diversos produtores (MORSE; BENNET; ISMAEL, 2007). Na China, a eficácia técnica e a rentabilidade do algodão-Bt são questionadas (WANG; JUST; PINSTRUP-ANDERSEN, 2008) porque as novas pragas atingiram um certo limite de nocividade econômica, o que provocou aumento dos preços das sementes.

Os impactos dos OGM na agricultura dependem muito das condições ou das regras de utilização, bem como de sua própria evolução. Essas regras e suas evoluções são contextuais; dependem dos tipos de OGM² e dos países onde são utilizados. Sua determinação não implica somente os poderes públicos. Por exemplo, a Monsanto teve de aceitar a liminar do governo indiano de baixar, na metade do preço, as sementes de algodão-Bt, mas essa decisão foi resultado de uma forte pressão da sociedade civil e dos governos locais (MISHRA, 2006). Não se trata somente de uma questão de regulação pelo ator público, mas de governança diante de um sistema de atores. Assim, apesar de uma multiplicidade de exemplos que podem ser estudados, não há uma análise das regras de utilização dos OGM na agricultura e ainda menos de sua evolução.

¹ Empresa multinacional de origem americana, líder mundial em biotecnologia aplicada à agricultura. O poder econômico dessa empresa é, em parte, ligado à comercialização de um herbicida à base de glifosato, que possui o nome comercial de RoundUp®.

² Os OGM podem ser resistentes aos insetos, tolerantes a um herbicida particular ou apresentar as duas características.

Este artigo propõe uma análise da evolução das regras de utilização da soja transgênica que integra o gene RoundUp Ready da Monsanto (SRR) no Brasil e de algumas consequências para o contexto internacional. As variedades de SRR toleram a propagação de herbicidas à base de glifosato em curso de cultura, o que, segundo a Monsanto, torna o controle do crescimento das ervas daninhas mais eficiente e mais fácil. A comercialização do SRR no Brasil é oficial desde 2004, mas os produtores o cultivam desde 1998 de modo ilegal, mas mais ou menos tolerado.

A governança das regras de utilização do SRR no Brasil e seus impactos no exterior foram estudados por Castellanet et al. (2006). Esse estudo é, todavia, parcial, pois é limitado à fase que precedeu a autorização oficial em 2004, e pode ser considerado tendencioso em razão do posicionamento contrário à utilização dos OGM. Nosso artigo é uma análise mais completa no tempo, com base em uma leitura sistemática da governança, tal como ela é proposta por Türke (2008). Trata-se de uma análise empírica da governança, e, conforme nosso conhecimento, é a primeira que aborda a utilização controversa dos OGM na agricultura.

A aplicação da abordagem sistemática da governança permite demonstrar que no Brasil, entre a fase de autorização do SRR e a sua utilização atual, o sistema de atores implicados e afetados mudou bastante. Hoje, as regras de utilização do SRR são definidas por apenas um ator privado (no caso, a Monsanto), em um contexto de adesão de atores ao conceito de agronegócio ou *agro-business*. A evolução atual das regras influencia diretamente os produtores de soja nas suas escolhas de uso do SRR e na rentabilidade de sua utilização, havendo quase uma indiferença dos poderes públicos e da sociedade civil, que estavam muito engajados na controvérsia sobre a autorização da comercialização do SRR.

Neste artigo, a Seção 2 apresenta nossa metodologia, fundada sobre a abordagem sistêmica de Türke, ilustrando as noções empregadas a partir do caso da utilização do SRR no Brasil. A Seção 3 situa as particularidades do contexto brasileiro antes do advento do SRR. A Seção 4 analisa a autorização do SRR em uma longa fase de governança pública e privada, com a participação de multinacionais. A Seção 5 detalha a evolução das regras de utilização do SRR desde sua autorização oficial, sob a dominação de um ator privado. A Seção 6 conclui o artigo.

2. Metodologia: a abordagem sistêmica de Türke

A abordagem sistêmica da governança proposta por Türke (2008) é uma síntese das análises da governança pelas ciências políticas, pela jurisprudência, pela economia e pela administração. Ela integra igualmente as perspectivas das áreas de psicologia e de ciências da comunicação. Sua ambição é propor uma lupa para ajudar a ver com clareza todas as situações a que ela se refira: a empresa na qual o trabalho seja realizado, a comunidade na qual se viva, a própria família...

Neste artigo, escolhemos aplicar a abordagem de Türke (2008) no caso da utilização do SRR no Brasil, pois pensamos que ela é pertinente para compreender a evolução da governança das regras dessa utilização. Da mesma forma que outros autores que trabalham com uma abordagem sistemática, Türke (2008) propõe suas noções, conceitos e semânticas. Em razão da necessidade deste artigo, nós nos limitaremos a explicitar suas noções de atores, de sistema social e de dinâmica desse sistema.

Para Türke (2008), um ator age em função da “imagem” ou da percepção que ele tem de uma situação. Essa percepção depende do “precondicionamento” do ator, quer dizer, de

sua vivência, daquilo em que ele acredita, de seus conhecimentos, de suas competências e de seus interesses. Decorre disso que uma mesma situação pode ser percebida de maneiras diferentes por dois atores.

Na utilização da soja transgênica SRR no Brasil, pode-se pensar que dois elementos participam do condicionamento dos atores envolvidos. O primeiro elemento é o desenvolvimento da agricultura no Brasil, ligado ao fluxo de investidores que desenvolveram zonas pouco ou nada exploradas, sobretudo a partir do final dos anos 70, voltados para exportação: trata-se da expansão do *agro-business*, o qual dispõe de uma percepção tão positiva no Brasil que esse termo é frequentemente empregado no lugar do termo “agricultura”. O segundo elemento é a grande confiança no progresso técnico, que sempre foi indissociável dessa expansão.

A noção de sistema social é definida em relação à existência de um objetivo comum. Essa noção implica que toda organização é um sistema social, constituído de atores que possuem um objetivo comum. “*A (social) system is understood here as a perceived or inferred notion of purpose which stems from a set of presumptions (of actors) defining its boundary*” (Türke, 2008, p. 37).

As fronteiras do sistema delimitam os atores que estão dentro e fora, mas elas não se impõem por si mesmas. Türke (2008) propõe doze critérios para ajudar a delimitar as fronteiras de um sistema social, ou seja, para identificar os atores que fazem ou não parte desse sistema.

No tema abordado neste artigo, vários tipos de atores são afetados. O objetivo perseguido é a utilização de soja transgênica, o SRR. O lugar dos atores no sistema social, ao se estabelecerem ao redor desse objetivo, é determinado pelo posicionamento favorável, oposto ou indiferente a esse objetivo. O acesso à soja transgênica é controlado pela Monsanto, que é detentora da

propriedade intelectual, mas a utilização não é possível sem que a autorização tenha sido dada pelos poderes públicos.

Türke (2008) afirma que o envolvimento de atores diferentes no sistema social faz com que eles interajam pela busca de um mesmo objetivo. O resultado da interação não depende apenas da situação real, mas, sobretudo, do contexto e das intenções que prevalecem. É por meio dessa interação que os atores podem modificar³ o condicionamento na base de sua criação “de imagem” sobre uma situação específica. Na verdade, cada interação com outros atores é um convite a cada para questionar seu condicionamento, mas Türke ressalta que a decisão de proceder ou não a esse questionamento é pessoal, não pode ser imposta do exterior. É essa interação que pode fazer com que as posições dos atores envolvidos se aproximem no sistema social. No caso da utilização do SRR no Brasil, o contexto da interação foi muito conflituoso. Essa característica teve uma influência sobre a evolução da governança das regras de utilização.

Enfim, Türke (2008) distingue quatro elementos do funcionamento do sistema para alcançar o objetivo desejado. Os dois primeiros elementos são os atores e a “imagem” que eles fazem de si mesmos diante de uma situação ligada ao objetivo a ser atingido. O terceiro elemento diz respeito aos instrumentos ou aos meios para alcançar a meta: normalmente leis, decretos ou regras. As ações formam um quarto elemento, que representa o que deve ser realizado a fim de que os instrumentos sejam concretizados. No caso estudado, o instrumento é o direito de acesso à soja SRR, ou seja, o pagamento de *royalties*, as ações correspondentes às medidas

³ Türke (2008) emprega mais precisamente o termo “negociar ou renegociar” o condicionamento para indicar o processo reflexivo envolvido.

e às modalidades de coleta desses *royalties* com o objetivo de ter o direito de utilizar o SRR; em outras palavras, as regras de utilização dessa soja.

No âmbito da dinâmica, um dos maiores ensinamentos de Türke (2008) é que a governança de um sistema social é submetida às interações entre os atores envolvidos e afetados. Os atores envolvidos são os que participaram ativamente da definição das regras. Os atores afetados são os que não participaram diretamente da definição, mas cujos objetivos foram influenciados pelas regras definidas. A título de ilustração, uma regulação muito centralizada, em um regime autoritário, por exemplo, representa uma forma particular de governança na qual o Estado centralizador é o único ator envolvido.

3. O contexto brasileiro relativo aos OGM antes do advento da soja SRR

O Brasil tornou-se o segundo produtor de soja no mundo, atrás apenas dos Estados Unidos. Sua produção aumentou consideravelmente nos últimos anos. A utilização da soja transgênica SRR participou desse aumento, intervindo em um contexto particular do plano institucional e do mercado de sementes.

3.1. O contexto jurídico e institucional

A apresentação do contexto jurídico e institucional brasileiro relativo ao respeito ao meio ambiente é essencial para compreender a governança pública e privada no que tange à soja SRR. Esse quadro é complexo, pois há diferentes níveis relacionados à estrutura federativa. Desde a introdução do SRR, as regras jurídicas e as instituições ligadas à autorização da comercialização foram objeto de divergências entre os atores nos níveis local e federal. Da mesma forma, para compreender a evolução das regras e as interações entre os atores, é necessário conhecer as regras estabelecidas antes da introdução do SRR, bem como as falhas que elas apresentavam.

Antes da utilização do SRR, um quadro jurídico foi estabelecido, em várias etapas, a fim de identificar os princípios que deveriam guiar a autorização da comercialização dos OGM. Esse quadro foi influenciado pelas orientações tomadas no país e pelo processo de ratificação de tratados, no qual o Brasil se engajou ativamente.

No Brasil, a Comissão Nacional Técnica de Biossegurança (CTN-Bio), instância ligada ao Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) tem competência para o tema. A CTNBio é uma instância colegiada, com representantes de diferentes ministérios (Saúde, Agricultura, Meio Ambiente), da comunidade científica e da sociedade civil.

3.2. Particularidades do mercado de sementes de soja

O Brasil dispõe de um setor ativo e diversificado de criação varietal e de produção de sementes para a maioria das espécies cultivadas. No domínio da soja, antes do advento do SRR, mais ou menos vinte empresas de criação varietal (“obtentores”) operavam em escalas variáveis, no âmbito de alguns estados ou de todos os estados. Essas empresas participaram do desenvolvimento do *agro-business*.

Em 2002 (Quadro 1), a envergadura dessas empresas era variável, mas o mercado estava dominado por quatro empresas de natureza jurídica diferente (DALL’AGNOLL, et al., 2007). A Empresa Brasileira de Pesquisa e Agropecuária (Embrapa) é o centro nacional de pesquisa agrônômica, que opera em todo Brasil. A Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola (Coodetec) é uma empresa de pesquisa que surgiu do movimento cooperativo no estado do Paraná, mas cujas atividades foram disseminadas por diversos estados. A Fundação Mato Grosso (FMT) é uma estrutura de pesquisa privada ligada à associação dos grandes produtores do estado de Mato Grosso e suas atividades foram expandidas para diversos estados. A Monsanto criou uma filial, a Monsoy do Brasil, dedicada à pesquisa de variedades da soja, a partir da recompra de fundos genéticos de empresas brasileiras.

O fato de que a criação varietal advenha em parte de associação de produtores ou de cooperativas ressalta a adesão geral dos produtores agrícolas à noção de progresso tecnológico, com ênfase na exportação. A agricultura brasileira é praticamente intensiva em termos de recursos aos integrantes

Quadro 1. Estrutura do mercado brasileiro de semente de soja em 2002

Empresa	Parte do mercado (%)
Embrapa	27,98
Fundação Mato Grosso	19,65
Monsanto	18,70
Coodetec	16,37
Pioneer	2,97
Fepagro	2,27
CTPA	1,64
Bayer	1,37
Outras	9,05

Fonte: Monsanto do Brasil. Informações dadas à Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) pela empresa. Elas podem ser encontradas também no caso sobre o Ato de Concentração nº 08012.003997/2003-8.

agrícolas e em conteúdo tecnológico. Os agricultores reconhecem a contribuição da pesquisa no progresso da produtividade. Por essa razão, aceitam financiá-la, conforme a necessidade de participar de algumas infraestruturas específicas. Um estudo recente confirma, por exemplo, que todos os produtores questionados aceitam pagar os *royalties* para o SRR (FOK; LE GUERROVE; MEDEIROS, 2009). Ao contrário do que ocorre na Europa, em especial na França, os agricultores brasileiros não questionam o modelo atual da sua agricultura. Isso pode explicar em parte por que organizações como o Greenpeace, reconhecidas como opostas ao progresso tecnológico, têm pouca aceitação e poucos aliados entre os produtores.

Mercado limitado pelo privilégio às sementes campestres

A dinâmica do setor de criação varietal testemunha a realidade de uma coerência entre as empresas envolvidas. Elas são confrontadas a uma outra concorrência, que resulta do caráter autógamo da soja e da proteção *sui generis* aceita no Brasil. Sendo a soja uma espécie autógama, sua reprodução é quase idêntica de uma geração a outra. Desse fato decorre que as sementes retiradas de uma colheita podem facilmente ser utilizadas para a produção seguinte sem uma real derivação genética. Tendo em vista a diferença dos preços entre as sementes comerciais e as sementes colhidas pelos produtores, é tentador para estes utilizar as sementes de sua própria produção, chamadas de “sementes campestres”. Essa possibilidade é ainda mais tentadora em razão da sua permissão pela lei brasileira, sem ambiguidade, ao menos antes do advento do SRR.

Logo após o ingresso na OMC e a ratificação do Acordo TRIPS, o Brasil optou por uma proteção da propriedade intelectual das obtenções

vegetais. O país aderiu à União Internacional de Proteção das Obtenções Vegetais (Upov), cuja convenção inicial, de 1961, foi revisada em 1971, em 1978 e em 1991. Uma das diferenças maiores entre as convenções de 1978 e de 1991 concerne ao uso de sementes campestres. O artigo 5, 1, da convenção de 1978 não submete esse uso à autorização do proprietário da variedade, o que é chamado geralmente de “privilégio das sementes campestres”. Na convenção de 1991, o uso das sementes campestres não é descrito como disposto no artigo 15, mas é acordado somente a título facultativo, com o acordo explícito do proprietário da variedade. Alguns consideram que o privilégio das sementes campestres não existe mais. A adesão à Upov foi antecipada no Brasil pela promulgação da lei sobre a proteção de cultivares (Lei nº 9.456/97), que foi criada pelo Serviço Nacional de Proteção de Cultivares, encarregado particularmente da entrega de certificados de obtenção vegetal. A convenção de 1978, a que o Brasil aderiu, permite considerar que o direito de utilizar sementes campestres seja conservado.

Concorrência de sementes piratas pela chegada do SRR da Argentina

A partir de fevereiro de 1998, a introdução ilegal de sementes de SRR vindas da Argentina aumentou a barreira separando as sementes campestres (produzidas por um produtor para o seu uso próprio) e as sementes piratas (produzidas por um produtor e vendidas a outros), na medida em que os produtores implicados na importação ilegal eram tentados pelas demandas de fornecimento para outros produtores.

Quando o interesse agrônomo do SRR no controle das ervas daninhas foi confirmado pelos produtores de soja, a extensão das superfícies cultivadas foi rápida, sobretudo nos estados do sul do Brasil, como o Rio Grande do Sul. Final-

mente, antes da confirmação da autorização da comercialização do SRR em 2004, foi estimado que o SRR “pirata” já representava, com três milhões de hectares plantados, aproximadamente um quarto da superfície de soja do Brasil (GALVÃO, 2008), com uma grande concentração no sul do país.

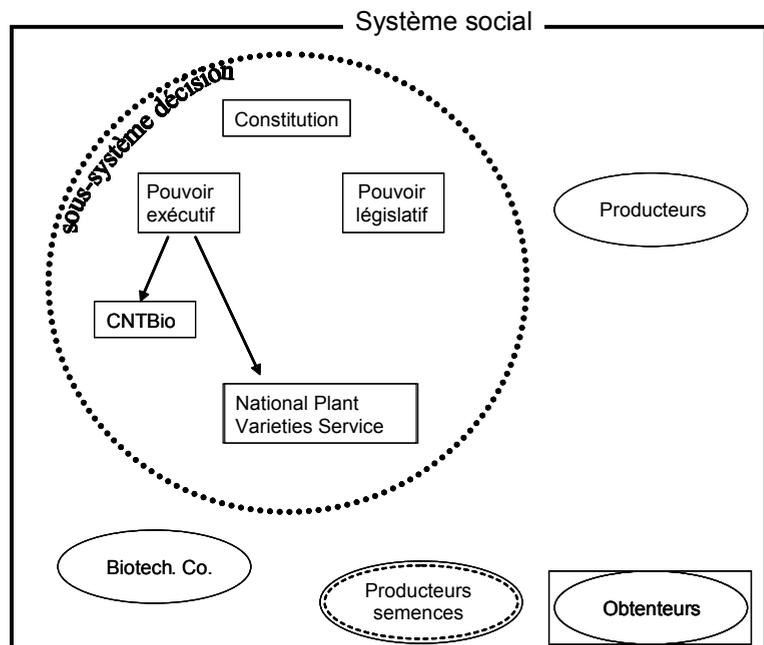
O fenômeno das sementes piratas, adicionado ao privilégio das sementes campestres, contribuiu com a redução da demanda de sementes comerciais, em detrimento dos obtentores de variedades e dos produtores-multiplicadores-distribuidores de sementes. Estes quiseram a legislação do SRR e o saneamento da situação das sementes em nome do desenvolvimento harmonioso do *agro-business*.

3.3. Instauração de um sistema social de governança pública

O sistema social relativo à utilização dos OGM é constituído de atores envolvidos ou afetados pelas regras referentes a essa utilização (Figura 1).

No interior desse sistema social (representado no quadro), os atores envolvidos formam um subsistema de determinação de regras (“subsistema de decisão”), o que os posiciona fora desse subsistema. Na figura 1, a

Figura 1. Sistema social antes da utilização do SRR, 1981-1997



Tradução da esquerda para a direita e de cima para baixo: subsistema de decisão, Constituição, Serviço Nacional de Proteção de Cultivares, Obtentores.

natureza pública da governança é representada pela forma retangular, e a natureza privada, pela forma elíptica. Os traços completos designam a dimensão nacional da intervenção, e os traços pontilhados, a dimensão local.

É possível ver claramente que, antes da utilização do SRR, a governança da utilização dos OGM era pública, pois somente os atores públicos estavam envolvidos na determinação das regras. Essas regras tratam da pesquisa sobre os OGM, da autorização de sua comercialização, da decisão sobre a realização de estudos de impactos ambientais e da etiquetagem dos produtos contendo os OGM.

4. Autorização da soja SRR dada sob uma longa e amarga disputa

4.1. Fase de utilização ilegal antes da autorização

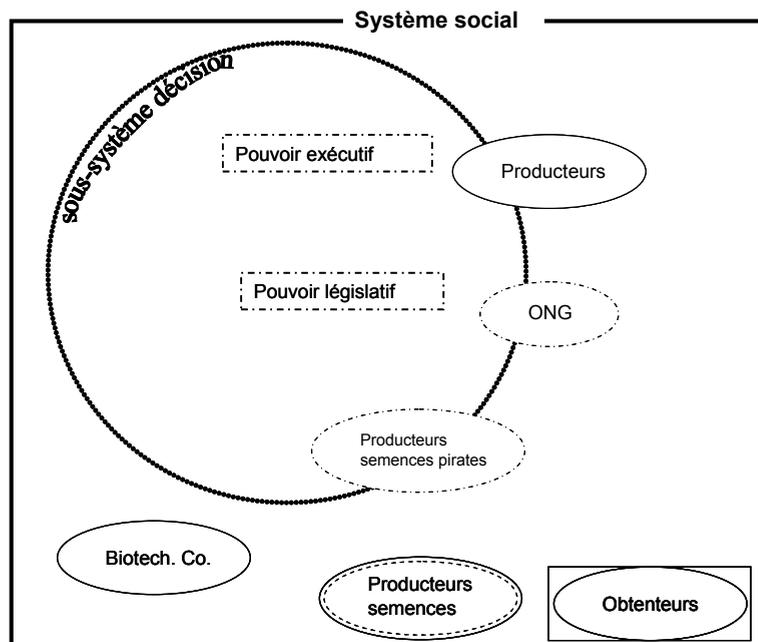
A difusão do SRR foi muito rápida no Rio Grande do Sul (RS), desde a sua introdução ilegal. No início do ano 2000, o SRR já cobria⁴ provavelmente a totalidade da superfície de soja nesse estado, apesar da oposição do governador. O RS se posicionou contrariamente aos OGM. Ele queria erradicar o SRR de sua jurisdição por meio do controle dos campos de soja transgênica e, se fosse o caso, da destruição desses campos. Esse desejo do Executivo local não foi suficiente em razão da vontade dos produtores de utilizar o SRR, bem como da aliança de ONGs locais⁵ favoráveis aos OGM e da maioria parlamentar (que era do partido oposto ao do governador). Essa maioria conseguiu adotar uma lei que transferia o poder de controle dos campos à União, lei que foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). No âmbito federal, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa) não conseguiu parar o processo de utilização ilegal do SRR. Oficialmente, a causa seria uma falta de meios, embora alguns autores se interroguem sobre a vontade real do Mapa de tomar as medidas necessárias.

No curso dessa curta fase de utilização ilegal, o subsistema de decisão de regras comportou poucos atores envolvidos (Figura 2). No entanto, é possível identificar os atores envolvidos e afetados, que ficam na fronteira desse subsistema. Esse período é caracterizado por uma forma de governança dos atores locais, de natureza pública e privada, o que permitiu um condicionamento favorável aos OGM.

⁴ Mas as estatísticas oficiais não permitem a afirmação, pois não distinguem esse tipo de soja.

⁵ Contrariamente aos países europeus, houve ONGs locais favoráveis à utilização dos OGM no Brasil. Trata-se de uma expressão do condicionamento dos produtores sobre o tema.

Figura 2. Sistema social na utilização do SRR antes da autorização (1998)



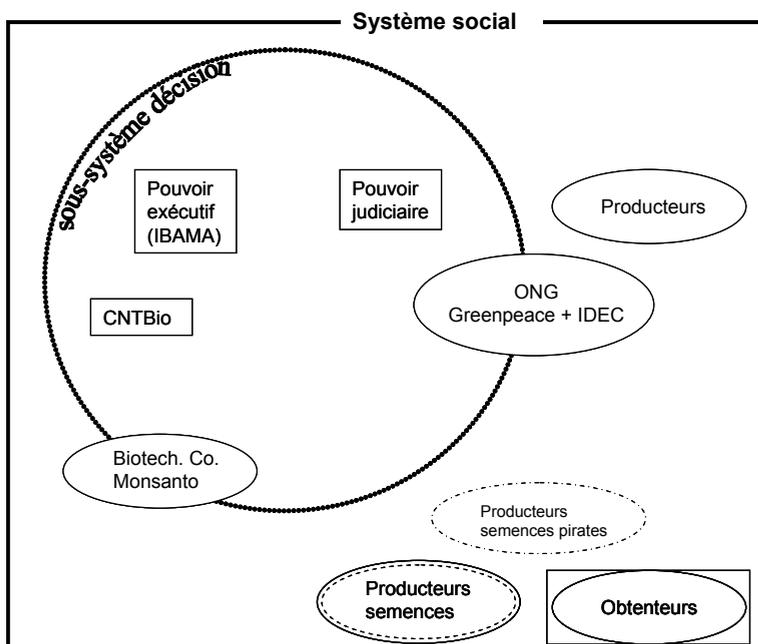
Tradução da esquerda para a direita e de cima para baixo: Sistema Social, subsistema de decisão, Poder Executivo, Produtores, Poder legislativo, ONG, Produtores de sementes piratas, Produtores de sementes, Obtentores.

4.2. Uma primeira autorização do SRR imediatamente contestada

O sistema de governança dos OGM no Brasil foi confrontado com a decisão de autorização da comercialização do SRR em junho de 1988, em razão de um pedido da empresa Monsanto. A CTNBio emitiu uma opinião favorável em setembro de 1998, autorizando, assim, a primeira comercialização de OGM no Brasil. Essa decisão provocou imediatamente a reação da sociedade civil. Duas ONGs, uma global, o Greenpeace, e outra nacional, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), entraram com uma ação civil pública para exigir o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e impedir o poder discricionário dado à CTNBio relativo à possibilidade de sua dispensa. Essa ação marca o início de uma batalha judiciária (MENASCHE, 2001), com um primeiro julgamento em junho de 1999, que suspendia a autorização à comercialização dada pela CTNBio, o que não foi confirmado pelo julgamento da apelação em 2004.

Durante o período 1998-1999, que corresponde à primeira autorização do SRR, o sistema social manifesta uma governança pública e privada, com a entrada dos atores privados em escala nacional, no subsistema de decisão (Figura 3). Esses atores são a empresa Monsanto, para obter a autorização à comercialização, e mais duas ONGs, para contestar a autorização dada. O sistema social se alargou com a entrada de atores, nacionais e internacionais, com uma imagem diferente sobre a utilização dos OGM, defendendo o ambiente e contestando a decisão relativa à comercialização e à exportação dos OGM. É importante destacar a forma conflituosa da interação desses novos atores com os que participam da produção agrícola ou do *agro-business* de modo geral. Sendo a questão apenas de ganho ou de perda, a interação conflituosa tem pouca chance de provocar uma aproximação de posições pelo questionamento das precondições respectivas.

Figura 3. Sistema social durante a primeira autorização à comercialização do SRR (setembro de 1998 – junho de 1999)



Tradução da esquerda para a direita e de cima para baixo: Sistema social, subsistema de decisão, Poder Executivo (Ibama), Poder Judiciário, Produtores, Produtores de sementes piratas, Produtores de sementes, Obtentores.

4.3. A divergência entre os atores públicos que obtiveram uma autorização definitiva do SRR

A cacofonia entre os atores públicos se manifestou, por um lado, no âmbito da União, entre os diferentes ministérios que tratam da questão dos OGM, e, por outro lado, entre a União e alguns estados. Para impor sua posição, a Presidência da República teve de promulgar três medidas. Fazendo isso, o nível federal legalizou a utilização do SRR, influenciando a decisão do julgamento da apelação quanto à interdição da sua utilização.

Antagonismo entre os estados e a União

O antagonismo entre a União e certos estados, opostos à comercialização do SRR, foi muito mais evidente – ele gerou reações constantemente transmitidas pela imprensa. Afirmando sua opção de banir toda presença de SRR no solo, o Paraná votou uma lei para interditar a passagem de caminhões com soja potencialmente transgênica, sendo essa passagem indispensável para o acesso a um dos mais importantes portos de exportação. Alegava, em parte, a exigência dos mercados importadores por soja não OGM. Em 2001, promulgou uma lei para interditar a comercialização do SRR durante dois anos e para exigir uma complementação das informações sobre a inexistência de impactos ambientais. No mesmo ano, aprovou uma lei bem restritiva sobre a etiquetagem. Mesmo os municípios, apesar dos limites ao poder de legislar, produziram normas para permitir ou interditar a cultura de OGM. Todas essas leis foram consideradas nulas pela desconformidade com as competências da União. Tais tentativas dos estados mencionados, e os resultados dessas medidas, lembram as dificuldades que algumas regiões francesas

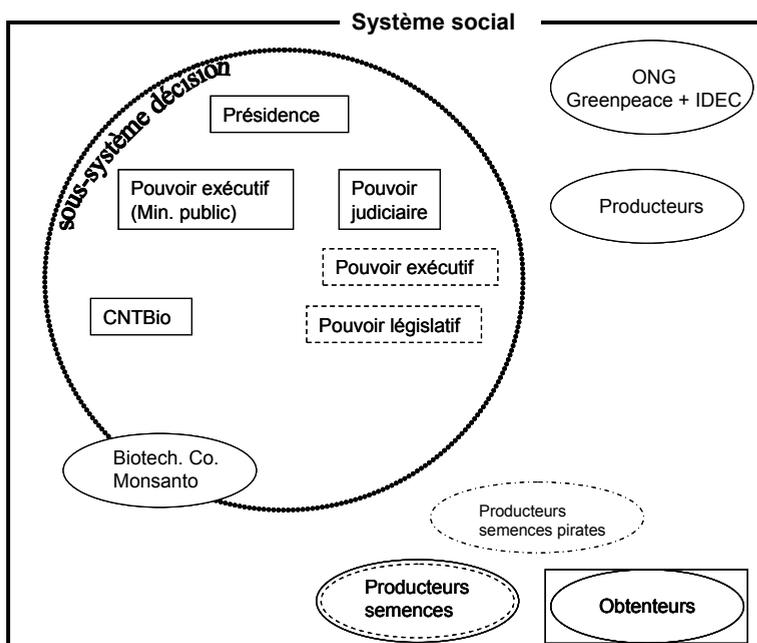
tiveram para se opor à utilização dos OGM na agricultura (NOISETTE, 2008).

Apesar da sentença de 1999 que suspendia a autorização de comercialização do SRR no Brasil, era possível exportar a soja já produzida. Ou seja, havia uma ambiguidade legal, porque a produção era a mesma, mas o produto era ilegal no país e lícito quando destinado ao exterior. Além disso, a produção dessa soja continuou, de novo ilegalmente, e se espalhou a partir dos estados do sul do país. As ações conduzidas para destruir os campos de SRR causaram sérios problemas à ordem pública. A destruição de campos ou de produções de SRR resultou em perdas para os produtores. Nos anos seguintes, o Presidente da República promulgou medidas provisórias anistiando as irregularidades. A legalização do SRR resultou de um processo judiciário que se estendeu por mais de cinco anos.

O sistema social correspondente a essa longa fase de debate político-judiciário de 1999-2004 mostra um subsistema mais complexo de decisão, mas essencialmente com atores públicos (Figura 4). O papel da Presidência foi determinante para endossar a autorização de comercialização, enquanto as ONGs se separaram do subsistema dos atores envolvidos. Nota-se um misto entre atores nacionais, multinacionais e globais agindo para a construção da governança no campo doméstico. Essa fase de governança foi pública e cacofônica.

A interação entre os atores se estabeleceu sobre o plano contencioso, com a recorrência à justiça para decidir. O resultado não poderia corresponder a mais que uma situação de ganhador-perdedor. O acórdão de apelação significou que os atores com uma imagem obscura da utilização do SRR tinham perdido. Esse resultado excluiu os atores do sistema, cuja governança continua a evoluir, sobretudo para definir as regras práticas de sua utilização pelos produtores.

Figura 4. Sistema social durante a lenta legalização do SRR (1999-2004)



Tradução da esquerda para a direita e de cima para baixo: Sistema social, subsistema de decisão, Presidência, Poder Executivo (Ministério Público), Poder Judiciário, Poder Executivo, Poder Legislativo, Produtores, Produtores de sementes piratas, Produtores de sementes, Obtentores.

4.4. Ajustamento da governança da autorização comercial dos OGM

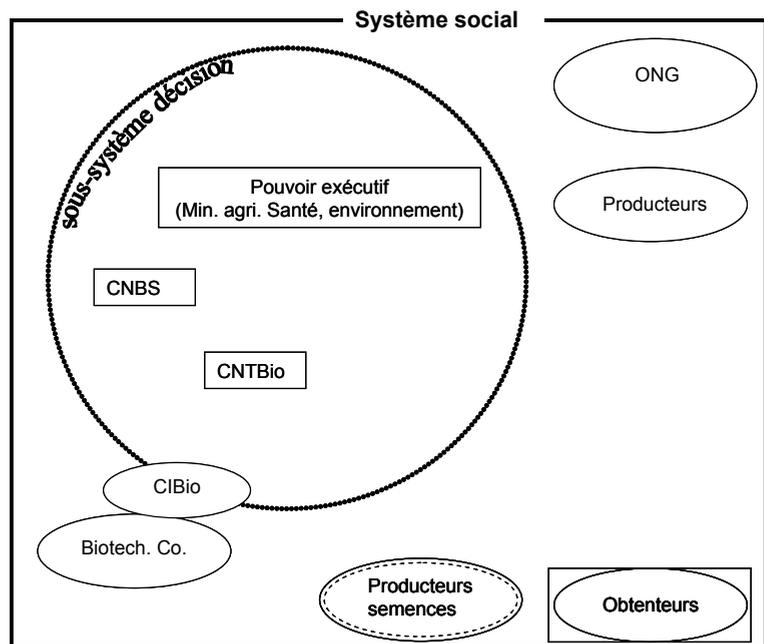
O papel do Poder Judiciário foi primordial na autorização definitiva da comercialização do SRR. Seria, no entanto, incorreto limitar esse papel a uma batalha jurídica que deu a vitória de uma parte sobre a outra. Na realidade, as análises e os argumentos desenvolvidos durante os dois julgamentos tiveram o efeito de influenciar a nova Lei de Biossegurança, adotada em 2005, cujo preâmbulo coloca o progresso científico como o primeiro princípio de orientação da lei, um sinal da influência da sentença de apelação da ação civil pública, ainda que a ordem dos princípios não signifique a sua primazia.

A nova Lei de Biossegurança, de 2005, modificou as prerrogativas dos organismos públicos envolvidos no domínio dos OGM. Ela criou um organismo suplementar, o Conselho Nacional de Biossegurança, modificando assim o papel da CTNBio na cadeia de decisão sobre a comercialização de novos OGM. Globalmente, o quadro institucional dessa forma ajustado continua centrado sobre as regras de autorização comercial dos OGM e sobre o seu registro.

O subsistema de determinação das regras para autorizar a comercialização dos OGM foi ajustado desde 2005 (Figura 5).

Ele revela uma governança praticamente pública, pois o envolvimento das comissões internas de biossegurança das organizações, na maior parte privadas com capital multinacional, que trabalham sobre os OGM possui uma incidência limitada. Essa governança pública integra, a partir desse momento, uma dimensão política e social, e não mais somente técnica.

Figura 5. Sistema social ajustado de autorização à comercialização dos OGM, em 2005



Tradução da esquerda para a direita e de cima para baixo: Sistema social, subsistema de decisão, Poder Executivo (Ministérios da Agricultura, da Saúde e do Meio Ambiente), Produtores, Produtores de sementes, Obtentores.

5. Determinação das regras de utilização sob dominação da Monsanto

Uma vez que o uso do SRR foi legalizado, um novo conjunto de regras surgiu no âmbito da utilização do gene RR (RoundUp Ready) da Monsanto e na utilização das sementes de variedades de SRR. Essas regras resultaram de um subsistema de decisão paralela, privada, dominada pela

Monsanto. Seu funcionamento resultou primeiramente de investimentos da Monsanto para atuar no mercado de variedades e de sementes, provocando a aliança e o consentimento dos atores de criação varietal, de produção e de distribuição de sementes e, enfim, de estoque do grão de soja. Trata-se de um subsistema evolutivo, não em função dos atores envolvidos, mas pelo ajustamento das condições relativas aos *royalties* ligados ao gene RR.

5.1. Engajamentos da Monsanto nos mercados de variedades e de sementes

Esquemáticamente, o engajamento da Monsanto no mercado de variedades e de sementes de soja foi feito por meio da recompra ou da tomada de controle das sociedades brasileiras envolvidas nesse setor⁶ (Agrocerec, Calgene, Agrow, Dekalb), para a criação da nova empresa filial Monsoy do Brasil, em 1997, de capital estrangeiro. Esse fato continuou com a compra da Cargil Agrícola Ltda e da FT Sementes, para permitir à nova empresa dispor de um grande fundo genético adaptado às ecologias do Brasil. Isso pode ser observado com a criação de outras filiais no Brasil (Monsanto Participações, Monsanto Nordeste) e em outros países (Monsanto Argentina), tomando assim posse do que as empresas adquiriram de investimentos públicos e privados nacionais há cinquenta anos na América do Sul. Houve uma forte internacionalização da produção brasileira.

À estratégia de compra das empresas, a Monsanto adiciona a de colaboração com as empresas concorrentes, pela concessão de contrato de licença para a inserção do gene RR nas variedades (conferir abaixo). Esses acordos implicaram a presença dos produtos da Mon-

⁶ Com ligação com as operações similares realizadas nos Estados Unidos.

santo em 82,7% da produção da soja brasileira (VARELLA, 2006).

5.2. Abordagem contratual que engloba a difusão do gene RR, a partir da internacionalização do setor

A distribuição de sementes de soja, como para qualquer outra espécie, envolve diversas etapas e atores. Os organismos de criação varietal, ou “obtentores”, estão na origem das novas variedades. Eles são encarregados de produzir as sementes de pré-base e de base das novas variedades em condições controladas. O contrato de licença com a Monsanto permite aos obtentores inserir o gene RR nas variedades existentes ou nas novas variedades, a fim de aumentar sua própria gama de variedades e de se adaptar a uma nova demanda induzida pela comercialização do SRR.

A multiplicação das sementes de base para chegar até as sementes certificadas distribuídas aos agricultores necessita, em seguida, de outras etapas, que envolvem vários atores. Trata-se principalmente de empresas de produção, de multiplicação e de distribuição de sementes, ocupando essas empresas três atividades diferentes. As empresas “produtoras de sementes” podem dispor de suas próprias parcelas de multiplicação, mas coordenam, na maior parte das vezes, uma rede de multiplicadores externos, dos quais coletam as sementes produzidas (sementes certificadas) para distribuí-las aos produtores de soja. A Monsanto, no seu acordo geral de licença para a tecnologia RR, estabeleceu regras que consideram o conjunto das três atividades dessas empresas; em 2005-2006, existiam mais de trezentos contratos estabelecidos dessa forma entre a Monsanto e tais empresas (VARELLA, 2006).

Os agricultores que multiplicam as sementes por causa das empresas “produtoras

de sementes” possuem contratos sobre uma variedade bem precisa. Eles têm a obrigação de vender a totalidade das sementes produzidas aos produtores de sementes aos quais eles são ligados. Tratando-se de sementes de variedades SRR, esses multiplicadores devem se beneficiar igualmente de um contrato de licença da tecnologia do gene RR com a Monsanto, pagando uma retribuição definida por um montante conforme o hectare.

Os distribuidores de sementes *stricto sensu* revendem as sementes aos agricultores sem que eles mesmos tenham de ter produzido. Esses distribuidores são as empresas de distribuição de produtos agrícolas em geral, fornecendo sementes, adubos e pesticidas, sendo elas ligadas, algumas vezes, às empresas de estoque ou de compra de grãos. Os contratos de licença dos distribuidores de sementes com a Monsanto fixam, sobretudo, as condições de recuperação dos *royalties* ligados às sementes de SRR.

A Monsanto realizou, desde a campanha 2005-2006, uma inovação que permitiu que o pagamento dos *royalties* fosse feito por duas modalidades: uma modalidade clássica, ligada à compra de sementes, e uma modalidade não habitual de comercialização do grão de soja (MENDEZ DEL VILAR et al., 2007; REIS, 2005). O pagamento dos *royalties* à compra de sementes está associado a uma regra original. Essa regra, o crédito de isenção, consiste em alocar um “direito de comercializar” uma certa quantidade de grãos de soja sem ter de pagar de novo os *royalties*. Esse direito de comercializar corresponde a uma quantidade de grão de soja por quilo de sementes compradas da ordem de 70 kg de grãos por quilo de semente. A recuperação dos *royalties* à comercialização do grão de soja permite a interferência dos estocadores de grãos (compreendidas também as empresas multinacionais que negociam grãos), passagem obrigatória aos produtores de soja no Brasil.

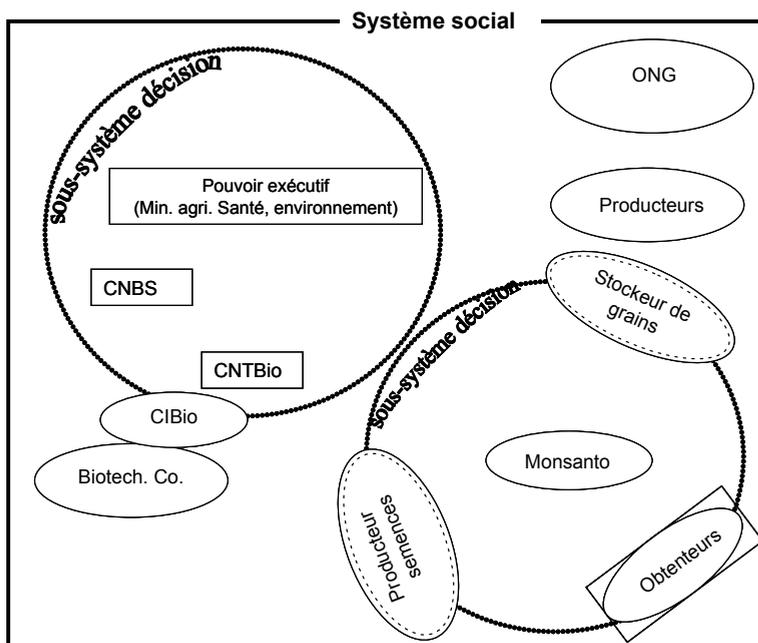
Trata-se de uma inovação que possibilita à Monsanto receber o pagamento dos *royalties* de todos os produtores de SRR, mesmo daqueles que não tinham comprado as sementes por meio dos distribuidores oficiais. Assim, para os produtores de soja que não dispõem de certificado que ateste um direito à comercialização, os *royalties* são calculados sobre o valor *ad valorem* dos grãos de soja vendidos. Se os produtores declaram a natureza transgênica dos grãos de soja entregues aos estocadores, os *royalties* que devem ser pagos correspondem a 2% do valor dos grãos vendidos. Se os produtores declaram que os grãos não são transgênicos, mas o teste de controle revela o contrário (taxa de presença de mais de 5% de OGM pelo teste Elisa), a taxa sobe a 3%. Essa regra pune da mesma maneira o produtor que tentou burlar a regra e aquele que tinha cultivado a soja não transgênica, mas que foi vítima de contaminação por razões diversas, considerando também aqueles com uma pureza insuficiente das sementes de soja não transgênicas que haviam comprado. Os estocadores recebem uma quantia financeira que não é muito divulgada, mas que elevaria mais ou menos a 15% do montante total de *royalties* coletados.

O pagamento dos *royalties* à comercialização do grão de soja custa mais que a compra das sementes comerciais. É provável que ele tenha sido determinado para incitar os produtores a pagar os *royalties* no momento da compra das sementes e, portanto, fazer com que eles comprem as sementes comerciais. Esse fenômeno beneficia os “obtentores” e os produtores, multiplicadores e distribuidores de sementes, servindo de cimento à aliança entre esses atores e a Monsanto.

Desde a legalização definitiva do SRR, o sistema social estudado é mais complexo, com a justaposição de dois subsistemas de decisão de regras (Figura 6). O subsistema de autorização

à comercialização de novos OGM não tem controle sobre as regras de utilização do SRR, que constitui um novo subsistema de decisão dominado pela Monsanto, cujos aliados se encontram em posição de atores envolvidos e afetados. Este subsistema entrou em funcionamento após uma estratégia contratual “englobante”, na medida em que os produtores são mantidos acima (da compra das sementes) e abaixo da produção (da venda dos grãos após a colheita). Pode-se pensar que o funcionamento desse novo subsistema tem como efeito fazer desaparecer os produtores de sementes piratas.

Figura 6. Sistema social de governança privada da utilização do SRR, desde 2005



Tradução da esquerda para a direita e de cima para baixo: Sistema social, subsistema de decisão, Poder Executivo (Ministérios da Agricultura, da Saúde e do Meio Ambiente, Produtores. Subsistema de decisão, Estocadores de grãos, Produtores de sementes, Obtentores.

5.3. Modalidades de contratação sob dominação

As condições contratuais para a utilização das sementes de SRR testemunham a dominação da Monsanto, em termos de poder de fixação do nível de *royalties* e da extensão dos papéis impostos aos distribuidores de sementes. Essa dominação tem, entretanto, o consentimento dos atores

acima e abaixo dos produtores, permitindo assim impor um nível elevado de *royalties*, se comparado com os que são aplicados normalmente aos cultivadores. Tal nível poderia ter sido mais elevado se o governo não tivesse arbitrado contra certas tentativas de abuso nas cláusulas de contratos propostos pela Monsanto.

As modalidades de pagamento dos *royalties* para melhor captar a renda tecnológica

O processo de contratação começou em 2005, e as modalidades de contratação, ao menos para os produtores de sementes, parecem estar estáveis desde a campanha de 2006-2007. Algumas diferenças bem notáveis são observadas nas modalidades entre 2005 e 2007, o que testemunha certa flutuação, bem como o poder que a Monsanto adquiriu no sistema dos atores envolvidos.

Como exemplo, segundo os modelos de contratos impostos pela Monsanto, os montantes de *royalties* podem mudar todos os anos, sem que a Monsanto tenha de justificar as mudanças feitas. Para a campanha 2008-2009, o montante de *royalties* aumentou de R\$ 0,30 a R\$ 0,35 por quilo de sementes, com o pretexto de que o preço de venda da soja durante a campanha 2007-2008 tinha sido elevado, ainda que houvesse baixado depois. Isso indica que o preço da tecnologia RR não é fixado em função de seu custo marginal. Esse preço aproveita o problema de captação de renda em uma situação de monopólio (van Suntum, 2005), bem diferente do contexto de concorrência pura e perfeita ao qual se referem ainda muitos economistas neoclássicos.

Papéis estendidos aos distribuidores de sementes

Pelo contrato de licença com a Monsanto, os distribuidores de sementes de SRR se engajam a assumir o papel de coletores de *royalties* para a empresa, diante dos produtores de grão de soja. O valor dos *royalties* é um montante fixado ao quilo de sementes vendidas e independentemente do preço de venda dos grãos resultantes da utilização das sementes. Trata-se de uma modalidade clássica desde que o direito de propriedade intelectual é aplicado às variedades.

Desde 2005, contudo, a Monsanto sujeitou os distribuidores de sementes a uma nova atribuição de agentes de informação: eles devem difundir as informações sobre as condições de pagamento dos *royalties* das sementes, em conformidade com a brochura de informações da Monsanto (SEMENTE..., 2005), mas de modo algum os conselheiros técnicos garantiriam uma boa eficácia das sementes compradas. Ainda

mais incrível é a obrigação dos distribuidores de sementes de coletar, por conta exclusiva da Monsanto, as informações relativas a todos os compradores dessas sementes (estado civil, localização, superfícies de culturas, etc.).

Os distribuidores de sementes são ainda submetidos a um segundo papel em matéria de coleta dos *royalties*. Desde o contrato estabelecido para a campanha 2005-2006, eles devem registrar os produtores de soja que declarem ter utilizado as sementes de sua própria colheita e se submeter ao pagamento de *royalties* para não mais ter de pagá-los durante a comercialização dos grãos produzidos. A novidade reside no dever dos distribuidores de coletar os *royalties* sobre as sementes não vendidas, mesmo que nenhum interlocutor entrevistado haja confirmado que os produtores tenham declarado a utilização de “sementes campestres”.

É importante destacar que os novos papéis são remunerados de modo simbólico. Em 2005-2006, quando as condições de remuneração eram ainda divulgadas, a remuneração comportava o valor fixo de R\$ 36 por mês, independentemente dos volumes de sementes distribuídas.

Dominação do mercado brasileiro por consentimento

Todos os contratos relativos à exploração da tecnologia do gene RR revelam uma estratégia de captura da renda tecnológica pela Monsanto e essa estratégia tem o consentimento de todos os atores da fileira sementeira, bem como dos estocadores de grão de soja.

Pelos obtentores de variedades de SRR e pelos multiplicadores de sementes, o pagamento de *royalties* se aplica, sim, mas o custo correspondente é repercutido de uma etapa de multiplicação a outra, até o último estado das sementes certificadas vendidas pelos distribui-

dores. O custo é definitivamente pago pelos utilizadores de sementes⁷.

O respeito aos contratos de licença impostos pela Monsanto não traz consequências negativas aos atores da fileira sementeira. Pode-se dizer que eles correspondem também aos interesses desses atores. A demanda por sementes comerciais aumentou em razão das modalidades de recuperação de *royalties*, que desencorajam os agricultores a utilizar as sementes de suas próprias produções. Esse crescimento da demanda aumenta, por exemplo, a coleta de *royalties* aplicados aos cultivadores, que se tornam obtentores dos últimos.

Além disso, como já foi destacado, a aliança da Monsanto com os estocadores de grãos (um setor igualmente controlado por empresas multinacionais) é também estabelecida com a recuperação dos *royalties* à comercialização dos grãos de soja. A isso se adiciona o fato de que esses estocadores podem igualmente ser compradores, estando às vezes ligados às *traders* globais de grãos.

Enfim, uma decisão do governo federal foi também no sentido dos interesses da Monsanto, favorecendo a utilização do herbicida RoundUp, à base da matéria ativa glifosato, enquanto os produtos genéricos de glifosato eram importados da China por um preço menor. A decisão, tomada em 2003 após a demanda feita pela Monsanto⁸, consistiu em dificultar as importações chinesas de glifosato por meio de uma taxa de *antidumping* de 35,8%. Essa decisão permitiu à Monsanto incentivar os agricultores a utilizarem seu herbicida. Os agricultores

⁷ Por repercussão, os *royalties* pagos pelos obtentores e pelos multiplicadores se encontram integrados no preço das sementes pagas pelos agricultores utilizadores de sementes. Nós estimamos esses *royalties* “implícitos” a 11% do nível dos *royalties* anunciados pela Monsanto. Os agricultores pagam na realidade 111% dos *royalties* anunciados.

⁸ No Brasil, a Monsanto tem uma usina de fabricação desse herbicida.

tiveram de pagar pelo herbicida um valor muito mais caro que na Argentina, que é o concorrente regional à exportação da soja. Eles terminaram protestando, o que gerou a redução gradual da taxa de *antidumping* a partir de 2008 (11,7% em fevereiro de 2008; 2,1% em fevereiro de 2009).

Dominação, causa do nível elevado dos *royalties* sobre a tecnologia RR

O nível atual dos *royalties* aplicados à tecnologia RR parece elevado quando se trata de *royalties* aplicados habitualmente aos cultivadores antes da introdução do RR. Segundo os obtentores consultados, pode-se avaliar o nível de *royalties* a 3-7% do preço de venda das sementes de cultivadores de soja convencional que não seja RR. Essa taxa dá uma ideia do nível de *royalties* demandados pelas tecnologias SRR.

Assim, segundo as contas de exploração fornecidas por diversas cooperativas do estado do Paraná, o preço das sementes de soja não transgênicas varia atualmente de R\$ 0,50 a 2,00/kg (média de R\$ 1,00/kg). O preço das sementes de SRR é um pouco diferente – o sobrepreço vem somente do pagamento dos *royalties*. Os *royalties* sobre a tecnologia RR atingiram R\$ 0,30/kg em 2007 e, em 2008, a taxa correspondente⁹ era de 23% por um preço médio de sementes a R\$ 1,00/kg. Essa taxa é, desse modo, muito superior àquela aplicada às tecnologias necessárias para a adaptação dos cultivadores convencionais. Em 2009-2010, os *royalties* sobre a tecnologia RR aumentaram mais, passando a R\$ 0,42/ha, ou seja, uma taxa próxima de 30%.

Dominação, base de controle da estrutura da rede de multiplicação de sementes

Em todos os contratos que ligam as empresas de produtores de sementes de SRR à Monsanto, uma cláusula indica que elas devem fornecer uma lista dos multiplicadores e dos distribuidores pelos quais elas possam passar. A Monsanto tem o direito de afastar toda entidade cuja viabilidade financeira seja pouco credível ou que tenha tido conflitos com seu grupo econômico, sem, no entanto, ter de motivar sua decisão. De modo definitivo, a Monsanto fixa as regras e dispõe do poder de abandonar as entidades que não se submetem aos seus desígnios ou de fazê-las se submeterem. Houve uma forte desnacionalização do setor, com controle por uma empresa estrangeira.

O cenário gerou um contexto interessante nas negociações do Protocolo de Cartagena, sobre comércio de organismos vivos modificados.

⁹ A taxa é igual a $0,30/(1,00 + 0,30)$.

O Brasil, antes contrário à produção, tornou-se o maior exportador agrícola de soja OGM parte do Protocolo e agora se vê obrigado a refrear o avanço do regime internacional que ajudou a construir. Os impactos no nível global são evidentes. Uma vez que o Brasil é um dos maiores exportadores de soja do mundo, houve uma limitação do nível de escolha nos mercados consumidores, que não estão preparados para pagar o preço da segregação produtiva. Ao controlar a oferta a partir do Brasil, a empresa norte-americana produtora de sementes limita as possibilidades de escolha, sobretudo na Europa.

Essa cláusula não foi julgada abusiva pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade),¹⁰ que aceitou o argumento da Monsanto segundo o qual a cláusula visava a prevenir a produção de sementes piratas com a tecnologia RR. Dessa forma, os contratos atualmente realizados possuem a particularidade de fixar não apenas as relações entre a Monsanto e o seu contratante, mas também as relações entre o contratante e outras entidades. A multinacional dispõe assim do poder de estruturar a rede de produção, multiplicação e distribuição de sementes de SRR da maneira que lhe parecer mais favorável.

Dominação limitada pela rejeição de uma tentativa de abuso de posição dominante

O problema de capturar sustentavelmente a renda ligada às sementes de SRR foi expresso em duas cláusulas particulares dos primeiros contratos de licença realizados com os obtentores de variedades. A primeira estipulava que os obtentores não poderiam se ligar a outras empresas de biotecnologia para ter acesso a seus genes. A segunda cláusula indicava que, em seus trabalhos de experimentação das variedades em criação, os obtentores poderiam utilizar apenas o herbicida RoundUp, o que impedia a possibilidade de empregar qualquer outro herbicida à base de glifosato, com efeito equivalente, mas mais barato. Os organismos encarregados do exame de equidade dos contratos no Brasil, o Cade e a Secretaria de Acompanhamento Econômico, foram demandados e julgaram que as cláusulas mencionadas não eram concorrenciais¹¹.

¹⁰No Brasil, os acordos econômicos entre empresas podem ser submetidos ao exame do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão do Ministério da Justiça, ou da Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Economia.

¹¹Entre os julgamentos de arbitragem pode ser citado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Ato de Concentração nº 08012.004808/2000-01*. Ato de Concentração – Acordo firmado entre Monsanto e Embrapa para utilização da tecnologia do gene Round-up – possibilidade de dano à concorrência – Apresentação da operação intempestiva. Alteração da cláusula 4.3 do contrato de cooperação técnica – Parecer pela aprovação com restrição.

6. Conclusão

A evolução da autorização da utilização da soja transgênica SRR no Brasil é um tema que atraiu a atenção da comunidade internacional. Este artigo propõe o estudo mais completo, segundo nosso conhecimento, cobrindo um período de mais de dez anos e se interessando pelas modalidades práticas de acesso ao SRR.

A aplicação do sistema de Türke permitiu visualizar a dinâmica do sistema social que utiliza o SRR no período de seis etapas, no curso das quais os atores públicos e privados, no nível nacional ou local, desempenharam papéis mais ou menos marcantes. A etapa atual corresponde à fixação de regras práticas da utilização do SRR, relacionadas à determinação do nível de *royalties* e à prescrição das modalidades que as enquadram. Essas regras são hoje ditadas pela Monsanto, que se torna, dessa forma, o centro de um segundo subsistema de decisão, complementando o subsistema que decide sobre a autorização da comercialização dos OGM. O subsistema controlado pela Monsanto funciona, pois ele implica, pela convergência de interesses, os obtentores de variedades, os produtores de sementes e os estocadores de grão. Os agricultores, utilizadores finais do SRR, encontram-se em estado de atores afetados, submetidos às regras decididas pelos outros. O mesmo pode ser considerado para as ONGs que se opuseram à utilização dos OGM.

A perspectiva de Türke (2008), consistindo em ligar as ações dos atores à interpretação de uma situação em função de seu condicionamento, parece muito pertinente para compreender a evolução e o estado atual da governança das regras de utilização do SRR no Brasil e seus impactos no exterior. A confiança no progresso tecnológico, por um lado, e, por outro, a aceitação do papel das empresas privadas economicamente poderosas no

desenvolvimento do *agro-business* constituem dois elementos de condicionamento que explicam o estado e as condições atuais da utilização do SRR.

O caráter dinâmico da governança leva à consideração de que a etapa atual não constitui a última etapa. A evolução ocorrerá por meio da entrada de certos atores nacionais e globais nos subsistemas de decisão. Esse pode ser o caso dos agricultores, que, começam a reivindicar o exercício do privilégio das sementes campestres para não ter de pagar *royalties* à Monsanto, exatamente como se passa na Argentina. Sem chegar até esse ponto, as associações profissionais de agricultores reclamam a renegociação dos níveis dos *royalties*. Esse poderá ser também o caso dos atores públicos se eles adotarem a posição de que a utilização dos OGM deve ser regulada para evitar as perturbações dos ecossistemas, como foi constatado com a emergência de plantas que se tornaram resistentes ao glifosato (OWEN, 2008).

Segundo Türke (2008), é a interação entre os atores que lhes permite questionar seus condicionamentos e de fazê-los evoluir, mas esse questionamento depende da decisão dos atores envolvidos bem como do contexto de interação. No caso estudado, a interação dos atores do *agro-business* com os que trazem a problemática ambiental ocorreu, mas em um contexto contencioso, seguindo um procedimento jurídico que resultou em uma questão de ganhador-perdedor. O questionamento dos condicionamentos respectivos das duas categorias de atores não poderia ser efetivo nessas condições. Pode-se pensar que essa constatação é válida e vai muito além do Brasil. Nós nos encontramos diante de um desafio de imaginar novas formas de interação entre os favoráveis e opositores aos OGM: trata-se de uma questão importante no domínio da governança da utilização dos OGM, com efeitos globais.

Referências

BERLAN, Jean-Pierre; LEWONTIN, Richard C. Racket sur le vivant: la menace du complexe génético-industriel. *Le Monde diplomatique*, Paris, p. 22-23, déc. 1998.

CASTELLANET, Christian et al. Des alliances internationales pour préserver la production de soja non génétiquement modifié au Brésil: enjeux et perspectives. *Revue Tiers Monde*, Paris, v. 47, n. 188, p. 755-772, 2006.

DALL'AGNOLL, A. et al. *O complexo agroindustrial da soja brasileira*. Londrina: Embrapa Soja, 2007.

FOK, Michel. Conditions, résultats et perspectives d'utilisation du coton génétiquement modifié (coton Bt) dans les PED. *Revue Tiers Monde*, Paris, v. 47, n. 188, p. 773-798, 2006.

_____; LE GUERROUÉ, J.-L.; MEDEIROS, J. X. de. Coexistence of conventional and Roundup ready soybean in Parana State, Brazil. In : COMMUNICATION ORALE A GMCC09: FOURTH INTERNATIONAL CONFERENCE ON GM COEXISTENCE. *Anais...* Melbourne: [s.n.], 2009.

GALVÃO, Anderson. Benefícios economicos da biotecnologia no Brasil "o caso da soja RR". *Céleres Ambiental*, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.celeresambiental.com.br/pdf/SumarioExecutivoBeneficioEconomico_SojaRR_Port_090202.pdf>. Acesso em: 2 out. 2008.

KIRBY, Alex. Africa needs GM crops to survive. *BBC News*, London, 14 May 2002.

MCGLOUGHLIN, Martina. Ten reasons why biotechnology will be important to the developing world. *AgBioForum*, Columbia, v. 2, n. 3/4, p. 163-174, 1999.

MENASCHE, Renata. *Cronologia da luta contra os transgênicos*. São Paulo: Instituto Federal de São Paulo, 2001. Disponível em: <<http://www.cefetsp.br/edu/eso/cronologialutatransgenicos.html>>. Acesso em: 7 out. 2008.

MENDEZ DEL VILAR, Patricio et al. Private governance in royalty collection: Effectiveness and limitations in tracing GM soybean in Brazil. In: TERCEIRA CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE A COEXISTENCIA DE GENETICAMENTE MODIFICADOS (GM) E NÃO-GM BASEADO CADEIAS DE SUPRIMENTOS AGRICOLAS. 2007. *Anais...* Sevilha, 2007.

MISHRA, Sourav. Monsanto at the receiving end of Bt cotton pricing policy. *India Environment Portal*, Delhi, 2006. Disponível em: <<http://www.indiaenvironmentportal.org.in/node/21510>>. Acesso em: 18 mar. 2009.

MORSE, S.; BENNETT, R.; ISMAEL, Y. Isolating the 'farmer' effect as a component of the advantage of growing genetically modified varieties in developing countries: a Bt cotton case study from Jalgaon, India. *Journal of Agricultural Science*, Toronto, v. 145, n. 5, p. 491-500, Oct. 2007.

NOISETTE, Christophe. Les collectivités territoriales se mobilisent contre les PGM. *Inf'OGM*, Limousin, 2008. Disponível em: <<http://www.infogm.org/spip.php?article3578>>. Acesso em: 26 out. 2009.

OWEN, M. D. 2008. Weed species shifts in glyphosate-resistant crops. *Pest Management Science*, West Sussex, v. 64, n. 4, p. 377-387, 2008.

PAARLBERG, Robert. *Starved for science: how biotechnology is being kept out of Africa*. Cambridge: Harvard University, 2008.

PINSTRUP-ANDERSEN, Per.; SCHIOLER, Ebbe. *Seeds of contention: world hunger and the global controversy over genetically modified crops*. Baltimore: Johns Hopkins University, 2001.

REIS, Maria Rita de. Propriedade intelectual, sementes e o sistema de cobrança de royalties implementado pela Monsanto no Brasil. *Monsanto*, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.monsantowatch.org/moduleinterface.php?cntnt01action=print&cntnt01articleid=39&cntnt01returnid=7&id=cntnt01&module=News>>. Acesso em: 3 out. 2008.

ROBIN, Marie-Monique. *Le monde selon Monsanto: de la dioxine aux OGM, une multinationale qui vous veut du bien*. Paris: La Découverte - Arte Editions, 2008.

SEMENTE de soja Roundup Ready. *Monsanto [site]*, São Paulo, 2005.

SERAGELDIN, I.; PERSELEY, G. J. *Promethean science: agricultural biotechnology, the environment, and the poor*. Washington: Consultative Group on International Agricultural Research, 2001.

SHIVA, V.; EMANI, A.; JAFRI, A. H. Globalisation and threat to seed security: case of transgenic cotton trials in India. *Economic and Political Weekly*, Bombay, v. 34, n. 10, p. 601-613, 1999.

SILVA, A. *O sistema de governança da soja geneticamente modificada e os princípios norteadores da biossegurança*. 2007. Mestrado (Direito) - Centro Universitario de Brasília, Brasília, 2007.

SMALE, M.; ZAMBRANO, P.; CARTEL, M. Bales and balance: a review of the methods used to assess the economic impact of bt cotton on farmers in developing economies. *AgBioForum*, Columbia, v. 9, n. 3, p. 195-212, 2006.

TÜRKE, R.-E. *Governance: systemic foundation and framework*. Berlin: Springer, 2008.

VARELLA, M. D. Propriété intellectuelle et semences: comment une multinationale détourne "légalement" les lois d'un pays. *Inf'OGM*, Limousin, v. 78, p. 3-6, 2006.

VAN SUNTUM, U. *The invisible hand: economic thought yesterday and today*. Berlin: Springer, 2005

WANG, S.; JUST, D. R.; PINSTRUP-ANDERSEN, P. Bt-cotton and secondary pests. *International Journal of Biotechnology*, Milton Keynes, v.10, n. 2/3, p. 113-121, 2008.

A regulamentação da atuação, dos direitos e dos benefícios de ex-presidentes da República em perspectiva comparada

RICARDO JOSÉ PEREIRA RODRIGUES

Sumário

1. Introdução. 2. Padrões de regulamentação. 3. A experiência de países selecionados. 3.1. África do Sul. 3.2. Chile. 3.3. Estados Unidos. 3.4. França. 4. Os direitos assegurados a ex-presidentes no Brasil. 5. Considerações finais.

1. Introdução

A alternância no poder figura tanto como uma das características definidoras das democracias contemporâneas quanto como uma de suas condições legitimadoras. A competição pela liderança política, componente central da teoria democrática postulada por Schumpeter (2008), pressupõe essa alternância. É também o caso da teoria da Poliarquia, defendida por Dahl (2005). Segundo essas teorias, um sistema de governo somente pode ser considerado democrático se, de fato, indivíduos e partidos que se encontrem na oposição desfrutem, pelo menos no médio e longo prazos, de reais condições para se tornarem situação. Przeworski, Alvarez, Cheibub e Limongi (1996) afirmam que as disputas eleitorais ocorrem com legitimidade quando existe uma oposição que tem alguma possibilidade de chegar ao governo. Para eles, "a alternância no poder constitui uma evidência *prima facie* da disputa" (CHEIBUB, 1996, p. 51). Poder-se-ia acrescentar a essa afirmação que tal alternância também constitui evidência da lisura da disputa eleitoral.

Na maioria das vezes, os teóricos da democracia optam por abordar a disputa eleitoral e a alternância exclusivamente sob a perspectiva dos

Ricardo José Pereira Rodrigues é mestre em Ciência Política pela UFPE e doutor em Ciência Política pela State University of New York. É consultor legislativo da Câmara dos Deputados.

vitoriosos. A literatura na ciência política tem defendido como um padrão para suas teorias a premissa de que os políticos almejam a continuidade em seus cargos. Este é o caso de Downs (1957) e de Mayhew (1974), entre muitos outros teóricos. Tais teorias, fundamentadas na abordagem da escolha racional, pressupõem que os políticos têm como principal motivação a reeleição e a continuidade do exercício de seus cargos eletivos.

Assim, a teoria democrática tem-se centrado na ascensão de políticos ao poder em decorrência de eleições e em seus esforços para permanecer em seus cargos eletivos. Muito pouco ou quase nada se tem teorizado com relação aos que deixam seus cargos eletivos, tenham sido eles derrotados ou não.

Entretanto, a aceitação da derrota em eleições é uma premissa central do processo democrático. Como Lipset (1996, p. 26) observa, “as normas democráticas requerem a condescendência de se aceitar a derrota política: deixar o cargo após perder uma eleição, seguir regras mesmo quando estas funcionam contra seu próprio interesse”. Não se trata de uma premissa trivial. Para Anderson (2010, p. 65), a solidez de uma democracia depende, de fato, “da boa vontade de seus mais fieis seguidores em abandonar seus cargos”.

A dependência da robustez da democracia na aceitação, por parte de detentores de cargo eletivo, de que terão que, eventualmente, deixar seus cargos, perdura mesmo nos casos em que cabe aos políticos abandonar seus postos em razão de uma legislação que impõe limites para a duração de seus mandatos. A democracia exige desses indivíduos a complacência de abdicar o poder inerente ao cargo em prol do respeito às regras do processo democrático.

Nas democracias presidencialistas, essa questão ganha redobrada importância na medida que a presidência, ou seja, o cargo que os ex-presidentes têm que deixar depois de cumprido um determinado número de mandatos, vem adquirindo maiores atribuições e prerrogativas. Em primeiro lugar, os presidentes são os chefes de um dos Poderes da República, e, devido a previsões constitucionais, competem-lhe importantes prerrogativas na condução da vida pública de seus países, inclusive a de estarem à frente de grandes máquinas administrativas que caracterizam o Estado moderno. Segundo, os presidentes ocupam cargos de inquestionável liderança nacional. Diferentemente de deputados ou senadores, que recebem votos de um eleitorado estadual, o presidente da República é eleito com votos de eleitores de todo o país. Por essa razão, como observa Dahl (1956, p. 141), o presidente pode arrogar para si, como, de fato, frequentemente o faz, a condição de “ser o único representante da maioria nacional em todo o sistema constitucional”. Em terceiro lugar, inúmeras delegações de poderes realizadas pelos Congressos nas democracias

mais tradicionais, como os Estados Unidos, ou inseridas diretamente na Constituição, no caso de democracias mais recentes, como o Brasil, têm aumentado o poder discricionário de presidentes e, com isso, ampliado a influência dos chefes do Executivo. Ao descrever o caso norte-americano, Lowi (1985, p. 6) comenta que

“a cada novo programa aprovado pelo Congresso, em harmonia com o compromisso de expandir o governo, delegava-se ao Poder Executivo sua implementação. Essas leis foram deliberadamente redigidas em linguagem vaga para fornecer à administração e, por conseguinte, ao presidente, a maior discricção possível na formulação das políticas e na decisão sobre quando seria do interesse público implementá-las”.

Em resumo, os ex-presidentes deixam cargos de inquestionável liderança nacional, nos quais estiveram à frente de toda a máquina administrativa federal e detiveram a posse de recursos e prerrogativas que lhes davam excepcional influência na formulação de políticas públicas. Para alguns, inclusive, a experiência adquirida na presidência constitui um recurso de caráter nacional que não deveria ser desperdiçado. Segundo Anderson (2010, p. 67), “os impulsos que os conduziram à política e ao serviço público não desaparecem com a aposentadoria, nem as habilidades adquiridas no exercício do cargo”.

Assim, embora a alternância na política constitua um elemento crucial do processo democrático, a alternância na presidência pode ensejar um desperdício de recursos informacionais para a sociedade. Por esse motivo, várias democracias presidencialistas adotam legislação voltada para calibrar a saída de seus ex-chefes do Poder Executivo de forma a maximizar os benefícios da alternância no cargo para a democracia e reduzir possíveis danos que poderiam ser causados ao sistema político pelo ostracismo

de experientes ex-líderes que conhecem em profundidade seus respectivos Estados.

O presente estudo apresenta um levantamento das práticas e legislações que tratam dos direitos assegurados a ex-presidentes da República. O objetivo do trabalho é analisar como diferentes países presidencialistas abordam a matéria, examinando os padrões de similaridade e diferenças entre os tratamentos legais que cada país oferece a seus ex-presidentes. Além do Brasil, o estudo analisa as práticas empregadas pelos Estados Unidos, França, Chile e África do Sul.

2. Padrões de regulamentação

Não há padrão único de regulamentação dos direitos, dos benefícios e da atuação de ex-presidentes da República nos diversos países com regime de governo presidencialista. A variação recai sobre o enfoque específico escolhido pelos legisladores para normatizar diferentes aspectos dos direitos de seus ex-presidentes.

A legislação comparada sobre o tema aponta para a existência de quatro tipos de normas que regulamentam a atuação e os direitos de ex-presidentes. Há normas que concedem pensões a ex-presidentes; normas que garantem a segurança de ex-presidentes e suas famílias; normas que asseguram a ex-presidentes o serviço de assessoria de um determinado número de funcionários públicos e normas que conferem a ex-presidentes assentos vitalícios em instituições legislativas ou conselhos de Estado. Em geral, os países presidencialistas adotam fórmulas normativas que reúnem duas ou mais dessas normas para regulamentar os direitos e a atuação de seus ex-presidentes.

A maioria dos países pesquisados possui legislação destinada a conceder pensão aos seus ex-presidentes. Em alguns casos, a pensão é paga sem quaisquer condicionantes. Nou-

tros, o ex-presidente somente tem direito ao benefício se não ocupar outros cargos públicos remunerados.

Há países em que a concessão do benefício depende do tempo no qual o ex-presidente esteve no exercício da presidência. Em alguns casos, somente é concedido o benefício a ex-presidentes que tenham exercido pelo menos um mandato inteiro. Em outros casos, a legislação permite que o ex-presidente receba uma pensão independente do tempo de sua gestão à frente do Poder Executivo.

Em todos os países onde se instituiu uma pensão para os ex-presidentes, o argumento empregado para justificar o benefício, na forma da lei, fundamenta-se na manutenção da dignidade oficial dos antigos ocupantes do mais alto cargo executivo da nação. Nos Estados Unidos, consta que foram as sérias dificuldades materiais enfrentadas por Harry Truman após deixar a Casa Branca que motivaram o Congresso a instituir uma pensão para os ex-presidentes norte-americanos (GINSBERG, 2013, p. 1). Anderson (2010) relata que semelhante situação estimulou os parlamentares na Polônia a instituir uma pensão para os ex-presidentes. Segundo ela, “quando findou os três meses de indenização a que teve direito após deixar o cargo em 1996, o ex-presidente Lech Walesa apareceu no estaleiro de Gdansk para pedir de volta seu antigo emprego de electricista”. Ao tomar conhecimento do fato, “o Parlamento polonês rapidamente aprovou uma lei concedendo uma pensão para seus ex-presidentes” (ANDERSON, 2010, p. 68).

Outro benefício para ex-presidentes muito comum nos países presidencialistas é a garantia de segurança para o antigo titular do Poder Executivo federal. Alguns países concedem esse benefício exclusivamente aos ex-presidentes, outros estendem o direito a seus dependentes próximos. Nos Estados Unidos, por exemplo,

o benefício é executado pelo Serviço Secreto norte-americano, dando continuidade à segurança realizada durante o mandato presidencial. Além disso, o benefício é estendido a esposas e filhos até a idade de 16 anos. Na França, por sua vez, o serviço é limitado a dois seguranças colocados à disposição do ex-presidente.

A legislação de vários países concede aos ex-presidentes verba e pessoal para viabilizar a instalação e funcionamento de um escritório para o exercício de suas atividades como ex-presidente. Em alguns países, não há limite para tais gastos; em outros, impõe-se um teto à dotação orçamentária com tal finalidade. Em alguns países, o pessoal designado para trabalhar no gabinete de ex-presidente é constituído de funcionários públicos concursados; em outros, o ex-presidente recebe uma verba para pessoal, a qual ele poderá usar para contratar funcionários como ele bem entender.

Por fim, na maioria dos países presidencialistas, não há legislação que restrinja a atuação dos ex-presidentes, que têm a liberdade de construir suas respectivas carreiras pós-presidenciais como desejarem. Em muitos casos, os ex-presidentes criam institutos ou fundações para levarem adiante um trabalho de natureza assemelhada ao serviço público. Um dos exemplos mais bem sucedidos desse modelo de atuação de ex-presidentes é a Centro Carter, criado pelo ex-presidente Jimmy Carter, dos Estados Unidos, que se dedica a fins humanitários e à promoção da democracia. Esse modelo de atuação tem sido empregado por diversos ex-presidentes. O ex-presidente Ricardo Lagos, do Chile, por exemplo, criou sua fundação, intitulada *Democracia y Desarrollo*, em 2006. No Brasil, Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva, ambos instituíram seus respectivos institutos.

Há casos, contudo, em que os ex-presidentes se voltam para a iniciativa privada, iniciando

ou dando continuidade a carreiras na indústria ou no comércio. O ex-presidente mexicano Ernesto Zedillo, por exemplo, serviu nos conselhos da P&G e da Alcoa, entre outras empresas. O ex-presidente George H. W. Bush, assessorou diversas empresas petrolíferas. Anderson (2010, p. 70) considera essa opção problemática para percepção que a sociedade tem da ex-presidência, uma vez que pode apresentar “desafios à dignidade e à probidade associada a uma vida inteira dedicada ao serviço público”.

Outros ex-presidentes optam por continuar atuantes na política eleitoral, seja como candidatos, seja como mentores de candidatos de seus partidos de preferência. É caso dos ex-presidentes brasileiros José Sarney e Fernando Collor que se elegeram senadores da República.

Pouquíssimos países dão a seus ex-presidentes a opção de continuarem ativos no serviço público por força de algum dispositivo legal. Na França, os ex-presidentes podem servir de forma vitalícia no Conselho Constitucional. Trata-se, contudo, de uma opção: podem os ex-presidentes franceses decidir não assumir o cargo no Conselho e optarem por outra via de atuação, como a iniciativa privada.

3. A experiência de países selecionados

3.1. África do Sul

Na República da África do Sul, a legislação garante aos ex-presidentes uma pensão e direitos relativos a assistência médica, cujo valor é determinado pelo Parlamento, levando em consideração as recomendações da Comissão Independente para Estudar a Remuneração de Detentores de Cargos Eletivos. A legislação em questão é a Lei de Remuneração de Detentores de Cargos Públicos de 1998 (REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 1998).

De acordo com esse diploma legal sul-africano, “ao se aposentar, o Presidente receberá uma pensão e outros benefícios por determinação periódica de resolução da Assembleia Nacional, após levar em consideração as recomendações da Comissão” (REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 1998, p. 4). A redação desse artigo da lei dá ao Parlamento um largo poder discricionário para determinar o valor das pensões a serem pagas a ex-presidentes, sempre tomando como parâmetro, mas não como imposição, as recomendações da Comissão Independente.

Além da pensão para ex-presidentes propriamente dita, a lei atinge viúvas, viúvos e dependentes indicados pelo ex-presidente para receber pensão após sua morte. Como no caso da pensão do titular, cabe ao Parlamento determinar, periodicamente, o valor do benefício a ser pago a viúvas, viúvos ou dependentes.

Por fim, a lei de 1998 determina que o Estado contribua para a assistência médica de ex-presidentes ou de seus dependentes, no valor a ser estabelecido por resolução da Assembleia Nacional.

Até 2008, as pensões pagas a ex-presidentes na África do Sul equivaliam a 75% dos salários pagos aos ocupantes do cargo. Em abril daquele ano, a legislação foi alterada para garantir-lhes uma pensão equivalente a 100% dos salários da ativa (DAVIS, 2009). E eles fazem jus à pensão e à assistência médica independentemente da duração de seus mandatos ou do tempo que passaram na presidência.

O assunto tornou-se polêmico no país em 2009 quando o ex-presidente Kgalema Motlanthe pleiteou o cargo de vice-presidente. Pela lei, ele teria direito a receber a pensão mesmo assumindo a vice-presidência. De acordo com Davis (2009), a pensão aplicava-se a presidentes aposentados mas não havia clareza no texto da lei sobre o que o termo aposentado significava. Davis (2009) relata que a Comissão Independente simplesmente não previu esse tipo de situação.

O caso específico da pensão do ex-presidente Motlanthe foi solucionado em 2011 com a decisão da Comissão Independente, ratificada pela Assembleia Nacional, de que ex-presidentes não poderiam receber dois salários pagos pelo Tesouro Nacional. Assim, o ex-presidente Motlanthe teria que decidir se receberia a pensão ou o salário de vice-presidente. Segundo Davis (2011), o vice-presidente optou pela pensão de ex-presidente.

A Comissão Independente também resolveu recomendar à Assembleia Nacional revisar a lei de 1998 em relação aos benefícios de ex-presidentes que não completaram pelo menos um mandato inteiro ou que continuam a atuar no serviço público depois de servirem como presidentes (DAVIS, 2011).

3.2. Chile

Ao alterar o artigo 30 da Constituição Política, por meio da Lei nº 19.672, de 2000, o Chile instituiu o Estatuto dos ex-Presidentes da República, estabelecendo para seus ex-mandatários o direito a uma pensão vitalícia. Mais do que isso, contudo, o Estatuto reconhece a importância do legado e da contribuição dos ex-presidentes, garantindo-lhes a oficialidade da condição de ex-Presidente da República. De fato, o Estatuto deixa claro que o direito a pensão se dá em virtude de tal condição, não se tratando de um privilégio isolado. Traduzido, o Estatuto dos ex-Presidentes da República do Chile dispõe:

“Artigo 30. O Presidente deixará seu cargo no mesmo dia em que se completa seu mandato e sucedê-lo-á o Presidente recém-eleito. Aquele

que houver desempenhado o cargo por um mandato inteiro, assumirá, imediatamente e de pleno direito, a dignidade oficial de Ex-Presidente da República. Em virtude dessa condição, ser-lhe-ão aplicáveis as disposições dos incisos segundo, terceiro e quarto do artigo 58 e o artigo 59. Quem atualmente desempenha ou no futuro venha a desempenhar o cargo de senador vitalício, poderá renunciar ao dito cargo, em cujo caso manterá a dignidade de Ex-Presidente da República. Não será alcançado [por este Estatuto] o cidadão que venha a ocupar o cargo de Presidente da República em virtude de uma vacância do mesmo, nem quem tenha sido declarado culpado por crime [de responsabilidade] político. O Ex-Presidente da República que assuma qualquer função remunerada com fundos públicos, deixará, caso venha a desempenhá-la, de perceber o subsídio, mantendo, em todo o caso, o foro. Excetuam-se os empregos docentes e as funções comissionadas com natureza igual ao ensino superior, médio e especial”.

Cabem algumas observações com relação ao texto desse Estatuto. Primeiro, somente assumem a dignidade de Ex-Presidente, com todos os direitos que a lei assegura, os ex-presidentes que tenham permanecido no cargo durante todo o mandato. Não têm direito à condição formal de Ex-Presidente, segundo os ditames da lei, os indivíduos que tenham assumido o cargo de Presidente da República em virtude da sua vacância. Ou seja, os vice-presidentes e os presidentes interinos que tenham assumido o cargo de Presidente não fazem jus àquela condição legal ao deixarem o cargo titular. Também são excluídos dos direitos a essa condição os ex-mandatários que tenham sido condenados por crime de responsabilidade política.

Em segundo lugar, a lei assegura uma série de direitos àqueles que assumam a “dignidade” de Ex-Presidente da República. Entre esses direitos, destaca-se uma pensão que, com base no artigo 59 da Constituição, equivale ao subsídio pago aos parlamentares e que é igual ao salário recebido pelos Ministros de Estado, incluindo quaisquer verbas adicionais a que estes tenham direito. Em virtude do artigo 58 da Constituição, citado no Estatuto, os beneficiários dessa lei têm direito a foro privilegiado.

A lei prevê que o ex-presidente que assuma cargo público remunerado deixará de receber a pensão à qual teria direito, a não ser que tal cargo seja o de professor de ensino superior, médio ou especial. A lei é silente quanto à acumulação da pensão com receita proveniente de emprego na iniciativa privada.

Por fim, o Estatuto permite que ex-presidentes que se tenham tornado senadores vitalícios renunciem a esses cargos para assumirem a “dignidade” de Ex-Presidente da República. Cabe salientar que desde 2006 não mais existem senadores vitalícios no país. A Lei nº 20.050, de 2005, levou a efeito um conjunto de 54 modificações na Constituição de 1980, sendo uma das mais significativas a extinção do cargo de senador

vitalício. O último ex-presidente a ocupar uma cadeira de senador vitalício foi Eduardo Frei Ruiz-Tagle, que deixou tal cargo em 2006.

Além do direito a pensão e a foro privilegiado, a República chilena disponibiliza aos ex-presidentes verbas destinadas ao seu transporte e mobilidade e ao estabelecimento e manutenção de um escritório ou gabinete. Segundo o sítio do Senado chileno dedicado à transparência, atualmente as despesas com transporte e manutenção de escritórios dos ex-presidentes chilenos custam mensalmente aos cofres públicos 17 milhões e 900 mil pesos. Para as despesas com transporte, cada um dos três ex-presidentes chilenos tem direito a exatos 1.528.143 pesos. Já para despesas com a manutenção de escritórios, os gastos públicos com os ex-presidentes chilenos variam de 2.386.761 pesos, despendidos por Patricio Azocar, a 5.065.853 pesos e 5.864.509 pesos gastos, respectivamente, por Michelle Bachelet e Ricardo Lagos.

3.3. Estados Unidos

Até 1958, os ex-presidentes dos Estados Unidos não gozavam de quaisquer benefícios do Estado. Os que dispunham de segurança financeira antes de assumirem o cargo simplesmente retomavam suas atividades na livre iniciativa. George Washington, por exemplo, retornou a sua fazenda e às atividades agrícolas assim que terminou seu segundo mandato à frente do Poder Executivo norte-americano (LIPSET, 1998, p. 24). Outros ex-presidentes, menos favorecidos, como Ulysses Grant e Harry Truman, tiveram que enfrentar situações financeiras adversas ao deixarem seus cargos. Em 1958, entretanto, o Congresso aprovou a Lei dos Ex-Presidentes (*Former Presidents Act*). Segundo Ginsberg (2013 p. 1), a lei foi projetada para

“manter a dignidade do cargo de Presidente, suprimindo os ex-presidentes e seus cônjuges com uma pensão e outros benefícios para ajudá-los a responder à correspondência pós-presidencial e a solicitações para realizar palestras, entre outras tarefas públicas informais que, com frequência, cabem aos ex-presidentes e seus cônjuges”.

Esse diploma legal instituiu uma pensão para os ex-presidentes, autorizou a provisão de recursos para o aluguel de espaço para um escritório em qualquer local dos Estados Unidos, assegurou verba para a contratação de funcionários e assessores, e garantiu assistência médica e serviço de segurança.

No que tange à pensão, a Lei dos Ex-Presidentes autorizou o governo federal a conceder a cada ex-presidente uma pensão equivalente ao salário pago a um ministro. Em 2013, esse salário era de 199.700 dólares por

ano (GINSBERG, 2013, p. 10). A Lei também concede o benefício de uma pensão no valor de 20 mil dólares anuais a viúvas ou viúvos de ex-presidentes que renunciem a quaisquer outras pensões a que tenham direito.

Ginsberg (2013) relata que a Lei dos Ex-Presidentes não impõe qualquer restrição legal relativa a tempo de mandato para a concessão das pensões aos ex-mandatários. Segundo ela, a ausência de tais restrições pode ser interpretada como uma autorização para conceder o benefício a todos os ex-presidentes, até mesmo aqueles que deixem o cargo antes do final do mandato oficial (GINSBERG, 2013, p.10). Há restrições, contudo, relativas ao acúmulo do benefício com outras remunerações de cunho público. Ela estabelece que a pensão não será paga durante qualquer período no qual o ex-presidente ocupe um cargo eletivo ou para o qual tenha sido nomeado no governo federal ou no governo do Distrito Federal e para o qual receba um salário ou subsídio.

Garante-se aos ex-presidentes o aluguel de espaço para o estabelecimento de um gabinete, totalmente mobiliado e equipado, em qualquer localidade nos Estados Unidos que seja selecionada pelo ex-presidente. A verba para esse benefício é colocada à disposição dos ex-presidentes seis meses após o fim de seus respectivos mandatos. Não há restrições ou limitações relativas ao tamanho ou à localização do escritório do ex-presidente. De acordo com Ginsberg (2013, p. 10), “já que a pensão de um ex-presidente é equivalente ao salário de um ministro, o governo federal tem aplicado aos escritórios dos ex-presidentes os padrões de tamanho e equipamento aplicados aos gabinetes de ministros”.

Além de espaço para a montagem de um gabinete, os ex-presidentes fazem jus a uma equipe de funcionários e assessores. Chambers II (1979) explica que os ex-presidentes podem

selecionar sua equipe como quiserem, sem se preocupar com a legislação relativa ao serviço público. Ou seja, os cargos de assessores ao dispor dos ex-presidente são de livre nomeação. Ginsberg (2013, p. 11) salienta que, durante um primeiro período de 30 meses, o gasto anual com pessoal do ex-presidente não pode exceder 150 mil dólares. Após esse primeiro período, os gastos passam a ter um teto anual de 96 mil dólares.

Em 1968, a Lei dos Ex-Presidentes foi emendada para permitir que verbas fossem colocadas à disposição dos ex-presidentes para cobrir despesas relativas a suas viagens oficiais quando acompanhados de mais dois membros de sua equipe de assessores. Segundo Ginsberg (2013, p. 12), a lei determina que seja despendido, no máximo, um milhão de dólares com essas viagens oficiais.

No que concerne à segurança dos ex-presidentes, o benefício é garantido por meio de outro diploma legal. Trata-se de uma lei de 1962 que garante proteção dispensada pelo Serviço Secreto dos Estados Unidos aos ex-presidentes, seus cônjuges e seus filhos. Segundo Ginsberg (2013, p. 12), a segurança dos cônjuges é garantida até que dois eventos ocorram: divórcio ou morte do ex-presidente seguida de novo casamento. Para os filhos, a segurança vai até a idade de 16 anos.

Ginsberg (2013) relata que, em 1995, a legislação que garantia a segurança realizada pelo Serviço Secreto para ex-presidentes e suas famílias foi alterada, limitando esse tipo de benefício a 10 anos. “Em janeiro de 2012, entretanto, o presidente Obama sancionou a Lei de Proteção dos Ex-Presidentes, de 2012, que reinstituíu o direito à segurança ilimitada para todos os ex-presidentes e sua famílias” (GINSBERG, 2013, p. 12).

Não há lei específica que garanta o direito à assistência médica para os ex-presidentes.

Entretanto, como o governo federal norte-americano considera que todo e qualquer servidor público federal que tenha contribuído para o programa de benefícios médicos do serviço público por mais de 5 anos faz jus à assistência, também podem receber o benefício aqueles ex-presidentes que tenham servido por mais de um mandato e que tenham contribuído para o programa. Esse é o caso dos ex-presidentes Bill Clinton e George Bush, que ocuparam o cargo por mais de um mandato, assim como será também o caso de Obama. Jimmy Carter, que ocupou o cargo por apenas um mandato, não teve direito ao benefício da assistência médica.

Para vários analistas, o efeito mais importante da Lei dos Ex-Presidentes dos Estados Unidos não foi o de conceder direitos e privilégios aos ex-ocupantes da presidência, mas sim preservar a dignidade do cargo por meio do reconhecimento da sua importância. Chambers II (1979), por exemplo, afirma que com a passagem da lei de 1958, “o Congresso basicamente estabeleceu a função de ex-presidente”. Durante a tramitação do projeto da Lei dos Ex-Presidentes no Congresso, o então senador Lyndon Johnson declarou que o povo norte-americano tradicionalmente “recorre aos ex-presidentes para se aconselhar e encontrar inspiração em seus momentos mais difíceis” (CHAMBERS II, 1979). Para Ginsberg (2013, p. 15), muito embora os ex-presidentes não desempenhem qualquer papel formal no governo federal, eles continuam a desempenhar importantes papéis públicos, mesmo que informalmente.

No contexto dessa importância transcendente dos ex-presidentes, a legislação norte-americana garantiu-lhes uma importante prerrogativa, a de poder usar da palavra no plenário do Senado. Trata-se de modificação de um projeto defendido pelo ex-presidente Harry Truman para tornar os ex-presidentes senadores vitalícios sem direito a voto. O projeto não foi

aprovado, mas, segundo Chambers II (1979), “o Senado alterou seu regimento interno para permitir que os ex-chefes do Poder Executivo tivessem o direito a usar seu plenário como um fórum”.

Atualmente, os Estados Unidos gastam quase 3,7 milhões de dólares com seus ex-presidentes. Esse montante, segundo o jornal britânico *Daily Mail* (2013), não inclui gastos com a segurança, já que o orçamento do Serviço Secreto não é público. A legislação, contudo, não prevê qualquer contrapartida dos beneficiários. De acordo com Chambers II (1979), a lei não impõe a um ex-chefe do Poder Executivo qualquer obrigação de fazer ou deixar de fazer algo. “Desde a ex-presidência de Richard Nixon, inexistem normas ou diretrizes federais para orientar ou restringir” sua atuação (CHAMBERS II, 1979).

Vale salientar que os direitos assegurados aos ex-presidentes norte-americanos por meio da Lei dos Ex-Presidentes de 1958 ainda suscitam polêmica no meio político do país. Alguns parlamentares consideram demasiados os benefícios concedidos pela lei (GINSBERG, 2013, p. 17). Por esse motivo, tramitam na Câmara e no Senado diversos projetos de lei visando a alterar a Lei e reduzir os benefícios por ela garantidos. Um desses projetos, o HR 4093, de 2012, de autoria do Deputado Jason Chaffetz, por exemplo, busca estabelecer um teto para a pensão dos ex-presidentes, removendo a atual vinculação do benefício aos salários dos ministros.

3.4. França

Entre os países da amostra selecionada para o presente estudo, a França apresenta-se como o país que confere o mais abrangente pacote de benefícios e direitos a seus ex-presidentes. Os benefícios incluem pensão, moradia, segurança, automóvel e motorista, assessoria e gratuidade

em viagens de avião e trem. Além desses benefícios, a Constituição Francesa reserva aos ex-presidentes um papel institucional no sistema semipresidencialista do país. Ao deixarem seus cargos, os ex-presidentes podem tornar-se membros natos do Conselho Constitucional francês.

No que diz respeito à pensão, as normas que regem a concessão desse benefício estão contidas na Lei nº 55-366, de 3 de abril de 1955, que dispõe sobre as dotações orçamentárias do Ministério das Finanças e dos Assuntos Econômicos para o exercício de 1955. O artigo 19 dessa lei prevê como pensão para os ex-presidentes da República Francesa “uma dotação anual equivalente ao montante do subsídio bruto de um Conselheiro de Estado em serviço regular”. De acordo com o sítio *Re-traite Net*, em 2012, essa dotação era de 63 mil euros brutos por ano, ou 5.250 euros mensais. Segundo o jornal inglês *The Guardian*, por sua vez, a pensão dos ex-presidentes franceses chegava, em 2012, a 6 mil euros mensais (WILLSHER, 2012).

A pensão para ex-presidentes na França não está condicionada a quaisquer requisitos de idade ou de tempo de mandato. Isto é, um ex-presidente jovem e que tenha ocupado o cargo por menos de um mandato inteiro tem, pela lei francesa, o mesmo direito à pensão que um presidente com idade compatível com aposentadoria e que tenha ocupado o cargo por mais de um mandato.

A legislação tampouco sujeita a qualquer limite de renda a pensão paga a ex-presidentes, que podem, portanto, acumular suas pensões com outras receitas, inclusive as que sejam provenientes de outras pensões ou salários, oriundos da iniciativa privada ou do setor público, desde que não estejam sujeitos a limites máximos.

A lei de 1955 também garante às viúvas dos ex-presidentes uma pensão equivalente à metade daquela a que teria direito o titular. Em caso de morte das viúvas, o benefício é transferido aos filhos, até que atinjam a idade adulta.

Segundo o jornal *The Guardian*, os ex-presidentes na França recebem do Estado um apartamento mobiliado e devidamente equipado. No caso do ex-presidente Nicolas Sarkozy, o imóvel escolhido foi um apartamento de 323 metros quadrados em Paris, com um “aluguel de 15 mil euros mensais pagos pelos cofres públicos” (WILLSHER, 2012).

O Estado francês subvenciona ainda a segurança e a mobilidade de seus ex-presidentes. Dois seguranças são colocados à disposição dos ex-presidentes, além de um carro oficial com dois motoristas pagos pelo Estado. A lei assegura aos ex-presidentes da República passagens gratuitas na classe executiva da Air France e no sistema nacional de trens, a SNCF. Além desses benefícios, os ex-presidentes franceses têm direito a sete assessores com salários pagos pelo Estado francês.

Por força do artigo 56 da Constituição Francesa, os ex-presidentes têm direito a ocupar assentos no Conselho Constitucional como membros natos, vitalícios, atuando como magistrados, caso optem por fazê-lo. O Conselho Constitucional é a instituição francesa que detém a exclusividade da jurisdição constitucional na França. Cabe-lhe, entre outras atribuições, a fiscalização da regularidade das eleições presidenciais e parlamentares e o controle de constitucionalidade das leis.

Não há previsão legal que restrinja a atuação dos ex-presidentes franceses ao trabalho no Conselho Constitucional. Eles podem perfeitamente optar por não atuar no Conselho Constitucional, preferindo outras atividades, sejam elas políticas ou ligadas à iniciativa privada.

Gomes (2003) explica que, para atuar no Conselho Constitucional, os ex-presidentes devem observar o dever comum a todos os magistrados do país, que é manter reserva quanto às questões decididas na via jurisdicional. Nas palavras de Gomes (2003, p. 101):

“não lhes é permitido politizar nem publicizar o processo decisório e deliberativo do órgão, o que é extremamente difícil para políticos profissionais. Talvez por esse motivo, nenhum ex-presidente da Quinta República fez até hoje uso da faculdade de ter assento no Conselho Constitucional”.

Segundo o jornal *The Guardian*, caso assumam o posto de conselheiros natos do Conselho Constitucional, os ex-presidentes fazem jus a um salário de 11.500 euros por mês, além do que já é pago a título de pensão (WILLSHER, 2012).

4. Os direitos assegurados a ex-presidentes no Brasil

Comparado com os demais países da amostra selecionada para o presente estudo, o Brasil apresenta-se como o país que menos benefícios concede a seus ex-presidentes. A legislação vigente no Brasil basicamente assegura-lhes segurança, veículos e motoristas para sua mobilidade e servidores para compor uma equipe de assessoria.

A segurança dos ex-presidentes brasileiros passou a ser garantida com a promulgação da Lei nº 7.474, de 1986. Em seu artigo 1º, a lei dispunha que, terminado o mandato, o presidente da República teria direito a “utilizar os serviços de 4 (quatro) servidores, destinados a sua segurança pessoal, bem como a 2 (dois) veículos oficiais com motorista, custeadas as despesas com dotações orçamentárias próprias da Presidência da República”.

Em 1994, a Medida Provisória nº 498, de 12 de maio, convertida na Lei nº 8.889, de 21 de junho, alterou a configuração daquele benefício. Segundo Schüller (2008, p. 3), a alteração serviu para ampliar “o escopo original da colocação de servidores à disposição do ex-mandatário máxi-

mo da Nação”, de forma que a lei abrangesse, além da segurança, o apoio pessoal do ex-presidente. Outrossim, a nova redação deixou claro que os servidores a serviço de ex-presidente ocupariam cargos em comissão, de livre nomeação. Textualmente, o novo diploma legal dispunha o seguinte:

“Art. 1º O Presidente da República, terminado o seu mandato, tem o direito a utilizar os serviços de quatro servidores, para segurança e apoio pessoal, bem como a dois veículos oficiais com motoristas, custeadas as despesas com dotações orçamentárias próprias da Presidência da República.

Parágrafo único. Os quatro servidores, bem como os motoristas, de que trata o *caput* deste artigo, de livre indicação do ex-Presidente da República, ocuparão cargos em comissão, do Grupo Direção e Assessoramento Superiores, até o nível DAS-102.4, ou gratificações de representação, da tabela da Presidência da República.”

Uma nova alteração da Lei nº 7.474, de 1986, aconteceu em 2002 com a transformação da Medida Provisória nº 76, de 25 de outubro, na Lei nº 10.609, de 20 de dezembro, cujo artigo primeiro passou a vigorar com os seguintes parágrafos:

“Art. 1º

§ 1º Os quatro servidores e os motoristas de que trata o *caput* deste artigo, de livre indicação do ex-Presidente da República, ocuparão cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores – DAS, até o nível 4, ou gratificações de representação da estrutura da Presidência da República.

§ 2º Além dos servidores de que trata o *caput* deste artigo, os ex-Presidentes da República poderão contar, ainda, com o assessoramento de dois servidores ocupantes de cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores – DAS, de nível 5.

.....”

Com tal alteração, a legislação consolidou a concessão não de um, mas de três benefícios para os ex-presidentes. Além da segurança, viabilizada com servidores destinados à segurança pessoal, a legislação garantiu o transporte pessoal oficial do ex-presidente, juntamente com motoristas e pessoal especializado para compor uma assessoria.

Todos esses diplomas legais foram devidamente regulamentados por decretos emitidos pelo Poder Executivo. O último deles, o Decreto nº 6.381, de 27 de fevereiro de 2008, regulamentou a atuação dos seguranças a serem contratados pelos ex-presidentes, detalhando inclusive o tipo de treinamento de capacitação que deveriam realizar e o porte de arma a que teriam direito.

A legislação vigente não confere uma pensão aos ex-presidentes brasileiros. Entretanto, o benefício já foi concedido no passado. Como lembra Harazim (2010, p. 19), “de início, a legislação brasileira se ocupou somente com a sorte das viúvas dos mandatários da República. Por decreto assegurou-lhes uma pensão mensal de 10 mil cruzeiros – equivalente, à época, a quase oito salários mínimos”.

Em 1963, a Câmara dos Deputados aprovou a Resolução nº 41, que estabelecia normas para a concessão de pensões especiais. Entre os casos a serem considerados para tramitação na Câmara, figuravam as pensões para ex-presidente e para ex-vice-presidente da República, as quais não podiam exceder ao triplo do maior salário mínimo vigente no País.

O direito dos ex-presidentes a uma pensão foi consagrado no período com a sua inclusão na Constituição de 1967. Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o art. 184 determinou a concessão do direito à pensão vitalícia aos ex-presidentes da República, conforme o texto que se segue *in verbis*:

“Art. 184. Cessada a investidura no cargo de Presidente da República, quem o tiver exercido, em caráter permanente, fará jus, a título de representação, desde que não tenha sofrido suspensão dos direitos políticos, a um subsídio mensal e vitalício igual ao vencimento do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. Se o Presidente da República, em razão do exercício do cargo, for atacado de moléstia que o inabilite para o desempenho de suas funções, as despesas de tratamento médico e hospitalar correrão por conta da União.”

Em 1978, a Emenda Constitucional nº 11 alterou a redação original desse dispositivo, dele retirando a restrição referente à suspensão de direitos políticos.

A Constituição de 1988 não acolheu qualquer norma referente à pensão para ex-presidentes. Para Schüler (2008, p. 5), “essa omissão pode ser considerada impeditiva da instituição, por meio de legislação infraconstitucional, de subsídio vitalício em favor dos ex-presidentes da República”. De fato, a posição de Schüler encontra respaldo em decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de se instituírem pensões semelhantes para ex-governadores e ex-prefeitos.

No voto que proferiu, como relator, na Medida cautelar na Ação de Inconstitucionalidade nº 1.461/AP, o Ministro Maurício Correa frisou que a “nova ordem jurídica instituída pela Carta de 1988, (...) ao deixar de reproduzir o conteúdo do artigo 184 da EC nº 1/69, não admitiu que a União suportasse despesas dessa natureza com aqueles que exerceram a função de Presidente da República” (SCHÜLER, 2008, p. 5).

Segundo Harazim (2010, p. 20), a instituição desse benefício vitalício para os ex-presidentes veio a ser contemplada pelo então Presidente Itamar Franco, que, segundo Fernando Henrique Cardoso, chegou a enviar um projeto ao Congresso, mas o empreendimento não frutificou.

5. Considerações finais

A concessão de direitos e benefícios a ex-presidentes é um tema que invariavelmente suscita questionamentos sobre a propriedade de tal política numa democracia. Para alguns, trata-se de privilégios que não deveriam existir. Para outros, os benefícios deveriam ser condicionados a restrições às atividades a serem exercidas pelos ex-presidentes. O ex-presidente e atual senador da República José Sarney, por exemplo, defende a imposição de restrições às atividades dos ex-chefes do Poder Executivo. Em recente entrevista à *Folha de S. Paulo*, ele

foi taxativo ao afirmar que “nós devíamos ter, no Brasil, uma legislação que não permitisse a nenhum ex-presidente da República, deixando o governo, que ele voltasse a qualquer cargo eletivo” (RODRIGUES, 2012).

A experiência comparada dos países aqui estudados com a regulamentação dos direitos e da atuação dos ex-presidentes demonstra que nações de regime presidencialista assumem o desafio de aprovar legislação para conceder direitos aos seus ex-presidentes, com todas as críticas que tal decisão possa estimular como forma de aprimorar seus próprios regimes políticos. Ao aprovar estatutos normatizando os direitos de ex-presidentes, Chile e Estados Unidos, por exemplo, criaram as condições para que seus ex-mandatários pudessem continuar a desempenhar um importante papel público em suas sociedades, mesmo que por vias informais.

Ex-presidentes deixam o governo com uma visão nacional e um conhecimento da inserção de seu país no cenário internacional que poucos detém. O ex-presidente dos Estados Unidos Lyndon Johnson chamou a essa visão e a esse conhecimento de perspectiva privilegiada, de alguém que enxerga de um ponto de vista diferenciado. Sarney é da mesma opinião. Para ele, um presidente da República “é detentor de informações muito preciosas” (RODRIGUES, 2012).

Desperdiçar o manancial de informações e experiências de ex-presidentes pouco contribui para fortalecer o processo democrático. Por outro lado, dotar os ex-presidentes de condições para atuar em prol da democracia e da sociedade como um todo, aperfeiçoa a Presidência enquanto instituição, garantindo-lhe a dignidade inerente a um Poder da República. Outrossim, fortalece a própria democracia ao sinalizar que a alternância no poder não equivale a uma espécie de ostracismo ou à punição daqueles que se empenharam como chefes do Executivo.

Esse parece ter sido objetivo da legislação sobre ex-presidentes promulgada nos países que figuram no presente estudo. O Estatuto dos Ex-Presidentes do Chile, por exemplo, chega a chamar os direitos garantidos aos ex-presidentes de “condição de dignidade”. Tal condição assegura-lhes, inclusive, foro privilegiado.

Com exceção do Brasil, todos concedem pensão a seus ex-presidentes, além de meios para sua segurança, mobilidade e atuação. Somente a França dá a opção aos ex-presidentes de assumir uma função vitalícia oficial, a de membro do Conselho Constitucional. Entretanto, trata-se de uma opção e não uma imposição. Os ex-presidentes franceses têm o direito de se recusar a assumir o cargo no Conselho se assim o desejarem, optando por outras atividades.

Em nenhum caso estudado, deparamo-nos com uma legislação que restringisse as atividades de ex-presidentes ou condicionasse a concessão de benefícios ao exercício de atividades predeterminadas em lei. Não há

evidências que indiquem que a restrição das atividades de ex-presidentes contribua para melhorar seu desempenho pós-presidencial. O exemplo paradigmático de excelência na atuação de um ex-presidente é o do ex-presidente norte-americano Jimmy Carter, cuja atuação é frequentemente citada como modelo por inúmeros políticos e analistas (CHAMBERS II, 1998, p. 424). Saliente-se que ele não atua sob a imposição de quaisquer restrições.

Ao deixar o governo, em 1980, após mandato único, Jimmy Carter criou um Centro dedicado a ações humanitárias, direitos humanos e promoção da democracia, cujo trabalho no mundo todo o levou a receber o Prêmio Nobel da Paz. No processo, como salienta Chambers II (1998, p. 424), “Jimmy Carter redefiniu a ex-presidência e estabeleceu novas dimensões de serviço público para ex-presidentes”. O modelo de ex-presidência estabelecido por Carter tem sido emulado por vários outros ex-presidentes, tanto dos Estados Unidos como de outros países. Segundo Anderson (2010, p. 72), é o caso de Bill Clinton, nos Estados Unidos, e de Vicent Fox, no México.

Em última análise, a regulamentação dos direitos e da atuação de ex-presidentes reflete a visão que a sociedade de cada país tem da própria instituição da Presidência em determinado momento. Por isso, como se pode constatar no presente estudo, os padrões de regulamentação variam de país para país, assim como divergem, dentro de um mesmo país, em épocas distintas de sua história política.

Referências

ANDERSON, Lisa. The ex-presidents. *Journal of Democracy*, Washington, v. 21, n. 2, p. 64-78, 2010.

CHAMBERS II, John Whiteclay. Presidents emeritus. *American Heritage Magazine*, Cooperstown, v. 30, n. 4, June/July 1979. Disponível em: <<http://www.americanheritage.com/print/53940>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

_____. Jimmy Carter’s public policy ex-presidency. *Political Science Quarterly*, New York, v. 113, n. 3, p. 405-425, 1998.

CHEIBUB, Jose Antonio et al. What makes democracies endure? *Journal of Democracy*, Washington, v. 7, n. 1, p. 39-55, Jan. 1996.

DAHL, Robert A. *A preface to democratic theory*. Chicago: University of Chicago, 1956.

_____. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Edusp, 2005.

DAILY MAIL. Former presidents cost the government \$3.7 million last year (and guess who was the biggest spender?) *Daily Mail*, London, Mar. 2013. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2299106/former-presidents-cost-government>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

DAVIS, Gaye. Presidential pensions a thorny issue. *IOL News*, South Africa, May 2009. Disponível em: <<http://www.iol.co.za/news/politics/presidential-pensions-a-thorny-issue-1.442827>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

_____. Motlanthe to serve as unpaid deputy. *IOL News*, South Africa, 21 Sept. 2011. Disponível em: <<http://www.iol.co.za/news/politics/motlanthe-to-serve-as-unpaid-deputy-1.1141921>>. Acesso em: 28 maio 2013.

DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. New York: Harper & Row, 1957.

GINSBERG, Wendy. *Former presidents: pensions, office allowances, and other federal benefits*. Washington: Congressional Research Service, 2013.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n. 158, p. 97- 125, 2003.

HARAZIM, Dorrit. Profissão: ex-presidente. *Piauí*, São Paulo, v. 4, n. 46, p. 18-25, jul. 2010.

JOHNSON, Lyndon Baynes. *Vantage point: perspectives on the presidency, 1963-1969*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1971.

LIPSET, Seymour M. George Washington and the founding of democracy. *Journal of Democracy*, Washington, v. 9, n. 4, p. 24-38, 1998.

LOWI, Theodore J. *The personal president: power invested, promise unfulfilled*. Ithaca: Cornell University, 1985.

MAYHEW, David. *Congress: the electoral connection*. New Haven: Yale University, 1974.

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. Remuneration of public office bearers act. *Government Gazette*, Salisbury, v. 399, n. 19274, Sept. 1998.

RETRAIT NET. La retraite du Président de la République. *Retrait Net*: [S.l.], 2012. Disponível em: <www.retraite.net/retraite-president-republique,d133.html>. Acesso em: 4 jun. 2013.

RODRIGUES, Fernando. Lei deve proibir ex-presidentes de disputar eleições, diz Sarney. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 dez. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/1206631-lei-deve-proibir-ex-presidentes-de-disputar-eleicoes-diz-sarney.shtml>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

SCHÜLER, Leonardo C. Direitos assegurados aos ex-presidentes da República. *Consultoria Legislativa*, Brasília, fev. 2008.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: HarperCollins, 2008.

WILLSHER, Kim. Nicolas Sarkozy can look forward to lavish ex-presidential perks. *The Guardian*, London, 15 May 2012.

A “última palavra”, o poder e a história

O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro

JULIANO ZAIDEN BENVINDO

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. A harmonia e o conflito democrático. 3. O conflito, o discurso e a “última palavra”. 4. Entre o discurso e a história: as “verdades” e a “última palavra”. 5. A desmistificação da “última palavra”. 6. Conclusões.

1. Considerações preliminares

Queremos ser harmônicos e tentamos, de todas as formas, evitar o conflito. São palavras que parecem ressoar uma percepção um tanto difundida de que, em um contexto democrático, as diferenças devem ser amenizadas; os conflitos, solucionados; os diálogos, construídos. Nos vinte e cinco anos de nossa democracia, foi-se desenvolvendo a ideia de que, para a construção de uma sociedade pacífica, devemos canalizar nossas energias para algo que não seja perturbador de nossas certezas, desarranjador de nossas conquistas, provocador de nossas tristes lembranças. A democracia – entende-se – exige a harmonia de todos e de todas as instituições.

Este artigo nasce da compreensão contrária. Não há democracia sem perturbar nossas certezas, sem desarranjar nossas conquistas, sem provocar nossas tristes lembranças. A democracia somente é democrática porque reconhece a fragilidade de nossas certezas, os riscos de desarranjo de nossas conquistas, a necessidade de repensar e rediscutir nosso passado, mesmo quando nos traga tristes lembranças. E não há ingenuidade: a democracia convive com o conflito cotidiano. Por isso,

Juliano Zaiden Benvindo é professor de Direito Constitucional da Universidade de Brasília (UnB) e doutor em Direito Público pela Universidade Humboldt de Berlim (Alemanha) e pela UnB.

fazem-se urgentes a desmistificação de “verdades”, a desconstrução do discurso, o repensar a história.

Aqui se elegeu uma temática para a desmistificação, a desconstrução e o repensar a história. A metafísica que há por trás do dizer a “última palavra do Direito”, como ostentado amplamente pela jurisdição constitucional e, mais particularmente, pelo Supremo Tribunal Federal, precisa ser assim confrontada. Desmistificar, desconstruir e repensar essa fala em nossa história democrática é, portanto, o objetivo imediato deste artigo. Reconstruir a dimensão da cidadania é, por sua vez, seu propósito mediato. Quer-se tornar transparente o conflito que há na afirmação por poder, ao mesmo tempo que se quer defender que o poder, como “última palavra”, não o detém nenhuma instituição em uma democracia constitucional ou, como denomina nossa Constituição Federal, em um “Estado Democrático de Direito” (art. 1^o).

2. A harmonia e o conflito democrático

Há uma pressuposição generalizada de que as instituições brasileiras, como se observa em importantes democracias do mundo, devem se guiar pela máxima de que existe uma harmonia entre os Poderes e não pode haver um verdadeiro embate entre eles, sob risco de se colocarem em xeque os progressos até então alcançados desde o fim da ditadura de 64. Está escrito em nossa Constituição: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Art. 2^o). Assim, acredita-se, de antemão, que os Poderes serão mutuamente controlados e controladores. Harmonia, portanto, é a palavra que ressoa como um eco naturalizado, necessário, evidente. É esse o termo, afinal, que se aprende nas faculdades de Direito, que se explora nos meandros da política e que estabelece uma aura de tranquilidade necessária no tão complexo terreno das relações entre as distintas esferas de poder. Contudo, é preciso explorar um pouco mais essa premissa: o embate é, em si, algo que coloca em risco nossa democracia?

Na mais imediata rememoração de alguns pressupostos lançados no berço do constitucionalismo norte-americano, conforme se verifica nos fascinantes escritos de James Madison (2003) na obra *The Federalist*, particularmente no *Federalist 51*, a ideia central ali apresentada era a de que “*ambition must be made to counteract ambition*” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 138), uma conexão interessante entre a própria natureza humana, tendente a concentrar poderes, e os direitos constitucionais que se aplicam ao Poder em que tal pessoa se encontra. A competição – e não exatamente a harmonia – parece ser um recado que Madison (2003) já lançava como condição relevante para o denominado “*checks and ba-*

lances”. Aliás, a separação dos Poderes serviria como uma canalização da competição política – repito: competição política – em um sistema mais organizado, controlável e seguro de difusão de poderes. Não havia, portanto, ingenuidade na compreensão de Madison (2003) sobre como a natureza humana se comporta: poder tende a levar à concentração de mais poder e, assim, caminhar para a tirania. Por isso, não há como imaginar que exista harmonia quando a própria natureza humana, por mais que seja canalizada em um sistema institucional de controle mútuo, é marcada pela ambição de sempre querer mais.

Porém, a ingenuidade talvez tenha sido acreditar que um sistema autossustentável de controle mútuo pudesse se guiar por um embate de ambições marcadas por sua canalização em mecanismos do Direito Constitucional. A realidade, afinal, tem mostrado as insuficiências dessa proposta. Isso ocorre, em certa medida, porque vivemos outra época: Madison, afinal, acreditava que “a autoridade legislativa, necessariamente, predomina” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 137, tradução nossa), e Hamilton chegou a afirmar que “o judiciário, devido à natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso em relação aos direitos políticos da constituição” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 198, tradução nossa). Essas conclusões são de uma vivência diversa e qualquer tentativa de resgatá-las hoje poderia sofrer os riscos de um anacronismo altamente problemático. Apesar de todos esses problemas, o recado dos federalistas, sobretudo de Madison (2003), permanece: por que a harmonia se sobrepôs à inerente qualidade humana que ambiciona poder, tornando inevitável a competição política? Por outras palavras, por que temos tanto medo do conflito, quando ele parece inerente às pessoas e às instituições por elas guiadas? Na tentativa de atualizar para um termo tão em voga nos dias de hoje: por que falamos tanto em

diálogo institucional, quando a assombração de Madison parece estar sempre ali?

Harmonia, diálogo institucional são palavras mágicas, ressoam com uma beleza sonora que convence, persuade, acalma os ânimos. Talvez representem aquilo por que mais se anseia quando se trata de defender a estabilidade das instituições. Por outro lado, elas talvez escondam o que ocorre na prática, nos jogos inerentemente políticos – e, pois, marcados pelo desacordo em grande medida – que ocorrem entre os Poderes e dentro de cada um deles. Louis Fisher (1988), importante cientista político norte-americano, deixa muito claro que, se é para falar em “diálogo constitucional” – o título de um de seus livros, aliás, é *Constitutional Dialogues* –, isso se deve não a uma ingenuidade de crença de que cada um dos Poderes tem atribuições claramente definidas – como se o Judiciário meramente aplicasse o Direito, o Legislativo criasse o Direito e o Executivo executasse o Direito e as políticas públicas – e, portanto, facilmente dialogáveis entre si. O diálogo constitucional, assim como ele o denomina, está, na verdade, na compreensão de que o constitucionalismo democrático é marcado por uma ampla interação entre os diferentes Poderes e, sobretudo, pelo reconhecimento do caráter nitidamente político de todos eles, respeitando-se, naturalmente, suas diversidades nesse aspecto (FISHER, 1988). Assim, por exemplo, é altamente falacioso acreditar que o Judiciário é meramente um Poder técnico e, desse modo, alheio à política, aos jogos de poder, como se o âmbito do Direito discutido pelos tribunais fosse o local da sabedoria, da dignidade interpretativa, da racionalidade, enquanto da política seria um mundo sombrio, imprevisível, caótico e irracional. Do mesmo modo, a partir de exemplos vários, fica nítido o quanto as influências do ambiente social, dos *lobbys*, dos demais Poderes transformam a

própria compreensão do que normalmente se associa à atividade judicante, que avança cada vez mais para um propósito de criação do Direito em abstrato e também de estabelecimento de políticas públicas, em decisões que o aproximam das funções típicas dos demais Poderes.

Obviamente, todo esse movimento, como já aqui salientado, é caracterizado por um amplo espectro de controvérsias, desacordos e disputas. Se é, portanto, para falar em diálogo, deve-se ter em mente que o diálogo é, no mínimo, bastante acalorado e envolve práticas não tão românticas como as usualmente retratadas nas relações entre nossos diferentes Poderes. Mais particularmente, envolve um espaço por afirmação de poder – alerta já feito, aliás, por Madison –, que exige um contínuo rearranjo argumentativo, de modo a não desestabilizar institucionalmente nossa democracia. É claro que a história mundial tem vários exemplos de conflitos entre Poderes que acabaram gerando instabilidades institucionais sérias e estabelecendo ditaduras, mas também tem exemplos de conflitos que, embora contínuos, arrefeceram e consolidaram ainda mais o arranjo estável entre os Poderes. Alguns autores naturalmente vão discordar, de algum modo, da perspectiva de que esses desacordos, muitas vezes caminhando para um avanço da supremacia do Judiciário, são estabilizadores e consolidadores de democracias (WALDRON, 1999), mas outros entenderão que, por mais que se critique o avanço do Judiciário no âmbito de tais desacordos políticos, existe uma certa aceitação social desse seu novo papel (FRIEDMAN, 2009, p. 9) ou mesmo que tais acordos, que deram ensejo a uma certa supremacia do Judiciário, são, em grande medida, frutos de arranjos políticos para o próprio benefício dos políticos (WHITTINGTON, 2007).

A pergunta, portanto, que se apresenta é: como imaginar o arranjo institucional entre os diferentes Poderes – seja ele interpretado

como uma contínua competição e um forte desacordo, seja como um diálogo (embora aqui se trate de um diálogo ciente das disputas por poder) –, diante dos desafios que se lançam em um contexto de consolidação de uma democracia constitucional como a brasileira? Somos, afinal, uma democracia constitucional jovem, repleta ainda de experimentalismos institucionais que precisam ser elucidados e discutidos. Saber, portanto, como deveriam “dialogar” os diferentes Poderes é um tema que enseja importantes reflexões. Naturalmente, essa discussão extrapola em demasia os propósitos deste artigo, mas já é possível antecipar ao menos um debate relevante. É preciso imaginar como tais competições entre os Poderes, já mencionadas por Madison (2003), não se revelem, em último grau, mecanismos usurpadores do poder. Surge, dessa instigação, o alerta de como manter a cidadania, que é condição da democracia, diante de um “querer mais poder” que se dá nessa visível competição entre os Poderes.

Para tanto, faz-se necessário desmistificar certas “verdades” usualmente consagradas pela literatura jurídica e pelos discursos manifestados pela doutrina e pelos próprios atores políticos. O discurso, afinal, diz muito desse caminhar em prol de um espaço de atuação cada vez mais amplo e é preciso, em sintonia com o alerta aqui lançado, constatar até que ponto não se está, na verdade, desestruturando o exercício da cidadania e, por consequência, da democracia. O questionamento caminha para visualizar, do conflito, uma possível compreensão do que queremos ser na qualidade de democracia constitucional, malgrado hipoteticamente mais consolidada por uma experiência e um aprendizado de idas e vindas e, do mesmo modo, de riscos – sempre presentes – de arbitrariedades antidemocráticas praticadas por cada um dos Poderes. O propósito é entender os limites de uma realidade que se quer dizer democrática

e, para tanto, o primeiro passo é ter ciência de sua própria fragilidade. Uma fragilidade, aliás, que se inicia no discurso e perpassa nossa história.

3. O conflito, o discurso e a “última palavra”

Gostaria de começar este tópico lançando uma instigação que se encontra na potencialidade conflitiva do discurso. Mais do que o ato em si – também já fortemente carregado dessa qualidade conflitiva –, as palavras são capazes de levar ao ápice a percepção do que ocorre no âmbito da afirmação de poder. Não são poucos os exemplos, mas basta enfatizar alguns marcantes para esse fim. Nesse intuito, vale resgatar um episódio bastante recente, que explicita, já em demasia, muito do que se pretende desenvolver neste artigo.

Em decisão altamente polêmica, na qual se discutia a constitucionalidade de um projeto de lei que apresentava novas regras partidárias e havia sido aprovado há pouco pela Câmara dos Deputados (PL nº 4.470/2012), o Ministro Gilmar Mendes, monocraticamente, usa os seguintes termos em sua decisão liminar: “Essa interferência seria ofensiva à lealdade da concorrência democrática, afigurando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos” (BRASIL, 2013^a). São termos fortes: interferência, ofensa e casuismo. Em uma única sentença, o Ministro Gilmar Mendes acusa a Câmara dos Deputados de agir *casuisticamente*, sobretudo porque a deliberação parlamentar se teria dado de forma incomumente célere, e ainda de ter se direcionado em favor de certos “atores políticos específicos”. Segundo ele, a “extrema velocidade de tramitação do mencionado projeto de lei – em detrimento da adequada reflexão e ponderação que devem nortear tamanha modificação na organização política nacional” – (BRASIL, 2013^a) seria motivo suficiente para, ao menos, suspender a tramitação do projeto de lei.

Independentemente de se visualizar aqui a questão propriamente material da constitucionalidade, essas palavras precisam ser mais cuidadosamente examinadas, uma vez que, afinal, dizer que os deputados agiram casuisticamente, sem a “adequada reflexão e ponderação”, suscita o questionamento dos limites do controle exercido pela jurisdição constitucional. Será realmente competente o Supremo Tribunal Federal para suspender a tramitação de um projeto de lei com base em tais argumentos?

Logo em seguida a essa decisão, era de se esperar que houvesse alguma reação da comunidade acadêmica. Em artigo publicado no jornal *Valor Econômico*, o professor de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo Virgílio Afonso da Silva (2013) foi direto: “a decisão do ministro Gilmar Mendes (...) é algo que parece não ter paralelo na história do STF e na experiência internacional”. E disse mais:

“Ao bloquear o debate sobre as novas regras partidárias, Gilmar Mendes simplesmente decidiu que o Senado não poderia deliberar sobre um projeto de lei porque ele, Gilmar Mendes, não concorda com o teor do projeto. Em termos muito simples, foi isso o que aconteceu. Embora em sua decisão ele procure mostrar que o STF tem o dever de zelar pelo ‘devido processo legislativo’, sua decisão não tem nada a ver com essa questão. Os precedentes do STF e as obras de autores brasileiros e estrangeiros que o ministro cita não têm relação com o que ele de fato decidiu. Sua decisão foi, na verdade, sobre a questão de fundo, não sobre procedimento. Gilmar Mendes não conseguiu apontar absolutamente nenhum problema procedimental, nenhum desrespeito ao processo legislativo por parte do Senado. O máximo que ele conseguiu foi afirmar que o processo teria sido muito rápido e aparentemente casuístico. Mas, desde que respeitadas as regras do processo legislativo, o quão rápido um projeto é analisado é uma questão política, não jurídica. Não cabe ao STF ditar o ritmo do processo legislativo” (SILVA, 2013).

Não é de se estranhar a reação de Virgílio Afonso da Silva. A decisão do Ministro Gilmar Mendes retrata bem o quão capaz é o discurso de revelar uma ânsia pela expansão de poder, a ponto de permitir, por exemplo, o controle, pela jurisdição constitucional, do ritmo do processo legislativo como critério de aferição de constitucionalidade. Além do mais, é tão flagrantemente interventiva, que qualquer argumentação de ter sido ela uma decisão independente, não política ou meramente preocupada com questões procedimentais parece não se sustentar ao menor crivo da crítica. Destaca-se, com toda a força, o elemento conflitivo que se estabelece entre o Judiciário e o parlamento, especificamente na esfera de demarcação dos limites da atuação de cada um desses Poderes. Ao mesmo tempo, expõe-se que o desenhar dessa conexão entre os Poderes parece ser bem mais conturbado do que qualquer afirmação de harmonização entre eles.

Apesar da potência conflitiva das palavras do Ministro Gilmar Mendes, não foram elas o foco de ampla divulgação pela imprensa exatamente naquela semana. Do outro lado da Praça dos Três Poderes, a Câmara dos Deputados, por intermédio de sua Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), havia, naquele mesmo dia, aprovado a Proposta de Emenda à Constituição nº 33 (PEC nº 33/2011), a qual trazia, entre vários aspectos, uma normatização que limitava a atuação do Supremo Tribunal Federal¹ em diferentes âmbitos. A reação foi imediata. Não foram poucas as vozes que sustentaram uma nítida ofensa à separação

¹ Particularmente, os principais aspectos da PEC nº 33/2011 se voltam para o controle das súmulas de efeitos vinculantes proferidas pelo STF, a exigência de 4/5 de votos do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade e, o mais polêmico, a possibilidade de revisão, pelo Congresso Nacional, de decisão declaratória de inconstitucionalidade material tomada pelo STF, desde que: 1) o Congresso rejeite a decisão do STF por intermédio de 3/5 de seus membros; e, conjuntamente, 2) a decisão do Congresso seja aprovada pela população em referendo.

de Poderes e aos mais basilares princípios do constitucionalismo democrático. Por outro lado, diferentemente do caso anterior, houve ampla divulgação pela imprensa. Em um exercício curioso de antecipação de possível exame de mérito, visto que poderá ser levado a julgar a questão no próprio tribunal (aliás, a matéria está para julgamento no STF²) (BRASIL, 2013b, 2013c), o Ministro Gilmar Mendes disse que, se aprovada, “é melhor que se feche” o tribunal e que “não há nenhuma dúvida, ela é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles [CCJ] rasgaram a Constituição” (SELIGMAN, 2013). Por sua vez, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Joaquim Barbosa, em nota à imprensa, declarou: “Por que alterar isso agora, em pleno século 21? Essa medida, se aprovada, fragilizará a democracia brasileira” (SELIGMAN, 2013). Mas foi o Ministro Marco Aurélio de Mello que arrematou a questão com o ar de autoridade, de afirmação do verdadeiro poder da corte constitucional: “Nós temos um sistema em que se verifica o primado do Judiciário. A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é o Supremo”. Afinal, “o que implica essa proposta? O afastamento de uma cláusula pétrea, que é a separação de Poderes da República. Harmonia e separação dos Poderes da República” (O ESTADO DE S. PAULO, 2013). Além de enfatizar a tão sonhada harmonia, deixa claro que a “última palavra” compete ao Supremo Tribunal Federal. Desse modo, toda a movimentação em torno da aprovação da PEC nº 33/2011 parece ser uma “retaliação” do Congresso à atuação do STF.

²O pedido liminar foi, contudo, indeferido pelo Ministro Dias Toffoli, em decisão proferida em 10 de maio de 2013.

É até irônico, nesse contexto, ver estampadas nas notícias as palavras do Ministro do STF Ricardo Lewandowski de que, nesse caso, os “poderes são independentes e harmônicos entre si” (CALGARO, 2013) e, do mesmo modo, o Presidente da Câmara dos Deputados, Henrique Eduardo Alves, dizer que “essa Casa não quer conflito (...) Vamos ter um diálogo aberto e franco com o Poder Judiciário” (CALGARO, 2013). Tanto a palavra “harmonia” como “diálogo” parecem soar descontextualizadas nesse cenário. Contudo, o mais interessante, o que pouco é analisado, é entender que, por trás dessas palavras – e, particularmente, da forma como ambos os casos foram trabalhados na imprensa e na doutrina –, existe uma preconcepção bastante problemática sobre os limites e as características dos diferentes Poderes. Se as palavras do Ministro Gilmar Mendes, no primeiro caso, soam tão diretas e intervenientes quanto as do segundo, é de se indagar o porquê de elas terem sido tão menos expostas à conclusão de interferirem diretamente na separação de Poderes e nos princípios democráticos como o segundo caso. Em outras palavras: se a decisão decorre de um ato de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, por mais polêmica que ela possa revelar-se, existe uma ideia de que, ao menos, ela se originou de um juízo refletido, calculado, devidamente fundamentado e racional – e que, portanto, como “último a dizer o direito”, o Supremo Tribunal Federal, aqui representado por um de seus Ministros, não fez outra coisa senão seu mais estrito dever. Por outro lado, o desenho que imediatamente se pinta a respeito da PEC nº 33/2011, fruto de uma decisão parlamentar, é o de uma nítida ação política atentatória dos mais relevantes princípios democráticos e do maior sinal de uma reação política – e, portanto, irracional, desarrazoada, inconsequente – a um agir natural e correto do Supremo Tribunal Federal. De um lado, a

decisão judicial é o espelho da racionalidade e da justificação coerente; do outro, a decisão política é o resultado da irracionalidade e de interesses mesquinhos e injustificáveis sob as bases do constitucionalismo democrático. O conflito, portanto, não se dá apenas no nível da ação; ele atinge, sobretudo, o próprio discurso.

Muito dessa discussão decorre de uma percepção diferenciada em termos do papel de cada um dos Poderes. É claro que ninguém está defendendo uma visão ingênua de que o Parlamento somente faz política e o Judiciário somente aplica o Direito. Todos sabemos que política e Direito não são mundos inteiramente diversos e independentes e temos ciência, por outro lado, de que eles tampouco se confundem (DWORKIN, 2005, p. IX). Mas é interessante perceber que há, sim, uma pressuposição generalizada de que o desacordo político sobre direitos, que é o que está em discussão em ambos os casos anteriormente indicados, parece mais legitimamente – ao menos no que se refere ao respeito aos princípios mais centrais do constitucionalismo democrático – resolvido pelo Judiciário. Em ambas as situações, a questão era fortemente política, mas a repercussão dada à atuação do Parlamento no segundo caso foi especialmente destacada em comparação à dada à decisão antes tomada pelo Ministro Gilmar Mendes³. Além do mais, as justificações apresentadas, especialmente no segundo caso, procuraram demonstrar o quão antidemocrática, o quão ofensiva à harmonia dos poderes era a proposta aprovada pela Câmara dos Deputados. Do mesmo modo, a imprensa e as falas dos Ministros do STF acima transcritas destacaram o inerente aspecto político da decisão

parlamentar, agora qualificada de “retaliação”⁴. Reforçou-se a preconceção de que o espaço da política, próprio do parlamento, volta-se para os interesses mais mesquinhos e pessoais. No caso, a associação imediata à noção de uma retaliação do parlamento à atuação crescente do STF em temas sensíveis, tal como a própria decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes aqui examinada, foi interpretada como um sinal típico de um agir antidemocrático e desastroso em relação às conquistas alcançadas desde a democratização.

Aqui aparece a conexão que se fará entre o discurso e a história. A pressuposição de que o desacordo político sobre direitos pode ser mais corretamente decidido por uma corte de justiça, no caso pelo Supremo Tribunal Federal, não é, obviamente, tranquila. Muitas vezes, como já defendi em outra oportunidade (BENVINDO, 2010, p. 83), essa percepção é consequência de um processo de transição de um período autoritário para um período que se quer fazer democrático, sobretudo quando se tem um vácuo de legitimidade discursiva no terreno dos direitos. Esse sintoma também foi sentido, em alguma medida, em outras realidades, como se observou na democracia alemã, que caminhou para a consolidação de um tribunal constitucional que age como superego da sociedade (MAUS, 1989), ou como um forte órgão centralizador de questões constitucionais, exatamente com o intuito de evitar qualquer intento antidemocrático, especialmente quando os demais Poderes assim fracassaram no passado (FANGMANN, 1979, p. 233), ou mesmo como uma corte que

³ Saliente-se que a reação à decisão do Ministro Gilmar Mendes desenvolveu-se, especialmente, no âmbito acadêmico e de modo escasso, como se observou na passagem anteriormente transcrita de Virgílio Afonso da Silva.

⁴ Vale destacar que houve também, especialmente pela imprensa, uma tentativa de associar a aprovação da PEC nº 33/2011 ao julgamento pelo STF da Ação Penal nº 470, vulgarmente conhecida como “Julgamento do Mensalão”, que, naturalmente, traz consigo fortes apelos políticos. Apenas não foi dada ênfase ao fato de que a PEC nº 33/2011, como a própria numeração já indica, foi proposta em 2011, em data, portanto, anterior ao início do referido julgamento.

surge de “uma típica reação institucional a uma experiência totalitária” (MÖLLERS, 2011, p. 285, tradução nossa). Mas também existe uma questão mais estrutural a ser investigada. É que a própria compreensão de que a corte constitucional tem a “última palavra”, como bem salientou o Ministro Marco Aurélio, ou de que certas questões de direitos, mesmo que se refiram a aspectos próprios do desacordo político (como se deu, em certa medida, na decisão do Ministro Gilmar Mendes), são mais bem decididas pelo Judiciário é ontologicamente problemática.

Com esse propósito, há farta literatura a respeito da defesa de que o local do desacordo sobre direitos deve ser trabalhado pelo parlamento de forma mais legítima (WALDRON, 1998; 1999; 2006; TUSHNET, 1999). Aqui se apresenta toda uma necessidade de desmistificar o Judiciário e resgatar uma legitimidade perdida do parlamento. Waldron, por exemplo, chega a afirmar que os filósofos do direito “estão intoxicados pelas cortes e cegados para tudo o mais em função dos prazeres da jurisdição constitucional” (WALDRON, 1999, p. 9, tradução nossa) e, por isso, defende que as “cortes são também um fórum para tomar decisões sociais em um contexto de desacordo, mas, embora tenham muitas vantagens, não são necessariamente as mais representativas ou as mais respeitadoras das vozes divergentes na comunidade” (WALDRON, 1999, p. 16, tradução nossa). Tushnet (1999), por sua vez ainda mais radical, escreve um livro cujo título clama por retirar a Constituição das cortes (*Taking the Constitution Away from the Courts*).

A polêmica, porém, estende-se e atinge a questão da “última palavra”, como antes ressaltado. São várias as abordagens possíveis. Podem ser encontradas análises, por exemplo, que vão ao âmago da matriz filosófica que se dá no entrosamento entre constitucionalismo e democracia e tenta dali extrair uma perspectiva procedimental que se constrói por intermédio de uma racionalidade discursiva (HABERMAS, 1998); ou outra, ainda mais radical, ao fazer uma belíssima desconstrução das bases do discurso de soberania (DERRIDA, 2002, p. 45-54; 2008). Nesse aspecto, a grande questão é como atacar ou desconstruir a metafísica ou o logocentrismo que está intrincado nesse debate e, mais diretamente, nas ações coordenadas a partir de tais premissas. A abordagem, por outro lado, pode se desenvolver especialmente com base em uma compreensão da soberania popular na história – e aqui se destaca a excelente obra *Inventing the People*, de Edmund Morgan (1989) – e, a partir dessa análise, explicitar que, ao se trabalhar institucionalmente o local do poder de fala em termos de democracia constitucional, é preciso entender as origens dessa soberania, que, em certa medida, é estendida institucionalmente, seja por intermédio de uma pretensa representação (no caso do parlamento), seja por intermédio de uma pretensa defesa

da Constituição (no caso do Judiciário). Por fim, a análise pode ser mais diretamente focada no próprio arranjo institucional. Nesse ponto, as críticas à pressuposição de primazia do Judiciário são diretas. Sanford Levinson (2000), por exemplo, diz que tais afirmações sobre a primazia do Judiciário – aqui vale, em certa medida, o resgate das palavras do Ministro Marco Aurélio – são “ultimamente mais patéticas do que inspiradoras” (MCCLOSKEY; LEVINSON, 2000, p. 241, tradução nossa). Por sua vez, Larry Kramer (2004), um dos grandes críticos do ativismo judicial, diz que tais assertivas são meramente “bravata e sopro” (*bluster and puff*) (KRAMER, 2004, p. 221, tradução nossa). No Brasil, exatamente em artigo referente à PEC nº 33/2011, Cláudio Ladeira de Oliveira diz que o discurso de primazia do Judiciário não é senão “um bordão que explicita os anseios aristocráticos de parte dos profissionais do ramo, o de viver numa ‘juristocracia’: o governo dos juízes, pelos juízes, para os juízes” (OLIVEIRA, 2013)⁵. Oscar Vilhena Vieira (2008), com um teor mais descritivo do movimento, dedica um artigo à temática, intitulado “Supremocracia”. Conrado Hübner Mendes (2011, p. 219) afirma que vivemos uma “cultura do guardião entrincheirado”.

É importante salientar que não se está, neste artigo, precisamente defendendo tais posicionamentos. O intuito aqui é diverso: tentar desconstruir algumas das místicas que acompanham o discurso, hoje já naturalizado, de que: 1) não há conflito, mas um diálogo harmônico entre os poderes; 2) o desacordo político sobre direitos é mais bem resolvido pelo Judiciário, sobretudo diante de sua capacidade técnica e propósito de defesa de minorias (este item será ainda mais trabalhado no tópico seguinte); 3) a última palavra é do Judiciário e qualquer tentativa de se interpretar diferentemente ferirá os mais basilares princípios do constitucionalismo democrático. Em qualquer uma dessas assertivas, viu-se, ainda que de forma simplificada, que não há como simplesmente aceitar tais “verdades”. A complexidade do debate é vasta e precisa ser reconhecida como necessário objeto de investigação crítica. Essa compreensão, porém, torna-se ainda mais relevante na medida em que se constata as íntimas associações possíveis entre esse desenvolvimento e a história. Nesse aspecto, entra fortemente a compreensão da temporalidade como desconstrução de “verdades”, como ataque direto ao dado, a uma facticidade que não se deixa desvendar. A preocupação é revelar o que se quer fazer oculto por trás desse discurso e, nesse ponto, a história tem muito a dizer. Em sintonia com o que foi até agora apresentado, a história complementa significativamente a percepção de que, no âmbito de uma

⁵ Vale também destacar outras duas grandes obras que questionam a supremacia do Judiciário. Para tanto, Jackson (1941) e Agresto (1984).

disputa política constante entre os Poderes – e, não, harmonia, como já se afirmou –, é falacioso sustentar, sem maior análise crítica, que o Judiciário tem a primazia da “última palavra” no Direito, até mesmo no âmbito dos desacordos políticos sobre direitos. A tese a ser defendida é que a própria construção argumentativa de algum Poder “detentor da última palavra” é, por si só, uma afirmação que aparece como discurso por mais poder. Até porque não existe, em uma democracia constitucional, que prima pela cidadania, um órgão que possa arvorar-se o detentor da última palavra. Entretanto, o processo histórico brasileiro, nesses vinte e cinco anos de constitucionalismo, consubstanciou essa premissa. O caminho agora é desconstruí-la.

4. Entre o discurso e a história: as “verdades” e a “última palavra”

Quando se faz a associação da história com o discurso, tal como apresentado no tópico anterior, o ganho de compreensão é potencialmente elevado. Isso ocorre porque o discurso aparece, primeiramente, como um bom chamativo para se visualizar o estado da arte do problema enfrentado. No caso, quis-se deixar à evidência que a noção de uma harmonia entre os Poderes é, substancialmente, problemática e pouco defensável quando se constata o próprio teor das palavras trocadas entre eles em temas sensíveis. Bastou, aliás, indicar dois exemplos que se deram ao mesmo tempo para já se visualizar que, muito mais do que diálogo e harmonia, há, sem dúvida, uma disputa por poder, que se consubstancia em termos discursivos próprios. Mais especificamente, mostrou-se importante entender como o Judiciário reage a uma proposta do parlamento que limitaria parcialmente seus poderes. Como uma técnica argumentativa, dizer que o parlamento estaria “[rasgando] a Constituição” (Ministro Gilmar Mendes) ou que a

proposta “[fragilizaria] a democracia brasileira” (Ministro Joaquim Barbosa), sobretudo quando se assume, de antemão, que “a última palavra cabe ao Judiciário” (Ministro Marco Aurélio), é estrategicamente eficiente como mecanismo de persuasão pública. Os termos, afinal, são bem escolhidos e estão intimamente relacionados a uma compreensão bastante difundida do que se poderia esperar de uma democracia constitucional, que estabelece, como condição, um Judiciário capaz de defendê-la contra possíveis riscos de um retrocesso autoritário. Reforça-se o papel defensor, libertário do Judiciário e, por sua vez, o papel retaliativo, político, interessado do parlamento.

O aspecto intrigante dessa tomada de posição com base em uma perspectiva largamente difundida que parece dar um peso mais “racional” e adequado às atuações do Judiciário em detrimento do parlamento é que, por mais que o discurso assim se reproduza, a realidade histórica parece desmenti-la. É uma daquelas situações em que se verifica uma forte dissonância entre o discurso e a realidade. Afinal, se ao Judiciário compete a “última palavra”, sobretudo porque ele se apresenta como o grande defensor da Constituição e das minorias, dos preceitos mais estruturais do constitucionalismo democrático, isso, ao menos, deve ser justificado por alguma razão robusta. Normalmente, as premissas assim construídas em favor de um reforço do papel do Judiciário se dão por uma associação direta com perspectivas teóricas e pragmáticas que lhe dão essa configuração. E qualquer tentativa de questionar tais premissas é lançada ao campo das heresias. Com esse propósito, encontram-se justificações que vão, por exemplo, buscar suas origens nas bases do constitucionalismo norte-americano, que deram ensejo à construção do *judicial review*, como se visualiza na clássica, embora polêmica, decisão de 1803 de sua Suprema Corte, em *Marbury vs. Madison*, a qual acabou ganhando contornos

doutrinários bem mais ampliativos do que os próprios termos do Justice John Marshall, relator do caso⁶. Mas podem ir além, tentando encontrar nos próprios discursos dos federalistas e na estrutura da noção de *checks and balances* a base desse argumento, apresentando a corte constitucional como um elemento importante no equilíbrio institucional, sobretudo no âmbito de defesa de minorias, muito embora a noção de *judicial review* aqui se apresente bastante diversa de uma noção de supremacia⁷.

Se não para o resgate dos primórdios do constitucionalismo moderno, os argumentos tendem a ir para o espectro mais de uma certa obviedade natural do desenvolvimento saudável das democracias constitucionais. Conrado Hübner Mendes (2008), em tese primorosa, consegue diagnosticar bem vários desses argumentos, tais como: 1) a necessidade de assegurar o processo de formação da vontade democrática, especialmente quando há um bloqueio ou dificuldade na participação política de minorias excluídas; 2) a proteção dos direitos fundamentais e do conteúdo de justiça em uma democracia, aqui resgatando algumas noções centrais como trabalhadas por parcela do liberalismo igualitário, como a noção de “igual consideração e respeito” (DWORKIN, 1986) e de democracia como processo incompleto, a exigir também atuação do Judiciário; 3) a proteção dos direitos das minorias e a atuação contra a “tirania da maioria”⁸; 4) a atuação como “emissária do povo” e operacionalizadora

⁶ Não havia ali, afinal, nenhuma determinação de vinculação da interpretação dada pela Suprema Corte à Constituição aos demais Poderes, tampouco a elusiva ideia de que a Suprema Corte seria o último árbitro a respeito da interpretação constitucional. Quem particularmente contribuiu para esse entendimento foi um dos biógrafos do Justice John Marshall, Albert Beveridge, para quem a Suprema Corte tinha o “direito exclusivo de determinar a constitucionalidade das leis” e era o “último árbitro no que se refere ao que é ou não direito sob a Constituição” (BEVERIDGE 1919, p. 132, tradução nossa). O que se pode dizer, contudo, é que a decisão em *Marbury vs. Madison* afastou, nos Estados Unidos, a ideia inglesa de supremacia do parlamento.

⁷ Alexander Hamilton, no *Federalist* nº 78 (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 199), traz alguns elementos que poderiam permitir essa associação. Afinal, ali ele já lança a ideia de que as cortes possam “declarar nulos atos legislativos, porque seriam contrários à Constituição” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 199, tradução nossa). Ao mesmo tempo, afirma que todo ato parlamentar se classifica como uma autoridade delegada e que, se for contrário à Constituição, é inválido. “Nenhum ato legislativo contrário à Constituição, portanto, pode ser válido” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 199, tradução nossa). Por isso, “as cortes foram designadas para ser um corpo intermediário entre o povo e o parlamento, a fim de que, entre outras coisas, mantenham o último dentro dos limites assinalados a sua autoridade” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 199, tradução nossa). E, sobretudo, uma vez que compete às cortes de justiça interpretar o Direito Constitucional, em certa medida, seu entendimento deve prevalecer, porquanto “a Constituição deve prevalecer sobre o estatuto, a intenção do povo sobre as intenções de seus agentes” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 199, tradução nossa). Porém, dessas palavras extrair a supremacia do Judiciário tal como hoje desenhada parece desaguar em explícito anacronismo, na medida em que os contextos eram altamente diversos e o próprio Hamilton, como já aqui indicado, entendia que o Judiciário, “devido a suas funções, será sempre o [Poder] menos perigoso em relação aos direitos políticos da Constituição” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 198, tradução nossa).

⁸ Sobre o termo “tirania da maioria”, Jeremy Waldron faz interessante análise, que busca desmistificar essa compreensão. Para tanto, Waldron (2006, p. 1395-1401).

do “pré-comprometimento” que se deu no momento da fundação da nova ordem constitucional; 5) a consolidação do estado de direito; 6) a necessidade de um órgão imparcial diverso do legislador, que, afinal, não pode ser juiz de si próprio; 7) a atuação da corte como um “veto inerente à dinâmica da separação de poderes”; 8) a atuação da corte como técnica, dotada de uma “racionalidade incremental” que relaciona o caso com a jurisprudência da corte; 9) a corte como “menos falível em questões de princípio e mais próxima da resposta certa”; 10) a corte como promotora da “representação deliberativa e argumentativa”; 11) a corte como “instituição educativa e [promotora do] debate público”; 12) a corte como “[integrante de] um sistema democrático, não [estando] à margem dele”; 13) a corte como ente legitimado, na medida em que é composta por “membros indicados por autoridades eleitas” (MENDES, 2011, p. 64-82). É claro que várias dessas premissas são muito questionáveis – e a doutrina, como já abordado (WALDRON, 2006), é vasta nessa direção –, mas é importante destacar que, embora passíveis das mais diretas críticas, elas são quase naturalmente aceitas como uma condição inevitável das democracias contemporâneas (como se, aliás, não houvesse outros modelos possíveis de arranjo entre os Poderes)(WALDRON, 2006; TUSHNET, 2003; MÖLLERS, 2011).

O problema central, como já mencionado há pouco, é que todos esses argumentos, malgrado soem convincentes, bonitos e poderosos, somente ganham seu devido valor se forem afirmados por uma prática que os justifique. É essa a grande questão – porque, afinal, querer se afirmar o detentor da “última palavra” não é tarefa que pode se resumir a uma retórica vazia. O discurso precisa ter alguma corroboração com as práticas de vida; caso contrário, perde em legitimidade. Ter a tão desejada “última palavra” é custoso, porquanto lança, para um único órgão, a defesa institucional final de todo um processo democrático, de todo um diálogo que quer se manter aberto, em que a democracia e o constitucionalismo, como paradoxos necessários, se constroem e se aperfeiçoam. De antemão, já se antecipa a impossibilidade dessa tarefa. Querer ter a “última palavra” é o sinal de não compreensão da complexidade inerente a uma sociedade democrática, que preza pela cidadania. Isso se dá porque a história desses vinte e cinco anos de constitucionalismo democrático no Brasil explicita que o Supremo Tribunal Federal, embora se utilize desse argumento, deixa muito a desejar em termos de justificação daquelas premissas.

Essa percepção será aqui abordada a partir de dois enfoques: 1) empiricamente, ao menos em uma área que é alardeada como uma conquista da Constituição de 1988 na defesa dos direitos fundamentais, o STF tem se mostrado pouco defensor desses direitos (e, portanto, coloca em xeque vários dos argumentos anteriormente citados para a defesa de sua

atuação); 2) o argumento de racionalidade, que tanto é empregado para legitimar sua atuação, parece não estar sendo acompanhado da compreensão de seus limites. Em síntese, seja por uma realidade desmistificadora da atuação do STF, seja pela percepção de que um dos principais argumentos legitimadores de sua atuação – sua racionalidade técnica e coerência metodológica – não consegue se sustentar ao crivo da crítica, a conclusão a que se chega é que, de fato, o dizer “ter a última palavra” só se justifica por um querer mais poder ou por mera retórica, que pouco contribui para o debate democrático.

5. A desmistificação da “última palavra”

A proposta aqui será trabalhada em duas frentes. A primeira volta-se para uma desmistificação dessa “última palavra”, na compreensão de que o Supremo Tribunal Federal tem, de fato, realizado a defesa da Constituição Federal e, especialmente, protegido as minorias e os direitos fundamentais contra possíveis riscos de um retrocesso antidemocrático. Para tanto, a análise é, sobretudo, empírica, factual, concreta. Curiosamente, essa é uma prática pouco difundida entre juristas: examinar, caso a caso, se, de fato, se verifica, pelas cortes de justiça, a tão desejada atuação que, ao menos conforme alguns dos aspectos indicados no tópico anterior, resultaria em uma maior aceitação dessa assunção de poder pela Suprema Corte. Ao se fazer essa análise, contudo, as conclusões parecem desmentir a pompa que normalmente carregam as falas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal antes indicadas.

Primeiramente, vale o registro histórico de que, principalmente nos últimos anos, houve, sim, uma ampliação dos poderes do STF no que diz respeito a sua competência para objetivar resultados de suas decisões, de modo a atingir o maior número de pessoas. Em outras palavras, é visível um processo argumentativo em prol da abstração de seus julgados, embora isso não necessariamente tenha se dado por uma ampliação dos julgamentos em sede de controle abstrato⁹. Verificou-se que, seja por via das modificações legislativas, seja por intermédio de alterações jurisprudenciais, o STF tem ampliado seu campo de atuação¹⁰. São vários os exemplos: 1) a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) pela Emenda Constitucional nº 3/93, com sérias

⁹Embora seja concluído de outra forma por parcela da doutrina (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007), empiricamente, verifica-se que não é correta a afirmação de que houve um crescimento do número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade de 1988 até hoje. Ao contrário, elas têm se mantido relativamente estáveis, com algumas variações pontuais, no número de duzentas ações por ano (COSTA; BENVINDO, 2013).

¹⁰Para uma análise detalhada desse processo histórico, Benvindo (2010, p. 83-134).

consequências no âmbito do controle de constitucionalidade; 2) o surgimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), juntamente com a possibilidade de suspensão liminar de julgamentos que estejam ocorrendo em instâncias inferiores, caso apresentem matéria relacionada com o mérito da ADPF, assim como a modulação de efeitos (Leis nºs 9.882/99 e 9.868/99); 3) a Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu a súmula vinculante e o instituto da repercussão geral; 4) julgamentos em que o STF buscou, em algum momento, expandir os efeitos abstratos ao controle difuso, como o HC nº 82.959/SP (BRASIL, 2006), referente aos crimes hediondos, os Mandados de Injunção nºs 670/ES (BRASIL, 2008a), 708/DF (BRASIL, 2008b) e 712/PA (BRASIL, 2008c), referentes ao direito de greve do servidor público, e a Reclamação nº 4.335-5/AC¹¹, que trouxe à discussão o conceito de “mutação constitucional” a ponto de se buscar tornar letra morta o art. 52, X, da Constituição Federal (que trata da suspensão de efeitos de lei julgada inconstitucional pelo STF em controle difuso, tida agora por parcela de seus Ministros¹² como um recurso ultrapassado); entre outros. Desse modo, por um lado, houve um claro movimento legislativo, que foi ampliando sobremaneira os espaços de atuação do STF, e, por outro, o próprio STF, nesse caminho, utilizou-se desse impulso para reconstruir parte de sua jurisprudência de modo a se tornar ainda mais presente no exercício da jurisdição constitucional.

Apesar de toda essa movimentação, a pergunta que permanece é se, de fato, ela se consubstanciou no efetivo exercício da jurisdi-

ção constitucional, ao menos no que se refere àquelas usuais justificações que dão ensejo à sustentação de ter o STF a “última palavra”. Afinal, como já destacado, para defender essa qualidade, é preciso, no mínimo, ter razões robustas. Entre essas razões, certamente a que se volta para a ideia de “Guardião da Constituição” e defensor dos direitos fundamentais, sobretudo das minorias excluídas do processo democrático, ganha relevo. É, possivelmente, o principal argumento teórico que parece rememorar os mais fundamentais princípios do constitucionalismo moderno. Mas dizer que é o “Guardião da Constituição”, defensor das minorias e, mais, o detentor da “última palavra” exige comprovação fática para tanto. Logicamente, existem vários casos interessantes em que o Supremo Tribunal Federal exerceu, em alguma medida, esse papel, tais como, recentemente, o caso que tratava das uniões homoafetivas [ADI 4277/DF (BRASIL, 2011b) e ADPF 132/RJ (BRASIL, 2012b)] e das cotas em universidades públicas [ADPF 186/DF (BRASIL, 2012c)]. Em um universo de milhares de casos julgados pelo STF mensalmente, é natural que surjam aqueles paradigmáticos, que destaquem essa função e valorizem sua atuação na defesa de minorias, na afirmação da igualdade e da liberdade como corolários democráticos. Porém, é preciso mais. Nesse ponto é que são bem-vindas análises empíricas, mais do que declarações que selecionam um caso aqui e outro ali para justificar tão amplamente os poderes do STF.

Para tanto, é bastante instigante resgatar algumas conclusões que podem ser extraídas de pesquisa coordenada por mim e por Alexandre Araújo Costa, professor do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, intitulada *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamen-*

¹¹ O caso ainda se encontra em julgamento.

¹² Ver, especialmente, os fundamentos do voto do Ministro Gilmar Mendes; também manifestado em artigo de sua autoria (MENDES, 2004).

*tais*¹³. Nessa pesquisa, foi realizado um estudo bastante minucioso de todos os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato desde 1988 até dezembro de 2012. Apesar de a análise se restringir ao controle abstrato, que, obviamente, é bem mais estreito do que os casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal por via do sistema difuso, aqui também vale explicitar uma forte dissonância entre o discurso e a prática, que corrobora, em certa medida, algumas das hipóteses levantadas neste artigo.

Isso se deve ao fato de que o controle abstrato de constitucionalidade carrega, na literatura jurídica nacional, um forte sentido de conquista trazida pelo processo constituinte de 1988, que ampliou sobremaneira seu campo de aplicação. Gilmar Mendes, por exemplo, diz que esse sistema é a base para se poder afirmar que “possuímos, hoje, um sistema de defesa da Constituição tão completo e tão bem estruturado que, no particular, nada fica a dever aos mais avançados ordenamentos jurídicos da atualidade” (MENDES, 2009, p. 208). Há, além do mais, o aspecto simbólico dessa conquista, que, ao menos segundo o próprio Gilmar Mendes, estabelece um novo patamar em termos de controle de constitucionalidade, visto que, “a partir de 1988, todavia, somente faz sentido cogitar-se de um sistema misto se se tiver consciência de que a base desse sistema respalda-se no modelo concentrado” (MENDES, 2005, p. XII). Portanto, malgrado não seja o sistema concentrado a principal carga de trabalho do STF, ele carrega muito desse potencial da construção do imaginário de ser ele, efetivamente, o

detentor da “última palavra”. Até porque, sabe-se, o controle concentrado, como o próprio nome o diz, concentra a decisão em uma única instituição judicial, trazendo efeitos aplicáveis a todos em abstrato. Ao mesmo tempo, parece consubstanciar o sentido de uma verdadeira corte constitucional, pelo menos nos moldes do modelo europeu – fato, aliás, aventado durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e 1988, embora não tenha vingado naquele momento (CORRÊA, 1988, p. 67). Não deixa, aliás, de ser muito instigante que, por diferentes mecanismos, esse objetivo de abstração – o querer ser uma “corte constitucional” – tenha acompanhado o próprio desenvolvimento histórico do STF, como sucintamente explicitado anteriormente.

Nessa pesquisa, tomando-se como referência especialmente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (foram examinadas cerca de 4900 ADIs), que representam quase a substancial maioria das ações abstratas perante o STF, conforme a metodologia adotada (COSTA; BENVINDO, 2013), verificou-se um índice bastante baixo de decisões de procedência¹⁴ (cerca de 1/3 de todas as ações efetivamente julgadas) em

¹⁴ É claro que há decisões de improcedência (quando o tribunal avalia o mérito do pedido e o rejeita completamente) em controle concentrado que tratam de temas bastante relevantes no âmbito dos direitos fundamentais, como se deu nas decisões sobre células-tronco (BRASIL, 2010) e cotas para negros em universidades públicas (BRASIL, 2012c). Contudo, mesmo que as decisões de improcedência tenham relevância social em alguns casos, elas não se diferenciam substancialmente de uma decisão de improcedência no controle difuso. Aqui não há, afinal, retirada da norma do mundo jurídico, mas simples confirmação de sua constitucionalidade, mesmo que seus efeitos aparentem ser mais abrangentes do que aqueles extraídos do exame de um caso concreto específico. Portanto, se os processos mais relevantes para os direitos humanos forem sistematicamente julgados como decisões de não procedência, não há razões para a manutenção do modelo concentrado de constitucionalidade. Ressalte-se, além do mais, que as decisões de improcedência representam cerca de 1/6 dos processos que cumprem todos os requisitos para serem julgados, índice aproximadamente cinco vezes menor do que o de decisões de procedência.

¹³ Pesquisa realizada entre 2010 e 2013, sob financiamento do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, conforme Edital MCT/CNPq nº 14/2010 – Universal. A pesquisa contou com a participação de vários pesquisadores da Universidade de Brasília e de colaboradores externos. A pesquisa encontra-se, no momento, no prelo para publicação.

matéria de direitos fundamentais¹⁵. Na verdade, houve um total de apenas setenta e duas ADIs julgadas procedentes nesse tema dentro do espectro examinado, o que demonstra que o tema dos “direitos fundamentais” não tem sido efetivamente o grande objeto do controle concentrado de constitucionalidade. No âmbito das ADIs contra legislação federal, verifica-se que, com pequenas flutuações, as decisões de procedência relativas a direitos fundamentais não ultrapassaram 11% dos casos e, no caso das ADIs contra legislação estadual, somente se alcançou o índice de 11% no ano atípico de 2012, mais devido a uma retração do número global de julgamentos do que, de fato, a um incremento de decisões nesse campo. Entre todos os casos enquadrados no âmbito dos direitos fundamentais, constatou-se que 1/4 das decisões se referia aos direitos de igualdade e proporcionalidade (indicando falta de razoabilidade de certas leis e garantias ao processo judicial); 10%, aos clássicos direitos de primeira geração, tais como irretroatividade das leis e direitos de liberdade; e menos de 5%, à proteção de direitos difusos e direitos da ordem social. Porém, mesmo nessa esfera de direitos fundamentais, percebe-se que parte relevante desse montante está relacionada à defesa de interesses corporativos – eis a razão para se ter uma prevalência de questões sobre isonomia e garantias processuais –, com poucos casos mais diretamente relacionados a temas de direitos voltados para um espectro mais geral da sociedade¹⁶. Prevalece, sim, um certo controle corporativo de constitucionalidade, muito mais do que um controle destinado a defender os direitos e as garantias dos cidadãos em geral. Aliás, no âmbito das ADIs contra legislação federal, pode-se dizer que 60% das decisões sobre direitos fundamentais são, na verdade, decisões em prol de interesses corporativos.

O universo da pesquisa empírica, como já ressaltado, é restrito, mas diz muito, porque é simbólico de toda uma perspectiva de atuação da corte. Exatamente naquela forma de agir em que mais parece desejar atuar a suprema corte brasileira – um agir como corte constitucional típica dos moldes europeus –, de 1988 até hoje, os resultados são desconcertantes. Está muito distante da noção, aqui já registrada em fala do Ministro Gilmar Mendes, de “um sistema de defesa da Constituição

¹⁵ Segundo a pesquisa, “o critério adotado foi, primeiramente, enquadrar nesta temática apenas as ADIs que, superadas as questões formais, efetivamente discutiram o mérito dos direitos fundamentais suscitados. Assim, o foco se volta para o próprio discurso do STF, isto é, se ele realmente utilizou argumentos que diretamente enfrentaram a questão dos direitos e garantias fundamentais apresentada. Em segundo lugar, buscou-se incluir nessa grande categoria temas que são histórica e doutrinariamente entendidos como ‘direitos e garantias fundamentais’” (COSTA; BENVINDO, 2013, p. 64).

¹⁶ Vale ressaltar que a própria lógica de “pertinência temática” exigida dessas entidades corporativas dificulta acentuadamente a potencialidade dessas entidades em buscar defender interesses mais gerais da sociedade.

tão completo e tão bem estruturado que, no particular, nada fica a dever aos mais avançados ordenamentos jurídicos da atualidade” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 208) e se torna ainda mais chocante se a lógica por ele defendida se mantiver verdadeira, isto é, que, “a partir de 1988, todavia, somente faz sentido cogitar-se de um sistema misto se se tiver consciência de que a base desse sistema respalda-se no modelo concentrado” (MENDES, 2005, p. XII). Se for esse o caminhar que legitima ter o Supremo Tribunal Federal a “última palavra”, um caminhar que busca cada vez mais se afirmar com base em um sistema respaldado pelo modelo concentrado, estamos muito, muito mal. Não há, a toda evidência, como defender um processo de concentração e abstração das decisões do Supremo Tribunal Federal, se a história de vinte e cinco anos de constitucionalismo demonstra que a defesa da Constituição, aquilo, aliás, que mais daria razão à atuação da suprema corte – a defesa dos direitos fundamentais –, tem deixado muito a desejar, muito aquém do que tem sido alardeado pela doutrina e muito aquém de qualquer argumento capaz de referendar a tese da “última palavra”.

É claro que isso não significa que se esteja negando o papel relevante do Supremo Tribunal Federal na democracia constitucional brasileira. Sem dúvida, a previsão de um tribunal que exerça a jurisdição constitucional é um elemento importante e, em alguma medida, estabilizador de determinados desacordos institucionais sobre direitos. Porém, entre reconhecer a relevância da existência de um tribunal exercendo a jurisdição constitucional e concluir que ele tem a “última palavra”, há um salto deveras largo. E ainda mais o é quando se observa que, seja do ponto de vista da movimentação legislativa, seja sob o aspecto das modificações de jurisprudência recentes, o tribunal aparenta querer, cada vez mais, adquirir essa feição de corte monopolizadora do debate constitucional, em detrimento de outras formas do exercício da jurisdição, como o controle difuso, visto, segundo a passagem citada de Gilmar Mendes, como secundário na nova sistemática de 1988. Pelos dados empíricos coletados, mantidas as mesmas condições, o querer ser essa tão desejada corte constitucional significará o próprio não exercício da jurisdição constitucional. Nesse aspecto, sim, seria negado o papel relevante do Supremo Tribunal Federal na democracia constitucional brasileira.

De qualquer forma, há ainda um segundo fator a ser examinado, que, associado a essa perspectiva empírica, torna ainda mais dramático o discurso da “última palavra”: a crença de que o STF é a representação da “racionalidade técnica” e, desse modo, tem a capacidade de elaborar decisões diferenciadas em relação àquelas produzidas pelo parlamento, que, como antes examinado, tende a ser desenhado como a casa política dos interesses mais pessoais e mesquinhos. Aqui vale o registro,

novamente, de outra fala do Ministro Gilmar Mendes: “A Corte Constitucional existe para tomar as decisões mais racionais” (TORRES, 2008). A questão central refere-se à elaboração de uma legitimação que se faz pelo discurso “racional”, como uma representação argumentativa (ALEXY, 2005, p. 578-79). O problema que se apresenta, porém, como já defendi amplamente em outras oportunidades (BENVINDO, 2010, 2011), é não se atentar para os inerentes limites dessa pretensa racionalidade. Ao não se fazê-lo, a tão desejada cisão entre “técnica”, “racionalidade”, “método”, de um lado, e política, irracionalidade e caos, do outro, torna-se mera retórica vazia. No final, a atuação da jurisdição constitucional não parece tão diversa daquela própria do parlamento, o que coloca, assim, por terra toda essa aura de algo mais “puro” no âmbito da defesa dos princípios democrático-constitucionais e torna ainda mais complicada a relação entre os Poderes.

No intuito de ser direto e sucinto sobre essa questão, o grande problema é que, acompanhando esse desiderato de ampliação de poder – agora sob o viés da persuasão argumentativa, por intermédio de técnicas tidas como “racionais” na resolução de problemas –, o Supremo Tribunal Federal tem ampliado a adoção de uma compreensão de direitos que parece não atentar para as complexidades e limites de sua pretensa racionalidade. Basta destacar que, quando se está ciente desses aspectos, sabe-se, de antemão, que todo estudo sobre racionalidade no Direito esbarra, inevitavelmente, em aspectos de matriz filosófica, que desembocam em diferentes possíveis propostas, como a que trata a argumentação jurídica como um caso especial do discurso prático geral (ALEXY, 1983) ou aquela que aborda a “cooriginalidade” entre os discursos moral e jurídico, deixando clara a não confusão de ambos (HABERMAS, 1998, p. 135-150). Do mesmo modo, existe toda uma

relevante discussão sobre as dimensões de justiça – e aqui há uma plêiade de possibilidades –, como também sobre as infinitas possibilidades da historicidade, outro elemento importante nesse entendimento, que se tornou ainda mais complexo depois do giro hermenêutico e sua radicalização da temporalidade (HEIDEGGER, 2006). Portanto, para se dizer “racional”, é necessário, antes de mais nada, deixar claro o que se entende por isso.

É nesse aspecto que reside a principal discussão. O Supremo Tribunal Federal, sobretudo nos últimos anos, tem adotado continuamente a tese de que suas decisões expressam a dimensão de direitos fundamentais como princípios objetivos de uma ordem axiológica e de que, como tais, são concebidos como comandos de otimização. Desse modo, cada vez mais, a interpretação de direitos é feita com base em sua possível relativização a partir daquilo que é factual e legalmente possível (ALEXY, 1994, p. 75). Por trás dessa realidade, constroem-se perspectivas que lançam forte ênfase a determinados princípios (como a dignidade humana, que ganha a qualidade de superprincípio), conceitos (como “núcleo essencial”, importado do alemão *Wesengehalt*) e técnicas decisórias, como o princípio da proporcionalidade e, em especial, o balanceamento, que alteram sobremaneira a forma de apresentar o argumento que deu ensejo à decisão. Agora, todo direito fundamental tem uma estrutura objetiva, uma finalidade que se ligará à compreensão axiológica da sociedade. E sua interpretação, especialmente quando há uma colisão de “princípios”, acarreta, necessariamente, a aplicação de uma análise proporcional de seu peso, em consonância com as características factuais e as possibilidades que a realidade e as normas jurídicas lhe proporcionam. A consequência direta dessa forma de raciocínio é que decidir, em matéria constitucional, se assenta muito mais na adoção de uma metodologia

suficientemente flexível, capaz de absorver essa perspectiva axiológica, especialmente por intermédio da aplicação do balanceamento, do que na preocupação de uma efetiva construção de direitos que compreenda aquela complexidade, aqui brevemente indicada, de uma racionalidade limitada, em que a historicidade e a justiça entram em constante tensão produtiva (BENVINDO, 2010, p. 333-364). Muito mais do que entender essa complexidade, que impõe limites à racionalidade jurídica, acredita-se que a decisão é racional, porque se adotou um método todo estruturado de argumentação jurídica (o princípio da proporcionalidade, por exemplo), em que foram incluídos bons argumentos. Depois do giro hermenêutico (GADAMER, 2004), acreditar que um método traga racionalidade é contrariar todo um desenvolvimento jusfilosófico que, há muito, desacredita frontalmente essa possibilidade.

É bem verdade que essa não é uma característica claramente visível nos votos de todos os Ministros; tampouco se poderia dizer que não ocorram várias outras formas de argumentação. Da mesma maneira, mesmo que em um voto ou outro se encontre alguma abordagem teórica aprofundada sobre a questão, utilizando-se, por exemplo, trechos da obra de um dos maiores defensores do princípio da proporcionalidade (ALEXY, 1994), não é possível relacionar esse tipo de argumentação nos votos como uma consequência direta dessa leitura. Mas o interessante é que aqui também parece haver uma forte defesa da racionalidade nesse método decisório (ALEXY, 1994, 2003). Esse querer ser “racional” parece que contaminou as falas do Ministro Gilmar Mendes, que, sem dúvida alguma, é quem mais utiliza essa compreensão em suas decisões, entre os Ministros da corte.

O interessante dessa movimentação é que ela parece se associar à própria intensidade do querer se afirmar como corte constitucional

típica e, nesse aspecto, o primeiro fator aqui examinado – a defesa dos princípios constitucionais, sobretudo referentes a minorias excluídas do processo democrático – complementa-se, em certa medida, com um discurso mais flexível de produção decisória. Além do mais, essa flexibilidade, que inevitavelmente acaba tornando a corte constitucional mais política, no sentido de produzir decisões voltadas para o todo, para se legitimar, precisa se afirmar “racional”. É um jogo discursivo interessante e bastante persuasivo. Por um lado, a corte constitucional diz defender a democracia, os princípios estruturantes do constitucionalismo, as minorias e, por outro, o faz por intermédio de técnicas decisórias “racional”, capazes de serem flexíveis o suficiente para abarcar anseios coletivos antes tidos como mais afeitos ao campo de decisão do parlamento. Além disso, é mais eficiente, especialmente quando se alardeia amplamente que o parlamento pouco trabalha em sua função e, por isso, a jurisdição constitucional deve agir em sua inércia, como se bastasse aqui aplicar um silogismo lógico. Na medida em que essa nova perspectiva praticamente equaliza princípios histórica e institucionalmente consagrados pelo processo democrático com valores (ALEXY, 1994, p. 125), a distinção entre a atividade judicante e a parlamentar torna-se nebulosa. A legitimação pelo discurso, a representação argumentativa, ganha relevo por essa associação de “racionalidade” com defesa da Constituição, mas ela se mostra altamente criticável quando se constata que: 1) empiricamente, não se verifica bem essa tão alardeada defesa da Constituição pela corte constitucional; 2) a racionalidade defendida nesse procedimento é decorrente de uma crença cartesiana de que método produz racionalidade e é coincidente, em grande medida, com a lógica discursiva do próprio parlamento, pois se torna fortemente política. Nesse último caso, tem-se

um problema estrutural: se, especialmente após o giro hermenêutico, não é mais possível acreditar que um método traga racionalidade, qual é o outro argumento que o Supremo Tribunal Federal pode utilizar em benefício de sua legitimidade para esse tipo de decisão, em comparação ao parlamento? O que o torna tão especial e distinto para se afirmar como detentor da “última palavra”?

6. Conclusões

É curioso que, nessas horas, algumas análises realizadas por cientistas políticos parecem mais realistas do que as tão engenhosas tentativas teóricas de justificação da detenção da “última palavra” pelas cortes constitucionais. Louis Fisher (1988) é muito direto na percepção de que nada, nesse âmbito, é final. Segundo ele, “como o registro histórico amplamente comprova, a Corte não é final, tampouco infalível. Decisões judiciais mantêm-se inatingidas apenas na medida em que o Congresso, o Presidente e o público em geral consideram as decisões convincentes, razoáveis e aceitáveis” (FISHER, 1988, p. 244, tradução nossa). Por sua vez, Keith Whittington (2007) retira toda essa aura mágica que circunda a noção de “último intérprete”, ou detentor da “última palavra”, dizendo, claramente e com vários exemplos, que “o cálculo estratégico de líderes políticos estabeleceu a fundação política da supremacia judicial” e que, por isso, “se a supremacia judicial não pode ser simplesmente assumida como algo que exista, então ela deve ser politicamente construída” (WHITTINGTON, 2007, p. 5, tradução nossa). Ran Hirschl (2007), para completar essa compreensão, afirma que “uma perspectiva ‘realista’ sugere que a judicialização da política é largamente uma função de escolhas concretas, interesses ou considerações estratégicas de atores políticos autointeressados” (HIRSCHL,

2008, p. 136, tradução nossa) e que, na verdade, muito desse processo decorre da premissa de que “delegar a autoridade de fazer política para as cortes pode ser um meio eficiente de transferir responsabilidade e, portanto, reduzir seus riscos [dos políticos] e do aparato institucional em que eles operam” (HIRSCHL, 2007, p. 136, tradução nossa).

Portanto, é preciso ver a realidade como ela se apresenta. Conforme amplamente sustentado desde o início do artigo, não há harmonia entre os Poderes. Há muito de competição política, muito de buscas por espaços de poder e muito de cálculos estratégicos de como operar esse poder. É claro que a afirmação de ter a “última palavra” não é apenas uma construção fundamentada em doutrinas diversas, justificável por uma sabedoria secular que repousa nas bases do constitucionalismo. Todo o direcionamento dos argumentos apresentados foi desenvolvido para desmistificar essas premissas tão difundidas na cultura jurídica. O funcionamento dos três Poderes é, na verdade, amplamente político, cercado dos mais diferentes interesses – e aqui entram, sim, vários daqueles adjetivos pejorativos normalmente associados à atuação do parlamento –, muitas vezes, aliás, pouco transparentes, até para não quebrar a aura de “pureza”, que precisa tanto qualificar a jurisdição constitucional para consubstanciar seu *status* de legitimidade. Em certos momentos, como nos exemplos apresentados, a delimitação do espaço de cada um dos Poderes enseja amplas discussões e a necessidade de se reafirmar como instituição democrática; em outros, ocorrem associações entre os Poderes para operacionalizarem seus poderes da melhor forma. São características para as quais Madison já alertava típicas da própria natureza humana, e é uma ingenuidade acentuada ou mesmo uma cegueira estratégica negar o que se revela tão nitidamente.

De qualquer modo, como já exposto, essa conclusão não significa que não se reconheça o relevante papel, para a democracia constitucional, da jurisdição constitucional. O Supremo Tribunal Federal, nesses vinte e cinco anos de constitucionalismo democrático brasileiro, exerceu um papel crucial e, sim, promoveu, em várias oportunidades, as funções que se esperam de uma corte constitucional. Mas ele não está só; tampouco pode afirmar ter a “última palavra”. Não apenas porque, especialmente quando quer agir como corte constitucional típica, pouco tem feito em termos de guardião dos direitos fundamentais e defensor das minorias, como aqui demonstrado empiricamente. Tampouco porque sua “racionalidade” técnico-metódica pouco tem se diferenciado do típico discurso político, em que se confunde nitidamente Direito com política, com todos os riscos que isso acarreta, como aqui explicitado. O que mais desmistifica esse querer ter a “última palavra” é a própria impossibilidade de se ter a “última palavra” em uma democracia constitucional. O exercício da cidadania o impede. Todos somos, já alertava Habermas (1998, p. 154), autores do Direito, afinal. E não será uma corte constitucional desejava de ter a “última palavra” que acarretará a delegação do exercício dessa cidadania, que é dialógica, discursiva, inclusiva. É nesse aprendizado com o Outro, no diálogo com o Outro, na inclusão do Outro que se faz o constitucionalismo e se afirma a democracia. Não é o monólogo de cima, não são os acordos político-estratégicos que o moldam. Somos nós e apenas nós. É esse, enfim, o maior aprendizado de nossa democracia nesses vinte e cinco anos. Que venham tantos outros!

Referências

- AGRESTO, John. *The Supreme Court and constitutional democracy*. Cornell: Cornell University, 1984.
- ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.
- _____. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, jun. 2003.
- _____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- _____. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism*. New York: Springer, 2010.
- _____. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: um debate sobre os limites da racionalidade. In: GUERRA, Luiz (Org.). *Temas contemporâneos do direito: homenagem ao bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra, 2011.

BEVERIDGE, Albert J. *The life of John Marshall*. New York: Houghton Mifflin, 1919.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.9597/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 23 fev. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 670/ES, de 25 de outubro de 2007. Relator: Ministro Maurício Corrêa. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 708/DF, de 25 de outubro de 2008. Relator: Ministro Gilmas Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 712/PA, de 25 de outubro de 2007. Relator: Ministro Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, de 29 de maio de 2008. Relator: Ministro Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 28 maio 2010.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 33. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 25 maio 2011a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF, de 5 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 out. 2011b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277, de 5 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 nov. 2012a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, de 5 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 dez. 2012b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 4 maio 2012c.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.470. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 set. 2012d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32033/DF, de 24 de abril de 2013. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 29 abr. 2013a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32036/DF. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 maio 2013b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32037/DF. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 maio 2013c.

CALGARO, Fernanda. Para ministro, PEC que submete decisões do Supremo ao Congresso é “retaliação”. *UOL Notícias*, São Paulo, 24 abr. 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/04/24/para-ministros-pec-que-submete-supremo-a-congresso-e-perniciosa-e-tenebrosa.htm>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

CORRÊA, Oscar Dias. O 160º aniversário do STF e o novo texto constitucional. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 41, n. 173, p. 67-88, jul./set. 1988.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden (Org.). *A quem interessa o controle de constitucionalidade?: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Pesquisa Edital MCT/CNPq, nº 14/2010 – Universal, Brasília, 2013. No prelo.

DERRIDA, Jacques. Declarations of independence. In: DERRIDA, Jacques. *Negotiations: interventions and interviews, 1971-2001*. Stanford: Stanford University, 2002.

_____. *Séminaire la bete e le souverain*. Paris: Galilée, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University, 1986.

_____. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Marbury v. Madison*. Washington: Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 1803.

FANGMANN, Helmut D. *Justiz gegen Demokratie: Entstehungs- u. Funktionsbedingungen der Verfassungsjustiz in Deutschland*. Frankfurt: Campus Verlag, 1979.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University, 1988.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Truth and method*. New York: Continuum, 2004.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist*. New York: Bedford, 2003

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Niemeyer, 2006.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007.

_____. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University, 2008.

_____. *Towards juristocracy*. Cambridge: Harvard University, 2007.

JACKSON, Robert H. *The struggle for judicial supremacy*. New York: Knopf, 1941.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University, 2004.

MAUS, Ingeborg. Justiz als gesellschaftliches Über-Ich: Zur Funktion von Rechtsprechung in der ‚vaterlosen‘ Gesellschaft. In: FAUSTISCH, Werner; GRIMM, Gunter. *Sturz der Götter?: Vaterbilder im 20. Jahrhundert*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989.

MCCLOSKEY, Robert G.; LEVINSON, Sanford. *The American Supreme Court*. Chicago: University of Chicago, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese de Doutorado – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O papel do Senado no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, v. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MÖLLERS, Christoph. Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts. In: JESTAEDT, Mathias et al. *Das entgrenzte Gericht: eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Frankfurt: Suhrkamp, 2011.

MORGAN, Edmund. *Inventing the people: the rise of popular sovereignty in England and America*. London: W.W. Norton, 1989.

O ESTADO DE S. PAULO. Ministros do STF criticam proposta de submeter decisões da Corte ao Congresso. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 24 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.estado.com.br/noticias/nacional,ministros-do-stf-criticam-proposta-de-submeter-decisoes-da-corte-ao-congresso,1025075,0.htm>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. PEC 33, separação de poderes e o aprisionamento judicial da Constituição. *Crítica Constitucional*, Brasília, 27 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/pec-33-separacao-de-poderes-e-o-aprisionamento-judicial-da-constituicao/>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

SELIGMAN, Felipe. Barbosa diz que reduzir poderes do STF fragiliza democracia. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/04/1269014-barbosa-diz-que-reduzir-poderes-do-stf-fragiliza-democracia.shtml>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. A emenda e o Supremo. *Valor Econômico*, São Paulo, p. A18, 3 maio 2013.

TORRES, Izabela. Entrevista Gilmar Mendes. *Correio Braziliense*, Brasília, 17 ago. 2008.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999.

_____. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 101, n. 8, p. 2781-2802, Ago. 2003.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University, 1999.

_____. Judicial review and the conditions of democracy. *The Journal of Political Philosophy*, Oxford, v. 6, n. 4, p. 335-355, 1998.

_____. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1347-1406, 2006.

WHITTINGTON, Keith E. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. history*. Princeton: Princeton University, 2007.

Ativismo judicial no Brasil

O caso da fidelidade partidária

AMANDINO TEIXEIRA NUNES JUNIOR

Sumário

Introdução. 1. Premissas. 2. Ativismo judicial. 2.1. Conceitos e caracterização. 2.2. Distinção entre ativismo judicial e judicialização da política. 3. Fidelidade partidária. 3.1. Conceitos e caracterização. 3.2. Resgate histórico. 3.3. Fidelidade partidária na Constituição de 1988. 3.4. Fidelidade partidária na legislação ordinária. 4. Fidelidade partidária em decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal. 4.1. Consultas nºs 1.398 e 1.407 – TSE e Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604 – STF. 4.2. Bases constitucionais da perda do mandato em face da infidelidade partidária: um ativismo indevido? 4.3. Consequências da perda do mandato em face da infidelidade partidária. 5. O caso da fidelidade partidária como manifestação do ativismo judicial no Brasil. Conclusão.

Introdução

O impacto da expansão da atividade do Judiciário apresenta grande potencial de análise e, por isso, tem sido alvo de reflexão e de pesquisa por parte dos estudiosos tanto nacionais quanto estrangeiros.

Com efeito, o ativismo é fenômeno ocorrente não só entre os órgãos do Judiciário, como também entre os Tribunais Constitucionais. Nesse sentido, são inúmeros os exemplos de ativismo na América Latina, nos Estados Unidos e na Europa.

Em relação à América Latina, Ansolabehere (2007, p. 39, tradução nossa) assinala que,

“[...] nos países da América Latina e em muitas novas democracias, a reflexão acerca da relação entre política e direito tomou um novo rumo.

Amandino Teixeira Nunes Junior é mestre em Direito pela UFMG, doutor em Direito pela UFPE, doutorando em Ciência Política pela UnB, professor universitário e consultor legislativo da Câmara dos Deputados.

Depois de centrar-se na dependência do poder judiciário com respeito ao poder político, ante a crescente importância que adquire a atividade judicial, inicia uma virada em direção à forma em que o poder judiciário intervém e processa conflitos políticos. Em outros termos, a balança começou a inclinar-se desde a preocupação pela dependência do poder judiciário à preocupação pela dependência do poder político das decisões judiciais. A tematização das citadas judicialização da política e politização da justiça toma parte deste novo impulso.”

Ansolabehere (2007) examina as relações entre o Judiciário e o poder político na Argentina e no México, com base na jurisprudência das Cortes Supremas desses países, entre 1983 e 2001, na Argentina, e entre 1988 e 2001, no México, concluindo que existem dois modelos diferentes, no que concerne ao posicionamento diante da judicialização da política.

Assim, para Ansolabehere (2007, p. 45, tradução nossa), há

“[...] um modelo em que se encaixa a Suprema Corte da Argentina, a que denominaremos “árbitro prudente”, porque tende a problematizar e a definir os limites de suas funções, e outro que denominaremos “árbitro assumido”, em que não se observa expressa preocupação para definir os limites de sua função, e que corresponde à Suprema Corte de Justiça mexicana.”

Observa Ansolabehere (2007, p. 50, tradução nossa) que a posição de árbitro prudente, atribuída à Corte Suprema de Justiça argentina, significa que “a Corte não deve envolver-se nos conflitos entre poderes políticos quando ainda não se tenham esgotado os procedimentos prévios”.

Em contraposição à congênere argentina, a Suprema Corte de Justiça mexicana atua como árbitro assumido, segundo Ansolabehere (2007, p. 51, tradução nossa), “na resolução do con-

flito político e no estabelecimento de limites à política. É uma Corte não preocupada com os limites de sua função. Ante o conflito decide, ainda que nem sempre em forma garantista, com respeito aos direitos”.

Ao analisar a ocorrência do fenômeno da judicialização na Colômbia, Yepes (2007, p. 54) assinala que esse país,

“nas últimas duas décadas, conheceu formas importantes de judicialização da política em numerosos campos, mas talvez os mais significativos tenham sido os seguintes: (a) a luta contra a corrupção política e pela transformação das práticas políticas; (b) o controle dos excessos governamentais, em especial nos estados de exceção; (c) a proteção de grupos minoritários e da autonomia individual; (d) a proteção de populações estigmatizadas ou em situações de debilidade manifesta e, por último, mas nem por isso menos importante; (e) a gestão da política econômica, devido à proteção judicial dos direitos sociais.”

Nos Estados Unidos, o ativismo é fenômeno verificado desde o paradigmático caso *Marbury v. Madison*, de 1803, quando a atuação do Judiciário no controle da constitucionalidade das leis passou a exercer um papel de destaque na vida política e social daquele país. Transpareceram do voto do juiz John Marshall, *Chief Justice* da Suprema Corte, as conexões entre a questão política, de um lado, e a discricionariedade administrativa e a lesividade do direito individual, de outro, conexões que viriam a repercutir sobre toda a doutrina mundial acerca do tema.

No entanto, foi a partir do século XX que a Suprema Corte norte-americana passou a acolher entendimentos em favor da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, notadamente em sede de revisão judicial (*judicial review*).

Hodiernamente, os autores exaltam o papel das Cortes dos Estados Unidos como o ramo

mais importante do denominado *Government*, em que se incluem o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Segundo Dworkin (1999, p. 15), “nenhum ministério é mais importante do que nossos tribunais”.

Para se ter uma ideia do prestígio do Judiciário norte-americano, em especial da Suprema Corte, Vile (1995) pontua que, durante toda a história da instituição, somente quatro de suas decisões foram contestadas e revogadas pelo Legislativo, resultando nas emendas 11, 14, 16 e 26. Na verdade, a capacidade do Judiciário norte-americano de influir no modo como funcionam as instituições daquele país é enorme e parece aumentar com o passar do tempo.

Com efeito, o último capítulo da eleição presidencial norte-americana de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento do caso *Bush versus Gore*. Observa Tavares (2012) que esse caso foi judicializado quando os juízes determinaram a conclusão da contagem dos votos no Estado da Flórida, onde se constatou uma diferença inferior a 0,05% do total de votos entre os candidatos. Essa pequena diferença exibida no resultado final implicava, necessariamente, em face da legislação eleitoral norte-americana, a recontagem automática dos votos, razão pela qual os candidatos vieram a pleiteá-la em alguns locais desse Estado.

A pequena margem na vitória de Bush tornara o resultado da Flórida crucial para definir as eleições no colégio eleitoral. Aduz Tavares (2012) que a questão acabou sendo decidida pela Suprema Corte, que declarou a inconstitucionalidade do processo de recontagem dos votos, dando a vitória a Bush.

Em janeiro de 2010, decisão da mesma Suprema Corte reverteu disposições da legislação norte-americana que vigoraram nas últimas duas décadas sobre financiamento de campanhas e que tinham como objetivo limitar os gastos de campanha e aumentar a transparência das fontes de financiamento político. Assim, ficou eliminado qualquer limite às doações que as empresas e corporações podiam fazer aos candidatos a cargos eletivos em campanha eleitoral. Essa decisão da Suprema Corte abriu novos caminhos para os gastos políticos das pessoas jurídicas nos Estados Unidos e influenciou o cenário da disputa eleitoral de 2010.

Na Europa, são também inúmeros os casos ocorrentes do fenômeno do ativismo. Aos Tribunais Constitucionais europeus cabe não apenas solucionar os conflitos suscitados entre jurisdições e atividades administrativas ou julgar a constitucionalidade das leis e tratados internacionais, como também decidir sobre as violações dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Assim, na França, os efeitos da intervenção do Conselho Constitucional sobre a ordem política têm sido relevantes. Nesse sentido, Castro (1997, p. 149) assinala que o papel desse órgão “foi decisivo para a sorte

de diversas iniciativas de reforma, tais como o programa de nacionalização patrocinado pelo governo de François Mitterrand, a política universitária e a política de competitividade incluída na Lei de Imprensa de 1984”.

Na Alemanha, de modo idêntico, a atuação do Tribunal Constitucional tem orientado definitivamente a vida e os debates políticos. Todos os movimentos político-constitucionais alemães trouxeram consigo processos de conscientização política da magistratura. O legislador alemão está submetido ao direito e sabe que suas ações poderão ser controladas judicialmente.

Para Favoreu (2004, p. 76),

“a possibilidade de o Tribunal Constitucional solucionar todo conflito de atribuições entre os órgãos constitucionais ou entre a Federação e Lânder confere ao juiz constitucional um poder de arbitragem enorme. Finalmente, a Corte Constitucional exerceu uma função indispensável no estabelecimento e no fortalecimento da coesão da sociedade política, sendo ao mesmo tempo um elemento estabilizador e uma força de integração.”

Lembra Castro (1997, p. 149) que, na Alemanha,

“a atuação do Poder Judiciário revelou-se de extrema importância para a determinação da dinâmica do processo político e de seus resultados em diversas áreas substantivas, que vão desde a política externa (*Ostpolitik*) até a política universitária e a política de relações industriais.”

Na Espanha, a jurisprudência do Tribunal Constitucional é considerável, notadamente em decorrência do *recurso de amparo*, mas tende a desenvolver-se também sobre as relações entre o Estado e as Comunidades Autônomas.

Dessa forma, a atuação política do Tribunal Constitucional espanhol torna-se cada vez mais importante, à medida que contribui para reduzir

e pacificar os conflitos entre o Estado e as Comunidades Autônomas, principalmente as mais poderosas, que são a Catalunha e o País Basco.

Na Itália, assinala Castro (1997, p. 149) que

“a politização da magistratura judicial através de reformas na estrutura da carreira e dos órgãos de representação profissional desde o final da década de 1960, determinou um aumento de intervenções judiciais em setores como as relações industriais, a defesa de interesses difusos e a repressão ao terrorismo (e mais recentemente à corrupção).”

Daí por que a atuação da Corte Constitucional italiana tem sido decisiva para o exercício do direito de greve, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e o combate ao crime organizado e à corrupção na política.

Como se observa, o ativismo é fenômeno ocorrente em escala global. Em diferentes partes do mundo e em épocas diversas, os tribunais vêm se destacando como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político ou implementação de políticas públicas.

No Brasil, o que se observa hoje é uma situação que transcende a mera interpretação da Constituição e das leis e o controle dos atos legislativos pelo Judiciário. Não raro, encontramos juízes tomando decisões sobre questões eleitorais e partidárias que antes eram decididas nas casas legislativas ou nos partidos políticos, sem a interferência do Judiciário.

Assim, na expansão da sua atividade, o Judiciário – principalmente o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal –, após a promulgação da Carta de 1988, tem adotado um papel mais ativo na interpretação da Constituição e das leis, potencializando o sentido e o alcance de suas normas e sobrepondo-se ao Legislativo na tomada de decisões. Dessa forma, exhibe uma postura proativa própria do ativis-

mo judicial, inclusive com o estabelecimento de novas condutas não previstas na legislação em vigor.

Essa nova feição da atividade do Judiciário tem trazido perplexidades sobre as competências constitucionais do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, as quais, a cada dia, prolatam novas decisões sobre questões políticas.

Caso emblemático que se tem observado é o da fidelidade partidária, cujo sentido, no direito eleitoral e partidário, está ligado aos deveres impostos pelo estatuto do partido político ao seu filiado, eleito ou não eleito, no sentido da observância do programa partidário e das decisões tomadas nas instâncias superiores (convenções, executivas, diretórios, etc.). Nesse diapasão, a infidelidade partidária seria caracterizada como ato de rebeldia e de indisciplina relacionado a compromissos assumidos por um partido político. Os ordenamentos jurídicos, em geral, estabelecem sanções para atos de infidelidade partidária, assim definidos pela respectiva legislação eleitoral e partidária, especialmente para aqueles que hajam sido eleitos para o desempenho de mandatos eletivos.

Entre nós, a Constituição, no § 1º do art. 17, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 2006, assegura aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, bem como para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais sem obrigatoriedade de vinculação entre candidatos em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas sobre fidelidade e disciplina partidárias.

Por sua vez, a Lei nº 9.096, de 1995, que trata dos partidos políticos, prevê, nos arts. 23 a 26, normas sobre a matéria, com destaque para o art. 25, que autoriza o estatuto do partido a estabelecer, além das medidas disciplinares

básicas de caráter partidário, as normas sobre penalidades aplicáveis ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelo partido, inclusive com o desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa.

Como se observa, a legislação eleitoral e partidária brasileira não prevê a perda do mandato em razão da infidelidade partidária. Com efeito, segundo Silva (2011, p. 407), “a Constituição não permite a perda do mandato por infidelidade partidária; ao contrário, até o veda, quando, no art. 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo.”

Segundo a doutrina sustentada por eméritos juristas, a Carta Magna não admite, expressamente, a perda do mandato em função da infidelidade partidária. Nem por isso o posicionamento dos tribunais trilhou esse entendimento.

Assim é que o Tribunal Superior Eleitoral, nas respostas à Consulta nº 1.398, do antigo Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas (DEM), e à Consulta nº 1.407/2007, do deputado federal Nilson Mourão (PT/AC); bem como o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 22.604, firmaram o entendimento de que, se o candidato, após o pleito, nas eleições proporcionais e majoritárias, mudasse, sem justa causa, de partido ou de coligação partidária pelos quais fora eleito, perderia o mandato, uma vez que este pertenceria ao partido ou à coligação, e não ao candidato.

Após as decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, que seguiram a premissa de que o mandato é do

partido ou da coligação e, por isso, a troca de legenda sujeita o infrator à perda do mandato, restou assentado, na jurisprudência brasileira, que a infidelidade partidária, mais do que um desvio ético-político do parlamentar, representa, quando não baseada em justa razão, uma inadmissível ofensa ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, além de constituir verdadeira fraude à vontade do eleitor.

Pretende-se, assim, examinar aqui o ativismo judicial no Brasil com base nas decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal sobre a fidelidade partidária.

Para tanto, o presente artigo se estrutura em cinco capítulos. No primeiro capítulo, abordam-se algumas premissas abrangendo a soberania popular, a democracia, o mandato político representativo, o partido político e a fidelidade como princípio da organização partidária.

No segundo capítulo, aborda-se o ativismo judicial, com enfoque no seu conceito e caracterização e na distinção entre ativismo judicial e judicialização da política.

No terceiro capítulo, discorre-se sobre a fidelidade partidária, abordando seu conceito e caracterização, seu resgate histórico nas Constituições brasileiras e sua disciplina na Constituição e na legislação ordinária vigentes.

No quarto capítulo, aborda-se a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, examinando a constitucionalidade, os fundamentos e as consequências da perda do mandato em face da infidelidade partidária.

No quinto (e último) capítulo, discute-se o caso da fidelidade partidária como manifestação do ativismo judicial.

Ao final do artigo, serão expostos alguns pontos sobre os quais vale refletir à guisa de conclusão.

1. Premissas

O caminho que leva à realização do estudo proposto passa por uma análise preambular de algumas premissas que vão nortear o desenvolvimento do artigo. Tais premissas dizem respeito à soberania popular, à democracia representativa, ao mandato político representativo, ao partido político e à fidelidade como princípio da organização partidária.

A soberania popular é considerada, na doutrina do direito constitucional, como um dos princípios basilares da democracia. Segundo Silva (2011), significa dizer que o povo é a única fonte do poder, o que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo.

Para Canotilho (2003), a soberania popular transporta várias dimensões historicamente sedimentadas, tais como:

“(1) o domínio político – o domínio de homens sobre homens – não é um domínio pressuposto e aceite: carece de uma justificação quanto à sua origem, isto é, de legitimação: (2) a legitimação do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância fora do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática); (3) o povo é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder.”

A Constituição estabelece, no seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, esclarecendo, ainda, no parágrafo único, que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos por ela estabelecidos. Assim, se o povo é soberano, e pode exercer por si mesmo essa faculdade, poderá também delegá-la a seus representantes.

Em síntese, pode-se afirmar que a soberania popular é a verdadeira consagração da democracia. Aliás, desde Abraham Lincoln a democracia, como regime político, é governo do povo, pelo povo e para o povo. Ainda hoje se considera esta formulação como a síntese mais lapidar do regime democrático.

Pode-se admitir, então, segundo Silva (2011, p. 126), que democracia é

“um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes.”

A democracia, como regime fundado na soberania popular, se apresenta de três formas: a *democracia* direta, a *democracia indireta* ou *representativa* e a *democracia semidireta*.

A democracia direta é aquela em que o povo, por si só, exerce os poderes estatais, administrando, legislando e julgando. Essa forma de democracia constitui, nos dias atuais, reminiscência histórica.

Por sua vez, a democracia indireta ou representativa é aquela em que o povo, em face da extensão territorial, da densidade populacional e da diversidade social, outorga os poderes estatais a seus representantes, que são eleitos periodicamente.

Finalmente, a democracia semidireta é a democracia representativa com alguns instrumentos de participação direta do povo no processo decisório, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, que integram o que se conhece modernamente como *democracia participativa*.¹

O que interessa a este trabalho, no entanto, é o estudo da democracia representativa, porquanto nela é que se desenvolvem a cidadania e a representação política, o que tende a se fortalecer na democracia participativa.

A Constituição, afirma Silva (2011, p. 137),

“combina representação e participação direta, tendendo, pois, para a democracia representativa. É o que, desde o parágrafo único do art. 1º, já está configurado, quando, aí, se diz que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa), ou diretamente (democracia participativa).”

A democracia representativa implica, assim, um conjunto de instituições, previstas constitucionalmente, que propiciam a participação do povo no processo político, constituindo os chamados direitos que formam a cidadania, tais

¹ Esses mecanismos da democracia semidireta estão hoje presentes nas Constituições de Estados como Dinamarca, Irlanda, França, Áustria, Alemanha, Itália, Suécia e Portugal.

como o sufrágio, as eleições, o sistema eleitoral e o sistema partidário.

Na verdade, os direitos políticos, previstos nos arts. 14 a 17 da Constituição, nada mais são do que um desdobramento do princípio democrático insculpido no citado art. 1º, parágrafo único, quando reza que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

É importante frisar que, considerando que o exercício do poder diretamente pelo povo ocorre apenas nas hipóteses do art. 14 do texto constitucional – plebiscito, referendo e iniciativa popular –, tem-se que a regra geral é a da representação, que se dá por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo.

O nosso sistema eleitoral, embasado na democracia representativa e semidireta, é eminentemente partidário. Nos países democráticos, as instituições políticas moldam e são moldadas pelo sistema eleitoral, com a firme e direta atuação conforme o sistema de partidos, que os considera como parte da estrutura constitucional, pouco importando a forma de Estado e o regime de governo.

Daí a importância do mandato político que o povo outorga aos seus representantes por meio dos partidos políticos, entidades cuja existência e fortalecimento tornam-se imprescindíveis para a preservação do regime democrático.

Aludiu-se, nas linhas precedentes, à estreita relação existente entre a soberania popular e a representação política. Na verdade, pode-se dizer que a representação política tem como ponto de partida a soberania popular, e a soberania popular conduz à democracia representativa, que tem como elemento básico o mandato político outorgado pelo povo aos seus representantes.

Portanto, a eleição gera, para o eleito, o mandato político representativo, que constitui um dos pilares do regime democrático. Nele se

materializam os princípios da *representação* e da *autoridade*. O primeiro significa que o poder, que emana do povo, é exercido em seu nome, por seus representantes periodicamente eleitos. O segundo significa que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que não tem vontade real e própria, adquire condições de manifestar-se e decidir.

Sobre o mandato político representativo, Silva (2011, p. 139) lembra que o instituto

“é criação do Estado liberal burguês, ainda como um dos meios de manter distintos Estado e sociedade, e mais uma forma de tornar abstrata a relação povo-governo. Segundo a teoria da representação política, que se concretiza no mandato, o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar de uma relação contratual; é *geral, livre, irrevogável* em princípio, e não comporta ratificação dos atos dos mandatários.”

Assim, três são as características básicas do mandato político representativo: a) é *geral*, o que foi eleito por uma parcela da sociedade exercerá o mandato por todas as pessoas que habitam o território nacional; b) é *livre*, pois não deve satisfações jurídicas ao eleitor, isto é, os eleitos não estão vinculados aos seus eleitores; b) é *irrevogável*, pois a regra é que o eleito cumpra o mandato no tempo previsto para sua duração, exceto nas hipóteses dos arts. 55 e 56 da Constituição de 1988.

No entanto, a evolução do processo político tem incorporado novos elementos de coordenação e expressão da vontade popular, como os sindicatos, as associações civis e a mídia, que propiciam uma relação mais próxima entre os mandatários e o povo, de modo que os eleitos acabam por prestar mais atenção às reivindicações populares, principalmente às de suas bases eleitorais. Os partidos, em particular, tendem a dar feição imperativa ao mandato político

representativo, a fim de que os eleitos estejam comprometidos com o programa e as diretrizes partidárias.

O partido político é instância associativa permanente e estável, dotada de ideologia e programa próprios, destinados à arregimentação coletiva, tendo em vista a conquista do poder, seja pela ocupação de cargos, seja pela capacidade de influenciar nas decisões políticas.

Dessa maneira, o partido político tem como função fundamental organizar a vontade popular e exprimi-la na busca do poder, com vistas à aplicação de seu programa de ação.

Observa Aras (2006, p. 243) que

“os partidos políticos, ao aglutinarem pessoas e grupos de diferentes matizes sociais, tornam-se depositários da confiança de seus filiados e adeptos na solução dos problemas pessoais (emprego, educação, lazer), da comunidade (saneamento básico, saúde e segurança públicas) e de realização de suas expectativas (justiça, paz, bem comum).”

A Constituição, no seu art. 17, dispõe sobre os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para a preservação do Estado Democrático de Direito, afirmando a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos e conferindo-lhes a função de assegurar, resguardados a soberania nacional, o regime democrático e o pluripartidarismo, a autenticidade do sistema representativo e de defender os direitos fundamentais da pessoa humana.

O art. 17, § 1º, assegura aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.²

Observe-se que a autonomia partidária, deferida constitucionalmente, imuniza o partido político da interferência do legislador ordinário, mas não o imuniza totalmente contra a atuação normativa do legislador, desde que compatível com os parâmetros estabelecidos pela Constituição.

Portanto, o partido político, na tipificação das condutas consideradas atos de infidelidade partidária, deve respeitar os preceitos constitucionais (especialmente os direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e de consciência) e legais (particularmente a Lei nº 9.096, de 1995) para a imposição de sanções.

Com efeito, como o mandato, no Brasil, é representativo, não imperativo, o instituto deve ser aplicado com parcimônia, de modo a impedir a formação de uma ditadura partidária, com o domínio de monopólios ou oligopólios políticos.

Nesse sentido, aduz Clève (1998, p. 31) que

“mesmo que necessário o instituto para manutenção da coesão partidária, ele não pode ser utilizado ao ponto de: (i) ofender a natureza da representação; (ii) substanciar mecanismo de violação aos direitos fundamentais dos mandatários; (iii) implicar desvio de finalidade (a pretexto de manter a coesão partidária faculta-se o controle das minorias oligárquicas sobre os mandatários); (iv) permitir a cassação dos direitos políticos dos filiados eventualmente expulsos. Ou seja, o território da fidelidade partidária não é ilimitado, sendo certo que suas fronteiras derivam também da incidência da Constituição Federal. Apenas uma interpretação sistemática da Constituição é capaz de ilustrar os verdadeiros contornos do instituto. Qualquer interpretação isolada do texto do art. 17, § 1º, da Constituição, portanto, ensejará a emergência de um sentido falseado do texto constitucional e, nomeadamente, do regime de fidelidade no âmbito partidário.”

² Saliente-se que, em face da autonomia partidária, torna-se incompetente a Justiça Eleitoral para julgar matéria

interna corporis dos partidos políticos (TSE-Pleno-Consulta nº 1251/DF-Rel. Min. Carlos Ayres Britto).

Relativamente à natureza jurídica dos partidos políticos, a Constituição os definiu como pessoa jurídica de direito privado, nos termos do art. 17, § 2º, segundo o qual os partidos políticos, depois de adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, após o que, lembra Moraes (2009, p. 266), “terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”.

Portanto, o registro dos estatutos partidários no Tribunal Superior Eleitoral confere aos partidos políticos a *capacidade eleitoral* necessária para participar das eleições e da propaganda eleitoral gratuitas no rádio e na televisão, receber cotas do fundo partidário e defender seus símbolos.

Os partidos políticos constituem, pois, um dos pilares do regime democrático e funcionam como instrumentos por meio dos quais se realiza a representação política. Em relação a esta, mencione-se o fato de que o sistema eleitoral brasileiro não admite candidaturas avulsas, tendo em vista que o art. 14, § 3º, V, da Constituição exige a filiação partidária como uma das condições de elegibilidade.

Como exemplo da importância atribuída pela Constituição aos partidos políticos, mencione-se o comando do referido § 1º do art. 17, que confere aos respectivos estatutos a atribuição de estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias – atribuição que não se traduz em mera faculdade, mas em efetivo dever. É dizer, os estatutos partidários terão que conter tais normas, prevendo consequências no caso de seu descumprimento.

Como observa Silva (2011, p. 408),

“a disciplina e a fidelidade partidárias passam a ser, pela Constituição, não uma determinante da lei, mas uma determinante estatutária (art. 17, § 1º). Não são, porém, meras faculdades dos estatutos. Eles terão que prevê-las dando consequências ao seu descumprimento e desrespeito. A disciplina não há de entender-se como obediência cega aos ditames dos órgãos partidários, mas respeito e acatamento do programa e objetivo dos partidos, às regras de seu estatuto, cumprimento de seus deveres e probidade no exercício de mandatos ou funções partidárias, e, num partido de estrutura interna democrática, por certo que a disciplina compreende a aceitação das decisões discutidas e tomadas pela maioria de seus filiados-militantes.”

Adiante, aduz Silva (2011, p. 408) que

“o ato indisciplinar mais sério é o da infidelidade partidária, que se manifesta de dois modos: (a) oposição, por atitude ou pelo voto, a diretrizes legitimamente estabelecidas pelo partido; (b) apoio ostensivo ou disfarçado a candidatos de outra agremiação.”

Nesse diapasão, observa Aras (2006, p. 244-245) que

“a fidelidade e a disciplina partidárias são figuras que integram o elenco de direitos e garantias fundamentais, de aplicação imediata, cabendo aos partidos políticos estabelecer, nos seus estatutos, as regras descritivas das infrações e respectivas penalidades, dentre as quais, se pode incluir a perda do mandato, sem confrontar nenhuma outra norma da mesma índole constitucional.”

Acresça-se que, na esteira da Constituição, a Lei nº 9.096, de 1995, que trata dos partidos políticos, estabelece, no seu art. 15, V, que o estatuto do partido deve conter, entre outras, regras sobre disciplina e infidelidade partidárias.

A fidelidade partidária é erigida pela Constituição à condição de princípio da organização e funcionamento dos partidos políticos, devendo constar dos estatutos partidários. Não é mera faculdade estatutária. Na verdade, como salientado, os estatutos terão que prevê-la, bem como estabelecer sanções para os atos de infidelidade partidária, que poderão ir da simples advertência até a exclusão do filiado.

2. Ativismo judicial

2.1. Conceitos e caracterização

São inúmeros os conceitos oferecidos pelos autores, tanto brasileiros quanto estrangeiros, sobre ativismo judicial. Senão, vejamos.

Kmiec (2004) relata que a expressão “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez, em janeiro de 1947, por Arthur Schlesinger Junior, em artigo publicado na revista *Fortune*, no qual ele traçava o perfil dos nove juízes integrantes da Corte Suprema dos Estados Unidos. Nesse artigo, os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge foram considerados por Schlesinger como “ativistas judiciais”, porque desempenhavam um papel ativo na promoção do bem-estar social e acreditavam que a lei e a política eram elementos inseparáveis.

Cappelletti (1993) aborda o controle exercido pelo juiz sobre as atividades dos demais poderes, focando a análise da construção jurisprudencial e da possibilidade da criação do direito a partir da atividade interpretativa do magistrado. Para o autor, o fenômeno é de excepcional importância, não restrito ao campo do direito judiciário, mas, sim, refletindo amplamente o crescimento da atividade estatal. Assim, a expansão do Judiciário “representa o necessário contrapeso num sistema democrático *de checks and balances* à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno” (CAPPELETTI, 1993, p. 19).

O argumento de Cappelletti (1993) contempla um aspecto importante do ativismo judicial, que é a demanda por pronunciamento judicial, considerando o aumento da atividade do Estado, o que leva o cidadão a buscar a Justiça para fazer valer seus direitos. Ou seja, quanto mais atividade estatal, mais insatisfação por parte dos cidadãos e, em consequência, mais processos judiciais.

Ao abordar o sistema francês, Garapon (1999) destaca a influência crescente do Judiciário sobre a sociedade e a crise de legitimidade que assola as democracias ocidentais, como parte de um processo de mudança social.

Em sua abordagem, Garapon (1999) considera que a expansão do Judiciário decorre do enfraquecimento do Estado pelo mercado e pelo desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democrática. A expansão do Judiciário resulta de uma transferência do simbolismo da democracia da política para a Justiça, como produto de uma profunda mudança social. A transformação da Justiça em símbolo da moralidade pública e da dignidade democrática é positiva, embora não admita o autor a substituição do político pelo jurídico.

Ferejohn (2002) aborda o ativismo judicial a partir do deslocamento das competências do

Legislativo para os tribunais e outras instituições jurídicas. São exemplos citados pelo autor a atuação dos juízes interferindo no sistema de troca de gabinetes, a cassação de primeiros-ministros e presidentes e a intervenção do Judiciário em disputas eleitorais, como foi o caso de George Bush nos Estados Unidos.

Para Ferejohn (2002), há dois argumentos para a expansão da atividade do Judiciário. O primeiro é o que ele denomina “hipótese de fragmentação”. Isso significa que a fragmentação que ocorre entre os ramos políticos diminui a capacidade de legislar das casas legislativas ou de estas se tornarem os centros das decisões políticas. O segundo é o que chama de “hipótese de direitos”. Isso quer dizer que os tribunais são vistos com maior confiabilidade na proteção de um amplo e importante rol de direitos contra abusos políticos.

Ibañez (2003) alerta para uma mudança do comportamento jurisprudencial dos tribunais, que passaram a atuar nos vazios institucionais decorrentes da inércia do Executivo e do Legislativo. Essa alteração foi impulsionada pelas mudanças dos paradigmas das escolas jurídicas em face da crise do positivismo, pela delegação ou pela omissão do Executivo, pelo aperfeiçoamento das instituições judiciais, pelo aumento da demanda da sociedade civil por mais justiça e pela constitucionalização dos direitos fundamentais.

Para Sunstein (2005, p. 43), o ativismo judicial pode ser mensurado pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida os atos de outros poderes de Estado, especialmente do Legislativo. Ou seja, a frequência com a qual os tribunais retiram a decisão das mãos dos eleitores.

Dworkin (2006, p. 135), ao examinar o fenômeno do ativismo judicial na sociedade norte-americana, destaca que, “em décadas recentes, as principais batalhas sobre a natureza

da democracia têm sido travadas em torno da autoridade dos juízes e da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade dos atos de outros órgãos do governo”.

Grimm (2006) aborda a questão do ativismo judicial como o avanço do Judiciário na arena política. O autor analisa o processo geral de regulação e a expansão da produção legislativa. O aumento do processo de regulação leva a uma expansão do controle por parte do juiz. Assim, para o autor, “a crescente importância dos tribunais no último século tem sua principal razão no ativismo judicial. Os juízes conquistam cada vez mais terreno que era formalmente reservado à decisão política ou à auto-regulação social” (GRIMM, 2006, p. 17).

Salienta Grimm (2006) a vontade dos políticos de se submeterem ao escrutínio judicial. Para o autor, os políticos estão preparados para permitir que os juízes revisem os atos políticos. A falta de envolvimento dos políticos em determinadas matérias polêmicas tem levado a sociedade ao Judiciário para que este produza soluções para os casos apresentados.

Canivet (2006), ao tratar do ativismo judicial, destaca o respeito e a confiança que a sociedade deposita nos juízes, que possuem a coragem e a dignidade necessárias para julgar as questões que lhes são confiadas pelos cidadãos, em face da violação de seus direitos. Essa confiança, segundo o autor, é retirada dos homens políticos e depositada nos juízes, independentemente de suas decisões.

Hirschl (2006) alerta para a expansão da atividade de controle da política para além das questões jurídicas, englobando o que identifica como “megapolítica”, isto é, as controvérsias políticas essenciais, que, frequentemente, definem e dividem todas as políticas, como o processo eleitoral, os problemas de justiça restaurativa, as questões de identidade coletiva fundacional e os processos relativos à natureza e à definição

do corpo político. Esse processo de progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para órgãos judiciais é denominado *juristocracia* pelo autor.

Alexy (2007) associa o ativismo judicial a uma jurisdição constitucional fornecedora da última palavra, de forma a proteger os cidadãos de eventuais abusos de seus representantes políticos. Dessa forma, apesar de ser o Legislativo quem elabora as normas, a interpretação final ficará sempre a cargo do Judiciário. Assim, o Tribunal Constitucional consegue transformar a concepção que possui sobre problemas sociais e políticos em componentes da Constituição e, com isso, assume a política, afastando o debate democrático das vias tradicionais e desenhando novos espaços de representação.

Supõe Alexy (2007) a existência não só de uma representação política, mas também de uma representação argumentativa exercida, particularmente, pelo Tribunal Constitucional. Para o autor, o jogo democrático pressupõe uma racionalidade discursiva e o discurso exige a democracia deliberativa. Nela o discurso não é composto apenas por interesses e poder, mas abrange também os argumentos dos participantes que lutam por uma solução política correta. Quando as leis respeitam e promovem os direitos fundamentais, a maioria parlamentar atende às exigências da democracia deliberativa. Do contrário, resta recorrer ao remédio da jurisdição constitucional.

No Brasil, a questão do ativismo judicial tem sido também debatida. Merece referência o estudo realizado por Ferreira Filho (1994), que aponta as mudanças decorrentes da Constituição de 1988 como causadoras da ruptura do modelo tradicional de atuação do Judiciário, transformando-o em um poder político.

Ferreira Filho (1994) aponta, entre as alterações importantes advindas da Carta de 1988, as seguintes: i) instituição da ação de inconstitucionalidade por omissão; ii) ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade; iii) instituição do mandado de injunção; iv) alargamento do objeto da ação popular; v) ampliação das funções institucionais do Ministério Público; e vi) instituição da ação de impugnação de mandato eletivo.

Tem o mesmo entendimento o estudo de Castro (1997, p. 147), no qual analisa o impacto político do comportamento do Supremo Tribunal Federal. Segundo o autor, trata-se de uma “nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais”.

Para Castro (1997), o ativismo judicial promove uma interação entre os poderes, o que não é, necessariamente, prejudicial à democracia; esta, na verdade, constitui requisito da expansão do Judiciário.

Pogrebinschi (2000) considera que o ativismo judicial ocorre quando o juiz: a) usa seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do Estado; b) promove, por meio de suas decisões, políticas públicas; c) não considera os princípios de coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade. Afirmar a autora que “o ativismo judicial implica a tomada de posição política: o juiz ativista define-se como um agente político” (POGREBINSCHI, 2000, p. 122).

Para Teixeira (2001, p. 43), o ativismo judicial tem lugar quando for verificada uma das seguintes hipóteses, ou ambas:

“i) tribunais ou juízes fazem ou ampliam sua participação no processo decisório referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas”; ou ii) “negociações não-judiciais e fóruns de tomada de decisões tipicamente políticos são afetados ou passam a adotar em seu funcionamento e no comportamento dos seus operadores regras e procedimentos judiciais”.

Cittadino (2002) destaca a ampliação do controle normativo do Judiciário no âmbito das democracias representativas como um dos temas centrais das discussões que se fazem no âmbito da ciência política, da sociologia do direito e da filosofia do direito. Segundo a autora,

“o protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos Poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas” (CITTADINO, 2002, p. 17).

Segundo Carvalho (2004, p. 115-120), “essa nova arquitetura institucional propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Judiciário nos processos decisórios”, sendo que “alguns tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político”.

Carvalho (2004) identifica seis *condições* para o surgimento e a consolidação do ativismo judicial: i) um sistema político democrático; ii) o princípio da separação dos Poderes; iii) o exercício de direitos políticos; iv) o uso dos tribunais, em alguma medida, pelos grupos de interesse; v) o uso dos tribunais pela oposição; e vi) a inefetividade das instituições majoritárias.

Observa Arantes (2007, p. 232) que, no Brasil, pela primeira vez, o Judiciário tornou-se uma instituição política importante, graças a um sistema extremamente descentralizado de revisão judicial, amplamente acessível aos indivíduos e aos atores políticos e sociais. O Judiciário, assim, tornou-se um ator importante no processo de decisão política,

acentuando ainda mais o modelo consensual da democracia brasileira.

Sadek (2007, p. 131-133), ao analisar as modificações ocorridas na esfera judiciária brasileira, salienta que

“a Constituição de 1988 imprimiu atributos de poder de Estado ao Judiciário. A instituição foi configurada com capacidade real de exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, quer provenientes do Executivo quer do Legislativo. Dessa forma, foram criadas as qualidades necessárias para participar ativamente da vida pública [...] O pós-1988 transformou o Poder Judiciário e especialmente o STF em uma arena privilegiada, acentuando a sua face política. Com efeito, a Corte Suprema tem atuado em relação a temas cruciais, quer devido a omissões legislativas, quer recebendo demandas sobre questões controversas, quer se pronunciando sobre impasses políticos, quer proferindo decisões cruciais para a vida pública, com impactos na arena político-partidária, como os serviços públicos e também na configuração dos tribunais superiores e na estrutura do Poder Judiciário em sua totalidade.”

Ferraz Junior (2008), ao abordar o ativismo judicial, analisa várias decisões judiciais, destacando que o modelo de governança eleitoral adotado pelo Brasil fez com que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral avançassem no seu entendimento sobre o sentido e o alcance do texto constitucional, passando a adotar uma postura mais arrojada na sua atuação para identificar e corrigir, por meio de um processo interpretativo inovador, os possíveis defeitos da competição político-partidária.

Leite (2008) considera que o ativismo judicial decorre do crescimento do Judiciário para balanceamento do sistema, da insatisfação do povo em relação à conduta dos outros poderes e da evolução social, política e cultural dos tempos atuais.

Barroso (2011, p. 233) aborda o ativismo judicial destacando que esse fenômeno “está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Tavares (2012, p. 65) afirma que

“a ampliação do espaço ‘tradicional’ do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero *legislador negativo*, na expressão cunhada por Kelsen) foi viabilizada, dentre ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções.”

Como se observa, o conceito de ativismo judicial refere-se ao protagonismo do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais nas democracias modernas, a partir de uma postura proativa de seus membros, que têm interferido nas opções políticas dos demais Poderes, em especial do Legislativo.

2.2. Distinção entre ativismo judicial e judicialização da política

Ao tratar do ativismo judicial, cabe distingui-lo de outro parâmetro ligado ao protagonismo do Judiciário, qual seja, a judicialização da política. Com efeito, tanto a judicialização da política quanto o ativismo judicial têm a ver com a ruptura do sistema tradicional e estanque de separação de Poderes. Tratam-se, assim, da expansão da atividade do Judiciário, dando-lhe maior *status* institucional. As semelhanças, contudo, dão lugar às diferenças, como se verá adiante.

Relativamente ao conceito de judicialização da política, Tate e Vallinder (1995, p. 13) observam que

*“the judicialization of politics should normally mean either: (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.”*³

Por esse conceito, há dois aspectos a considerar em face da judicialização da política. O primeiro refere-se à transferência da tomada de decisão da arena administrativa (Poder Executivo) ou política (Poder Legislativo) para a arena judicial (Poder Judiciário). O segundo diz respeito à propagação do procedimento judicial para outros procedimentos: o procedimento administrativo e o procedimento legislativo.

Judicializar a política, segundo Tate e Vallinder (1995), implica expandir a área de atuação do Poder Judiciário e valer-se dos métodos e procedimentos próprios do processo judicial para a resolução de conflitos nas arenas políticas distintas daquelas típicas dos tribunais em dois contextos.

Nesse sentido, salientam Débora Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 114) que

“o primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder

³“A judicialização da política deve normalmente significar: (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial”.

de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseada na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).”

Os principais componentes que estão presentes no conceito de judicialização da política podem ser assim expostos: (i) a presença de um novo ativismo judicial, com o surgimento de novas questões aptas a serem dirimidas pelos juízes e tribunais; (ii) o interesse dos políticos e administradores em adotar: (a) métodos e procedimentos típicos do processo judicial; (b) parâmetros jurisprudenciais – ditados pelo Judiciário – nas suas deliberações.

Distingue Barroso (2011, p. 234) a judicialização da política do ativismo judicial. Para Barroso (2011), a judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.

Segundo Barroso (2011, p. 234),

“a judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do desenho institucional brasileiro, e não um exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. O ativismo judicial normalmente se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

Como se observa, atrelada ao debate sobre ativismo judicial está a questão da judicialização

da política. Encontrar definições teóricas que os distingam não é tarefa fácil. Encontra-se, contudo, uma base comum para ambos, que é o abandono de um sistema rígido de separação de Poderes.

3. Fidelidade partidária

3.1. Conceitos e caracterização

A abordagem da fidelidade partidária implica considerar vários de seus significados. Nesse diapasão, são muitos os conceitos formulados pelos doutrinadores sobre esse instituto jurídico. Vejamos alguns.

De Plácido e Silva (1991, p. 291) esclarece que,

“derivado do latim *fidelitas* (fidelidade, lealdade), no conceito jurídico, entende-se a observância exata e leal de todos os deveres ou obrigações impostos pela própria lei. É, assim, o cumprimento ou a execução de todos os deveres atribuídos a pessoa em virtude de encargo, e contrato ou de qualquer outra obrigação [...] Opõe-se à infidelidade, que é a falta de cumprimento da obrigação ou do dever imposto.”

Melo (1978, p. 52) descreve a fidelidade partidária como “o cumprimento dos compromissos de lealdade com o programa do partido e de obrigações assumidas com seus dirigentes”.

Farhart (1996, p. 432) assim conceitua a fidelidade partidária:

“consiste na adesão intelectual do membro do partido – filiado ou representante eleito, no Governo, no Congresso, nas Assembléias Legislativas estaduais ou nas Câmaras Municipais – à filosofia do partido, sua concepção de sociedade e dos métodos e meios para realizar suas idéias a esse respeito.”

Aras (2006, p. 163-164) afirma que a fidelidade partidária pode ser definida como a

“lealdade a um partido; observância do programa partidário e das decisões tomadas em suas instâncias deliberativas (convenção, diretórios, executivas, etc.) pelos filiados em geral e, sobretudo, por seus membros com assento no Parlamento ou na Chefia do Executivo.”

Ramayana (2008, p. 432) aduz que a compreensão do instituto da fidelidade partidária

“está correlacionada com os deveres impostos pelo estatuto do partido político ao seu filiado (eleito ou não eleito). A lei faz menção à fidelidade e disciplina, o que enseja uma evidente interligação entre as expressões que no fundo resvalam no acatamento das diretrizes e dos objetivos partidários.”

Tendo em vista os conceitos acima transcritos, pode-se dizer que são os seguintes os elementos caracterizadores da fidelidade partidária: i) lealdade ao partido político e cumprimento dos deveres pelos filiados em geral e, sobretudo, por seus membros eleitos com assento em casas legislativas; ii) observância do programa e dos objetivos partidários; iii) acatamento das decisões tomadas em suas instâncias deliberativas, tais como: convenção, diretórios, executivas, etc.

No direito comparado, a fidelidade partidária também se faz presente de modo diverso. Nos Estados Unidos, onde há dois partidos majoritários – o democrata e o republicano –, a fidelidade partidária caracteriza-se mais como uma exigência do eleitorado do que como uma imposição legal.

Segundo Aras (2006, p. 232),

“no contexto político norte-americano, seria considerado pouco confiável o parlamentar que mudasse de partido. A elevada taxa de reeleição dos políticos norte-americanos, que deve ser cotejada com a consistente rejeição do eleitorado brasileiro, é consequência da estabilidade política norte-americana. As altas taxas de reeleição – que oscilam entre 60% e 80% – seriam, assim, uma espécie de recompensa aos parlamentares, decorrentes de duas principais razões: a consolidação dos partidos políticos e a identificação dos eleitores com esses partidos, que provocaram um alto nível de fidelidade partidária.”

Na Alemanha, a fidelidade partidária é remetida para os estatutos dos partidos. Na prática, observa-se um profundo comprometimento dos filiados para com o programa e as diretrizes partidárias.

Na França, a disciplina da fidelidade partidária, de igual modo, fica a cargo dos partidos, sendo que os políticos franceses não trocam de partido, salvo no caso de fusão, incorporação ou criação de novo partido.

Observa Aras (2006, p. 236) que, naquele país, “a fidelidade partidária está associada aos partidos políticos serem marcados ideologicamente, o que compromete demasiadamente os eleitos. Torna-se, assim, particularmente difícil, neste contexto, explicar mudança de legenda aos eleitores”.

Como se vê, a característica comum dos países supracitados é que a fidelidade partidária é implícita, vale dizer, não houve necessidade de expressa previsão legal para que os políticos respeitassem o programa e as diretrizes de suas respectivas agremiações e a opção de escolha do eleitor na hora de votar.

Distintamente do Brasil, essas democracias, mesmo considerando suas peculiaridades históricas e temporais, possuem um sistema partidário e eleitoral consolidado, sendo o eleitor a força motriz para impedir atos de infidelidade de políticos que tendem a priorizar suas ambições individuais em detrimento dos respectivos partidos.

Finalmente, convém mencionar que conduta oposta à fidelidade partidária é a infidelidade partidária, que é, para De Plácido e Silva (1991, p. 123), “o ato político que não respeita as diretrizes partidárias da sua agremiação ou abandona o partido sem justificativa”.

Melo (1978, p. 63) sustenta que a infidelidade partidária consiste em

“ato de felonía, relacionado a compromissos assumidos com um partido político. A legislação de alguns Estados prevê sanções para atos de infidelidade partidária, assim definidos pela respectiva legislação política, especialmente para aqueles que hajam sido eleitos para o desempenho de mandatos representativos.”

Nas linhas seguintes, serão apresentadas as origens e o histórico da fidelidade partidária no Brasil, ademais dos diplomas constitucionais e legais anteriores e posteriores à Constituição de 1988.

3.2. Resgate histórico

O instituto da fidelidade partidária é relativamente novo no Brasil. Certamente pelo fato de, até o final da década de 1960, o número de mudanças de partidos por parlamentares, pelo menos quantitativamente, não ser muito expressivo, as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 não cogitaram a fidelidade partidária nos seus textos.

A inovação só veio com a Constituição de 1967, ao se referir, no inciso V do art. 149, à fidelidade partidária.

No entanto, foi a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que deu *status* constitucional à fidelidade partidária, ao dispor, em seu art. 152, V, e parágrafo único, que:

“Art. 15. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

[...]

V – disciplina partidária;

[...]

Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.”

A Lei nº 5.682, de 1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), regulava a matéria, além de impor, como a norma constitucional, que se cassasse

o mandato do parlamentar que deixasse o partido pelo qual se elegeu ou descumprisse o programa e as diretrizes partidárias estabelecidas pelos órgãos de direção.

O instituto manteve-se inalterado pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978, até sua abolição pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985, que, na verdade, o retirou pura e simplesmente do texto constitucional, fator determinante para o enfraquecimento dos partidos políticos.

Nesse sentido, Vilhena (1986, p. 98) observa que

“a falta de compromisso com os princípios doutrinários e com o programa do partido sob cuja legenda o candidato se elegeu gera o enfraquecimento ou até mesmo a desmoralização dos partidos, a ponto de se afirmar que, no Brasil, os programas dos partidos são peças meramente formais, na grande maioria desconhecidos até dos próprios filiados, destinados apenas a atender as exigências da legislação eleitoral, por ocasião do registro do partido político perante o Tribunal Superior Eleitoral, ou para a formação do quociente eleitoral.”

A fidelidade partidária volta a figurar no texto constitucional brasileiro com a promulgação da Constituição de 1988, chamada de *Constituição Cidadã*.

3.3. Fidelidade partidária na Constituição de 1988

Reza o § 1º do art. 17 da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006:

“Art. 17. [...]

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.”

Como se observa, a Constituição de 1988 remete a regulamentação do instituto para os estatutos partidários, com a exclusão da possibilidade de perda do mandato em razão da infidelidade partidária. É dizer, o texto constitucional não obriga a permanência do agente político (do Poder Legislativo ou do Poder Executivo) no partido sob cuja legenda foi eleito, nem prevê qualquer penalidade para a troca de partidos. Ao revés, até proíbe a perda do mandato por infidelidade partidária, quando, no seu art. 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos casos expressamente indicados no mesmo artigo.

Ademais, a Constituição de 1988, ao dispor sobre as condições de elegibilidade, determina, no seu art. 14, § 3º, V, a filiação partidária como uma das exigências para o cidadão postular a candidatura a qualquer cargo eletivo.

3.4. Fidelidade partidária na legislação ordinária

Condição de elegibilidade e, portanto, pressuposto para a candidatura e aquisição do mandato eletivo, a filiação partidária, que a Constituição exige (art. 14, § 3º, V), é fator determinante da fidelidade partidária, no sentido de exigir dos filiados a observância dos princípios doutrinários e das diretrizes programáticas constantes dos estatutos partidários. É o que determina, no plano infraconstitucional, a Lei nº 4.737, de 1965, que instituiu o Código Eleitoral, e a Lei nº 9.096, de 1995, que dispõe sobre os partidos políticos e regulamenta dispositivos da Constituição.

Assim, a Lei nº 4.737, de 1965 (Código Eleitoral), estabelece, no seu art. 87, *caput*, que somente podem concorrer às eleições os candidatos registrados por partidos políticos.

Por sua vez, a Lei nº 9.096, de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), determina, no seu art. 15, V, que o estatuto do partido deve conter, entre outras, normas sobre: “V – fidelidade e disciplina partidária, processo para apuração das infrações e aplicação das penalidades, assegurado amplo direito de defesa”.

O capítulo V do mencionado diploma legal cuida da fidelidade e da disciplina partidárias. Nele se incluem os arts. 23 e 24, que assim dispõem:

“Art. 23. A responsabilidade por violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida pelo competente órgão, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido.

§ 1º Filiado algum pode sofrer medida disciplinar ou punição por conduta que não esteja tipificada no estatuto do partido político.

§ 2º Ao acusado é assegurado amplo direito de defesa.

Art. 24. Na Casa Legislativa, o integrante da bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto.”

É a consagração, na legislação infraconstitucional, especificamente na Lei dos Partidos Políticos, do instituto da fidelidade partidária.

Quanto às penalidades decorrentes da infidelidade partidária, os arts. 25 e 26 do mencionado diploma legal estabelecem que:

“Art. 25. O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

Art. 26. Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito.”

Note-se que, consoante o art. 25, acima transcrito, a pena máxima que o estatuto do partido pode estabelecer, no caso de infidelidade partidária, é a desfiliação e a expulsão do parlamentar.

Na verdade, os casos de perda de mandato estão expressamente previstos no art. 55 da Constituição, não podendo ser eles ampliados por norma infraconstitucional ou pelo estatuto partidário.

Nesse sentido, cabe apenas ao Legislativo promover a mudança desse dispositivo constitucional para nele incluir a hipótese de perda do mandato por infidelidade partidária, e não a qualquer outro Poder, sob pena de inconstitucionalidade por usurpação de função.

O importante é que se deve avançar na disciplina legislativa da fidelidade partidária, tendo em vista o aperfeiçoamento desse instituto tão indispensável à democracia representativa em nosso País.

4. Fidelidade partidária em decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal

4.1. Consultas nºs 1.398 e 1.407 – TSE e Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604 – STF

O sistema partidário brasileiro tem experimentado, desde a redemocratização do país, iniciada em 1985, uma intensa migração partidária, muitas das vezes motivada por interesses pessoais em detrimento da soberania popular, como elevação das chances em eleições proporcionais, conflitos, busca de recursos para projetos locais e regionais, entre outros motivos.

Na verdade, a mudança injustificada de legenda introduz no legislativo um elemento de instabilidade que obstaculiza a consolidação do sistema representativo, com desgaste da imagem dos partidos e dos políticos e enfraquecimento da democracia.

A migração partidária tem, pois, contribuído para reduzir o grau de representatividade do regime democrático, pois não respeita a vontade

do eleitor. O voto dado a um partido é transferido, indiretamente, após as eleições, para outro partido, alterando a representação eleita, sem consultar o eleitor.⁴

Lembra Aras (2006, p. 250) que

“o descalabro da mudança de partido chegou ao cúmulo, nas eleições estaduais e federal de 2002, quando, entre a data da diplomação e antes mesmo da posse, em 1^a de janeiro de 2003, dezenas de parlamentares migraram, impunemente, chocando a sociedade brasileira com a já famosa *dança das cadeiras*, cujo objetivo foi o aumento de tempo na propaganda eleitoral no certame de 2004, sem embargo da satisfação de interesses pessoais.”

Nessa esteira, observam Thales e Camila Cerqueira (2008, p. 69) que,

“depois das eleições de 2006, ao menos 36 deputados trocaram de legenda. O Partido da República, por exemplo, recebeu 15 novos filiados eleitos por outras agremiações. Lado outro, dos 513 deputados eleitos, apenas 31 conseguiram se eleger com seus próprios votos. Os outros foram puxados para o Congresso pelos votos de legenda.”

Diante desse cenário é que, em 29 de março de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral, por maioria de 6 votos a 1, respondeu positivamente à Consulta n^o 1.398, do Partido da Frente Liberal (hoje, Democratas), definindo que os mandatos obtidos nas eleições proporcionais (vereadores, deputados estaduais, deputados distritais e deputados federais) pertencem aos partidos políticos ou às coligações, e não aos candidatos eleitos.

⁴O transfuguismo, ou troca de partido, não é ocorrência exclusivamente da democracia brasileira, sendo comum em outros países igualmente democráticos como Alemanha, França, Itália e Estados Unidos. No entanto, entre nós, tal prática se tornou endêmica após a redemocratização de 1985.

Em decorrência, aduzem Thales e Camila Cerqueira (2008, p. 69) que,

“se o candidato, após o pleito, mudasse de partido, este ou coligação originária estaria apto, na Justiça Eleitoral, a ajuizar ação constitutiva, com ampla defesa, de reivindicação da cadeira, uma vez que esta pertenceria ao partido ou coligação, mas não ao candidato, uma vez que o sistema é o proporcional. A única exceção à perda do mandato estaria numa eventual justificativa plausível e motivada, pelo candidato, para a saída do partido, a ser analisada sob o crivo do contraditório.”

Os argumentos expendidos pelo Tribunal Superior Eleitoral não foram poucos para fundamentar esse entendimento. Tais argumentos podem ser assim agrupados: i) se o mandato pertencesse ao candidato, significaria dizer que a soberania popular conferida pelo povo seria transferida para a ordem privada do eleito, que se tornaria senhor e possuidor de parcela dela; ii) o mandato é essencialmente uma função política e pública, de todo avessa e inconciliável com pretensão de cunho privado; iii) a perda do mandato seria consequência de um ato ilícito e não de uma sanção; iv) a quantidade de cadeiras a ocupar no parlamento é o resultado de uma contagem de votos dados à legenda e não aos candidatos, que, na sua grande maioria, sequer alcançam nominalmente o quociente eleitoral; v) a filiação partidária é condição de elegibilidade, pois o ordenamento jurídico pátrio não prevê a candidatura avulsa; vi) a democracia é o resultado da representação popular, que perpassa os partidos políticos como “corpos intermediários”; vii) o esvaziamento do partido pela migração injustificada de seus filiados enfraquece a representatividade política e o funcionamento parlamentar; viii) a migração do partido pelo qual o candidato foi eleito é infidelidade para com o eleitor.

A partir dessa decisão, a Presidência da Câmara dos Deputados recebeu requerimentos de vários partidos políticos no sentido de que fosse declarada a vacância, por renúncia presumida, de mandatos exercidos por deputados federais eleitos sob determinadas legendas e que migraram para outras. Diante do indeferimento de tais pedidos, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o Partido Popular Socialista (PPS) e o antigo Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Partido Democratas (DEM), impetraram junto ao Supremo Tribunal Federal os Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, tendo o Excelso Pretório se pronunciado, em 4 de outubro de 2007, no sentido de que o mandato de deputados federais, estaduais e distritais e de vereadores pertencem aos partidos ou às coligações que os elegeram.

Assim, o Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral de que o mandato eletivo pertence ao partido ou à coligação, mas a declaração de vacância depende de se assegurar, ao parlamentar, o direito à ampla defesa, conforme previsto no art. 5º, LIV, da Constituição.

Em 16 de outubro de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral ampliou o objeto da Consulta nº 1.398, respondendo afirmativamente à Consulta nº 1.407, formulada pelo deputado Nilson Mourão (PT/AC), no sentido de que a perda do mandato por infidelidade partidária aplicar-se-ia também aos eleitos pelo sistema majoritário (senadores, presidente da República, governadores de estado e prefeitos municipais).

Diante disso, o Tribunal Superior Eleitoral, na sessão ordinária de 25 de outubro de 2007, aprovou a Resolução nº 22.610, com a finalidade de disciplinar o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária, não fazendo qualquer distinção entre o sistema proporcional e o sistema majoritário,

ou seja, a vaga obtida por este ou aquele sistema haveria de ser preservada pelo partido político no caso de pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito de uma legenda para outra.

Segundo o art. 1º, § 1º, I a IV, da mencionada Resolução, consideram-se justa causa as seguintes situações: incorporação ou fusão do partido, criação de novo partido, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e grave discriminação pessoal.

Adiante, diz o § 2º, não ocorrendo quaisquer dessas situações, poderá o partido político formular, no prazo de 30 dias, contados da desfiliação, pedido de perda do cargo eletivo perante a Justiça Eleitoral. Nos 30 dias subsequentes, se o partido não fizer tal postulação, aquele que tiver interesse jurídico ou o Ministério Público Eleitoral poderão pugnar a perda do mandato.

Consoante o art. 2º, o Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal e, nos demais casos, cabe ao tribunal eleitoral do respectivo estado fazê-lo.

Reza o art. 10 que, após regularmente processado o feito e julgado procedente o pedido, a perda do cargo eletivo será decretada pelo tribunal competente, devendo a decisão ser comunicada ao presidente do órgão legislativo, que deverá dar posse ao suplente ou ao vice no prazo de 10 dias.

Finalmente, o art. 13 dispõe que a resolução aplica-se às desfiliações consumadas após 27 de março de 2007, para os eleitos pelo sistema proporcional, e após 16 de outubro de 2007, para os eleitos pelo sistema majoritário.

Assim, a partir de então, com base na Resolução TSE nº 22.610, de 2007, o ocupante de cargo proporcional ou de cargo majoritário que, sem justa causa, se desvinculasse do partido sob cuja legenda fora eleito estaria suscetível à perda do respectivo mandato.

Ressalte-se que a Resolução TSE nº 22.610, de 2007, não fez qualquer distinção entre o sistema proporcional e o sistema majoritário, ou seja, a vaga obtida por este ou aquele sistema haveria de ser preservada pelo partido político no caso de pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito de uma legenda para outra.

Após a publicação da Resolução TSE nº 22.610, de 2007, chegaram ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais inúmeros pedidos de perda de mandato fundados na infidelidade partidária.⁵

4.2. Bases constitucionais da perda do mandato em face da infidelidade partidária: um ativismo indevido?

O cerne da questão da fidelidade partidária gira em torno da constitucionalidade do entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, posteriormente ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, que deu origem à Resolução nº 22.610, de 2007.

O que importa saber é se esses tribunais criaram nova hipótese de perda de mandato não prevista no texto constitucional ou se apenas lançaram mão de princípios já consagrados, numa interpretação sistemática do texto constitucional.

De fato, conforme esclarece Silva (2011, p. 408), “a Constituição não permite a perda de mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando, no art. 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo”.

Daí decorre o embate doutrinário que persiste até hoje acerca da constitucionalidade ou não dessas decisões e do diploma promulgado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Há quem sustente, inclusive, sequer tratar-se de caso de perda de mandato, não se enquadrando, portanto, no rol dos casos estabelecidos pelo art. 55 da Constituição. Parte essa corrente da premissa de que, pertencendo o mandato ao partido ou à coligação, não o perderá o eleito, visto que é faticamente impossível que se perca aquilo que não se possui.

Sobre o assunto, Thales e Camila Cerqueira (2008, p. 251) indagam:

“Como fica a soberania popular exercida nas urnas, segundo o art. 1º, parágrafo único da CF/88 – ou seja, apesar dos 513 deputados federais eleitos em 2006, apenas 31 conseguiram se eleger por conta própria, sendo

⁵ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 3.999 e 4.086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR), declarou a constitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610, de 2007, que disciplina o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

os demais pelo quociente eleitoral/partidário, não se pode olvidar que as regras do jogo (Bobbio) eram estas colocadas no momento da disputa, sendo que a violação por Resolução do TSE corresponderia a uma lei que, no caso concreto, deveria respeitar o art. 16 da CF/88, ou seja, ser válida somente para as próximas eleições, respeitando assim o princípio do *rules of game*?”.

Adiante, observam Thales e Camila Cerqueira (2008, p. 251) que

“a Resolução do TSE, como estudamos, pode ser um ato normativo primário (que cria o direito) ou secundário (que copia o direito). No caso concreto, trata-se de um ato normativo primário (que cria direito novo), porém, como sabemos, por força do CE e da Lei nº 9.504/97 (art. 105), a Resolução do TSE tem força de lei ordinária federal, jamais *status* constitucional. Com isto, a decisão é inconstitucional, porque o TSE atuou como legislador positivo (e até aqui sem problemas), mas em matéria reservada à CF/88 (art. 55), e não afeta à lei ordinária federal.”

Aduzem, ainda, Thales e Camila Cerqueira (2008, p. 251) que

“o TSE, nos CTAS 1.398 e 1.407, e ainda na Resolução nº 22.610/07, portanto, atuou como *legislador positivo* constitucional, adiantando a Reforma Política, criando uma hipertrofia e invadindo espaço do Poder Legislativo, violando a harmonia do sistema do *checks and balances* previsto no art. 2º da CF/88.”

Como se observa, Thales e Camila Cerqueira (2008) admitem a inconstitucionalidade das decisões que culminaram com a perda do mandato por infidelidade partidária, entendendo que o Tribunal Superior Eleitoral, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, teria usurpado a função de legislar, própria do Legislativo, não apenas por criar hipótese de perda de mandato reservada à Constituição, como também por instituir ritos processuais e hipóteses de justa causa por resolução, extrapolando os limites juridicamente aceitáveis.

Para Thales e Camila Cerqueira (2008), o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal não se limitaram ao seu dever funcional de atuar: para solucionar a questão da fidelidade partidária no Brasil, há tempos aguardada pela Reforma Política e Eleitoral, fizeram as vezes dos legisladores, numa invasão indevida de atribuições que constitucionalmente não são suas e, ainda pior, que, a rigor, deveriam ser exercidas pelo Legislativo.

Há que se atentar, ademais, para as consequências que têm surgido do entendimento partilhado pelo Superior Tribunal Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal de que o mandato pertence ao partido ou à coligação. Na verdade, a Resolução nº 22.610, de 2007, não teve o condão

de prever a multiplicidade de situações que poderiam emanar dos diversos contextos gerados pela decretação da perda do cargo eletivo por abandono da legenda.

Registre-se, por fim, que tramitam no Congresso Nacional diversas propostas de emenda à Constituição tratando da fidelidade partidária, dentre as quais se mencione a PEC nº 4, de 2007, cujo primeiro signatário é o ex-deputado Flávio Dino (PCdoB/MA), que pretende acrescentar inciso VII ao art. 55, incluindo a infidelidade partidária como causa de perda de mandato por infidelidade partidária, dando, portanto, tratamento adequado (em sede constitucional) à matéria.⁶

4.3. Consequências da perda do mandato em face da infidelidade partidária

São diversas as consequências que se vislumbraram a partir da mudança de paradigmas decorrente das decisões do Superior Tribunal Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal que culminaram com a perda do mandato por infidelidade partidária. Tais consequências têm se verificado em diversos setores e magnitudes, com repercussões sobre a Justiça Eleitoral, o sistema político, os partidos políticos, os representantes e até mesmo os eleitores.

A primeira consequência – por óbvio – tem sido a brutal frenagem nas intensas trocas de partidos, que, como salientado, marcaram a política brasileira desde a redemocratização do país, tendo sido muitas das vezes motivadas por interesses pessoais, em detrimento da soberania popular e da representatividade do sistema político.

⁶ A PEC nº 4, de 2007, foi arquivada no final da legislatura passada, tendo sido desarquivada na atual, por decisão do então Presidente da Câmara dos Deputados, deputado Marco Maia (PT/RS), a requerimento do deputado Sílvio Torres (PSDB/SP).

Com a frenagem das frequentes trocas de legenda, vislumbra-se a segunda consequência: a reaproximação entre o sistema partidário e o sistema eleitoral, o que tem implicado uma maior representatividade no sistema político brasileiro. Com efeito, a permanência dos mandatários nos partidos tem evitado o distanciamento entre as bancadas do início e do final das legislaturas, possibilitando o acompanhamento, pelos eleitores, dos representantes que elegeram e, assim, o julgamento de suas atuações.

A terceira consequência que se vislumbra é o reforço à identidade partidária, percebida especialmente nas últimas eleições, visto que a permanência do eleito no partido identifica o candidato com o programa e os objetivos partidários, o que acaba influenciando a escolha do eleitor no momento da votação.

A quarta consequência que se vislumbra é a sedimentação de uma postura de ativismo judicial no Tribunal Superior Eleitoral e no Supremo Tribunal Federal, ao positivar os contornos concretos do instituto da fidelidade partidária, haja vista que disciplinaram uma matéria de grande apelo entre a população brasileira, diante da omissão do Legislativo.

5. O caso da fidelidade partidária como manifestação do ativismo judicial no Brasil

Observa-se que, no caso da fidelidade partidária, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal constitui evidente manifestação de ativismo judicial, visto que agiram como verdadeiros “legisladores positivos”, tanto no plano constitucional quanto no plano ordinário, criando uma hipertrofia e invadindo espaço reservado ao Legislativo, em afronta ao sistema de *checks and balances*, previsto no art. 2º da Constituição.

Com efeito, não existe – e continua até hoje não existindo – no ordenamento jurídico brasileiro norma constitucional, tampouco ordinária, que preveja a perda do mandato do parlamentar diante da hipótese de troca de partido ou de cancelamento da filiação partidária. Entretanto, mesmo diante da omissão do Legislativo, não pode o Judiciário se colocar como indesejável instância hegemônica. No exercício de suas atribuições constitucionais, cabe-lhe interpretar e aplicar o direito em situações de litígio entre partes, sem, contudo, pretender se investir no papel de legislador.

Ademais, ao editar a Resolução TSE nº 26.610, de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral disciplinou matéria de processo civil eleitoral, instituindo ritos pelos quais os mandatos podem ser cassados, atribuindo competências à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral, fixando prazos, estipulando legitimados ativos e estabelecendo hipóteses de justa causa, numa nítida usurpação de poderes que são constitucionalmente reservados ao Legislativo.

Se não bastasse o questionamento sobre a invasão de competência decorrente do ativismo do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, vários outros dispositivos da Resolução TSE nº 22.610, de 2007, são reputados inconstitucionais em face do conteúdo igualmente lesivo à ordem jurídica.

Nesse contexto, observa Tavares (2007, p. 9), “percebe-se que algumas decisões da Justiça Constitucional geram insatisfação no espaço político-partidário, na mídia e no Governo, chegando, por vezes, a deflagrar uma situação mais séria de crise institucional”.

Portanto, é possível verificar um perfil de ativismo a do Tribunal Superior Eleitoral e a do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecerem os contornos concretos do instituto da fidelidade partidária, visto que disciplinaram uma matéria de grande apelo entre a população brasileira, diante da inércia do Poder Legislativo, em uma profunda Reforma Política e Eleitoral.⁷

Por isso mesmo é que, entre nós, em se tratando de fidelidade partidária, urge que o Congresso Nacional abandone o estado de inércia e regulamente a matéria, tanto no plano constitucional, quanto no plano ordinário, o que acarretará, sem dúvida, importantes consequências para os partidos políticos e para os eleitores.

⁷ Recorde-se que há mais de duas décadas se discute a Reforma Política e Eleitoral em comissões especiais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, por meio de propostas que visam a dar maior representatividade e maior governabilidade ao sistema político, mas até agora sem resultados concretos. Temas como sistema eleitoral misto, voto facultativo, fidelidade partidária e financiamento público de campanhas têm sido objeto de discussão entre os congressistas brasileiros.

Dessa maneira, de um lado, terão os partidos políticos melhores condições para impor seus programas e ideias, cobrar a sua observância pelos filiados, eleitos e não eleitos, e buscar maior coesão interna. De outro lado, terão os eleitores maior participação na vida política do país, em face do reconhecimento da idoneidade dos partidos políticos e dos candidatos eleitos, identificados por programas e causas comuns que vincularão os representantes do povo durante seus mandatos, sem injustificadas mudanças de legendas, que acabam por enfraquecer a representação e o próprio regime democrático.

Conclusão

Como se viu ao longo deste artigo, o instituto da fidelidade partidária – os deveres que se impõem aos filiados, eleitos e não eleitos, de observar o programa, as diretrizes e os objetivos partidários constantes dos respectivos estatutos – sofreu radical mudança no Brasil com as decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal que estabeleceram a perda do mandato como sanção para os representantes que, sem causa justificada, mudarem de legenda.

Esse entendimento veio a transformar profundamente o cenário político-eleitoral brasileiro, tendo em vista que a Constituição, além de não determinar a perda do mandato por infidelidade partidária, proíbe expressamente essa punição, quando veda, no art. 15, a cassação dos direitos políticos, cuja perda ou suspensão só ocorrerá nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, e improbidade administrativa, a teor do art. 37, § 4º.

Não são poucos os juristas e doutrinadores que admitem a inconstitucionalidade desse entendimento, visto que o Tribunal Superior Eleitoral, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, teria usurpado a função de legislar, própria do Poder Legislativo, não apenas por criar hipótese de perda de mandato, própria da Constituição, como também por instituir ritos e prazos processuais e hipóteses de justa causa por simples resolução, atuando como verdadeiro legislador positivo.

Essa atuação do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, como salientado, ingressou na seara do ativismo judicial, na qual as questões políticas passam a ter no Judiciário a sua instância decisória final. Ganha espaço uma postura mais ativa do magistrado na interpretação da Constituição – ele deixa de ser neutro e passa a ser, de certo modo, um ator político.

É certo que a vontade de moralizar foi excepcional, porém, é tarefa do Legislativo fazer a Reforma Política, inclusive dispor sobre fidelidade partidária; do contrário, o que poderia ser positivo poderá transformar os poderes em disfunções constitucionais graves.

Essas indagações mostram que as decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal têm provocado confusões e perplexidades de toda ordem, gerando nessa seara uma situação de insegurança jurídica, que até hoje perdura.

O Judiciário não pode se colocar como um suprapoder e nem pretender ser a antítese de qualquer outro. Incumbe-lhe interpretar e aplicar a Constituição e a lei, mas sem querer se atribuir a função de legislar.

Cabe ao Legislativo disciplinar entre nós o instituto da fidelidade partidária constitucional e ordinariamente, compatibilizando os princípios do mandato representativo e da liberdade de expressão do mandatário.

Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANSOLABEHERE, Karina. *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. México: FLACSO, 2007.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Octavio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: F. Konrad Adenauer, 2007.

ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLETT, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/1992 a 70/2012 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 26.602/DF, de 4 outubro de 2007. Relator: Ministro Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 out. 2008a. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS\(26602%20.NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS(26602%20.NUME.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.603/DF, de 4 de outubro de 2007. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 dez. 2008b. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS\(26603%20.NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS(26603%20.NUME.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.604/DF, de 4 de outubro de 2007. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 out. 2008c. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS\(26604%20.NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS(26604%20.NUME.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 ago. 2012.

CANIVET, Guy. Activisme judiciaire et prudence interpretative: introduction générale. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, v. 50, p. 7-32, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 127-139, nov. 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Tratado de direito eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

_____. *Fidelidade partidária e perda do mandato no Brasil*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária: estudo de caso*. Curitiba: Juruá, 1998.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 2.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University, 2006.

FARHART, Said. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Petrópolis, 1996.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Vitor Emanuel Marchetti. *Poder judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais*. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 722-727, 2006.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com juizes. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 24, n. 94, p. 31-47, jun. 2003.

KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, California, p. 1643-1675, 2004.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. *BDJur*, Brasília, 5 maio 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/16980>>. Acesso em: 30 set. 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de direito político*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.
- POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.
- RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- SADEK, Maria Teresa. Poder Judiciário: seu panteão. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 131-137, jan./mar. 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SUNSTEIN, Cass Robert. Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America. *New York: Basic Books*, 2005.
- TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.
- TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 9-28, abr./jun. 2007.
- TEIXEIRA, Ariosto. *Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil*. Brasília: Plano, 2001.
- VILE, John R. The case against implicit limits on the constitutional amending process. In: LEVINSON, Sanford. (Org.). *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University, 1995.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Infidelidade partidária e colégio eleitoral*. São Paulo: Malheiros, 1986.
- YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 52-69, 2007.

O princípio da segurança jurídica e o direito da mulher à saúde reprodutiva

Uma análise acerca do dever do Estado na prestação de assistência à saúde física e mental da mulher no contexto da ilegalidade do aborto

TERESINHA INÊS TELES PIRES

Sumário

1. Introdução. 2. O princípio da segurança jurídica e os direitos sociais. 3. O direito à saúde como direito social por excelência e os instrumentos políticos e jurídicos para sua efetivação. 4. O aborto ilegal e a morbidade/mortalidade maternas no Brasil. 5. A controvérsia em torno dos reflexos da prática abortiva voluntária na saúde mental da mulher. 6. O dever do Estado de formular políticas de combate ao aborto clandestino. 7. Conclusão.

1. Introdução

No tema da saúde reprodutiva, entendida, em regra, como uma área relacionada à preservação do bem-estar da mulher, a consideração do princípio da segurança jurídica é recorrente, haja vista as condições não ideais de assistência nos respectivos serviços públicos. O sistema de saúde brasileiro encontra-se em situação de crise, por não possuir estrutura suficiente para a satisfação da demanda social. Quando se coloca a tormentosa questão do aborto clandestino, a precariedade dos programas de orientação e planejamento familiar à disposição da mulher é incompatível com a garantia constitucional da segurança, exigindo dos poderes institucionais especial atenção.

Busca-se, neste estudo, abordar a categoria da segurança jurídica no contexto da prática do aborto ilegal, tendo em vista a fundamen-

Teresinha Inês Teles Pires é Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás; mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

talidade do direito à saúde como um direito social constitucional. Apesar das inúmeras pesquisas nacionais que noticiam os altos índices de mortalidade materna relacionada às complicações advindas do aborto clandestino, não se vislumbra uma solução efetiva para o problema, considerando-se que o país passa por um processo de fortalecimento das posições conservadoras no cenário político.

A reflexão sobre o aborto deve partir da constatação de que não é possível um consenso universalizável, uma vez que os valores filosóficos e religiosos são diversos até mesmo no seio de uma mesma cultura. Investiga-se, em última análise, como tornar as demandas femininas mais visíveis à sociedade e passíveis de tutela por parte do poder público. Políticas públicas, ações de controle de constitucionalidade, programas e convênios empreendidos entre órgãos representativos da sociedade, como o Ministério Público, e entidades que atuam no interesse da saúde da mulher promoveram a criação de novos serviços de atendimento ao aborto, legal ou ilegal, e o encaminhamento da discussão do tema ao Supremo Tribunal Federal, em relação à hipótese de gestação de feto anencefálico.

Entretanto, a descriminalização do aborto configura, ainda, tema de extrema controvérsia nos debates desenvolvidos nas três esferas do poder institucional. O projeto de reforma do Código Penal, em trâmite no Congresso Nacional, contém proposta de legalização da conduta, em determinadas circunstâncias, com fundamento na ponderação dos interesses constitucionalmente protegidos, os da mulher e os da vida embrionária. Assim, a atualidade do assunto exige ampla investigação jurídica, que possa enriquecer a argumentação das diversas posições a serem sopesadas no processo de deliberação legislativa.

Sem ter a pretensão de encontrar respostas completas, tentar-se-á, nas linhas a seguir,

esboçar um quadro geral acerca das falhas da organização do Estado brasileiro no cumprimento dos seus deveres positivos no que tange à garantia da cidadania das mulheres na esfera reprodutiva. Além disso, será enfatizada a necessidade da continuidade do debate e, portanto, do aperfeiçoamento de instrumentos procedimentais que possibilitem à sociedade suscitar a manifestação das instâncias políticas sobre os limites do direito à vida pré-natal em face do direito da mulher ao aborto, em caso de gravidez indesejada.

2. O princípio da segurança jurídica e os direitos sociais

O princípio da segurança, em uma acepção genérica, vem expressamente previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, como uma garantia fundamental associada ao princípio da igualdade. Ainda no capítulo relativo aos direitos individuais e coletivos, a Carta Constitucional acolhe, dessa vez indiretamente, o princípio da segurança, ao firmar, no inciso XXXVI do artigo 5º, o respeito ao “direito adquirido”, ao “ato jurídico perfeito” e à “coisa julgada”¹. Já no capítulo da Constituição dedicado aos direitos sociais, a segurança aparece na qualidade de um direito público prestacional, ao lado de direitos básicos, tais como os direitos à saúde, à educação, ao trabalho e à previdência social (artigos 6º, *caput*, e 7º, inciso XXII).

Não se pode abordar o princípio da segurança de maneira estanque, pois a própria Lei Maior

¹ Sarlet (2005, p. 3, 5) explica que o princípio da segurança opera como um tipo de “cláusula geral” e que o legislador constituinte o conecta a outros princípios de igual natureza, discriminados no artigo 5º, citando como exemplos, entre outros, o princípio da legalidade (inc. II), o princípio da anterioridade e o princípio da irretroatividade da lei penal (incs. XXXIX e XL) e o da personalidade da pena (inc. XLV). Ver, nesse sentido, igualmente Costa (2004, p. 112-113).

lhe confere uma natureza bastante complexa, devendo ele, como ocorre com a totalidade dos princípios fundamentais, estar sujeito a uma ponderação de valores sob a ótica da efetivação dos direitos constitucionais. Em geral, a segurança está vinculada à garantia da proteção dos direitos subjetivos² no interior do ordenamento jurídico. Para a caracterização do significado normativo do princípio em estudo, no sentido de “segurança jurídica”, é bastante elucidativo o conceito formulado por Jorge Vanossi (1982, apud SILVA, 2009, p. 133): “A ‘segurança jurídica’ consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

Tomando-se por pressuposto o princípio da “confiabilidade”³, a discricionariedade do legislador na limitação de direitos já conferidos aos cidadãos fica reduzida à demonstração de sua necessidade. Segurança não significa somente a certeza da observância aos atos normativos, mas também a confiança das pessoas e da sociedade no reconhecimento dos seus direitos, o que compõe o dever de proteção do Estado. Em outros termos, a segurança jurídica é definida a partir do modelo do Estado Democrático de Direito⁴ e se submete à primazia da garantia assegurada pelos princípios constitucionais. Esse modelo está centrado na doutrina liberal da ampliação da autonomia individual, na esfera das escolhas subjetivas, e, em um enfoque mais pragmático, na possibilidade de defesa material dos direitos perante o poder público (OLIVEIRA, 2008, p. 4-5).

A previsibilidade dos atos normativos, sobretudo em sede de concretização das demandas pessoais e sociais, perdeu a rigidez, o que acarretou a relativização da segurança jurídica. A perspectiva da realização da justiça material reduziu a força do formalismo legalista, cujo estatuto vinculante depende hoje de sua conexão com as situações subjetivas passíveis de tutela⁵.

² É vasta a produção bibliográfica acerca dos direitos subjetivos, assim considerados aqueles conferidos a todas as pessoas, em caráter fundamental, passíveis de ser exigidos jurisdicionalmente e administrativamente (ALEXY, 2011; CANOTILHO, 1999; FERRAJOLI, 2007; PIEROTH; SCHLINK, 2008; SARLET, 2007; ZOLO, 2007).

³ A “confiabilidade” representa o nível de “estabilidade” das “posições jurídicas” das pessoas. Uma intervenção estatal nessas posições jurídicas exige “uma ponderação entre a agressão” “à confiança individual”, provocada pela restrição, e a “importância do objetivo almejado pelo legislador” (SARLET, 2005, p. 32-33).

⁴ Sobre as premissas do Estado Democrático de Direito, consulte-se Zolo (2006, p. 3-32) e Streck (2004, p. 147-154).

⁵ Nas palavras de Sarlet (2005, p. 7), “a segurança jurídica não pode ser encarada por um prisma demasiadamente formal e não quer, além disso, significar a absoluta previsibilidade dos atos do poder público e a impossibilidade de sua alteração”. Como diz, ainda, Costa (2004, p. 113), “O ordenamento jurídico” “equilibra-se entre os pólos da segurança” “e da inovação”.

O direito à tutela jurídica atribui uma importância ímpar ao princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, incisos XXXV, LIII, LIV, LV e LXXVIII). Com a potencialização desse princípio, a busca pelo reconhecimento dos direitos estabelece uma inter-relação entre o direito material e o direito processual, visto que o primeiro se realiza na dimensão da “efetividade do processo”. A construção jurisprudencial nos tempos atuais caminha para um crescente aperfeiçoamento “das técnicas” procedimentais “mais apropriadas” para a “realização dos valores fundamentais do processo” (OLIVEIRA, 2008, p. 12-13). A segurança se subsume, assim, à exigência da operacionalidade prática dos mecanismos processuais na resolução dos casos concretos. Esse enfoque diferenciado do princípio da segurança se aplica, sobretudo, ao controle judicial de constitucionalidade das leis e à formulação de políticas públicas por parte dos órgãos representativos do Poder Executivo.

A segurança jurídica é um dos pilares do Estado de Direito porque é um parâmetro para a estabilidade do sistema de justiça. Como já pontuado, não tem o significado de “imutabilidade” dos atos legais, possibilitando as “mudanças sociais necessárias” à evolução da carta de “direitos fundamentais”. Por outro lado, quando se pensa na garantia da “eficácia” desses “direitos” dotados pelo legislador constitucional de caráter de fundamentalidade, a permissão de mutualidade, se implicar “retrocesso” (BRASIL, 2007, p. 2-3), encontra grandes restrições. Em outras palavras, não pode o legislador ordinário modificar seus próprios atos, ou os emanados pelos demais Poderes, se a modificação pretendida importar em regressão na prestação de serviços públicos já implantados a favor dos interesses da cidadania⁶.

Em uma conotação positiva, a cada direito fundamental corresponde um dever de atuação do Estado em prol de sua efetivação (MENDES, 2009, p. 5-6). Ao Estado incumbe empreender esforços na formulação de políticas que promovam um constante progresso no gozo material dos direitos; daí a exigência do não retrocesso. Certamente, prevalece na doutrina o posicionamento daqueles que defendem o perfil absoluto da proibição do retrocesso⁷, cláusula que se flexibiliza quando

⁶ A proibição do retrocesso é uma cláusula doutrinária que fortalece a proteção dos direitos fundamentais. É objeto de controvérsia sua validade em relação aos direitos sociais, e esse ponto será tratado adiante; mas é pacífico o entendimento de que, na proteção assegurada aos direitos individuais ou coletivos, se trata de uma cláusula vinculante, somente superável na hipótese de prevalência do interesse público.

⁷ Para Sarlet (2005, p. 26-27), por exemplo, se essa proibição fosse absoluta, ficaria impedido o próprio “desenvolvimento do direito constitucional”; além disso, a ação do legislador infraconstitucional se reduziria “à execução pura e simples da Constituição”. Também assim pensa Renata Bosco (2002, p. 37), que lembra que nenhum direito fundamental é absoluto, “nem mesmo” o direito à “vida”, podendo não ser assegurado em determinadas circunstâncias.

uma situação de urgência exige a racionalização dos usos dos recursos disponíveis geridos pelo Estado. No entanto, como um consectário da “obrigação de progressividade” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 92)⁸, a vedação de reversão de decisões ou programas protetores de direitos fundamentais somente é superável em caráter de excepcionalidade.

Os direitos sociais são aqueles que envolvem fortemente a obrigação prestacional do Estado. Em torno deles (CF, artigo 6º), gravitam os programas do governo na construção de serviços públicos de qualidade, aptos a proporcionar à sociedade, no mínimo, os componentes básicos daquilo que se conceitua como o direito “a uma vida com dignidade” (SARLET, 2005, p. 2). Diante da incapacidade do serviço público de atender as necessidades da população, é cada vez maior o recurso às vias judiciais na defesa da concretização dos direitos sociais. A partir daí, outra crise se instala, dessa vez de natureza institucional, no que concerne à legitimidade do Poder Judiciário de interferir na composição e na gestão orçamentária do poder público.

Diante da controversa discussão acerca da exigibilidade judicial dos direitos sociais, alguns autores advogam a tese da não distinção essencial entre “direitos civis e políticos”, de um lado, “e direitos econômicos, sociais e culturais”, de outro lado. Parte-se da compreensão de que essas duas espécies de direitos são igualmente produtoras de “obrigações positivas e negativas por parte do Estado” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 20, 25; SARMENTO, 2010, p. 181); portanto, não haveria justificativa para

negar aos direitos sociais a mesma garantia de exigibilidade que se atribui aos direitos civis.

Admitindo-se então a natureza de obrigatoriedade prestacional do poder público na seara dos direitos sociais, a construção jurisprudencial de instrumentos processuais adequados para a proteção de cada um desses direitos torna-se uma necessidade, do ponto de vista da otimização da eficácia jurídica dos princípios fundamentais. A “definição” de um direito, de qualquer modalidade, envolve sua “relação” com uma “ação judicial existente para exigí-lo”. Além disso, mesmo inexistindo uma ação específica “para remediar a violação de certas obrigações que tenham como fonte direitos” “sociais”, é possível o desenvolvimento de novas vias procedimentais para o seu acolhimento. Na hipótese de não haver uma nítida obrigação do Estado de proteger o direito invocado, pode-se recorrer a “estratégias” constitucionalmente amparadas “para protegê-lo indiretamente”, por meio de mecanismos de tutela que asseguram a defesa de outro direito (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 39-40, 168).

É preciso lembrar, contudo, que o avanço de medidas judiciais ou administrativas para a efetivação dos direitos sociais encontra fortes obstáculos. As “ações” “tradicionais” “de inconstitucionalidade” e de constitucionalidade desenvolveram-se, em regra, para o atendimento das demandas atinentes aos direitos individuais, que muitas vezes não impõem obrigações prestacionais ao Estado, mas apenas seu dever de não interferência. Para exigir esses direitos, existem ainda outras ações eficazes no nível do controle difuso de constitucionalidade, como o mandado de segurança, individual ou coletivo, e a ação civil pública. Em que peseem os grandes empecilhos para coibir “as omissões do Estado” no cumprimento de suas “obrigações positivas” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 42), o que é bastante recorrente no caso dos

⁸ A esse respeito, consulte-se a obra ora citada (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 92-96, 109) na qual os autores explicam que a pretensão de restringir a proibição do retrocesso transfere ao Estado o ônus da prova de sua necessidade (inversão do ônus da prova). Para maiores esclarecimentos acerca da exigência de progressividade na concretização dos direitos fundamentais, ver, ainda Canotilho (1999, p. 327).

direitos sociais, a prática jurídica aponta uma tendência à ampliação do controle judicial dos programas de governo que regulamentam os serviços públicos, com o intuito de reduzir os riscos à fruição de uma vida digna, nos termos propugnados pela Constituição.

A doutrina costuma argumentar que a “falta de especificação concreta do conteúdo” dos direitos sociais impõe limites quase intransponíveis à tese de sua exigibilidade. Para responder a essa objeção, defende-se que “a dogmática jurídica” e os vários níveis de atuação do poder institucional têm a tarefa de definir “o conteúdo” dos direitos sociais, a exemplo do que se faz em matéria de “direitos civis” e de normas abstratas em geral (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 122-124). *Grosso modo*, dessa atividade criativa do direito depende a eficácia do sistema jurídico. E não é só o Poder Legislativo que pode vir a omitir-se na elaboração de leis que abram o caminho para a aplicação dos direitos fundamentais sociais aos fatos da vida; também a administração pública pode omitir-se na formulação de políticas públicas adequadas e na execução daquelas já formuladas. Por outro lado, a atuação da administração pública pode ser obstaculizada pelo conteúdo de leis vigentes distanciadas da realidade social, que, por não serem revistas, impõem impedimentos à realização de medidas a elas contrárias.

Outras duas categorias normativas compõem a reflexão atinente à garantia da segurança jurídica na proteção dos direitos sociais. Trata-se dos conceitos de “reserva do possível” e de “mínimo existencial”. Essas duas categorias se autolimitam, isto é, a primeira fornece parâmetros para a restrição dos direitos sociais, quando isso se mostrar necessário, enquanto a segunda indica uma medida mínima de implementação desses direitos (tal medida não poderia ser negada sob pena de afronta direta à dignidade existencial)⁹.

Em linhas gerais, a “reserva do possível” é uma ponderação aceita de forma problemática na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, havendo, inclusive, decisão do Min. Celso Mello no sentido de que o Estado não pode desincumbir-se de cumprir “suas obrigações constitucionais”, salvo sob a alegação de “justo motivo objetivamente aferível” (ADPF nº 45, DJU de 4/5/2004) (SARMENTO, 2010, p. 197). Em contrapartida, a ideia de “mínimo existencial” possibilitou engrandecimento significativo da tutela dos direitos sociais, com fundamento no dever de assistência material, no que diz respeito aos serviços de “educação básica” e de “saúde básica”, bem como no socorro “aos desamparados”, e no dever de promoção “do acesso à justiça” (BARCELLOS, A. P, 2011. p. 302).

⁹ Para uma melhor consideração da expressão “reserva do possível”, no que concerne aos direitos sociais, ver Sarmento (2010, p. 196-202); quanto ao argumento do “mínimo existencial”, ver Sarmento (2010, p. 202-208).

3. O direito à saúde como direito social por excelência e os instrumentos políticos e jurídicos para sua efetivação

Por estar relacionada à garantia do direito à vida, a saúde é um direito social (CF, art. 6º) dotado de maior grau de fundamentalidade, comparado aos demais. Tanto é assim que a Constituição estabelece como objetivos da “ordem social” o “bem-estar e a justiça sociais” (art. 193), o que não se efetiva sem o oferecimento de serviços de saúde pública ao alcance da população de baixa renda. Nos artigos 196 e 197, a Carta Maior impõe o caráter universal e integral do direito à saúde e o dever prestacional do Estado de promover sua realização mediante ações públicas.

Não é possível, então, dissociar o direito à saúde do princípio da igualdade material, o que cria obrigações ao poder público no sentido de solucionar as demandas sociais, provenientes dos interesses e das necessidades muitas vezes conflitantes dos diversos grupos comunitários. Nessa perspectiva, foi instituído no país o Sistema Único de Saúde – SUS (Lei 8.080/90, de 19/9/90 – recepcionada pelo art.198 da CF), cuja meta é proporcionar tratamento de saúde integral e gratuito a toda a população¹⁰.

Inúmeras são as dificuldades apresentadas na gestão financeira dos serviços do SUS, muitas vezes por precariedade de recursos (ANDRADE, 2011, p. 5-6). Visando suprir essas dificuldades, a Emenda Constitucional nº 29, de 13/9/2000, modificou o art. 198 da CF para dispor que a saúde pública deve ser financiada com recursos “do orçamento da seguridade social”, com a contribuição de todos os entes

federativos. O problema é que o financiamento público destinado à saúde não é suficiente para o atendimento das demandas pelos respectivos serviços. Conforme dados divulgados, “cerca de 70% da população brasileira depende” exclusivamente do SUS, por não ter condições de custear planos de saúde privados. Além disso, a eficácia das políticas públicas na área da saúde é prejudicada pela má gestão dos recursos – desvios, falta de repasse, equívocos do prestador dos serviços, que “cobra do SUS procedimentos não realizados”, e falta de prestação adequada do serviço médico-hospitalar por parte do profissional contratado (ANDRADE, 2011, p. 7).

Nesse contexto, observa-se um descompasso entre a estrutura financeiro-administrativa do SUS e os avanços científicos que caracterizam os tempos atuais em matéria de definição do próprio conceito de saúde. Mencione-se, inicialmente, o conceito formulado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), segundo o qual saúde significa o “perfeito bem-estar físico, mental e social” do indivíduo. Isso remete à ideia de qualidade de vida ou, pensando-se no princípio constitucional fundamental da “dignidade da pessoa humana” (CF, art. 1º, III), à ideia de vida digna, a que todos têm direito.

O conceito de saúde acima referido já é objeto de críticas, que apontam a natureza utópica do parâmetro da “perfeição”. Desse ponto de vista, só se pode caracterizar o “perfeito bem-estar” pela ótica subjetivista dos interesses e valores pessoais. Ademais, a concepção de saúde da OMS estaria ultrapassada também por cindir os elementos físico, mental e social, o que vai de encontro à vertente contemporânea da interação entre essas esferas na consideração da saúde (SEGRE, 1997, p. 438-542; BECK, 1999, p. 348-351) O interessante nessa nova concepção de saúde e de qualidade de vida é o resgate da dimensão da identidade individual, isto é, somente o indivíduo é capaz de definir aquilo

¹⁰Sobre o processo de implementação do SUS e os princípios ético-políticos do programa, ver *Caminhos do Direito à Saúde no Brasil* (BRASIL, 2007, p. 7-10).

que constitui o seu próprio “bem-estar”, no sentido mais abrangente. Esse “bem-estar” representaria, então, o acesso aos meios para a satisfação não só de suas necessidades físicas, mas também de seus projetos de vida, em conformidade com suas concepções morais, o que, em princípio, deve ser, inclusive, protegido contra a intervenção estatal¹¹.

A área da saúde traz consigo uma realidade de risco à garantia da cidadania, na medida em que o Estado não consegue eliminar a “insegurança jurídica” presente na ausência de atendimento integral a uma população carente de recursos. O princípio da universalidade adotado pelo SUS (Lei 8.080/90) termina onerando os serviços de saúde, uma vez que até mesmo aqueles que têm condições de arcar com um plano de saúde privado se tornam usuários da assistência pública (ANDRADE, 2011, p. 9). Considerando a insuficiência do sistema, as pessoas movem ações judiciais, utilizando-se das prerrogativas do controle difuso de constitucionalidade, e o Judiciário exerce seu poder de fiscalização, compelindo o Executivo a cumprir seu dever de prestação de assistência adequada à saúde nos casos levados à sua apreciação.

A questão é bastante controversa, havendo autores que afirmam a irrazoabilidade de várias decisões judiciais que, em detrimento de uma “alocação racional de recursos” e da implementação de “políticas coletivas” de saúde, protegem apenas o direito individual daqueles que ingressam com ações¹². “O casuísmo da jurisprudência brasileira” é atacado especialmente em matéria de distribuição de medicamentos, que, segundo aqueles que assim se posicionam, deveria ter por fundamento uma “norma jurídica, fruto da deliberação democrática” (BARROSO, 2008, p. 4, 21)¹³. Por óbvio, esses autores admitem que a intervenção do Judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil promove uma melhoria na prestação dos serviços, nas hipóteses de omissão dos demais Poderes. Contudo, entendem ser necessário o estabelecimento de parâmetros operacionais objetivos para essa atuação, de modo a aperfeiçoar a distribuição coletiva dos recursos públicos.

¹¹ Voltar-se-á a esse ponto no item a seguir, em que será abordada mais especificamente a moderna concepção de saúde mental.

¹² Entre os críticos da natureza não coletiva da atuação judicial na área da saúde, destacam-se Luís Roberto Barroso (2008), Juliano Heinen, Marcos Maselli Gouvêa, Maria Dallari Bacci e Ana Paula de Barcellos (ANDRADE, 2011, p. 10-11).

¹³ O autor ora citado resume os impasses que contornam a judicialização de políticas da saúde, a saber: a) falta de competência do Judiciário para a definição de políticas sociais e econômicas (ao teor do art. 196 da CF); b) sua falta de legitimidade democrática para decidir a forma de utilização dos recursos públicos; c) a reserva do possível; d) em se tratando de distribuição de medicamentos, o risco de “desorganização da Administração Pública”, que, às vezes, retiraria recursos que poderiam ser aplicados, por exemplo, em políticas preventivas, como as de saneamento básico ou redes de água potável, a fim de cumprir as decisões judiciais de caráter condenatório; e) por fim, a “crítica técnica”, que acentua a falta de “conhecimento específico” do Judiciário para “instituir políticas de saúde” (BARROSO, 2008, p. 22-27).

Quanto aos medicamentos, existem listas elaboradas com a participação dos diversos entes federativos (Portaria 3.916/98, do Ministério da Saúde). A jurisprudência acolhe o poder fiscalizador do Judiciário nos limites dos medicamentos constantes dessas listas, não podendo uma decisão judicial coagir o Executivo a distribuir medicamentos nelas não incluídos (BARROSO, 2008, p. 17, 30). Isso já representa, em tese, critério objetivo que norteia os processos decisórios. Trata-se de um parâmetro adequado, visto que as decisões judiciais, para serem legítimas e razoáveis, se condicionam, no que diz respeito ao acesso a medicamentos, a programas previamente elaborados pelos órgãos executivos, portanto passíveis de controle, havendo omissão na sua realização.

4. O aborto ilegal e a morbidade/mortalidade maternas no Brasil

Em 2009 foi feito, pelo Ministério da Saúde, estudo paradigmático intitulado “Aborto e Saúde Pública no Brasil – 20 anos”. O relatório então elaborado revelou que 1.054.242 abortos foram induzidos em 2005, sendo que esses dados não cobriram a realidade de sua prática em todas as camadas sociais e faixas etárias da mulher. Observou-se, também, que não há informações precisas sobre os métodos utilizados nas clínicas privadas, as sequelas, os índices de mortalidade/morbidade e a condição das mulheres vítimas de violência sexual (BRASIL, 2009, p. 16-17, 21).

Quanto ao perfil das mulheres que já se submetem ao aborto em condições de ilegalidade, o conjunto das pesquisas realizadas no estudo acima mencionado indicou que a maioria delas possui entre 20 e 29 anos, vive em união estável ou segura, e declara professar a religião católica. Além disso, as mulheres são, em regra, trabalhadoras, com baixo grau de escolaridade (até 8 anos de tempo de estudo),

e usuárias de métodos contraceptivos (BRASIL, 2009, p. 17-19).

No que tange ao comportamento das mulheres, é frequente o uso do “misoprostol” (cytotec) em casa; cerca de 24 horas depois, costumam procurar os hospitais, com “dores abdominais e sangramentos”, onde são diagnosticadas como estando em um quadro de “abortamento incompleto”. O estágio da gestação costuma não ultrapassar as 12 semanas (BRASIL, 2009, p. 25).

Entre 1990 e 2000, o aborto induzido “se manteve” como “a terceira e a quarta causas de mortalidade materna” em muitas das capitais do país (BRASIL, 2009, p. 31). “Nas regiões com piores condições socioeconômicas e precário acesso à saúde, o aborto inseguro é a primeira causa de morte materna. Em Salvador, por exemplo, este problema se registra desde a década de 1990” (FREITAS, 2011, p. 29). Houve uma queda na “morbimortalidade” em razão da escolha do uso do misoprostol, método mais seguro que os procedimentos “perfurantes ou cáusticos”. No entanto, depois da proibição da comercialização desse medicamento, constatou-se um aumento de “quase 50% das complicações infecciosas e hemorrágicas” pós-abortamento. Esclareça-se que o misoprostol é um medicamento utilizado para tratamento de úlcera gástrica, sendo sua venda, entre 1986 e 1991, permitida nas farmácias brasileiras, independentemente de receita médica. Depois disso, ao se descobrir que as mulheres estavam fazendo uso do medicamento para fins abortivos, sua comercialização foi proibida no país (BRASIL, 2009, p. 32, 35; FREITAS, 2011, p. 23).

A ilegalidade do acesso ao misoprostol é fator preocupante no aspecto da saúde da mulher, pois muitas delas não conseguem adquirir o medicamento, ou levam maior tempo para ter acesso a ele. A eficácia do medicamento “depende da dose e do estágio da gestação”; quanto menor o número de semanas do período gestacional,

maiores as chances de bons resultados. Como as mulheres recorrem ao mercado clandestino, podem comprar o misoprostol adulterado, além de terem de pagar valores bem acima do preço regular do remédio com prescrição de uso (BRASIL, 2009, p. 32-33; FREITAS, 2011, p. 23).

A proibição da venda liberada do misoprostol teve por escopo evitar uma possível “epidemia de aborto no Brasil”. Porém, o estudo do Ministério da Saúde (BRASIL, 2009) mostrou, com base no número de internações hospitalares, não a ocorrência de crescimento nos atendimentos pós-aborto no período da livre comercialização do medicamento, “mas sim a queda da morbimortalidade a ele associada”, como já comentado. O aumento da segurança do aborto pelo método medicamentoso é tão significativo que alguns estudos internacionais “registram eficácia de 90% na indução completa do aborto” quando o misoprostol é usado “em doses específicas” (BRASIL, 2009, p. 36, 38).

Apesar desses registros, a Anvisa expediu, no ano de 2006, a Resolução nº 1050, “suspendendo, em todo território nacional, as publicidades e orientações sobre” a utilização do misoprostol para fins abortivos “em fóruns de discussão, murais de recados e portais na internet”. Com base em mentalidade oposta, diante dos dados científicos, o uso do misoprostol “foi recomentado”, em 2007, “pela OMS”, pela “Federação Latino-Americana de Sociedades de Obstetrícia e Ginecologia (FLASOG)” e pelo “International Journal of Gynecology and Obstetrics”. Com isso, a Anvisa autorizou, em 2008, o uso do misoprostol nos “Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal”; mas o Ministério da Saúde manteve sua exigência de “cadastramento do Hospital para a compra do produto” (FREITAS, 2011, p. 23-24). Em suma, ainda permanecem as barreiras ao uso hospitalar do medicamento nos serviços de saúde da mulher.

Em verdade, a vedação do acesso das mulheres ao misoprostol para fins abortivos conduziu a uma situação de grave ameaça à sua saúde. O descompromisso do Estado com a realidade concreta da vida reprodutiva das mulheres mostra que, até o acirramento da pressão dos movimentos feministas, nos anos 2000, o país não considerava como um problema de saúde pública os altos índices de morbimortalidade decorrentes do aborto induzido e os riscos de más-formações fetais pelo uso tardio do misoprostol – vinculado à clandestinidade de sua venda.

Pesquisa realizada em 2010 (UNB/ANIS/MINISTÉRIO DA SAÚDE) mostrou outro dado importante em relação ao número de abortos no país e aos riscos de sequelas advindas dos procedimentos inseguros. Registrou-se que “mais de cinco milhões e 300 mil mulheres brasileiras” se submeteram ao aborto em algum momento de suas vidas. Estimou-se, ainda, que mais de 55% dessas mulheres foram internadas porque tiveram complicações. Essas complicações ocorrem porque o aborto inseguro é feito “com o auxílio de pessoas mal treinadas” e “em condições de higiene inadequadas”. É comum, nos serviços públicos, a constatação de casos de “perfuração do útero” que trazem como resultado “sequelas permanentes”, como a “infertilidade e a perda do órgão reprodutor” (FREITAS, 2011, p. 40-41).

Nos atendimentos pós-aborto inseguro, a cirurgia mais realizada pelo SUS é a curetagem. Segundo os dados do Serviço de Saúde Comunitária do Grupo Hospitalar Conceição – Porto Alegre/RS, referentes à internação de mulheres por curetagem pós-aborto, no período de 2004 e 2005, “a internação de mulheres por curetagem pós-aborto equivale a 43% e 46% das internações maternas” (MEDEIROS, 2007, p. 18). Pesquisa do “Instituto do Coração da Universidade de São Paulo, baseada em dados

do DATASUS”, registrou “3,1 milhões” de procedimentos de curetagem ocorridos na rede pública, no período compreendido entre 1995 e 2007 (FREITAS, 2011, p. 27-28).

Existe outro método indicado pelo próprio Ministério da Saúde como sendo mais barato e seguro do que a curetagem, se realizado até 12 semanas de gestação. Trata-se da chamada “Aspiração Manual Intrauterina” (AMIU). Por motivos não registrados, esse método é ainda ignorado “pelas equipes médicas”. Em municípios dos estados de Pernambuco, Rio de Janeiro, Paraíba e Bahia, a curetagem foi escolhida em 98% dos procedimentos de finalização dos casos de aborto incompleto, e as mulheres atendidas declaram ter sido vítimas de “atendimento desumano”, caracterizado por “longas esperas em jejum”, “curetagens feitas sem anestesia” e “atitudes de recriminação e culpabilização” (IPAS, 2010; FREITAS, 2011, p. 31-32)¹⁴.

Evidencia-se a existência de discriminação no acesso aos serviços de saúde por motivo de gênero, raça, nível educacional, idade e classe social (IPAS, 2010). Registra-se maior incidência de mortalidade materna entre as mulheres negras ou pardas. Nesses grupos sociais, são marcadamente inferiores os níveis de renda, de escolaridade e de acesso a informações acerca dos métodos contraceptivos e dos direitos de assistência médica pós-aborto provocado (MARTINS, 2006, p. 2473-2477).

5. A controvérsia em torno dos reflexos da prática abortiva voluntária na saúde mental da mulher

O aprofundamento da temática de gênero desencadeou intensa investigação na esfera da saúde mental. Estudo empírico realizado pela Organização Pan-Americana da Saúde mostrou que as mulheres, em razão dos diversos papéis que exercem nas relações familiares e sociais, são mais predispostas ao desenvolvimento de transtornos psíquicos e de natureza comportamental. De acordo com o mesmo estudo, a sobrecarga de tarefas, a consequente dificuldade de inserção no mercado de trabalho, a violência doméstica e até mesmo a repressão sexual são hoje consideradas causas de maior incidência de depressão e ansiedade nas mulheres, em comparação aos homens (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2001, p. 86-88).

¹⁴Sobre o maior grau de segurança oferecido pelo método da “Aspiração Manual Intrauterina”, ver também Magnitude do aborto no Brasil (BRASIL, 2008, p. 20-21). Nessa pesquisa, abordam-se os efeitos da violência sexual na saúde reprodutiva das mulheres como um todo, um problema de saúde pública de alto grau de complexidade, não só por seus reflexos nas estatísticas de morbimortalidade materna, mas também pelas sequelas de doenças sexualmente transmissíveis.

Os aspectos afetivo-emocionais são outro complicador na estrutura psíquica das mulheres, o que torna complexa a tentativa de avaliar todas as circunstâncias envolvidas na definição dos seus projetos de vida e na construção de sua identidade. Em regra, o acometimento de distúrbio psíquico é antecedido pelo “casamento e a maternidade nas mulheres” menos jovens e nas de “baixa escolaridade”. O nível de frustração diante do abandono do parceiro e de sua conformação a valores preestabelecidos, como o do desempenho exclusivo do dever de cuidado com os filhos e familiares, prejudica a potencialização das plenas capacidades mentais das mulheres, comprometendo seu direito à cidadania. Em relação ao dever de cuidado, observa-se que as mulheres se sentem responsáveis por cuidar dos seus familiares mesmo quando estão enfermas (SANTOS, 2009, p. 1180).

Pensar o bem-estar da mulher como um estado que envolve seu direito de autodeterminação é compatível com a concepção moderna de “pessoa”, “caracterizada” pela afirmação da “individualidade e autonomia”; diferentemente, “outras concepções” entendem que “o grupo é portador da identidade do sujeito” (CHAZAN, 2000, p. 93). Os dados fornecidos pelas pesquisas em saúde mental da mulher dão suporte para postular que a ausência de livre poder de decisão no planejamento reprodutivo contraria os dispositivos constitucionais que asseguram a igualdade e a cidadania das mulheres.

A falta de acesso aos métodos de contracepção, bem como a ausência de conhecimento suficiente acerca deles, além da proibição do aborto voluntário, são situações que agravam o equilíbrio psíquico feminino. Os serviços do SUS, porém, não estão equipados para prestar essa assistência integral à mulher, levando-se em conta os componentes de desigualdade social e a importância da contracepção na preservação de sua saúde física e mental. A contracepção de emergência, por exemplo, mesmo sendo objeto de norma do Ministério da Saúde, cuja eficácia é reconhecida “pelo Conselho Federal de Medicina” na prevenção da gravidez indesejada, tem pouca “divulgação e prescrição nos serviços de saúde”. A esterilização voluntária, também regulamentada por portaria do Ministério da Saúde (nº 144), é outro exemplo de procedimento não amplamente realizado, persistindo “obstáculos ao acesso” na rede pública (AQUINO, 2009, p. S198).

Muitos estudos procuram detectar os efeitos negativos do aborto voluntário no estado de bem-estar psicológico da mulher. Há resultados que indicam a existência de períodos de depressão e ansiedade após a realização do aborto. Esses estudos, todavia, costumam não considerar outros dramas psicológicos inerentes à história de vida da mulher, como eventuais “experiências de abuso na infância, violência do parceiro”, e

outros “fatores de risco”, que obviamente contribuem para o desenvolvimento dos transtornos mentais observados na fase pós-aborto. O que se observa, em geral, é um sentimento de tristeza, paralelamente a um “sentimento de culpa”, que pode ser confundido com “distúrbio mental” (NEEDLE; WALKER, 2008, p. XVIII, XIX).

Os resultados que associam negativamente o aborto voluntário à saúde mental da mulher ignoram que o crescente “estigma social” do aborto e sua criminalização aumentam os “sintomas depressivos” relatados nas pesquisas. No mesmo passo, há indicações de que a “confiança da mulher”¹⁵ no seu direito ao aborto, nas hipóteses permitidas, diminui esses sintomas. Em realidade, os achados empíricos concernentes aos efeitos psicológicos negativos da decisão de interromper a gravidez acabam sendo utilizados como “uma arma política nos esforços para restringir o acesso legal ao aborto” por parte daqueles que não concordam com sua liberalização; mas não há “evidência científica de que ter um aborto legal voluntário” efetivamente ofereça riscos à saúde mental da mulher (NEEDLE, 2008, p. XV, XVII, XIX). Segundo Ângela Freitas (2011, p. 28), a “Associação Psiquiátrica Americana não reconhece a síndrome pós-aborto como um diagnóstico”. Há até estudos que concluem que “o abortamento legalizado”, se realizado “no primeiro trimestre da gravidez, não traria consequências para a saúde mental” (NOMURA et al., 2011, p. 645, 650).¹⁶

¹⁵ Como se viu no início deste artigo, o princípio da confiabilidade impõe limites à restrição dos direitos fundamentais, cuja necessidade precisa ser demonstrada. A confiabilidade é um dos componentes da segurança jurídica. A segurança é “crédito social”, “é a expectativa” “da ativa proteção da personalidade humana como escopo fundamental do ordenamento”, é “fator essencial à realização da justiça material” (COSTA, 2004, p. 116).

¹⁶ O artigo de Nomura (2011) ora citado avalia os aspectos emocionais e sociais do aborto e o diagnóstico de depressão, comparando mulheres que vivenciaram o aborto em duas capitais brasileiras, São Paulo e Natal, no período de janeiro de 2009 a maio de 2010.

Em outra vertente de estudos, evidencia-se que a criação de filhos não planejados produz “consequências negativas à saúde” e ao estado psicológico da mulher, às “suas famílias” e à “sociedade” como um todo. Esses efeitos negativos “incluem uma maior probabilidade de mortalidade e morbidade para as mães e para as crianças”. A responsabilização por filhos não planejados tem sido igualmente vinculada “a uma variedade de problemas sociais, incluindo-se abuso de criança, divórcio, pobreza, delinquência juvenil e criminalidade”. Como bem documentado, “crianças não desejadas” apresentam menor probabilidade de ter “uma vida familiar segura”. Quando adultos, apresentam “maior probabilidade de engajarem-se em comportamento criminoso” “e receberem serviços psiquiátricos” (NEEDLE, 2008, p. XIII, XIV).

Os estudos sobre o aborto e a saúde mental permitem a formulação de novas políticas públicas com o escopo de minimizar as complicações físicas e emocionais que podem seguir-se aos procedimentos realizados. A saúde pública, especialmente no Brasil, ainda não incorporou com eficácia a necessidade de examinar a vida concreta da mulher que busca aconselhamento psicológico a fim de decidir seu destino reprodutivo. A insegurança jurídica perpassa a vida de todos os envolvidos, a mulher, a criança, a família, a sociedade. Em contextos tão repressivos em relação ao direito ao aborto, como é o caso do Brasil, a insegurança se torna mais dimensionada, pois os órgãos do Poder Executivo, que implementam as políticas públicas de saúde, ficam limitados às prescrições legais restritivas e não podem reduzir significativamente os riscos à saúde da mulher que decide interromper ilegalmente sua gestação¹⁷.

¹⁷ Como exemplo dessa limitação, cite-se medida em estudo, relacionada aos serviços de atendimento ao aborto do SUS, que prevê a obrigação do médico de orientar a mulher que, mesmo consciente do caráter criminoso do ato, se

Diante de todos esses fatores de risco, desde os riscos à vida e à saúde até os riscos de penalização criminal, é possível imaginar o peso psíquico que contorna o processo decisório da mulher de levar adiante ou não uma gravidez não planejada ou indesejada. No Brasil, de acordo com um estudo específico sobre os casos de gravidez resultantes de violência sexual, constatou-se que as mulheres, ao tomarem conhecimento do diagnóstico de gestação, manifestam sentimentos de medo, desproteção, sensação de falta de alternativas, humilhação e desmoralização. Como primeira reação, as mulheres costumam apresentar crise de choro, depressão, isolamento e abandono das atividades diárias (BRASIL, 2008, p. 40-41).

Assim, a exata discriminação das causas que levam a mulher à decisão pelo aborto não está, em tese, ao alcance dos profissionais que lidam com a assistência nos serviços médicos de planejamento reprodutivo. As motivações para a prática do aborto voluntário relacionam-se a “argumentos particulares e individuais”, calcados em “questões sociais, econômicas e emocionais”. Em alguns casos, a decisão é tomada em situação de “violência doméstica ou sexual” (NOMURA et al., 2011, p. 650).

De qualquer sorte, o respeito à autonomia individual parece representar um parâmetro seguro, do ponto de vista médico-psicológico, para a proteção da saúde mental da mulher. A ampliação das hipóteses do aborto legal capacitaria a mulher a controlar sua vida reprodutiva, escolher o momento de gerar filhos, o período entre eles e sua quantidade. Isso levaria a uma melhora no seu estado de bem-estar psíquico,

decide a realizar o aborto ilegal. Essa orientação consistiria na informação a respeito de todos os métodos ao seu alcance e dos riscos de cada um deles (FOLHA DE S. PAULO, 2012). Contudo, mesmo sendo efetivada essa medida, ela se mostra insuficiente para a proteção da mulher, que terá de recorrer aos serviços clandestinos de aborto.

com a redução da depressão, da ansiedade e de outros distúrbios de igual natureza. Com efeito, o direito constitucional-social à saúde fundamentou, juntamente com o princípio da autodeterminação, a modificação da legislação abortiva em vários países, incluindo-se os da América Latina¹⁸, para permitir o direito ao aborto até determinado estágio do processo gestacional.

6. O dever do Estado de formular políticas de combate ao aborto clandestino

A concepção de saúde no Brasil, após a Constituição Federal de 1988 e a criação do SUS, passou a estar associada ao exercício da cidadania. O indivíduo, como sujeito de direitos, é considerado “a partir de um dever do Estado” de garantir-lhe, em um nível satisfatório, o gozo de suas necessidades existenciais (MEDEIROS et al., 2007, p. 34).

Do ponto de vista do conceito de integralidade da assistência à mulher, adotado pelo SUS, a ação prestacional do Estado deve alcançar a maior satisfação possível das demandas femininas relacionadas à saúde. A centralização das políticas públicas na assistência “clínico-ginecológica”, na assistência “pré-natal” e na “assistência ao parto e ao puerpério imediato” é insuficiente para o cumprimento do compromisso firmado na Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM), que, conforme documento do Ministério da Saúde (BRASIL, 2004, p. 69-70), prevê a proteção da saúde da “mulher em situação de abortamento”, inclusive “em condições inseguras”. O “contrvertido tema do planejamento familiar”, como

¹⁸Na Europa ocidental, em quase todos os países, por último em Portugal (2007); na América Latina, na Colômbia (2006), no México (2008) e no Uruguai (2012).

“um direito de todos os segmentos da sociedade à livre escolha dos padrões de reprodução”, requer maior penetração nos programas do governo (MEDEIROS, 2007, p. 19, 40-41). O direito individual de regulação da fecundidade está assegurado na Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996 (dispõe sobre o planejamento familiar), que gera para o SUS o dever de distribuir medicamentos e métodos contraceptivos.

No âmbito da prática do aborto, as políticas de planejamento familiar interferem diretamente na segurança jurídica da vida da mulher. Os altos índices de morbimortalidade materna se relacionam com a situação do aborto provocado em condições insalubres. Nas gestações resultantes de violência sexual, muitas vezes as mulheres não têm acesso aos serviços de assistência ao aborto legal, ou não têm conhecimento do próprio direito ao aborto, e acabam recorrendo aos serviços clandestinos, o que contribui para o aumento das complicações e dos óbitos maternos. Conforme pesquisa do Ministério da Saúde, em 45% das entrevistas, as mulheres revelaram que somente receberam a informação de que poderiam fazer o aborto legalmente por terem se dirigido a uma delegacia de polícia, tendo ali recebido os esclarecimentos necessários (BRASIL, 2008, p. 6-7, 42).

Quanto ao aborto criminoso, a mentalidade política prevalente nos serviços de assistência é a da não obrigatoriedade de um atendimento técnico qualificado e humanizado, como revelam os depoimentos das mulheres e os resultados das pesquisas mencionadas neste trabalho, que noticiam os métodos inseguros usados no trato das complicações diagnosticadas naqueles serviços.

Para o aperfeiçoamento das políticas de planejamento familiar, medida importante é a liberação, sem entraves éticos ou religiosos, da contracepção de emergência. Ainda se observa, em “uma boa parcela de gestores e profissionais da saúde”, “convicção equivocada” de que a

pílula do dia seguinte, como popularmente conhecida, tem efeito abortivo. Apesar da existência de dados científicos seguros de que a anticoncepção de emergência não produz efeitos após a fecundação, há omissão do Estado em sua utilização como método eficiente de prevenção à gravidez (BRASIL, 2008, p. 14).

Outra conclusão que se extrai de uma pesquisa promovida em 1999 pelo Instituto Alan Guttmacher, no que diz respeito aos riscos do aborto clandestino, é a de que, nos países com leis restritivas, nos quais o aborto é proibido na maioria das circunstâncias, “a probabilidade de morte” decorrente do abortamento é muito superior à constatada nos países cuja legislação é mais receptiva ao avanço de sua legalização. O risco de morte nos procedimentos de aborto é “de 1 para 100.000 procedimentos” nos países que permitem o acesso das mulheres a serviços confiáveis, e “de 1 para 100” procedimentos nos países onde o aborto é feito por meios clandestinos (BRASIL, 2008, p. 20).

Nesse quadro, impõe-se ao Estado brasileiro o encaminhamento de medidas que favoreçam a ampliação da legalização do aborto, o que não se concretiza em razão da predominância de uma visão religiosa na condução dos processos de apreciação da matéria, sobretudo no âmbito do Poder Legislativo¹⁹. Desde a década de 1980, a sociedade civil formula propostas e projetos de lei para a revisão dos dispositivos do Código Penal que criminalizam o aborto, sem que tenha havido, até os dias de hoje, qualquer modificação que ofereça soluções efetivas à insegurança do abortamento ilegal.

Discutem-se muito as razões pelas quais o Brasil não cumpre as normas formuladas

¹⁹ Sobre a necessidade de o Estado garantir, “inclusive por meio de medidas intervencionistas”, o respeito ao princípio constitucional da liberdade individual de escolha de projetos de vida, tema diretamente vinculado aos direitos reprodutivos da mulher, ver Pires (2012, p. 53-63).

nos documentos internacionais que acolhem os direitos reprodutivos, ratificados pelo país. *Grosso modo*, em tais documentos o aborto foi reconhecido como “grave problema de saúde pública”, e os governos participantes comprometeram-se a empreender medidas para a melhoria do acesso das mulheres ao “planejamento reprodutivo” e à interrupção da gestação indesejada em condições seguras (BRASIL, 2008, p. 23-24). São normas de “natureza constitucional” no sistema jurídico brasileiro, que prescrevem o dever do Estado de assegurar às mulheres tratamento igualitário, direito de autodeterminação e proteção à sua integridade física, psíquica e moral (TORRES, 2008, p. 5).

Na “Revisão Periódica Universal” do “Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas”, ocorrida em novembro de 2011, foi avaliado se o Brasil está respeitando os direitos humanos consignados nos tratados internacionais na área da saúde sexual e reprodutiva da mulher²⁰. A avaliação das Nações Unidas baseia-se nos dados já consagrados referentes à correlação entre países com leis restritivas em matéria de aborto e altos índices de morbimortalidade materna. Conclui-se que a criminalização do procedimento médico do aborto contraria os compromissos internacionais ratificados pelo país em matéria de direitos humanos. Entende-se que a norma proibitiva do aborto tem natureza discriminatória porque obstaculiza a prestação de um serviço hospitalar ou medicamentoso de que só a mulher necessita (IM AIS, 2011, p. 6). Pelas diferenças biológicas entre homens e mulheres, as políticas de proteção à saúde devem ater-se às necessidades específicas das funções reprodutivas femininas. A inabilidade da sociedade de lidar com as distinções de gênero decorre da não reconstrução do sistema normativo a partir de um “padrão inclusivo de equidade” (COOK; HOWARD, 2007, p. 1040).

Sob essa ótica, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas acentuou que, para assegurar às mulheres seu direito à vida, os Estados têm a obrigação de “tomar medidas” que evitem o recurso ao aborto clandestino em condições inseguras (IM AIS, 2001, p. 6). No que concerne ao atendimento ao aborto legal, deve estar “suficientemente disponível” nos serviços de saúde pública; já a realidade do aborto ilegal impõe aos governos a instituição de políticas voltadas para o respeito à autonomia da mulher (COOK; HOWARD, 2007, p. 1055). Segundo o órgão consultivo das Nações Unidas, em sua última avaliação, acima mencionada, o Brasil

²⁰ “Brazil – 13th Universal Periodic Review Session” – Geneva/Switzerland – 28/11/11. Em relação aos direitos da mulher, o Conselho fez menção específica aos seguintes documentos: a) CEDAW (Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher); b) CESC R (Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais); c) CCPR (Convenção Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos) (IM AIS, 2011, p. 6).

falhou tanto em assegurar o acesso ao aborto legal quanto em promover a revisão da lei criminal que pune o aborto, de modo a reduzir os danos à saúde da mulher (IMAIS, 2011, p. 7-8).

Em relação à legalização do aborto, mencione-se que o Conselho Federal de Medicina firmou, recentemente, posição favorável à liberação do aborto até 12 (doze) semanas de gestação, com fundamento no direito de escolha da mulher, independentemente da apresentação de laudos médicos ou psicológicos²¹. Os Conselheiros explicaram que a delimitação do prazo de 12 semanas de gestação, para que se respeite a autonomia da vontade da gestante, se deve à constatação de que o aborto após esse período pode implicar maiores riscos à mulher e também ao fato de que somente a partir daí se forma o “sistema nervoso central” do feto. Essa posição reforça os argumentos que defendem uma ressignificação dos limites da coerção legítima do Estado sobre a liberdade de escolha, na esfera da autonomia reprodutiva da mulher. Nesse enfoque deve estar centrada a análise do direito ao aborto de feto compatível com a vida.

O pronunciamento do CFM confere, inclusive, maior proteção à liberdade individual, pois, ao não estabelecer exigência de atestado médico declarando a condição subjetiva da mulher, o Conselho representativo da classe médica firmou entendimento importante acerca da necessidade de ponderar a inadequação da proteção absoluta dos interesses do feto desde a concepção. No primeiro trimestre da gestação, a capacidade decisória em relação à interrupção da gravidez deve ser totalmente determinada pelos valores éticos individuais da mulher e

por sua personalidade moral. É verdade que a manifestação dos Conselheiros chamou a atenção para o problema do aborto clandestino, sob o enfoque da saúde pública, mas o parâmetro fundamental para a recomendação a favor da sua legalização foi o respeito à vontade de mulher. A partir desse marco, os Conselhos Regionais de Medicina terão oportunidade de também discutir a questão, aprimorando os estudos médicos sobre os direitos da mulher. Igualmente, os congressistas levarão em conta novos argumentos acerca do aborto no debate sobre a reforma do Código Penal.

Em suma, até que a questão seja novamente objeto de deliberação política, tarefa primordial do Estado consiste no aperfeiçoamento dos serviços públicos de assistência médica e psicossocial às gestantes que optem por realizar o aborto, com o intuito de minimizar os riscos à sua saúde, incluindo-se o risco de morte. Por outro lado, isso, por si só, não resolve a contento o problema da insegurança do aborto, que receberia acomodação adequada por meio de descriminalização (TORRES, 2008 p. 7-11). Entretanto, não deixa de ser imprescindível o encaminhamento, na esfera do Poder Executivo, das medidas que José Torres reúne sob o nome de “programa de redução de riscos” (TORRES, 2008, p. 22).

7. Conclusão

O sistema jurídico brasileiro, que se defronta com a demanda da mulher pelo reconhecimento do direito ao aborto voluntário em caso de gravidez indesejada, não consegue solucionar o impasse, pela ausência de um processo de atualização dos dispositivos do Código Penal que tipificam a conduta como crime.

Na área executiva, os órgãos competentes são dotados de legitimidade para regulamentar a conduta médica nos respectivos serviços públicos, com vistas ao cumprimento da meta

²¹ Posição adotada pela entidade no “I Encontro Nacional de Conselhos de Medicina”, realizado em março de 2013, em Belém. Decidiu-se pelo envio de um parecer à comissão do Senado que analisa a reforma do Código Penal (PL 236/2012), contendo recomendação pela aprovação do projeto, na parte que concerne à descriminalização do aborto (ACAYABA, 2013).

da redução de riscos e da promoção da saúde integral da mulher. A consideração dos transtornos psíquicos advindos da imposição da maternidade não desejada é objeto de crescente interesse por parte do poder institucional, constituindo-se atualmente em uma categoria referencial na perspectiva da defesa da descriminalização do aborto. Entretanto, no âmbito das políticas públicas do governo, só é possível a tomada de medidas eficazes para o atendimento do aborto legal, permanecendo o aborto ilegal como uma realidade que desafia os postulados da segurança jurídica.

A conclusão mais direta desse estudo é a de que somente a descriminalização do aborto, com base nos critérios adotados pelos demais países democráticos, possibilitará a redução dos riscos à vida e à segurança da mulher. O que se promove por intermédio dos programas do governo se limita à orientação às gestantes quanto às consequências de sua opção pelo aborto ilegal.

Nesse quadro, a análise da proposta de reforma do Código Penal, na parte que concerne à criminalização do aborto, oferece mais uma oportunidade para o aperfeiçoamento dos direitos reprodutivos no Brasil e para a concretização das liberdades constitucionais fundamentais e, em especial, do direito à saúde. Os princípios da dignidade humana e da autonomia individual, inseridos no contexto do direito ao planejamento reprodutivo, são parâmetros racionais que devem conduzir o processo de deliberação política. Dessa forma, a consideração dos resultados das pesquisas relativas à mortalidade materna e à desproteção da integridade psíquica da mulher, advinda da obrigatoriedade da maternidade quando indesejada, traz para o centro da discussão o dever do Estado de garantir a saúde da mulher e a segurança jurídica dos procedimentos abortivos.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2004.

ACAYABA, Cíntia. Conselho de Medicina defende liberação do aborto até a 12ª semana: entidade vai enviar parecer à comissão do Senado que reforma Código: pelo texto atual, aborto só é permitido em caso de risco à saúde e estupro. *G1 Política*, Brasília, 21 mar. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/03/medicos-defendem-liberacao-do-aborto-ate-12-semana-de-gestacao.html>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Laura Helena; VIANA, Maria Carmen; SILVEIRA, Camila Magalhães. Epidemiologia dos transtornos psiquiátricos na mulher. *Revista de Psiquiatria Clínica*, São Paulo, ago. 2012. Disponível em: <<http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol33/n2/43.html>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

ANDRADE, Zenaide Tatiana Monteiro. Da efetivação do direito à saúde no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XIV, n. 86, mar. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acesso em: 18 dez. 2012.

AQUINO, Estela M. L. Gênero e saúde: perfil e tendências da produção científica no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 40, n. especial, p. 121-32, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v40nspe/30631.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

_____.; MENEZES, Greice. Pesquisa sobre o aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. S193-S204, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v25s2/02.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Portal Marcelo Abelha*, Rio de Janeiro, jan. 2008. Disponível em: <<http://www.marceloabelha.com.br/site/aluno.php>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

BECK, Carmem Lúcia Colomé; BUDÓ, Maria de Lourdes Denardin; GONZALES, Rosa Maria Bracini. A qualidade de vida na concepção de um grupo de professoras de enfermagem: elementos para reflexão. *Rev. Esc. Enf. USP*, São Paulo, v. 33, n. 4, p. 348-54, dez. 1999.

BRASIL, Francisca Narjana de Almeida. O princípio da proibição do retrocesso social como efetividade da segurança jurídica. *DireitoNet*, São Paulo, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3816/O-principio-da-proibicao-do-retrocesso-social-co-mo-efetividade-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 2 dez. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

_____. *Magnitude do aborto no Brasil: aspectos epidemiológicos e sócio-culturais: abortamento previsto em lei em situações de violência sexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.

_____. *Caminhos do direito à saúde no Brasil*. Brasília, Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Caminhos_do_Direitos_em_Sau-de_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2012.

_____. *Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2012.

_____. *Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CHAZAN, Lilian Krakowski. *Fetos, máquinas e subjetividade: um estudo sobre a construção social do feto como pessoa através da tecnologia de imagem*. 2000. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Medicina Legal, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Letras Livres, 2004. Coleção Radar.

COSTA, Judith Martins. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *R. CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/641/821>>. Acesso em: 2 dez. 2012.

COOK, Rebecca; HOWARD Susannah. Accommodating women's differences under the women's anti-discrimination convention. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 56, n. 4, p. 1039-1041, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1029375>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

CUNHA, Anna Lúcia Santos. *Pessoa e direito, corpo e ciência: negociando significados e preceitos cosmológicos em torno da legalização do aborto*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível

em: <<http://www.openthesis.org/documents/Pessoa-e-direito-corpo-negociando-334434.html>>. Acesso em: 20 dez. 2102.

DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana; CARRIÃO, Vanessa. *Laicidade e ensino religioso no Brasil*. Brasília: Letras Livres, 2010.

_____; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004. Coleção Radar.

_____. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? médicos, promotores e juízes em cena. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 13- 34, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v13n2/a03v13n2.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2012.

_____; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232010000700002&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 maio 2012.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University, 2011.

_____. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2007.

FOLHA DE S. PAULO. Governo estuda adotar medidas para a redução de danos para aborto ilegal: sistema de saúde teria que acolher mulher decidida a abortar e informá-la sobre riscos e métodos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 6 jun. 2012. Disponível em: <<http://acervo.folha.com.br/fsp/2012/06/06>>. Acesso em: 6 jun. 2012.

FREITAS, Ângela. *Aborto: guia para profissionais de comunicação*. Recife: Grupo Curumim, 2011.

IM AIS – Instituto Mulher pela Atenção Integral à Saúde e Direitos Humanos. *Plataforma brasileira de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. Rio de Janeiro: IM AIS, 2011. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos-site/file/UPR_sa%C3%BAde%20reprodutiva.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2012.

INSTITUTO PERNAMBUCANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE (IPAS). *A realidade do aborto inseguro*. Pernambuco: IPAS, 2010. Disponível em: <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/a-realidade-do-aborto-inseguro/>>. Acesso em: 20 maio 2012.

MATOS, Murílio Castro de. *A criminalização do aborto em questão*. Coimbra: Almedina, 2010.

MARTINS, Alaerte Leandro. Mortalidade materna de mulheres negras no Brasil. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 11, p. 2473-2479, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/csp/v22n11/22.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

MEDEIROS, Patrícia Flores et al. O aborto e as políticas de atenção integral à saúde da mulher. *Pesquisa e Práticas Psicossociais*, São João Del Rei, v. 2, n. 1, p. 18-23, mar./ago. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEEDLE, Rachel B.; WALKER, Lenore E. A. *Abortion counseling: a clinician's guide to psychology, legislation, politics, and competency*. New York: Springer, 2008.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num estado democrático de direito? *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 14 de out. de 2004. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1868/seguranca_juridica_e_certeza_do_direito_realidade_ou_utopia_num_estado_democratico_de_direito>. Acesso em: 2 dez. 2012.

NOMURA, Roseli Miekko Yamamoto et al. Depressão, aspectos emocionais e sociais na vivência do aborto: comparação entre duas capitais brasileiras. *Revista da Associação Médica Brasileira*, São Paulo, v. 57, n. 6, p. 644-650, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Pernambuco, 2008. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/66>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Relatório sobre a saúde mental no mundo*. Genebra: OMS, 2001. Disponível em: <<http://www.dgs.pt/upload/membro.id/ficheiros/i006020.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Liberdade de Consciência, Liberdade de Crença e Pluralismo Político. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 195, p. 53-63, jul./set. 2102.

SARLET, Wolfgang Ingo *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 12 jul. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54>. Acesso em: 20 nov. 2012.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 28 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/contentemente/uploads/2012/09/Legalização-do-Aborto-versão-final.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

_____. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Ana Maria Corbi Caldas. Articular saúde mental e relações de gênero: dar voz aos sujeitos silenciados. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 4, p. 1177-1182, 2009.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos. *Ações Afirmativas em Direito e Saúde*, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.aads.org.br/arquivos/Torres_2008.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2012.

VANNOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982.

ZOLO, Danilo. Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2007.

_____. Teoria e crítica do estado de direito. In: _____; COSTA, Pietro. *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Da antinomia entre o procedimento dos processos nos Tribunais e o art. 15 da Lei nº 12.016/2009

MAGNO FEDERICI GOMES
IZABELLA PARDINHO REIS

Sumário

1. Introdução. 2. Antinomias jurídicas. 3. Princípios e garantias constitucionais. 3.1. Princípio da supremacia da Constituição. 3.2. Princípio do juiz natural. 3.3. Princípio da isonomia. 3.4. Princípio da supremacia do interesse público. 4. Da suspensão de segurança. 4.1. Origem e previsões anteriores. 4.2. Pressupostos da suspensão. 4.3. Natureza jurídica. 4.4. Competência e procedimento. 4.5. Duração da suspensão. 5. Disposições do Código de Processo Civil. 5.1. Dos processos nos tribunais. 5.2. Da existência de antinomia jurídica. 6. Solução da controvérsia. 6.1. Pedido de suspensão: privilégio ou prerrogativa. 6.2. Inconstitucionalidade do pedido de suspensão. 7. Considerações finais.

Magno Federici Gomes é pós-doutor pela Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Pós-doutor, doutor e mestre pela Universidad de Deusto (Espanha). Coordenador do curso de Direito da Faculdade Padre Arnaldo Janssen, professor-adjunto da PUC-MG e advogado.

Izabella Pardinho Reis é pós-graduanda pela Faculdade Milton Campos, graduada pela PUC-MG e advogada.

1. Introdução

O Direito, como fruto do pensamento humano relativo à organização social, não se manifesta em um sistema inteiramente padronizado e imutável. A diversidade de situações possíveis exige que as normas sejam dispostas de forma a permitir a adaptação dos limites, bem como dos conceitos aplicáveis, acompanhando assim a evolução de cada sociedade.

Por esse motivo, o sistema jurídico tem como características principais a unidade, a dinamicidade, a coerência e a completude, constituindo uma unificação lógica de normas e princípios. Ao primar pela necessária unicidade, o legislador e o jurista, no exercício de seus misteres, devem tentar eliminar as possíveis contradições entre normas e princípios, por meio do estabelecimento de hierarquia entre as fontes do Direito, da

formulação de conceitos e da análise das funções que cada instituto foi predisposto a cumprir.

Portanto, para que um sistema jurídico seja considerado unitário, a norma fundamental deve ter poder normativo, ou seja, deve influenciar a criação de todas as demais, e a lei, por ser fonte de segurança jurídica, deve eliminar as contradições porventura existentes.

Nesse sentido, o presente estudo deseja tecer considerações sobre a existência de antinomia jurídica entre a atribuição da competência prevista no art. 15 da Lei nº 12.016/2009 e os dispositivos do Código de Processo Civil (CPC), especialmente o art. 558. A questão, longe de ser exaurida neste estudo, deverá contribuir para a elucidação do tema sobre o qual há tempos pende controvérsia, especialmente após a edição daquela lei, que reproduziu instituto antes debatido tanto no âmbito doutrinário como no jurisprudencial. Assim, a possível existência de duas normas jurídicas disciplinando o mesmo instituto – sendo que a constitucionalidade de uma delas é há tempos discutida – enseja a necessidade da busca de uma solução a ser aplicada neste dilema.

No que tange à metodologia, será utilizada a teórico-documental, baseada na investigação de obras sobre o pedido de suspensão de segurança. O marco teórico, entre outras fontes consultadas, é o livro de Bueno (2009), *A nova lei do mandado de segurança*. Após tratar do conceito e das espécies de antinomias jurídicas nos ordenamentos, serão demonstrados os métodos de solução aplicáveis no Direito brasileiro. Posteriormente, estudar-se-ão os princípios constitucionais do juiz natural, da supremacia do interesse público sobre o privado e da isonomia, que influenciam diretamente na análise da constitucionalidade da suspensão de liminar em mandado de segurança, mediante a apresentação de uma breve síntese do instituto, sua origem, contexto de criação e caracterização de sua natureza jurídica. Uma vez configurados os aspectos atinentes à suspensão de liminar, serão trabalhados os dispositivos previstos na legislação processual com o intuito de demonstrar a antinomia jurídica entre o conteúdo do art. 15 da Lei nº 12.016/2009 e do art. 558 do CPC.

Por fim, será apresentada a diferença entre privilégios e prerrogativas – estas concedidas aos entes públicos –, e a relação do instituto de suspensão de segurança com os princípios constitucionais mencionados, aspectos decisivos para averiguação de sua constitucionalidade.

2. Antinomias jurídicas

Antes de adentrar a discussão acerca da constitucionalidade do instituto processual da suspensão de liminar em mandado de segurança, é necessário tecer considerações introdutórias sobre as antinomias jurí-

dicas, a razão de sua existência e os métodos de solução.

O sistema jurídico tem como características a unidade, a dinamicidade, a coerência e a completude, constituindo, portanto, uma unificação lógica de normas e princípios. A unicidade do sistema fundamenta-se principalmente em sua disposição hierárquica. Todo o sistema advém da norma fundamental que, no caso de um Estado Democrático, consiste no preceito “todo poder emana do povo” (BRASIL, 1988), consagrado no parágrafo único, do art. 1º da Constituição da República de 1988 (CR).

Haja vista a diversidade de situações possíveis e a evolução da sociedade, fatos e valores reconhecidos são modificados com o passar do tempo e, por isso, são inovados e adaptados aos novos anseios da população. Por esse motivo, o ordenamento jurídico não se manifesta num sistema inteiramente padronizado e imutável, mas sim em um cuja ordenação permita ao jurista adaptar os limites e liberdades necessários para a concreção dos fins de cada norma. O fenômeno da antinomia jurídica ocorre quando há a contradição real ou aparente entre leis, ou entre disposições de uma lei, dificultando sua interpretação. Nesse sentido, ressalta Diniz (2001, p. 15):

“A antinomia é um fenômeno muito comum entre nós ante a incrível multiplicação das leis. É um problema que se situa ao nível da estrutura do sistema jurídico (criado pelo jurista), que, submetido ao princípio da não-contradição, deverá ser coerente. A coerência lógica do sistema é exigência fundamental, como já dissemos do princípio da unidade do sistema jurídico. Por conseguinte, a ciência do direito deve procurar purgar o sistema de qualquer contradição, indicando os critérios para solução dos conflitos normativos e tentando harmonizar os textos legais”.

A lei, por ser fonte de segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito,

deve eliminar as contradições, tanto no ato de sua elaboração, como, posteriormente, em sede de sua aplicação. Isso porque, conforme entendimento de Reale (1996, p. 168), a ideia de justiça está intimamente ligada à de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, encontrado na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético. Por sua vez, a coerência do ordenamento jurídico deve ser pautada nos princípios da não contradição ou da unicidade. A garantia de que um fato é tratado pela norma de uma só forma é postulado essencial para a segurança jurídica.

Assim, ante a multiplicação das leis, observa-se que o fenômeno da antinomia é inerente ao sistema jurídico, razão pela qual, neste capítulo, serão demonstradas suas espécies e métodos de solução. Para que seja constatada a existência de antinomia jurídica, os seguintes requisitos devem ser observados: a) ambas as normas devem ser jurídicas; b) devem estar vigentes e integrantes de um mesmo ordenamento; c) devem ser expedidas por autoridades competentes dentro de único âmbito normativo e aplicáveis ao mesmo sujeito; d) deve haver contradição.

No que tange à sua classificação, ressalte-se a diferença entre antinomias reais e aparentes. São aparentes as antinomias que podem ser solucionadas pela aplicação dos métodos de solução cronológico, hierárquico ou especial. As reais, por sua vez, são caracterizadas pelo conflito de normas que se excluem mutuamente, pela inaptidão dos métodos estabelecidos em lei para solucionar o conflito ou pelo cabimento de mais de um deles para a solução da contradição.

As antinomias jurídicas podem ser classificadas, ainda, de acordo com os critérios de extensão da contradição, de âmbito e de conteúdo. Quanto ao conteúdo, a antinomia poderá

ser caracterizada como própria ou imprópria. Esta se vincula ao conteúdo material da norma, pois constitui conflito entre princípios e valores; por outro lado, a antinomia própria reflete-se pelo conflito entre duas leis. Ante a sua natureza, a antinomia própria é solucionada com objetividade, por meio da aplicação dos critérios de solução, cronológico ou o hierárquico.

No que tange ao âmbito, as antinomias podem ser classificadas como de direito interno, internacional ou interno-internacional. A antinomia de direito interno acontece entre regras integrantes de um mesmo ramo do direito ou entre normas de ramos jurídicos distintos que compõem o mesmo ordenamento. Por sua vez, a antinomia de direito internacional surge entre regras de direito internacional público. Por fim, a antinomia de direito interno-internacional caracteriza-se pelo conflito de norma de direito interno com norma de direito internacional público.

Quanto à extensão da contradição, a antinomia poderá ser caracterizada como total-total, total-parcial e parcial-parcial. A antinomia total-total consiste na contraposição absoluta entre duas leis, sendo que nenhuma delas poderá ser empregada sem que entrem em conflito. A total-parcial mostra-se quando uma das regras não pode ser utilizada, em hipótese alguma, sem confrontar com a outra, enquanto ela apresenta área conflitante com a anterior somente em parcela. O âmbito de validade das normas é coincidente; porém, um é mais restrito que o da outra. Na antinomia parcial-parcial, a seu turno, algumas partes das normas entram em conflito e outras não.

Como mencionado, as antinomias reais não podem ser solucionadas pela aplicação dos métodos de solução explicitados. Por outro lado, relativamente às antinomias aparentes, a solução da controvérsia pode ser realizada por meio da aplicação dos seguintes critérios: a)

cronológico: determina a prevalência da norma posterior em caso de conflito com norma anterior; b) hierárquico: na existência de normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior; c) especialidade: no caso de incompatibilidade entre normas gerais e especiais, será aplicada a norma especial.

Tais critérios devem ser aplicados observando a seguinte ordem de prevalência: primeiramente, analisa-se a possibilidade de aplicação do hierárquico para a solução da controvérsia, considerando a supremacia da CR; caso não seja possível, passa-se para a utilização do critério da especialidade; e, por fim, o cronológico.

3. Princípios e garantias constitucionais

Os princípios constituem enunciados genéricos, condicionadores e orientadores da construção de todo o ordenamento jurídico, desde a elaboração das normas até sua interpretação e aplicação aos casos concretos. Assim, pode-se afirmar que, por formarem a base do sistema jurídico, os princípios refletem sua coerência interna.

Em consideração à diversidade de situações possíveis, o sistema normativo revela-se incapaz de abarcar, mesmo que abstratamente, a totalidade das experiências humanas, razão pela qual os enunciados genéricos, que constituem os princípios, são utilizados para cobrir as lacunas porventura existentes. Ressalta-se, contudo, que a função integradora dos princípios não se limita ao preenchimento de lacunas, uma vez que sua utilização é imprescindível também na aplicação e interpretação das normas já editadas.

Por outro lado, mediante a análise dos princípios constitucionais de cada ordenamento jurídico, podem-se averiguar suas particularidades, bem como avaliar as características comuns a outros sistemas normativos. Desse

modo, antes de adentrar o mérito da validade da aplicação do instituto da suspensão de liminar em mandado de segurança no Direito brasileiro, é necessária a análise de alguns princípios constitucionais.

3.1. Princípio da supremacia da Constituição

Por meio da CR, a composição política do Estado é regulamentada e estabelecem-se, entre outros aspectos, sua estrutura, organização de suas instituições e órgãos, modo de aquisição e limitação do poder, tais como a previsão de direitos e garantias fundamentais. Constitui, portanto, lei fundamental e suprema do Estado. Por esse motivo, os dispositivos constitucionais, consideradas as suas características e objetivos, são hierarquicamente superiores às demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

Moraes (2007, p. 11), no que tange à interpretação das outras normas conforme a CR, esclarece que:

“[...] a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que esteja adequado à Constituição Federal”.

Dessa forma, o intérprete deve aplicar a norma ao caso concreto sempre utilizando como pressuposto o exame da CR, sem prejuízo da análise da norma infraconstitucional. Em consequência, considerando a supremacia da Constituição, comprovada a divergência entre o texto constitucional e a norma infraconstitucional, esta não deve ser aplicada, visto que, se tiver sido editada antes da CR, não terá sido por esta recepcionada. Por outro lado, se a norma infraconstitucional foi editada após o advento da CR em 1988, será inconstitucional, razão pela qual sua aplicabilidade no caso concreto deve ser afastada.

3.2. Princípio do juiz natural

A CR consagra, nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º, o princípio do juiz natural: “XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; (...) LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 1988).

O tribunal de exceção é aquele criado, por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso. O juiz natural, por sua vez, é aquele integrado ao Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na CR, e cuja competência material ou territorial é

conferida pelas leis processuais e pela organização judiciária. Cumpre salientar que o princípio do juiz natural constitui uma garantia indispensável à imparcialidade do Poder Judiciário e à segurança dos cidadãos em face do arbítrio estatal, pois a autoridade competente estará predeterminada pela lei antes mesmo da ocorrência do fato gerador do caso concreto, impossibilitando a opção por órgãos de acordo com os interesses da parte.

O Estado Democrático de Direito, atual sistema político-constitucional do País, caracteriza-se pela igualdade formal dos cidadãos e sua participação ativa, conforme disposto no parágrafo único do art. 1º da CR. Dessa forma, a imparcialidade do juiz representa uma garantia de justiça para as partes, pois a partir do momento em que reservou para si o exercício da função jurisdicional, o Estado passou a ter o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução do caso concreto.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 58) ressaltam que:

“[...] as modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente. Desse modo, a garantia desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja”.

Pelo exposto, o princípio do juiz natural, além de garantir a imparcialidade do julgador e a segurança do povo contra os arbítrios estatais, constitui garantia fundamental para a administração da justiça em um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Grinover (1983, p. 11) ensina que:

“[...] mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível”.

No que se refere à sua interpretação, Moraes (2007, p. 77, grifo nosso) relata que:

“O princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, *mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador* [...]”.

Observa-se que o juiz natural não é somente aquele constituído anteriormente à ocorrência dos fatos, mas também aquele competente para proferir o julgamento. Assim, não basta tão somente a anterioridade

da competência atribuída pelo art. 15 da Lei nº 12.016/2009 para que o dispositivo atenda ao princípio do juiz natural, mas também o Presidente do tribunal deverá ser a autoridade competente para proferir a decisão.

3.3. Princípio da isonomia

O art. 5º, *caput* e inciso I, da CR, garante igualdade a todos os cidadãos, sem qualquer distinção:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]”.

No âmbito do processo civil, o princípio da igualdade enseja o tratamento igualitário das partes litigantes pelo juiz, de forma a garantir as mesmas oportunidades de fazer valer em Juízo suas razões. Contudo, a garantia da igualdade jurídica não pode desprezar e eliminar a desigualdade econômica e social. Em decorrência disso, o conceito de igualdade formal, pelo qual a lei não deveria estabelecer qualquer tipo de diferença entre os indivíduos, deu lugar à ideia de igualdade substancial. Hoje, ao se considerar o conceito positivo de isonomia, pretende-se o tratamento igualitário dos substancialmente diferentes. Visa-se atingir a igualdade substancial mediante a supressão das diferenças no julgamento dos casos concretos.

No processo civil, as normas e medidas adotadas em observância ao princípio da isonomia visam a reequilibrar e a permitir que as partes litiguem em paridade de armas quando, em decorrência de alguma causa ou circunstância, uma delas esteja em condições de superioridade ou inferioridade em relação à outra. Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 60, grifo nosso) “é muito delicada a tarefa de reequilíbrio substancial, a qual não deve criar *desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades* [...]”.

A desigualdade na lei se produz quando uma norma depreende, de maneira não razoável e/ou arbitrária, tratamentos específicos a pessoas diversas. Assim, para que as disparidades estabelecidas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável uma justificativa objetiva, consoante critérios e juízos valorativos proporcionalmente considerados, levando-se em consideração os meios empregados e a finalidade perseguida. Ressalte-se que a diferenciação, quando admitida, deverá estar em conformidade com os direitos e garantias fundamentais descritos na CR.

Em contrapartida, é necessário frisar as três finalidades do princípio da igualdade: a limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular. O legislador, quando da edição da norma, não poderá deixar de observar o princípio da isonomia, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. O intérprete (ou a autoridade pública), por sua vez, não poderá aplicar ao caso concreto, leis e atos normativos de forma a criar ou aumentar desigualdades discricionárias. Finalmente, o particular não poderá pautar-se em condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor.

Vale ressaltar que a existência de discriminação entre as partes, pela norma aplicável, somente poderá ser concebida se fundamentada e para a consecução de uma finalidade relevante, resguardados os dispositivos constitucionais.

3.4. Princípio da supremacia do interesse público

A supremacia do interesse público sobre o particular não se extrai de nenhum dispositivo expresso da CR, ainda que manifestamente concretizado em outros princípios, tais como o da função social da propriedade, da defesa ao consumidor e ao meio ambiente. Pode-se dizer que esse princípio é pressuposto lógico do convívio social.

Conforme classificação de Bandeira de Mello (2009, p. 98), o interesse público primário é aquele relacionado aos anseios de toda a sociedade, razão pela qual é conferida ao Estado a condição de representante do corpo social. Por outro lado, o interesse secundário representa a aspiração do aparelho estatal como ente personalizado, que somente poderá ser perseguida pelo Estado quando coincidir com o interesse público primário.

Desse modo, observa-se que a supremacia do interesse público sobre os interesses privados, nos limites fixados na lei, baseia-se nos interesses públicos classificados como primários, ou seja, aqueles que refletem os anseios da sociedade, exercidos para a finalidade que os justifica.

4. Da suspensão de segurança

Antes da análise da existência de antinomia entre o disposto no art. 15 da Lei nº 12.016/2009 e o art. 558 do CPC, insta esclarecer os aspectos atinentes à suspensão de segurança como o contexto, a justificativa de sua criação e o procedimento estabelecido na legislação atual, bem como os recursos cabíveis em face da decisão concessiva ou não da suspensão almejada.

4.1. Origem e previsões anteriores

O instituto da suspensão de segurança foi previsto originariamente no art. 13 da Lei nº 191/1936, que disciplinava o mandado de segurança, e no art. 328 do CPC de 1939:

“Art. 13. Nos casos do art. 8º, § 9º, e art. 10, poderá o presidente da Corte Suprema, quando se tratar de decisão da Justiça Federal, ou da Corte de Apelação, quando se tratar de Justiça Local, a requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública, manter a execução do ato impugnado até o julgamento do feito, em primeira ou em segunda instância” (BRASIL, 1936).

“Art. 328. A requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança, poderá o Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorizar a execução do ato impugnado” (BRASIL, 1939).

Apesar de sua expressa previsão legal, havia inegáveis falhas quanto à sua aplicação prática; entre elas, havia a determinação de seus legitimados, em decorrência de constantes alterações das normas processuais relativas à legitimidade, bem como das hipóteses que ensejavam a sua utilização.

Posteriormente, o pedido de suspensão de segurança passou a ocupar timidamente o art. 13 da Lei nº 1.533/1951, que previa apenas a suspensão da execução da sentença concessiva da garantia e, mais amplamente, o art. 4º da Lei nº 4.348/1964. Pode-se então considerar que o art. 13 da Lei nº 1.533/1951 foi revogado após o advento da Lei nº 4.348/1964 que, ao estabelecer normas processuais relativas ao mandado de segurança, previu a possibilidade de suspensão tanto da execução de sentença quanto da liminar.

Haja vista que a Lei nº 4.348/1964 era omissa quanto à possibilidade do deferimento do pedido de suspensão por acórdãos em caso de competência originária dos tribunais, em 1990, a Lei nº 8.038/1990 (Lei dos Recursos), preencheu a lacuna ao fixar a competência do STF e do STJ para conhecimento e julgamento dos requerimentos de suspensão nos mandados de segurança originários dos tribunais.

Mais precisamente, no ano de 1985, com o advento da Lei nº 7.347/1985, o instituto deixou de ser previsto apenas para o mandado de segurança e passou a ser utilizado também nas ações civis públicas. Ademais, com o advento dessa lei, o recurso de agravo passou a ser cabível não só na hipótese de deferimento do pedido de suspensão, mas também

para os casos de seu indeferimento. À época de sua criação, a necessidade da suspensão de segurança era justificada pela doutrina e pela jurisprudência, dado que incabível quando se considerava a interposição de agravo de instrumento em face de decisão concessiva de liminar. E, ainda que aceito o seu cabimento, a ausência de efeito suspensivo do recurso acarretava a inaptidão da possibilidade de sustar a eficácia da medida.

Frise-se que, ao contrário do previsto no CPC de 1939, quando da criação do pedido de suspensão, o diploma atual expressamente admite, desde o advento da Lei nº 9.193/1995, a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento pelo relator do recurso nas hipóteses abaixo descritas:

“Art. 558. *O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.*

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520” (BRASIL, 1973, grifo nosso).

Em consonância com esse entendimento, salienta Bueno (2009, p. 94):

“[...] se é verdade que quando o instituto foi concebido pelo legislador brasileiro, o sistema processual civil era pouco claro quanto às possibilidades de a fase recursal desenvolver-se sob o manto do ‘dever geral de cautela’, a observação não condiz com a realidade normativa hoje vigente” (BUENO, 2009, p. 94).

Por outro lado, observa-se que as alterações trazidas pelos dois parágrafos do artigo 4º da Lei

nº 4.348/1964, incluídos pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, ocasionaram sensível modificação na utilização originariamente prevista para o instituto. A apresentação de novo pedido de suspensão passou a ser possível para a análise do STF ou do STJ, quando negado o agravo de instrumento interposto pelo ente público contra acórdão que manteve o indeferimento da suspensão de segurança ou, ainda, quando provido o agravo de instrumento interposto pelo particular em face da decisão que deferiu o pleito suspensivo.

Atualmente, o requerimento de suspensão no âmbito do mandado de segurança é disciplinado no art. 15 da Lei nº 12.016/2009. Contudo, apesar das discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial relativamente à constitucionalidade do instituto, a Lei nº 12.016/2009 trouxe novamente sua previsão com as mudanças já mencionadas, motivo pelo qual ainda é necessária a análise de seu cabimento ante as disposições processuais vigentes.

4.2. Pressupostos da suspensão

A legitimidade ativa para formular o pedido de suspensão de segurança pertence à pessoa jurídica de direito público com interesse processual em impugnar a decisão. Assim, a utilização do instituto é viabilizada apenas aos entes da Fazenda Pública. Ressalta-se que o Ministério Público, após o advento da Lei nº 12.016/2009, também é parte legítima para requerer a suspensão de segurança, quando atuar como *custos legis*.

Em função dos dispositivos legais mencionados no item anterior, o deferimento do pedido de suspensão de segurança é vinculado à preexistência de situações que possam gerar grave lesão à segurança, à saúde, à ordem pública ou à economia, sendo entendimento da jurisprudência a necessidade de configuração

de apenas uma das hipóteses¹. Dessa forma, o requerimento deverá demonstrar, em suas razões, que a manutenção da decisão à qual se refere poderá gerar grave lesão aos bens mencionados, sem, contudo, adentrar o mérito da controvérsia central do mandado de segurança ou tratar de erro *in judicando* ou *in procedendo* da decisão, sendo de cunho eminentemente político.

Não obstante, o instituto, que demonstra sua relevância na tutela do interesse público, revela também um caráter excepcional e tão somente poderá ser admitido nos casos em que for reconhecida a urgência na adoção da medida, bem como a comprovação do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

4.3. Natureza jurídica

A natureza jurídica do pedido de suspensão de segurança é controversa. Defende-se, jurisprudencialmente, sua natureza meramente administrativa, sujeita, desse modo, à análise política do Poder Judiciário². Entretanto, se-

gundo Redondo, Oliveira e Cramer (2009, p. 130): “não se pode conceber que uma medida administrativa retire a eficácia de uma decisão judicial, uma vez que isso atenta contra o princípio da separação dos poderes”. Ademais, caso seja considerado medida meramente administrativa, a análise de seu deferimento estará submetida ao juízo de conveniência e oportunidade, não sujeita a qualquer tipo de controle. Esse entendimento não condiz com a possibilidade de interposição de agravo interno contra a decisão do Presidente do tribunal, conforme estabelecido no *caput* do art. 15 da Lei nº 12.016/2009.

Ultrapassada a discussão quanto à sua natureza administrativa, tem-se que a natureza jurídica do instituto se reveste, na verdade, de caráter de impugnação processual. Entre os meios de impugnação processual previstos na legislação atual, podem-se citar as modalidades recursais, previstas taxativamente no art. 496 do CPC (que visam, em suma, à reforma, à invalidação, à cassação, ao esclarecimento e/ou à

¹EMENTA: SUSPENSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS – ALTERAÇÃO DEFINITIVA DO ITINERÁRIO PRIMITIVO CONTRATADO – LESÃO À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADA – AGRAVO REGIMENTAL – MANUTENÇÃO. 1. Na excepcional via da suspensão não cabe análise do mérito da controvérsia, tampouco se presta à correção de erro de julgamento ou de procedimento. Cabível, apenas, a análise do potencial lesivo da decisão impugnada frente aos bens tutelados pela norma de regência. 2. Há lesão à ordem pública, aqui compreendida a ordem administrativa, quando a decisão atacada interfere no critério de conveniência e oportunidade do mérito do ato administrativo impugnado. 3. *Estando evidente o risco de lesão a pelo menos um dos bens jurídicos tutelados pela norma de regência é de ser deferida a suspensão de liminar.* 4. Agravo Regimental não provido (BRASIL, 2006, p. 96, grifo nosso).

²EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. INÉRCIA NA APRESENTAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO E DE SUA PLAUSIBILIDADE. 1. Medida Cautelar, com o objetivo de ver atribuído efeito

suspensivo a recurso especial, apresentada à 1ª Turma em 5 de setembro, estando a mesma com quase três meses da data de sua distribuição até o dia de hoje. Não há nenhuma prova da interposição do recurso especial. 2. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera pars*) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. *Posicionamento deste Relator no sentido de que o ato de decisão que suspende a execução de medida liminar, ou decisão concedida em sede de mandado de segurança pelo Presidente do Tribunal, com base no art. 4º, da Lei nº 4.348/1964, que se limita àquelas quatro estruturas de danos à saúde, à economia, à ordem pública e à segurança, tem natureza eminentemente política e, por se tratar de um ato político, não é controlado pela via do recurso especial, por sua fundamentação jurídica, tendo em vista o Presidente do Tribunal analisar situações de fato e não legais. Por esse motivo, não é controlado pela via do Poder Judiciário, no âmbito do recurso especial.* Manutenção dessa característica (o ato ser de natureza política), em face de que, passados quase três meses do ato aqui atacado do agravo regimental, julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ainda não ter a parte – o Ministério Público – apresentado ao Relator a cópia do recurso especial interposto, para que se possam analisar as questões da fumaça do bom direito do recurso em análise e sua plausibilidade. 5. Medida Cautelar improcedente (BRASIL, 2001, p. 226474, grifo nosso).

integração das decisões processuais), as ações impugnativas autônomas e os incidentes processuais. Em virtude de não objetivar a alteração do conteúdo da decisão impugnada, mas apenas a sustação de sua eficácia, o requerimento de suspensão não pode ser considerado um recurso.

Pelo mesmo motivo, não pode ser caracterizado como sucedâneo recursal empregado por meio de ação impugnativa autônoma, pois não objetiva a reforma, invalidação ou cassação da decisão impugnada. Ainda, não constitui impugnação autônoma, haja vista que não será formulado um pedido de tutela jurisdicional, mas simples requerimento de suspensão. Além disso, o Presidente do tribunal, quando de sua análise, exercerá uma cognição superficial, limitando-se a verificar a existência de perigo de lesão aos bens tutelados – cognição insuficiente para a sua caracterização como ação autônoma.

Em consonância com o entendimento anterior, vale ressaltar que não será cabível recurso especial ou extraordinário em face de acórdão que julga a decisão do Presidente do tribunal sobre o pedido de suspensão.

Pelos argumentos expostos, tem-se que a pretensão liminar de suspensão de segurança tem natureza de incidente processual, constituindo uma dilação do procedimento já em curso, direcionada a órgão jurisdicional distinto, com nítida índole de tutela de urgência em função dos requisitos autorizadores de sua concessão³.

4.4. Competência e procedimento

A atribuição para conhecer e processar o pleito de suspensão de liminar, conforme estabelece o *caput* do art. 15 da Lei nº 12.016/2009, é do Presidente do tribunal competente para julgar o recurso em trâmite.

Saliente-se que indeferido o requerimento de suspensão pelo Presidente do tribunal ou na hipótese de provimento do agravo interposto em face da suspensão deferida, poderá ser interposto novo pedido de suspensão, a ser analisado pelo Presidente do STF ou STJ, conforme a matéria abarcada seja ela constitucional ou infraconstitucional. Por sua vez, o procedimento incidental de pedido de suspensão é iniciado por petição escrita elaborada pela parte interessada, dirigida ao órgão competente, com observância dos requisitos necessários.

Uma vez oferecida a petição inicial, o Presidente poderá adotar as seguintes medidas: a) determinar sua emenda; b) indeferir-la de plano;

³ Pode-se entender, portanto, tratar-se de uma anômala medida cautelar incidental ao processo principal, derivada do poder geral de cautela, cujo objetivo exclusivo é obstar os efeitos da decisão de conteúdo positivo que produz grave dano à saúde, à segurança, à ordem ou à economia pública, mas que não segue os preceitos específicos da antecipação de tutela (art. 273 do CPC) e do processo cautelar (arts. 796 e seguintes do CPC).

c) ouvir o Ministério Público; d) deferir de imediato a medida; e, e) determinar ciência da parte contrária nos casos em que não for requerida liminar.

Deferida a medida suspensiva pelo Presidente do tribunal é cabível a interposição pela parte prejudicada de agravo interno no prazo de 5 dias, dirigido ao órgão colegiado previsto no regimento interno do tribunal correspondente, conforme disposto no *caput* do art. 15 da Lei nº 12.016/2009. Ressalte-se que também poderá ser interposto agravo interno no caso de indeferimento do pedido de suspensão, haja vista que foram revogadas as Súmulas 506 do STF e 217 do STJ, dispositivos que consideravam inadmissível a interposição do agravo interno nesse caso.

Notadamente quanto ao indeferimento do requerimento, o § 1º do art. 15 da Lei nº 12.016/2009 possibilita a interposição de novo pedido de suspensão dirigido ao STF ou STJ; ou seja, a parte legitimada tem duas alternativas: interpor agravo interno ou fazer novo pedido de suspensão. Parece claro que a parte deverá optar por uma dentre as duas medidas. Todavia, intentado novo pedido de suspensão, não deferido pelo STF ou STJ, não será cabível agravo interno contra a decisão do Presidente do tribunal de segunda instância que indeferiu a suspensão, já que estará preclusa a matéria.

A renovação do pedido de suspensão poderá ainda ser efetuada no caso de provimento do agravo interno interposto em face do deferimento da medida, ou na hipótese em que seja negado o provimento ao agravo de instrumento interposto contra a liminar, conforme disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 15 da Lei nº 12.016/2009. É certo que a renovação do pedido de suspensão constitui outra oportunidade conferida ao Poder Público, com vistas a tentar retirar a eficácia da decisão liminar ou da segurança, mudanças que ocasionaram sensível alteração

na utilização originariamente prevista para o instituto, o que demonstra ainda mais sua natureza de privilégio.

4.5. Duração da suspensão

Uma das mais polêmicas discussões sobre o instituto da suspensão de segurança talvez seja a da sua duração, haja vista a omissão da lei a esse respeito.

No intuito de tentar resolver a controvérsia, surgiram duas teorias. A primeira, defendida por Bueno (2009, p. 106), preceitua que “a suspensão perdura até o proferimento de decisão posterior e substitutiva da decisão suspensa”. Conforme esse entendimento, suspensa a liminar, seus efeitos cessarão quando o tribunal negar provimento ao agravo de instrumento interposto em face desta decisão.

A segunda corrente sustenta que a suspensão durará até o trânsito em julgado da sentença. Corroboram com esse posicionamento Redondo, Oliveira e Cramer (2009, p. 140); para eles, o incidente processual não se confunde com o efeito suspensivo recursal, pois ele se condiciona ao julgamento do recurso ou à substituição por decisão posterior. Confirma esse entendimento o disposto na Súmula 626 do STF:

“A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração” (BRASIL, 2003).

Por último, pela redação do § 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, depreende-se que a suspensão concedida pelo Presidente do tribunal terá eficácia até o trânsito em julgado da decisão de mérito do mandado de segurança.

5. Disposições do Código de Processo Civil

Em consideração à alteração do panorama atual da legislação processual que regula a concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, é necessário averiguar a relevância da permanência do instituto da suspensão de liminar em mandado de segurança ante as modificações realizadas desde a sua criação pelo art. 13 da Lei nº 191/1936.

5.1. Dos processos nos tribunais

A ordem dos processos nos tribunais, estabelecida no art. 547 e seguintes do CPC, influi diretamente na avaliação da competência para julgar a pretensão de suspensão de segurança.

Conforme o disposto no CPC, os autos remetidos ao tribunal serão registrados no protocolo, distribuídos de acordo com o estabelecido nos respectivos regimentos internos e encaminhados em 48 horas ao relator do recurso. Importante é ressaltar que o relator tem contato direto com o processo – ciente, portanto, de todos os fatos ocorridos e de todas as alegações aduzidas pelas partes –, razão pela qual realizará, nos próprios autos, a exposição dos pontos controvertidos relativos ao recurso interposto. Em seguida, os autos serão encaminhados ao Presidente do tribunal, não para a análise de seu conteúdo, mas apenas para designação da data de julgamento. Notadamente quanto ao recurso de agravo de instrumento, votado por 3 (três) magistrados, após proferidos os votos, o Presidente anunciará o resultado.

Por outro lado, no que se refere à concessão de efeito suspensivo no recurso de agravo de instrumento, o art. 558 do CPC prevê expressamente essa possibilidade, conferindo ao relator do recurso, em casos que possam resultar lesão de difícil reparação e desde que seja relevante a sua fundamentação, o poder de atribuí-lo até o pronunciamento definitivo pela turma ou câmara.

Nesse caso, observa-se que a competência para a concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento foi conferida pelo CPC ao relator, uma vez que ele, pelo seu contato direto com os autos e pela análise das razões nele contidas, estará habilitado para reconhecer a potencialidade de causar grave lesão ou de difícil reparação.

Além disso, consideradas as alterações almejadas pelo anteprojeto do CPC, observa-se que a competência do relator⁴ foi retirada do capí-

⁴ As atribuições do relator no anteprojeto do novo CPC estão agora explicitadas no art. 888 da Emenda nº 221-CTRCP da seguinte forma: “incumbe ao relator: I – dirigir e ordenar o processo no tribunal; II – apreciar o pedido de tutela de urgência ou da evidência nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal; III – negar seguimento

tulo atinente à ordem dos processos no tribunal e mantida no capítulo reservado ao agravo de instrumento, *in verbis*:

“Art. 933. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de julgamento monocrático, o relator:

I – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão” (BRASIL, 2010a, grifo nosso).

Ademais, conforme disposto no parágrafo único desse artigo, a decisão que atribuir efeito suspensivo ao recurso é irrecorrível, sendo que no atual CPC a decisão somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

5.2. Da existência de antinomia jurídica

Ao considerar que ambos os diplomas, CPC e a Lei nº 12.016/2009, atribuem a diferentes julgadores a competência para suspender a eficácia da decisão liminar por meio da concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é flagrante a existência de antinomia jurídica. Assim,

a recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão ou sentença recorrida; IV – negar provimento a recurso que contrariar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. V – dar provimento ao recurso se a decisão recorrida contrariar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; VI – exercer outras atribuições estabelecidas nos regimentos internos dos tribunais” (BRASIL, 2010b). A princípio, a competência decisória monocrática do relator permanece semelhante no novo CPC à do atual, com exceção das adequações introduzidas pela substância da nova sistemática processual dos feitos coletivos e pela inserção de explicitações de ordem prática, isto é: 1. Definição expressa do poder para decidir as medidas cautelares, as tutelas de evidência e os pedidos de efeito suspensivo ou ativo aos recursos, o que já se realizava na prática diuturna, em conformidade com os arts. 497, 527, inciso III, 558, 800, parágrafo único, todos do CPC atual; 2. Autorização expressa para decidir monocraticamente os recursos, quando houver súmula do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou do próprio tribunal, em incidentes de coletivização ou em recursos representativos de controvérsia em questões de Direito, que transcenderão os limites subjetivos da lide aos remédios repetitivos (art. 543-A e 543-C do CPC vigente), respectivamente. Como distinções significativas, notam-se a positivação da inépcia recursal, que permite ao relator negar seguimento ao recurso que não possui motivação específica contrária aos fundamentos da decisão impugnada; e o aumento do poder do magistrado, no sentido de se dar provimento ao pedido recursal, com base em súmula do próprio tribunal de segundo grau, quando divergente da decisão hostilizada (ver art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC atual). Por fim, as Comissões do Senado optaram por não fazer valer a ampliação dos poderes do relator introduzida pela Lei nº 9.756/1998, posto que somente admitiram tais decisões quando houvesse contrariedade a súmula, refutando a possibilidade de confronto “com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, ou de Tribunal Superior”.

ante a necessidade de uniformidade no ordenamento jurídico, deverão ser utilizados métodos de solução de antinomias para o fim de dirimir a contradição.

Entre os critérios de solução já mencionados no presente estudo, é aplicado o cronológico, constante do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), caso nenhum dos demais seja suficiente. O critério da especialidade pode ser considerado um critério intermediário já que, tendo em vista a importância dos dispositivos constitucionais consagrada pela supremacia da CR. O critério hierarquia tem maior relevância sobre todos.

Ao considerar que ambos os dispositivos têm a mesma hierarquia, ou seja, são leis infraconstitucionais, deverá ser aplicado para a solução da antinomia o critério da especialidade, ensejando a determinação da competência pelo disposto na Lei nº 12.016/2009, norma especial, a despeito das disposições do CPC, norma geral. No entanto, convém analisar a constitucionalidade da atribuição de competência exclusiva e absoluta ao Presidente do tribunal por essa lei, de forma a averiguar a possibilidade de aplicação de princípio da especialidade.

6. Solução da controvérsia

Constatada a antinomia jurídica entre o disposto no art. 15 da Lei nº 12.016/2009 e art. 558 do CPC, e, uma vez identificado o critério da especialidade como solucionador da controvérsia, faz-se necessário analisar a constitucionalidade da atribuição de competência ao Presidente do tribunal pela Lei nº 12.016/2009, haja vista que deve ser afastada a aplicação de normas violadoras dos preceitos contidos na CR.

6.1. Pedido de suspensão: privilégio ou prerrogativa

A legislação processual civil considera integrantes da Fazenda Pública a União, os Estados, Municípios, Distrito Federal, as fundações e autarquias públicas. Por outro lado, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, apesar de prestarem serviços de natureza pública, são pessoas jurídicas de direito privado, razão pela qual não integram o conceito processual de Fazenda Pública.

Assim caracterizada a Fazenda Pública para o Direito Processual Civil, a noção de interesse público revela-se essencial para a diferenciação entre privilégio e prerrogativa do ente público. No entanto, o conceito de interesse público é vago e indeterminado, dependendo, por esse motivo, da análise do caso concreto para constatação de sua existência, norteadas pelo princípio da razoabilidade.

Somente poderá ser considerado conflito entre interesse público e privado, o interesse particular não protegido por norma de direito fundamental. Quando da análise do interesse público, ressalvadas as premissas inerentes ao Estado Democrático de Direito, deve sempre ser observado o princípio da proporcionalidade, visto que o interesse particular somente poderá ser restringido no que for estritamente necessário para o atendimento do interesse público primário.

Em função do seu escopo de guardião do interesse público, para que a Fazenda Pública atue em Juízo, são conferidas as chamadas prerrogativas fazendárias, que constituem verdadeiras “vantagens processuais” atribuídas ao ente público. Segundo Carvalho Filho (2006, p. 39):

“As prerrogativas são exatamente os poderes administrativos. Pode-se, pois, conceituar os poderes administrativos como um conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins. [...]”

Quando se assenta a premissa de que a soberania do Estado permite, àqueles que representam a sociedade, a edição de atos legislativos, a suposição é a de que tais atos devem guardar compatibilidade com a Constituição. Significa dizer que ao poder jurídico e político de criação de leis, o Estado, por seus agentes parlamentares, tem o dever de respeitar os parâmetros constitucionais”.

Vários são os dispositivos contidos no CPC que estabelecem benefícios à Fazenda Pública, para o amparo dos seus interesses. Desse modo, o princípio da razoabilidade revela-se estritamente necessário para a caracterização dos benefícios como prerrogativas, haja vista que a generalização dessas espécies a favor do ente público acarreta o desvio do sistema e de sua finalidade de concreção dos fins do Estado Democrático de Direito.

Destarte, infere-se que os excessos cometidos quando da concessão dos benefícios processuais fazendários constituem verdadeiros privilégios, vantagens sem fundamento, violadoras do princípio da isonomia. Bandeira de Mello (2009, p. 10) ensina: “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.

A CR, em seu art. 5º, estabelece que todos são iguais perante a lei (princípio da isonomia); desse modo, é necessária a extinção das discriminações juridicamente intoleráveis por serem atentatórias da igualdade constitucionalmente garantida. É certo que, em um Estado Democrático de Direito, os entes públicos refletem os anseios da coletividade e, sendo assim, é inconcebível que, sem a devida justificativa, apresentem poderes maiores do que os verdadeiros detentores, os cidadãos.

Os defensores da manutenção das prerrogativas processuais fundamentam sua necessidade na desproporção entre os particulares e os procuradores da Fazenda Pública no que tange à defesa de seus interesses, caracterizada pelos problemas operacionais de acesso aos fatos, dados e elementos da causa, bem como pelo volume de trabalho dos advogados públicos. Contudo, na prática, percebe-se que ocorrem situações diametralmente opostas. O Estado constitui a parte mais forte da relação e cada vez mais as regras tendem a privilegiar o ente público. Corroborando esse entendimento Silva (2006, p. 8), que destaca:

“No Brasil, a única prerrogativa que parece ser verdadeiramente necessária para preservar o interesse público é a proibição de execução forçada em face de bens indispensáveis à existência do Estado e, indiretamente, a proibição de medidas de urgência, como liminares ou cautelares, que possam permitir a execução forçada e a tingir bens necessários à existência do Estado. Isto porque todas as demais prerrogativas existentes no Brasil, que são muitas, não têm fundamento no interesse público ou na supremacia do interesse público, e sim fundamento meramente processual, no interesse econômico do Estado”.

Especialmente no âmbito do mandado de segurança, que visa a resguardar o particular da ameaça a seu direito líquido e certo, é indispensável a paridade de armas, com vistas a não deturpar a própria natureza do instituto.

Assim, considerando que a atual legislação processual concede às partes possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, o pedido de suspensão de segurança nada mais é que um privilégio concedido ao ente público, um instituto meramente político utilizado para sustar a eficácia da decisão em prejuízo do particular.

6.2. Inconstitucionalidade do pedido de suspensão

Ultrapassada a controvérsia quanto à caracterização do pleito de suspensão de segurança como prerrogativa ou privilégio do ente público, constata-se que o instituto viola não só o princípio da isonomia, mas também as garantias do juiz natural e do próprio mandado de segurança (art. 5º, incisos LXIX e LXX, da CR/88).

Como exposto no item sobre os princípios constitucionais, o juiz natural não é somente aquele constituído anteriormente à ocorrência dos fatos, mas também aquele competente para proferir o julgamento. Por sua vez, a regulamentação da competência do juiz para conhecer dos recursos, ou dos processos de competência originária dos tribunais, é estabelecida por regra infraconstitucional – ou seja, pelo CPC –, que atribui ao relator do remédio processual a competência para analisar a

suspensão da eficácia do provimento concedido, desde que sejam preenchidos os requisitos exigidos pela lei no art. 558 do CPC.

Há, contudo, atribuição dos mesmos poderes ao Presidente do tribunal pela Lei nº 12.016/2009, o que caracteriza a existência de antinomia jurídica, solucionada no caso pelo princípio da especialidade. Todavia, além da garantia do juiz natural, o disposto no art. 15 dessa lei viola também o princípio da isonomia, por constituir mero privilégio concedido ao ente público.

Em contrapartida, ressalte-se ainda que a suspensão de segurança nasceu como um simples pedido de efeito suspensivo ao recurso interposto pelo ente público, sempre que houvesse risco de grave lesão à saúde, à ordem ou à segurança pública. Entretanto, as diversas alterações nas disposições legais desvincularam o pedido de suspensão da necessidade de interposição do recurso cabível e, com isso, é utilizado também nas hipóteses em que o efeito suspensivo ao recurso é negado pelo relator.

Há, portanto, grande disparidade entre as nuances do pedido de suspensão quando de sua criação e sua regulamentação atual. Quando se considera sua larga utilização na atualidade, o instituto passou a ter um papel meramente político, constituindo um meio para o ente público execute suas políticas sem ser importunado pelo Poder Judiciário, deixando as decisões no âmbito da Presidência dos tribunais. Rodrigues (2007, p. 465) revela que sua opinião nem sempre foi a mesma em relação à sua constitucionalidade, uma vez que, a princípio, defendia sua plena regularidade sob o fundamento de que:

“[...] é o próprio texto constitucional que assegura a constitucionalidade do incidente de suspensão de execução de decisão, seja quando assegura a proteção dos direitos individuais e coletivos, seja quando se protegem os direitos sociais do art. 6º, quando se prevê a ampla defesa, e, principalmente, quando se protege o “direito” contra a ameaça de lesão, que no caso, é o que ocorre” (RODRIGUES, 2000, p. 109)⁵.

Apesar do entendimento acima, Rodrigues (2007, p. 465) considera atualmente o pedido de suspensão de segurança como “um remédio execrável” e afirmar que:

“[...] há de se ter uma certeza: a maneira belicosa como se tem ‘armado’ o pedido de suspensão de segurança, mormente por intermédio das medidas provisórias que nesse particular foram congeladas pela EC nº 32/2001, vem demonstrar que de nada adianta (ainda bem!) vir uma lei impedindo a antecipação de tutela ou liminares contra a Fazenda

⁵ Para aprofundamentos, ver Rodrigues (2000, p. 98-109).

Pública ou criando regras absurdas e privilégios em favor da Fazenda Pública porque, na prática, (graças a Deus!) os juízes têm sido sensíveis à manutenção integral do direito, à ordem pública e, ante a necessidade da tutela de urgência, optam pela solução justa, e a prova disso é a necessidade que o 'legislador' possui de criar uma enorme disparidade de armas entre os litigantes (ferindo a isonomia real) e acobertá-las sob o pesado, injusto e inconstitucional manto das 'prerrogativas' da Fazenda Pública" (RODRIGUES, 2007, p. 465).

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do instituto, afastada está a aplicação do critério da especialidade, o que atrai a incidência subsidiária do CPC, em função ainda da limitação injustificável da garantia do mandado de segurança (art. 5º, incisos LXIX e LXX, da CR). Nesse sentido:

“Se o que o mandado de segurança tem de mais caro é sua predisposição constitucional de surtir efeitos imediatos e favoráveis ao impetrante, seja liminarmente ou a final, a mera possibilidade da ‘suspensão de segurança’ coloca em dúvida a constitucionalidade do instituto. Em verdade, tudo aquilo que for criado pelo legislador infraconstitucional para obstaculizar, dificultar ou empecer a plenitude da eficácia do mandado de segurança agride sua previsão constitucional. Nesse sentido, não há como admitir a constitucionalidade do instituto, independente de qual seja sua natureza jurídica. É instituto que busca minimizar efeitos do mandado de segurança? Positiva a resposta, trata-se de figura inconstitucional” (BUENO, 2002, p. 179).

Com tais considerações, independentemente de qual seja a natureza do instituto do pedido de suspensão, a competência conferida ao Presidente do tribunal infringe princípios garantidos pela CR, em vista de atribuir poderes excepcionais ao gestor do Juízo colegiado em detrimento das disposições do CPC.

7. Considerações finais

Pelo exposto, considerada a alteração do panorama processual desde a origem da suspensão de liminar em mandado de segurança, atualmente é possível a concessão de efeito suspensivo pelo próprio relator no agravo de instrumento, segundo o art. 558 do CPC, o que revela a existência de antinomia jurídica entre a competência, conferida pelo art. 15 da Lei nº 12.016/2009, para a concessão do mesmo efeito suspensivo ao mesmo recurso pelo presidente do tribunal.

Uma vez constatada a existência de antinomia jurídica e por terem os dispositivos supramencionados a mesma hierarquia – ou seja, são leis infraconstitucionais –, observou-se que a controvérsia deveria ser

solucionada pelo critério da especialidade e não da simples cronologia, sob pena de revogação do dispositivo anterior, aplicável a um infundável número de feitos. Com isso, tal interpretação ensejaria a determinação da competência pelo disposto na Lei nº 12.016/2009 (norma especial), a despeito das disposições do CPC (norma geral).

No entanto, a existência de procedimento próprio estabelecido pelo CPC, e aplicável a ambas as partes interessadas, descaracteriza a necessidade de proteção ao interesse público por meio do instituto da suspensão de segurança, o que revela sua natureza de mero privilégio e não de prerrogativa processual necessária à proteção dos interesses públicos primários.

Portanto, ficou demonstrado que a mudança no panorama do ordenamento jurídico quando da criação do instituto e o desvio de sua finalidade violam não só o princípio da isonomia, mas também a garantia do juiz natural, necessária à administração da justiça em um Estado Democrático de Direito. Conclui-se que a existência legal da suspensão de segurança se revela um meio desproporcional para a proteção dos fins colimados pelo legislador, em evidente ofensa aos citados princípios constitucionais, ante a força normativa da CR. Dessa maneira, em virtude de sua flagrante inconstitucionalidade, não poderá ser aplicado o critério da especialidade para a solução da antinomia e, tampouco, reconhecida a competência estabelecida no art. 15 da Lei nº 12.016/2009.

Finalmente, comprovada a necessidade de proteção aos interesses públicos primários e com vistas a se evitarem situações que representem grave lesão à segurança, à ordem, à saúde ou à economia pública; a despeito da inconstitucionalidade da pretensão incidental de suspensão de segurança, o mesmo efeito poderá ser alcançado pela aplicação do disposto no art. 558, e seu parágrafo único, do CPC, pela interposição do recurso cabível contra a decisão hostilizada.

Por conseguinte, a Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar o Anteprojeto de novo CPC, perdeu uma grande oportunidade de extirpar do ordenamento jurídico brasileiro o referido instituto, mas o Congresso Nacional ainda pode solucionar a pendência nas discussões sobre a futura legislação instrumental, ainda em trâmite em suas Casas.

Referências

BRASIL. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de código de processo civil. *Código de processo civil*: anteprojeto. Brasília: Senado Federal,

2010a. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/ordemdodia/arquivos/avulso/2010/PLS201000166_01.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2011.

_____. Senado Federal. Comissão temporária da reforma do código de processo civil. *Código de processo civil*: parecer nº 1.624, de 2010, e Emenda nº 221-CTRCPC (substitutivo aprovado). Brasília: Senado Federal, 2010b. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

_____. Lei 1.533/51 (revogada), de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1951.

_____. Lei 4.348/64 (revogada), de 16 de junho de 1964. Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 jul. 1964.

_____. Lei 7.347/85, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 jul. 1985.

_____. Lei 8.038/90, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 maio 1990.

_____. Lei 12.016, de 7 agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 ago. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 1504/MG, de 20 de março de 2006. Relator: Ministro Edson Vidigal. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 10 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;corte.especial:acordao;ss:2006-03-20;1504-680082>>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Medida Cautelar nº 3074/DF, de 21 de novembro de 2000. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 4 jun. 2001. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.1:acordao;mc:2000-11-21;3074-389959>>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 74.472/DF, de 13 de maio de 1996. Relator: Ministro Asfor Rocha. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 jun. 1996. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:1996-05-13;74472-122766>>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 217, de 3 de fevereiro de 1999. Cancelada - AgRg na SS n. 1.204-AM - 23/10/2003. Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 25 fev. 1999. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0217.htm>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 506, de 3 de dezembro de 1969. O agravo a que se refere o Art. 4º da Lei 4.348, de 26.06.1964, cabe, somente, do despacho do Presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança, não do que a denega. (Revogado pelo Acórdão da SS 1945 AgR-AgR-AgR-QO-RTJ 186/112, do Tribunal Pleno). *Diário de Justiça da União*, Brasília, 10 dez. 1969. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0506.htm>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 626, de 24 de setembro de 2003. A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 9 out. 2003. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0626.htm>. Acesso em: 20 set. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei nº 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. 1008 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana (Org.). *Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 11-33, jan./mar. 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REDONDO, Bruno G.; OLIVEIRA, Guilherme P.; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/09*. São Paulo: Método, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Apresentação e crítica de alguns aspectos que tornam a suspensão de segurança um remédio judicial execrável. In: FURTADO, Adroaldo Fabrício (Org.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Princípio da isonomia e a administração pública em juízo: a realidade brasileira. Aspectos jurídicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 169, p. 7-12, jan./mar. 2006. Disponível em: <www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_169/R169-01.pdf>. Acesso em: 20 set. 2010.

Acerca da dicotomia *atividade-fim* e *atividade-meio* e suas implicações na licitude da terceirização trabalhista

ALEXANDRE PIMENTA BATISTA PEREIRA

LARISSA MARTINS DE SOUZA

Sumário

1. Introdução. 1.1. Atividade-fim e atividade-meio. 2. As normas infraconstitucionais e a relação com a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. 2.1. Da CLT ao contexto contemporâneo da globalização. 2.2. O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. 2.3. A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. 2.4. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. 2.5. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. 2.6. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. 2.7. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. 3. Limitação à terceirização estabelecida pela justiça do trabalho. 4. Uma análise quanto à finalidade das súmulas, em específico a 331 do Tribunal Superior do Trabalho. 5. A fragilidade dos conceitos atividade-fim e atividade-meio nas empresas de telecomunicação. 6. Tentativa de definição no Direito Civil: obrigação de resultado e obrigação de meio. 7. Natureza empresarial da distinção. 8. Conclusão.

Alexandre Pimenta Batista Pereira é professor adjunto da Universidade Federal de Viçosa; doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Larissa Martins de Souza é graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa.

1. Introdução

A terceirização surgiu no contexto do modelo toyotista e permitiu romper com a lógica bilateral dos polos na relação de emprego, de modo a retirar o vínculo direto do terceirizado com a empresa tomadora. É prática adotada em diversos setores de produção econômica, com o principal escopo de reduzir custos e aumentar a produtividade.

Torna-se necessário averiguar a licitude dessa prática, que ocupou lugar de destaque em discussões jurídico-econômicas, a sobrecarregar os tribunais trabalhistas, devido ao grande número de ações que pleiteiam o reconhecimento da ilicitude da terceirização.

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho estabelece que a intermediação de mão de obra, como regra, é uma prática ilícita, excetuando-se as terceirizações relativas a trabalhos temporários, serviços de vigilância, de conservação e limpeza, bem como aquelas ligadas à atividade-meio do tomador. *A contrario sensu*, tem-se por terceirização ilícita aquela perpetrada em uma atividade-fim do tomador.

Ocorre que a expressão *atividade-meio*, inserta no inciso III do texto sumular, embora absorvida pela jurisprudência e pela doutrina, ostenta um patamar amplo de abstração, o que pode ser observado pelos inúmeros conflitos enfrentados pelos tribunais trabalhistas. Seria, deveras, necessária uma atuação legislativa para “dar claros contornos à relação trilateral” (BASTOS, 2010, p. 92). A discussão quanto à licitude se prolonga, sobretudo, pela indeterminação semântica da expressão.

As expressões “atividade-fim” e “atividade-meio” necessitam ser estudadas no contexto do Direito Privado, não se olvidando do enfoque nos serviços de *call center* ou *telemarketing*, terceirizados por empresas de telecomunicação.

É necessário averiguar a legislação e o histórico da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, para compreender o contexto da audiência pública sobre terceirização, realizada em outubro de 2011 (BRASIL, 2011). Urge ainda indagar acerca dos limites de regência da súmula no sistema jurídico brasileiro.

1.1. Atividade-fim e atividade-meio

A imprescindibilidade da distinção entre atividades “fim” e “meio” é ponto crucial do Direito do Trabalho, uma vez que a licitude da terceirização e a responsabilidade do tomador de serviços estão diretamente ligadas a essas definições, de acordo com a interpretação da Súmula 331 do TST.

Conforme o inciso I da súmula, em caso de terceirização ilícita, é reconhecido o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, ficando este responsável por todos os encargos trabalhistas decorrentes da contratação ilegal do trabalhador terceirizado.

Ocorre que, “na realidade, tais conceitos de atividade-fim e atividade-meio não são jurídico-trabalhistas” (CASTRO, 2003, p. 5-9), não surgiram do Direito do Trabalho.

A essencialidade do instituto muitas vezes é buscada no âmbito do Direito Privado, sendo o Direito Civil e o Empresarial os ramos a oferecer as maiores possibilidades de conceituação de tais expressões.

Por meio do Direito Civil, busca-se traçar um paralelo entre as atividades fim e meio e as obrigações de resultado e de meio do direito obrigacional, ao passo que, no Direito Empresarial, se procura analisar

a importância do contrato social ou do estatuto das pessoas jurídicas como enquadramento dos limites ao objeto das atividades empresariais.

Embora esses conceitos, na maioria das vezes, possam não exprimir precisão e clareza suficientes, eles foram absorvidos pelos doutrinadores, pelos tribunais jurisdicionais e até pelo Tribunal de Contas da União, “que orienta a Administração Pública a somente admitir as terceirizações nos estritos limites de suas atividades-meio” (GARCIA, 2009). Mas como definir o estrito sentido de uma atividade-meio? Seriam aquelas não essenciais?

A discussão vem à tona quando se pretende demonstrar a licitude de uma terceirização, o que tem provocado dissonância nos tribunais. É o que se extrai da transcrição do relatório do acórdão proferido pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em que se utilizam de subsídios do Direito Civil para conceituar atividade-fim e atividade-meio:

“Refere o mesmo autor, para o efeito de distinguir atividade-fim e atividade-meio, da necessidade de ‘perseguir as estritas operações que conduzem ao seu objeto final e a ele sempre remeter-se, para que se conceitue o mais aproximativamente possível, o que se deva entender por atividade-fim’ (op. cit. p. 304/305), além de referir que a preocupação se assemelha à que existe no âmbito do Direito Civil, quando se procura distinguir obrigações de meio e obrigações de resultado” (BRASIL, 2012b).

Quais são os critérios para estabelecer a licitude da terceirização?

2. As normas infraconstitucionais e a relação com a Súmula 331 do Tribunal Superior Do Trabalho

2.1. Da CLT ao contexto contemporâneo da globalização

A Consolidação das Leis do Trabalho refere-se apenas, no que tange à terceirização, ao contrato de subemprego (art. 455), ao prever a possibilidade da transferência de atividades de construção para outras entidades, prescrevendo a obrigação subsidiária do empregador principal pelas obrigações inadimplidas dos subempregados contratados (BELMONTE, 2008). O empregador principal pode ajuizar ação regressiva contra o subempregado.

A CLT não estabeleceu restrições à terceirização de acordo com a atividade a ser repassada a terceiros.

A ausência de normatização referente à terceirização pode ser explicada pelo contexto do diploma celetista. Como sabido, a terceirização começou a se consolidar apenas nos anos 70. Não seria plausível exigir

que a CLT, em 1943, possuísse originariamente artigos dispendo acerca da terceirização, como bem expressa José Pastore (2008, p. 119):

“Essa nova realidade do mundo da produção surgiu depois da CLT. As leis trabalhistas do Brasil foram cunhadas antes do aparecimento do computador e antes do surgimento do setor de TI – Tecnologia da Informação – que se baseia fundamentalmente no talento humano e em profissionais que atuam das mais variadas formas. Muitos trabalham em casa, criando sistemas; outros trabalham em empresas implantando programas. Alguns trabalham de forma intermitente; outros de forma contínua. E quase todos fogem do vínculo empregatício porque este não se adapta à sua rotina de trabalho.”

A CLT preocupou-se em reger tão somente as relações bilaterais entre empregado e empregador, ao passo que a terceirização ostenta uma fração considerável de situações trabalhistas no dia a dia. Ocorre que essa relação de mão de obra não se enquadra na tradicional classificação aduzida pela CLT, visto que as relações existentes no âmbito da terceirização não são bilaterais, são trilaterais: o tomador de serviços, a empresa interposta e o trabalhador terceirizado.

“Entre nós as relações entre trabalhadores e empregadores da iniciativa privada são reguladas, via de regra, pela Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943 e emendada ao longo de seus 65 anos, mas mantendo, quanto à terceirização, em linhas gerais, os mesmos entraves apontados pelos primeiros intérpretes, quais sejam, a falta de previsão expressa e a total ausência de parâmetros que possam diferenciá-la dos elementos caracterizadores da relação de emprego direta, constantes de seu art. 3º(...)” (BASSO, 2008).

O contexto da globalização permitiu conceber novas relações de trabalho. As empresas fragmentam suas atividades, contratam outras empresas, que, por sua vez, subcontratam outras,

formando um feixe de relações, cenário bem diverso da clássica relação bilateral da CLT. A terceirização estaria inserida em uma realidade inexorável, pois representaria fator de minimização do desemprego (BASTOS, 2010, p. 90).

Diante da inexistência de normas, seria possível aplicar indistintamente a CLT às complexas relações de trabalho da atualidade?

“A CLT – que nasceu antes da televisão, das novelas e das constelações modernas – rege apenas as relações entre empregados e empregadores, deixando de fora todas as demais formas de trabalhar. Os juízes, em face de tamanha heterogeneidade das relações, tentam incluir todos os trabalhadores na relação de emprego por prazo indeterminado, que nada tem a ver com a maioria dos que trabalham numa rede de produção complexa (...)” (PASTORE, 2008, p. 121).

Como entender a distinção ontológica entre o trabalho terceirizado e o executado nos moldes da clássica relação de emprego?

2.2. O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967

A expedição do primeiro diploma nacional referente à terceirização data da década de 60: o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa. O presente documento normativo tinha o escopo de incentivar a prática da descentralização administrativa pela contratação de serviços de empresas privadas, como se pode observar pela leitura do artigo 10, §7º:

“Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada:

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução” (BRASIL, 1967).

A redação dada ao parágrafo anterior induz a administração pública a recorrer ao desempenho indireto das tarefas executivas, mediante contrato, sem especificar, contudo, quais atividades especificamente poderiam ser passíveis de execução por terceiros, como bem salientou Maurício Godinho Delgado (2009, p. 411):

“Na medida em que a administração estatal está submetida ao princípio da legalidade e na medida em que surge lei determinando o procedimento de descentralização dos encargos de execução aventados pelo Dec.-Lei n. 200, resta claro que um certo conjunto de tarefas enfrentadas pelos entes estatais poderia ser efetuado através de empresas concretizadoras desse serviço, portanto, mediante terceirização. A dúvida que se mantinha situava-se quanto à extensão da terceirização autorizada na administração pública, isto, o grupo de tarefas, atividades e funções que poderiam ser objeto de procedimento terceirizante.”

Dessa forma, embora tenha incentivado a prática descentralizadora de realização das atividades públicas, o decreto-lei não definiu as atividades, ou dentro de quais limites essa prática ocorreria, não mencionando, em nenhum momento, a restrição da terceirização às atividades-meio, nem mesmo para a administração pública.

2.3. A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974

Em 3 de janeiro de 1974, foi aprovada a Lei nº 6.019, que normatizou os trabalhos temporários na iniciativa privada. A supracitada lei autorizou a terceirização de trabalhadores temporários, permitindo a existência de pessoas físicas ou jurídicas que tenham como finalidade a prestação de serviços transitórios, como abaixo transcrito (art. 4º da Lei nº 6.019/74):

“Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos” (BRASIL, 1974).

Foi então legalizada a terceirização do trabalho temporário, admitindo-se a contratação terceirizada de mão de obra apenas nos casos e limites fixados por esta lei: “substituição transitória de pessoal regular e

permanentemente ou acréscimo extraordinário de serviços (art. 2º), até três meses, podendo ser prorrogado por esse órgão local do Ministério do Trabalho (art. 10)” (SÜSSEKIND, 2001, p. 99).

Nesse sentido, há de se entender a possibilidade de terceirização dos serviços temporários, visto que a própria Súmula 331 do TST retoma a legislação aqui mencionada: “I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3/1/1974)”. A exceção sumular para contratação do trabalho temporário advém do preceito legal.

2.4. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983

Após o permissivo para terceirizações nos serviços temporários, foi aprovada a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, que veio a dispor sobre a segurança para estabelecimentos financeiros, estabelecendo normas para a constituição e o funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores.

A promulgação dessa lei justifica-se em razão da necessidade de proteção às agências bancárias, as quais, na época, passavam por constantes roubos, exigindo a legislação federal que essas instituições contratassem serviço de vigilância qualificado e permitindo a terceirização na área, diante das especialidades dos serviços de segurança (GARCIA, 2009).

Em 30 de março de 1995, foi promulgada a Lei nº 9.017, que alterou alguns dispositivos da Lei nº 7.102/83. Passou-se a vedar o funcionamento de qualquer estabelecimento financeiro onde houvesse guarda de valores ou movimentação de numerário que não possuísse sistema de segurança, devendo a vigilância ostensiva e o transporte de valores ser executados por em-

presa especializada contratada ou pelo próprio estabelecimento financeiro, “desde que organizado e preparado para tal fim, com pessoal próprio, aprovado em curso de formação de vigilante autorizado pelo Ministério da Justiça e cujo sistema de segurança tenha parecer favorável à sua aprovação emitido pelo Ministério da Justiça” (BRASIL, 1983).

2.5. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamentou as matérias relativas às licitações, aos contratos administrativos e a contratação para prestação de serviços.

Prescreve a supracitada lei a possibilidade de a administração pública contratar com terceiros, desde que observados os critérios licitatórios, sem limitar, em qualquer momento, a licitude da contratação à atividade-meio ou à atividade-fim, como salienta o artigo 2º: “as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação” (BRASIL, 1993).

Não houve limitação à prática da terceirização no que concerne à atividade repassada a terceiros. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, considerou a constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, sendo necessário o exame da culpa para se atingir a responsabilidade do ente público.

2.6. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no artigo 175 da Constituição da República de 1988.

Em seu artigo 25, §1º, a lei disciplinou a possibilidade de a concessionária de serviços públicos contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, conforme transcrito abaixo:

“Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados” (BRASIL, 1995, grifo do autor).

Nota-se que, ao contrário do que estabeleceu a Súmula 331 do TST, a Lei nº 8.987/95 permitiu que concessionárias terceirizassem até mesmo suas atividades *inerentes*, o que foi interpretado por diversos tribunais como sinônimo de atividade-fim:

“TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. (...) o artigo 25, §1º, da Lei nº 8.987/95, permite a contratação de serviços inerentes à execução do serviço concedido, o que equivale à atividade-fim da própria reclamada (...)” (BRASIL, 2012b).

Aparentemente o §1º do artigo 25 da Lei nº 8.987/95 traçou parâmetro diametralmente oposto ao que previa o Tribunal Superior do Trabalho, possibilitando que concessionárias terceirizassem até mesmo suas atividades principais. As empresas hidroelétricas poderiam terceirizar atividades ligadas à construção, reforma, manutenção de redes elétricas, tendo

em vista questões ligadas à competitividade, economia e, sobretudo, em razão da incidência do princípio da legalidade, a partir do permissivo legal (PEREIRA, 2010, p. 72).

2.7. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997

No período do Governo FHC, diante do grande número de privatizações realizadas, houve um abrandamento do rigor das terceirizações. Editou-se a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, destinada a organizar os serviços de telecomunicações. Em seu artigo 94, a lei “autorizou a terceirização ampla, incluindo atividades meio e fim das empresas privatizadas, como forma de possibilitar sua arrematação e saneamento (...)” (BASSO, 2008, p. 89-116), o que inspirou decisões díspares nos tribunais trabalhistas (BISPO, 2010, p. 80-88). O art. 94 da Lei nº 9.472/97 permite que a concessionária contrate com terceiros “o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados” (BRASIL, 1997).

A legislação reservada aos serviços de telecomunicação apenas regulou especificamente o assunto já tratado no diploma destinado a normatizar as concessionárias, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que, em seu artigo 25, §1º, dispõe acerca da possibilidade de a concessionária de serviços públicos contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, como supramencionado.

Inerente, em sua literalidade, significa aquilo é ínsito a algo, inseparável (FERREIRA, 1968). Alguns tribunais equipararam as atividades inerentes às atividades-fins da empresa, causando dicotomia com a jurisprudência sumulada pelo TST, que não abriu exceção às concessionárias ou aos serviços de telecomunicação no tocante à licitude dessas terceirizações. Dessa forma, as

Leis n^{os} 8.987/95 e 9.472/97 teriam ampliado o rol de possibilidades de terceirizações lícitas. Teria o legislador criado possibilidade de terceirização lícita às concessionárias e às empresas de telecomunicação?

Por sua vez, as expressões “acessórias” e “complementares” tendem a se aproximar do que se entende por atividade-meio, uma vez que “complementar” se refere àquilo que não é principal, mas o completa, ocorrendo o mesmo com a expressão “acessórias”.

Não obstante a dificuldade que os Tribunais têm enfrentado para diferenciar as atividades meio e fim no que tange às empresas de telecomunicação, a controvérsia tornou-se ainda maior quando a lei aparentemente conferiu a essas prestadoras de serviços, de forma contrária à súmula, a possibilidade de terceirizar suas atividades inerentes. As leis das concessionárias colidiriam com o critério presente no inciso III da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Não há diploma legal específico a reger a terceirização, nem mesmo a limitar a aplicação do instituto às atividades-meio. Em verdade, a restrição emerge como critério traçado pela jurisprudência. O foco da discussão ainda se encontra longe de atingir o patamar de vedação à discriminação em prol dos direitos dos terceirizados.

3. Limitação à terceirização estabelecida pela justiça do trabalho

Vale a pena recapitular o histórico da Súmula 331 do TST.

Em 1986, o TST, observando a legislação existente sobre o tema, basicamente a Lei n^o 6.019/74 – Lei do Trabalho Temporário – e a Lei n^o 7.102/83 – que dispõe sobre os serviços de vigilância –, editou o enunciado sumular 256: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n^{os} 6.019, de 3/1/74, e 7.102, de 20/6/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

Assim, a terceirização, de uma forma geral, era vedada pelo ordenamento jurídico segundo o entendimento do TST, excetuando-se tão somente os casos em que houvesse legislação expressamente prevendo sua possibilidade. Logo, a terceirização, quer na atividade-meio, quer na atividade-fim, era ilícita, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Foi então aprovado o enunciado sumular 331 do TST, que veio para revisar a anterior Súmula 256. A nova súmula continuou a estabelecer a ilicitude das terceirizações como regra geral; acrescentou, porém, ao rol das terceirizações lícitas o trabalho temporário, os serviços de vigilância, conservação e limpeza e a terceirização ligada à atividade-meio

do tomador, desde que inexistente pessoalidade e subordinação direta. Determinou também a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto ao inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Ainda que, por previsão constitucional do artigo 22, I, seja competência privativa da União legislar sobre Direito do Trabalho, foi desse modo que surgiu o parâmetro diferenciador das terceirizações: por intermédio da Súmula 331 do TST, que, em seu inciso III, possibilitou a terceirização dos serviços de conservação e limpeza e de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, uma vez que os serviços temporários e de vigilância já possuíam anterior previsão legal.

Visto que a expressão “atividade-meio”, inserta no enunciado, tende a determinar um rol exemplificativo, não taxativo, verifica-se a imprecisão da expressão quando se discute a licitude das terceirizações, como atividades de *call centers*.

Em 2011 o TST procedeu a uma revisão da jurisprudência em decorrência do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, no qual o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93. O TST houve por bem reescrever o inciso IV da supracitada súmula, que trata da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, acrescentando os incisos V e VI, ao tratar da responsabilidade subsidiária da administração pública diante de culpa *in vigilando* e da responsabilidade subsidiária quanto às verbas do período da prestação laboral.

Conquanto tenha limitado a terceirização à atividade-meio do tomador de serviços, o ponto central da discussão da Súmula 331 do TST não foi garantir ou resguardar os direitos trabalhistas do terceirizado, restringindo-se tão somente a uma característica da atividade a ser repassada a terceiros, o que colide com o valor social do trabalho (art. 1º, IV, da CF).

Cumprir enfatizar que a Orientação Jurisprudencial 383 da Seção de Dissídios Individuais I (SDI-I) do TST garantiu aos trabalhadores terceirizados um padrão de igualdade salarial em relação aos trabalhadores da tomadora de serviços, nos moldes do art. 12 da Lei nº 6.019/74. Ademais, a Constituição Federal veda a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII, CF).

4. Uma análise quanto à finalidade das súmulas, em específico a 331 do Tribunal Superior do Trabalho

As súmulas caracterizam-se por sintéticos textos que têm como função primordial uniformizar a jurisprudência de determinado tribunal, quando há manifesta divergência sobre o assunto e reiteradas decisões no

mesmo sentido, buscando facilitar não apenas a função judicante, mas também a interpretação.

Edita-se a súmula para que o entendimento sobre a matéria reste pacificado, evitando-se que as situações possuam soluções diversas:

“As súmulas foram concebidas como meio de facilitação do processo decisório, simplificando a fundamentação dos julgados que versavam sobre questão pacificada. Além disso, cumpriam a função de orientar as instâncias inferiores acerca do entendimento prevalente nos tribunais. Esses objetivos associados às súmulas – que continuam pertinentes e têm sido inclusive ampliados pela iniciativa do legislador, como se viu – visam a contribuir para a realização de finalidades mais gerais, a saber: (i) a preservação da racionalidade, da coerência e da isonomia no contexto da prestação jurisdicional; e (ii) a promoção da celeridade dessa mesma prestação estatal” (BARROSO; BARCELLOS, 2011).

Um enunciado sumular corresponde a um entendimento reiteradamente manifestado por um tribunal diante de fatos específicos, o que Luis Roberto Barroso e Anna Paula Barcelos (2011) convencionaram chamar de “situação-tipo”, de modo a permitir que tal decisão seja universalizada, em casos idênticos.

Contudo, para que produza resultados esperados, é necessário que a súmula seja aplicada aos fatos equiparados àqueles da origem, ou seja, a uma “situação-tipo” idêntica, sob pena de causar injustiças no caso concreto.

Assim, ao editar súmulas com conceitos abertos, o Judiciário acaba por invadir competências do Poder Legislativo, uma vez que formula enunciados com carga genérica, nos moldes da lei. Com isso, os órgãos jurisdicionais, que deveriam aplicar o preceito legislativo e utilizar-se do ativismo somente para o preenchimento de lacunas, tornam-se verdadeiros legisladores positivos, em desrespeito ao prin-

cípio da separação dos poderes (artigo 2º da Constituição da República).

O legislador emprega conceitos jurídicos indeterminados em situações nas quais “não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído” (BARROSO, 2009, p. 312). Essa técnica da utilização de termos indeterminados permite uma “abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos juridicamente” (DIDIER, 2010). A norma editada pelo Legislativo carrega consigo o atributo da generalidade.

Todavia, a Súmula 331 do TST, por veicular conceito aberto, é aplicada como verdadeira lei. O item III desse enunciado traz a expressão “atividade-meio”, típico conceito indeterminado, estipulando o Tribunal que se considerará lícita a terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde não haja pessoalidade e subordinação direta.

Ao inovar no estabelecimento de licitude à terceirização, fixando um parâmetro genérico e abstrato, teria o Judiciário *legislado* por intermédio de uma súmula e usurpado a competência do Legislativo, uma vez que é competência privativa da União legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, I, CF)?

De qualquer forma, urge solucionar o problema das palavras com “textura aberta” inseridas no texto sumular, como é o caso das designações *atividade-meio* e *atividade-fim*.

5. A fragilidade dos conceitos *atividade-fim* e *atividade-meio* nas empresas de telecomunicação

A expressão “atividade-meio”, incerta na Súmula 331 do TST, tem grande importância para a exegese dessa súmula, pois demarca o limite entre as terceirizações lícitas e as ilícitas.

O tomador de serviços responderá de forma subsidiária pelos encargos do contrato na terceirização lícita. A terceirização na atividade-fim é ilícita, constituindo vínculo empregatício direto com o tomador.

No entanto, “não há parâmetros bem definidos do que sejam atividade-fim e atividade-meio e, muitas vezes, se estaria diante de uma zona cinzenta em que muito se aproximam uma da outra” (ABIDALA, 2008).

A fim de ilustrar a fragilidade dos conceitos *atividade-fim* e *atividade-meio*, cite-se exemplo clássico da controvérsia: a terceirização das atividades de *call center* ou *telemarketing* realizada pelas empresas de telecomunicação.

Entende-se por telecomunicação a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza (art. 60, §1º, Lei nº 9.472/97).

A exploração desses serviços é de competência da União (art. 21, XI, CF). Eles têm sido prestados por concessionárias de serviços públicos, por intermédio da Anatel (Agência Nacional de Telefonia).

O serviço de *call center* ou *telemarketing*, por sua vez, surgiu “para designar a promoção de produtos por telefone. (...) Pode ser definido como uma técnica comercial que abrange a divulgação, cobrança, atendimento ao público em geral e assistência técnica pelo telefone, com a observância de roteiros de atendimento” (BISPO, 2010).

Iniciou-se a polêmica quando empresas de telecomunicação passaram a terceirizar as atividades do *call center*, contratando entidades especializadas para a realização de todo o serviço de teleatendimento, o que originou a dúvida se tal terceirização se dava na atividade-fim ou na atividade-meio.

Havia controvérsia quanto à aplicação da Lei de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) ou da Lei das Concessionárias (Lei nº 8.987/95), que autorizam a terceirização nas atividades inerentes, acessórias ou complementares.

Decisões dissonantes passaram a atingir o Tribunal Superior do Trabalho. A 5ª Turma, em novembro de 2011, publicou decisão considerando ilícita a terceirização de *call center* em empresas de telecomunicação, por considerar tratar-se de atividade indispensável ao desenvolvimento da atividade de telefonia, ou seja, clara atividade-fim:

“Ementa: RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. CALL CENTER. VÍNCULO DE EMPREGO COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS.

A existência de terceirização de atividade-fim da empresa concessionária por meio da execução de serviços de *call center*, os quais são indispensáveis para o desempenho dos serviços de telefonia móvel, *demonstram a ilicitude da terceirização*. Dessa forma, como a decisão recorrida está em perfeita sintonia com o inciso I da Súmula nº 331 do Tribunal Superior

do Trabalho, inviabiliza-se o conhecimento do recurso de revista, nos termos do § 4º do artigo 896 da CLT” (BRASIL, 2011a).

Semanas depois, porém, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho proferiu decisão tratando a terceirização do *call center* como lícita, pelo fato de as Leis nºs 8.987/95 e 9.472/95 permitirem a terceirização, inclusive nas atividades inerentes das concessionárias:

“o serviço de atendente de *call center* engloba diversas modalidades de intermediação da comunicação com os clientes, sendo utilizado com igual proveito por empresas que desempenham atividades econômicas de naturezas diversas, como bancos, hospitais e transportadoras, e evidentemente distinto da oferta de telecomunicação, efetiva atividade-fim das empresas concessionárias de telefonia, afigurando-se, portanto, passíveis de terceirização válida, como atividade-meio em empresa de telecomunicações” (BRASIL, 2011b).

Algumas turmas do TST aplicavam à terceirização dos serviços de *call centers* em empresas de telecomunicação o inciso I do enunciado 331 do TST; outras optavam por seguir a orientação do artigo 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95 e do artigo 94, II, da Lei nº 9.472/97. Enquanto certas turmas defendiam ser atividade-meio, outras afirmavam ser atividade-fim.

A Subseção Especializada em Dissídios Individuais I (SBDI-I), por sua vez, manifestou entendimento, conforme Informativo do TST nº 29 (BRASIL, 2012a), de novembro de 2012, de que a expressão “inerente”, inserta nas leis em questão, não pode ser interpretada como atividade-fim. Os ministros entenderam que os artigos 25 da Lei nº 8.987/95 e 94, II, da Lei nº 9.472/97 fazem parte de diplomas administrativos, sendo necessária uma interpretação “sistemática e harmônica com o Direito do Trabalho, cujo núcleo central é o princípio da prote-

ção”. Dessa forma, não se pode tomar “inerente” como sinônimo de “atividade-fim”, sob pena de um desvirtuamento da lógica trabalhista.

Esclarece o Informativo que tal decisão não afrontou a Súmula Vinculante nº 10, que protege a reserva de plenário (artigo 97, CF/88), pois não houve declaração de inconstitucionalidade nem mesmo afastamento da incidência daqueles artigos, mas tão somente uma “interpretação de normas de natureza infraconstitucional” (BRASIL, 2012a).

A SBDI-I passou a entender que a atividade de *call center* não pode ser concebida como atividade-meio, nos seguintes termos:

“não há como afastar a condição de atividade-fim dos serviços de atendimento telefônico prestados pelas empresas de telecomunicações, pois é por meio da central de atendimento que o consumidor solicita ou, até mesmo, obtém reparos e manutenção em sua linha telefônica, recebe informações acerca dos serviços prestados pela concessionária e faz reclamações, não sendo possível distinguir ou desvincular o “*call center*” da atividade precípua da prestação dos serviços de telefonia” (BRASIL, 2012a).

Buscou-se interpretar os dispositivos com proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que o critério estabelecido pela Súmula 331 para definir a licitude da terceirização não se ateuve aos valores sociais do trabalho.

“E se há um princípio regente do direito do trabalho, resultante da ponderação levada a efeito pelos agentes da jurisdição trabalhista, a exegese do art. 94, II, da Lei 9.472/97 a ele deve moldar-se, interpretando-se a autorização de – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes – sem apego em demasia ao léxico, que conduziria à imunização do setor de telecomunicações quanto à norma a que estariam sujeitos todos os outros setores de produção” (BRASIL, 2012c).

De todo modo, a palavra “inerente” significa o que está intimamente ligado, inseparável (FERREIRA, 1968), ao essencial. Ainda que a decisão tenha motivação em sentido contrário, na prática houve um afastamento da real semântica normativa.

Vale ressaltar que a OJ 199 SBDI-1 do TST adotou a palavra “inerente” para designar a ilicitude do contrato de trabalho celebrado para desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho. Nota-se que o significado está próximo de atividade-fim.

6. Tentativa de definição no Direito Civil: obrigação de resultado e obrigação de meio

A obrigação de meio consiste naquela em que o devedor se compromete a “empregar seus conhecimentos, meios e técnicas para a obtenção de determinado resultado, sem, no entanto, responsabilizar-se por ele” (GONÇALVES, 2010, p. 190). É o caso, por exemplo, dos advogados, que não possuem a obrigação de êxito nas causas de seus clientes, mas tão somente a de bem defendê-los, podendo a decisão final ser favorável ou desfavorável àquele que os contratou. Se assim não fosse, caso um advogado viesse a perder a causa, haveria responsabilização do profissional.

A obrigação de resultado designa a situação em que o “devedor se exonera somente quando o fim prometido é alcançado. Não o sendo, é considerado inadimplente, devendo responder pelos prejuízos decorrentes do insucesso” (GONÇALVES, 2010, p. 191). As atividades-meio limitam-se-iam àquelas em que o empregador não possui a direta obrigação pelo seu resultado, mas apenas se responsabiliza por fornecer meios adequados ao seu desenvolvimento, sem garantir o resultado final de sua atuação.

Nesse ponto, pode-se observar que, na maioria dos casos, os serviços de vigilância, conservação e limpeza expressos no inciso III da Súmula 331 se caracterizam como típicas atividades-meio. Por exemplo, um hospital, por se destinar à prestação de serviços de saúde, pode contratar com terceiros a execução das atividades de vigilância, conservação e limpeza, mas não poderia destinar a terceiros os atendimentos voltados à saúde.

Permanece difícil a indicação de critérios seguros à definição. Fala-se que atividade-fim seria aquela “essencial ao desenvolvimento de uma atividade empresarial” (BELMONTE, 2008), enquanto atividade-meio representaria a “desenvolvida como meio, apoio ou suporte para o desenvolvimento da atividade principal” (BELMONTE, 2008).

É importante ressaltar que o critério definidor das atividades não pode ser absoluto, pois, conforme a evolução social e trabalhista, atividades antes tidas como “fins” podem vir a se tornar atividades-meio. Dessa forma, esses conceitos não podem ser solidificados ou delimitados a um

número fechado de atividades. É necessária a tentativa de conceituação, mas com margem para adequar-se à realidade, sem correr o risco de se tornar obsoleta ou não aplicável, como bem esclarece Maria Fernanda Pereira de Oliveira, citada por José Alberto Couto Maciel:

“(…) o que se verifica no atual cenário mercadológico é que as atividades consideradas essenciais para as empresas, em um passado não muito distante, atualmente são consideradas apenas como meios de execução da cadeia produtiva, razão pela qual mister a constante revisão da definição das atividades-fim empresariais” (OLIVEIRA, 2008 apud MACIEL, 2008).

7. Natureza empresarial da distinção

As atividades empresariais estão em constante dinâmica. O que em uma época foi essencial para a constituição de certo produto pode hoje não mais o ser:

“a pintura sempre foi e será fundamental numa linha de montagem de veículos. Há pouco tempo, seria impensável a terceirização do processo da pintura. Hoje, entretanto, é realidade. Há terceiros inseridos na linha de produção, cuidando deste processo” (SILVA, 1997 apud PASTORE, 2008).

Não se pode adotar um critério que solidifique a classificação entre atividade-meio e atividade-fim, pois as atividades empresariais estão em constante movimentação. Não há, além de tudo, uma premissa segura para diferenciar uma atividade produtiva como fim ou meio, sendo o contrato social ou o estatuto o responsável por descrever as atividades ali desempenhadas, podendo garantir de forma mais confiável.

Os conceitos de atividade-fim e atividade-meio são essencialmente empresariais; não se

alojam no âmbito civil, nem mesmo no Direito Trabalhista:

“Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. Não configurada violação dos arts. 93 e 94, II, da Lei Geral de Telecomunicações – LGT, porquanto dispõem sobre a regra geral aplicável a todas as empresas que operam no ramo de telecomunicações mediante concessão, não definindo que a atividade de atendimento aos clientes da Telemar Norte Leste S.A. não se insere na sua atividade-fim, o que somente poderia ser verificado por meio do exame do seu Estatuto Social, procedimento vedado pela incidência da Súmula 126 do TST. Ademais, consoante o quadro fático-probatório delineado nos autos, verifica-se que a decisão regional, ao declarar a ilicitude da contratação do Reclamante em face da contratação de empresa interposta para realização de atividade-fim da Telemar Norte Leste S.A., nos termos do art. 9º da CLT, decidiu em consonância com os termos da Súmula 331, I, do TST. Agravo de Instrumento não provido” (BRASIL, 2010).

A distinção entre atividade-fim e atividade-meio é feita, sobretudo, pelo contrato social ou estatuto da empresa (MACIEL, 2008). Por um lado, se houver coincidência entre a atividade desempenhada pelo terceiro e o objeto social da empresa, será o caso de aplicação da atividade-fim:

“Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. [...] 2. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. VÍNCULO DE EMPREGO. CONTRARIEDADE À SÚMULA Nº 331, III. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 126. NÃO PROVIMENTO. Restou consignado no v. acórdão regional que a reclamante era trabalhadora rural, pois coletava frutos caídos ao chão, função que, segundo o Tribunal Regional, estava diretamente inserida na atividade-fim da segunda reclamada, pois, conforme disposto em seu estatuto social, o objeto da empresa

era a extração, a industrialização e a comercialização de óleos vegetais e de madeiras, formação de pastagens, cultivo de palmeira de dendê, entre outras (Súmula nº 126). Assim sendo, correta a decisão regional que considerou ilícita a terceirização e reconheceu a existência de vínculo de emprego entre a reclamante e a segunda reclamada – AGROPALMA S/A. (...) Agravo de instrumento a que se nega provimento” (BRASIL, 2011).

Por outro lado, a atividade-meio é apurada pela falta de coincidência entre a atividade principal da prestadora de serviços e o objeto social da empresa tomadora (BRASIL, 2012d).

Como se vê, é possível aplicar a tese da subordinação estrutural, a partir da inserção do empregado na dinâmica da empresa, averiguando-se a incidência do objeto social do empreendimento (LIMA, 2011, p. 53). Quando a prestação desenvolvida pelo terceirizado se voltar à dinâmica principal do empreendimento, acolhe-se o predicado da atividade-fim.

8. Conclusão

A fim de evitar fraudes, a Súmula 331 do TST estabeleceu, como regra geral, a terceirização como prática ilícita. Excetuou da ilicitude apenas a terceirização de serviços temporários e as realizadas nas atividades de vigilância, conservação e limpeza, bem como as ligadas à atividade-meio do tomador, desde que inexistente pessoalidade e subordinação direta.

O conceito de “atividade-meio”, porém, não é claro. A terceirização foi restrita a um critério sem qualquer fundamento legal. A matéria atinente à terceirização não encontra regulamentação na Constituição, nem nas leis infraconstitucionais.

A Súmula 331 do TST, em vez de fixar uma “situação-tipo”, utilizou-se de um conceito aberto para definir a licitude de tal prática. Pode-se mesmo questionar a prerrogativa sumular de apresentar uma semântica abstrata, tendo em vista que só mesmo a lei portaria consigo os predicados de generalidade e abstração.

A imprescindibilidade da distinção entre atividade-fim e atividade-meio ficou evidente diante dos trabalhadores de *call center* que laboram em empresas de telecomunicação. O inciso III da Súmula 331 estaria em aparente contradição com o que prescrevem as Leis nºs 8.987/95 e 9.472/97.

A Subseção de Dissídios Individuais atribuiu à palavra “inerente” um significado diverso do que se pode entender por “atividade-fim”.

Assim, as atividades fim e meio devem ser entendidas de acordo com o que estabelece o estatuto ou o contrato social, considerando-se a confecção da finalidade objetiva do empreendimento. Existe atividade-fim quando houver coincidência com o objeto social da tomadora.

É de se notar a escassez de legislação destinada a reger o problema da terceirização. A aplicação dos conceitos vagos e indeterminados não pode conduzir a injustiças sociais. A questão deve ser enfrentada sob a ótica da teoria da subordinação estrutural, à medida que se constatar a inserção da atividade do trabalhador na dinâmica do empreendimento.

Referências

ABIDALA, Vantuil. Terceirização: normatização, questionamentos. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 74, n. 4, p. 17-25, out./dez. 2008.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Limites constitucionais à edição de súmula por Tribunal Superior: análise da súmula 331, I, do TST. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 7, p. 456-480, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://app.vlex.com/#vid/constitucionais-sumula-tribunal-tst-417359318>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASSO, Guilherme Mastrichi. Terceirização e o mundo globalizado: o encadeamento produtivo e a complementaridade de serviços como potencializadores da formalização de contratos. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 74, n. 4, p. 89-116, out./dez. 2008.

BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 74, n. 4, p. 26-52, out./dez. 2008.

BISPO, Marcel da Costa Roman. Telemarketing: atividade-meio ou atividade-fim? *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 48, p. 80-88, jun./dez. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 fev. 1967.

_____. Lei n. 6019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 4 jan. 1974.

_____. Lei n. 7102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 jun. 1983.

_____. Lei n. 7102, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993.

_____. Lei n. 8987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 fev. 1995.

_____. Lei n. 9472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jul. 1997.

_____. Recurso de revista n. 133440-40.2006.5.03.0110, de 16 de dezembro de 2009. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 12 mar. 2010.

_____. Recurso de revista n. 45600-57.2009.5.0022, de 23 de novembro de 2011. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 23 nov. 2011a.

_____. Recurso de revista n. 1781-33.2010.5.03.0023, de 7 de dezembro de 2011. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 16 dez. 2011b.

_____. Recurso de revista n. 1684-64.2010.5.08.0000, de 8 junho de 2011. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 17 jun. 2011c.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Informativo do TST n. 29*. Brasília: CJUR, 2012a. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/1204330/Informativo+TST+n%C2%BA%20029>> Acesso em: 13 mar. 2013.

_____. Recurso de revista n. 5533-49.2010.5.15.0000, de 12 de dezembro de 2012. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 19 dez. 2012b. Disponível em: <<http://app.vlex.com/#vid/-412271358>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

_____. Recurso de revista n. 1470-78.2010.5.03.0108, de 27 jun. 2012. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 6 jul. 2012c.

_____. Recurso ordinário n. 0000665-26.2010.5.04.0811, de 1 fev. 2012. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 1 fev. 2012d.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Audiência pública: terceirização*. Portal do TST, Brasília, [2013?]. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php>. Acesso em: 4 mar. 2013.

CAPUTO BASTOS, Guilherme Augusto. Terceirização: aspectos polêmicos. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra et al. *A efetividade do direito e do processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CASTRO, Cláudio Dias. Terceirização: atividade-meio e atividade-fim. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, ano 20, n. 964, maio 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIDIER, Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*, Porto Velho, v. 6, n. 1, p. 15-34, jan./jun. 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume II: obrigações*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Flávio Amaral. A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à administração pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 95-114, out./dez. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACIEL, José Alberto Couto. Terceirização na atividade-fim: empresas de telecomunicações e outras concessionárias do serviço público: novos projetos de lei e inovações de liminar concedida no STF. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 74, n. 4, p. 136-147, out./dez. 2008.

LIMA, Brício Soares de Souza. A terceirização trabalhista dos operadores de telemarketing nas empresas de telefonia móvel e a discussão acerca de atividade-fim e atividade-meio em face da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. In: KOURY, Luiz Ronan Neves (Coord.). *Temas vinculados ao direito do trabalho e ao processo do trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2011.

OLIVEIRA, Maria Fernanda Pereira de. Do processo de terceirização nas empresas de telecomunicações: da possibilidade da terceirização da atividade-fim: inaplicabilidade da Súmula 331, III, do TST: inteligência da Lei Geral de Telecomunicações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1702, 28 fev. 2008.

PASTORE, José. Terceirização: uma realidade desamparada pela lei. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, p. 117-135, out./dez. 2008.

PEREIRA, João Batista Brito. A terceirização, a lei e a súmula n. 331 do TST. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra et al. *A efetividade do direito e do processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA, Ciro Pereira da. *A terceirização responsável*. São Paulo: LTr, 1997.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*

MARCELO NEVES

Sumário

1. Além dos “diálogos” constitucionais entre cortes: o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas. 2. Problemas transconstitucionais entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e tribunais supremos ou constitucionais dos Estados latino-americanos. 3. Um problema transconstitucional entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e o regime constitucional brasileiro. 4. Invocação de outras ordens jurídicas estrangeiras na fundamentação de julgamentos de questões constitucionais no Brasil. 5. Um caso transconstitucional entre a *lex sportiva* e a ordem jurídica mexicana. 6. Um problema transconstitucional entre a ordem normativa de comunidades indígenas e a ordem constitucional do Estado brasileiro. 7. O transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos na América Latina. 8. Observação final.

1. Além dos “diálogos” constitucionais entre cortes: o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas

O termo “diálogo” é usado, habitualmente, para referir-se ao discurso orientado para o entendimento ou consenso, nos termos da filosofia social de Jürgen Habermas¹. Este não é o sentido em que utilizo a expressão. Emprego “diálogo” e “conversação”, antes, para referir-me a formas de comunicação orientada para a absorção do dissenso, pressupondo a

Marcelo Neves é Professor Titular de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

* Para aprofundamento do tema, ver Neves (2009).

¹ Ver a análise crítica de Neves (2012, p. 118 et seq.).

dupla contingência (NEVES, 2009, p. 270 et seq.), embora saiba não ser esse o uso habitual dessas expressões. Entre ordens jurídicas diversas, especialmente no plano de problemas constitucionais, esses termos apontam para comunicações transversais, que implicam a possibilidade de aprendizado recíproco.

Entretanto, inclusive nesse sentido, o transtitucionalismo entre ordens jurídicas não se reduz ao “diálogo” entre cortes. Em primeiro lugar, cabe advertir que, às vezes, a conquista de direitos no âmbito do transtitucionalismo decorre de relações altamente conflituosas entre cortes de ordens jurídicas diversas. Em segundo, os problemas transtitucionais emergem e são enfrentados fora das instâncias jurídicas de natureza judiciária, desenvolvendo-se no plano jurídico da administração, do governo e do legislativo, assim como no campo dos organismos internacionais e supranacionais não judiciais, dos atores privados transnacionais e, inclusive, especialmente na América Latina, no domínio normativo das comunidades ditas “tribais”. O transtitucionalismo aponta para o fato de que surgem cada vez mais questões que poderão envolver instâncias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca da solução de problemas tipicamente constitucionais. É nessa perspectiva abrangente que considerarei o transtitucionalismo na América Latina a seguir, sem descuidar, porém, da relação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os tribunais supremos ou constitucionais dos respectivos Estados.

2. Problemas transtitucionais entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e tribunais supremos ou constitucionais dos Estados latino-americanos

Uma experiência relevante de transtitucionalismo entre ordem internacional e ordem estatal vem-se desenvolvendo na relação entre o “Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, instituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), e as ordens constitucionais dos respectivos Estados signatários que a ratificaram². Nesse contexto, não se trata simplesmente da imposição de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), criada e estruturada pelo Capítulo VIII

²Essa Convenção foi adotada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, tendo entrado em vigor em 18 de julho de 1978, conforme o seu art. 74, nº 2 (BURGORGUE-LARSEN, 2009, p. 287-338; CARAZO ORTIZ, 2009, p. 231-285). Sobre a discussão no Brasil, ver Oliveira (2007), destacando-se o prefácio de Trindade (2007, p. 17-18). Para uma análise da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), ver Garcia Ramírez (2008, p. 187-221).

(arts. 52 a 69) da CADH, aos tribunais nacionais com competências constitucionais. Esses também reveem a sua jurisprudência à luz das decisões da Corte. Tanto do lado da CorteIDH quanto da parte das cortes estatais tem havido uma disposição de “diálogo” em questões constitucionais comuns referentes à proteção dos direitos humanos, de tal maneira que se amplia a aplicação do direito convencional pelos tribunais domésticos (CARAZO ORTIZ, 2009, p. 273 et seq.; BURGORGUE-LARSEN, 2009, p. 309 et seq.).

Um caso interessante diz respeito à colisão entre o art. 7º, nº 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e o artigo 5º, LXVII, da Constituição brasileira. Enquanto essa disposição constitucional permite a prisão civil do depositário infiel, o dispositivo da Convenção o proíbe. No julgamento do RE 466.343/SP, do RE 349.703/RS e do HC 87.585/TO, o Supremo Tribunal Federal decidiu em 3 de dezembro de 2008, por maioria, que os tratados e convenções sobre direitos humanos, quando não aprovados nos termos procedimentais do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal (procedimento idêntico ao de uma Emenda Constitucional)³, têm uma hierarquia supralegal, mas infraconstitucional. Esse caso ensejou uma ampla discussão a respeito da incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira⁴. Uma tendência na análise do caso foi a defesa de uma solução no sentido da validade interna ilimitada do mencionado preceito da ratificada Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista que essa norma levaria a uma ampliação dos direitos constitucionalmente estabelecidos,

³ O artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal do Brasil, estabelece: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁴ STF, RE 466.343/SP, RE 349.703/RS, HC 87.585/TO, julg. 3/12/2008, DJ 12/12/2008.

de tal sorte que o direito nela contido estaria fundado no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal⁵. Mas também, na interpretação restritiva em relação ao nível da validade interna do dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos, não se exclui uma solução positiva para a ampliação prática dos direitos fundamentais: o argumento em favor da validade supralegal e infraconstitucional da Convenção ratificada serve a uma decisão no sentido de que a Constituição apenas admitiu a prisão civil do depositário infiel⁶; então, o direito infraconstitucional poderia decidir livremente a respeito da permissão ou proibição e, nessa hipótese, o pacto internacional teria primazia sobre o Código Civil brasileiro⁷. Somente a manutenção da orientação dominante anteriormente na tradição jurídica brasileira, ou seja, a concepção de que os atos internacionais ratificados têm o nível de validade de uma lei ordinária, poderia levar a um conflito insuperável entre o STF e a CorteIDH, pois o Código Civil brasileiro entrou em vigor (em 10/1/2003) após a ratificação do tratado e, nesse caso, prevaleceria a máxima *lex posterior derogat priori*⁸. Mantida essa posição, o STF esta-

⁵ Posição defendida pelo ministro Celso de Mello, em voto condutor da divergência, com apoio nas obras de Trindade (2003, p. 513), Piovesan (2008, p. 51-77), Mazzuoli (2001, p. 147-150; 2007, p. 682-702). Mello (2001, p. 1-33, 25 et seq.) vai além e sustenta o caráter supraconstitucional dos tratados e convenções sobre direitos humanos. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal do Brasil, dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁶ O art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal do Brasil, determina: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

⁷ Posição defendida pelo ministro Gilmar Mendes, em voto condutor da maioria (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 665 et seq.).

⁸ Jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 80.004/SE, 1/6/1977, DJ 29/12/1977 (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 659 et seq.). Essa ainda é a posição de Dimoulis e Martins

ria rompendo um “diálogo” constitucional com a CorteIDH em torno de uma compreensão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. No entanto, na discussão que se travou, parece claro ter sido colocado no primeiro plano o esforço com vista à formação de uma racionalidade transversal, que se mostre suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas.

Do lado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe destacar o importante julgamento do caso *Yatama vs. Nicarágua*, referente à participação democrática de membros da comunidade indígena, filiados ao partido Yatama, que foram proibidos de candidatar-se à eleição municipal de 5 de novembro de 2000, por força de decisão do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua (CORTEIDH, 2005). A CorteIDH não só condenou o Estado da Nicarágua a indenizações por danos materiais e imateriais, como também determinou que se procedesse à reforma da respectiva lei eleitoral, concluindo:

“O Estado deve reformar a regulação dos requisitos dispostos na Lei Eleitoral nº 311, de 2000, declarados violatórios da Convenção Americana de Direitos Humanos, e adotar, em prazo razoável, as medidas necessárias para que os membros das comunidades indígenas e étnicas possam participar nos processos eleitorais de forma efetiva e tomando em conta suas tradições, usos e costumes, nos termos do parágrafo 249 da presente sentença.”⁹ (CORTEIDH, 2005, p. 109-110).

(2007, p. 50) para os tratados não aprovados nos termos do Parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal. Miranda (1960, p. 225), embora equiparasse hierarquicamente o tratado à lei ordinária, afirmava: “A Constituição não pode atingir tratado anterior sem ser dentro das cláusulas que o próprio tratado, válido em direito das gentes, contém para a denúncia dele, ou a ab-rogação das suas regras. Assim, o primado do direito das gentes, então, é indiscutível. [...] Os escritores incidiram, a respeito, em graves confusões, oriundas de assimilação inconsiderada entre o tratado anterior à Constituição e o tratado posterior à Constituição.”

⁹Nesse ponto, com o voto dissidente do juiz *ad hoc* Montiel Argüello. A respeito dessa decisão, ver González Volio (2005).

Aqui, apresenta-se um exemplo claro em que a ampliação de direitos fundamentais constitucionais encontrou apoio em norma da ordem internacional invocada para dirimir o conflito: a própria compreensão do direito interno de cidadania ativa, matéria intrinsecamente constitucional, ficou vinculada a regulações internacionais, passando a depender da interpretação de um tribunal também internacional.

3. Um problema transconstitucional entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e o regime constitucional brasileiro

Mas há experiências que apontam para a provável tensão das ordens constitucionais dos Estados latino-americanos com outras cortes internacionais. É relevante a situação em que a norma internacional de proteção dos direitos humanos a ser invocada pode apresentar-se como uma restrição a direitos fundamentais da Constituição estatal. Esse é o caso da colisão entre a Constituição brasileira e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que foi adotado em 17 de julho de 1998 e entrou em vigor na ordem internacional em 1º de julho de 2002, tendo sido ratificado pelo Brasil mediante o Decreto Legislativo nº 112, de 2002. Enquanto o artigo 77, nº 1, alínea *b*, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal, prevê a prisão perpétua (“se o elevado grau da ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem”), essa pena é proibida conforme o artigo 5º, inciso, XLVII, alínea *b*, da Constituição Federal. Embora o artigo 5º, § 4º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, tenha estabelecido que o “Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, a questão permanece problemática, tendo em vista que, de acordo com artigo 60, § 4º, inciso

IV, do diploma constitucional brasileiro, a vedação de penas de “caráter perpétuo”, incluída no catálogo dos direitos e garantias individuais, não pode ser abolida, pois é cláusula pétrea¹⁰.

Por um lado, a compreensão de direitos humanos pelo direito internacional público parte das preocupações com os crimes escandalosos e chocantes contra a humanidade. Por outro, o ponto de partida da compreensão constitucional brasileira dos direitos fundamentais reside no entendimento de que a prisão perpétua viola os direitos humanos. Uma solução unilateral não é adequada nesse caso.

De acordo com os casos precedentes, há a tendência na jurisdição constitucional brasileira de exigir uma condição específica para a extradição do suposto criminoso a ser processado ou do criminoso já condenado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI): ele só será entregue se a prisão perpétua for comutada em uma pena de, no máximo, trinta anos¹¹. Embora, a rigor, não se trate de extradição na hipótese de uma corte internacional, pois o conceito de extradição refere-se à relação entre Estados, essa solução poderá ser adotada para os casos de pedido ao Brasil da *entrega* de criminosos, réus ou indiciados ao Tribunal Penal Internacional¹². Essa é uma solução intermediária, que, embora não seja inteiramente compatível com o Estatuto de Roma, pode ser suportada pelo Tribunal Penal Internacional em uma posição construtiva e disposta ao aprendizado.

A questão poderá tornar-se mais problemática se o STF vier a considerar a hipótese como de “extradição” e afirmar a sua jurisprudência de nãoextradição de brasileiros, nos termos do artigo 5º, inciso LI, da Constituição brasileira. Nesse caso, não seria tão simples a solução do conflito normativo. Porém, não parece correta, como já foi adiantado, a extensão semântica desse preceito, no sentido de que essa proibição valha também para a entrega de criminoso, réu ou indiciado ao TPI, pois a extradição refere-se à relação entre Estados. Sem dúvida, mesmo admitida essa interpretação do conceito de extradição, ainda surgirão novamente problemas pela invocação do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constitui-

¹⁰ O artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal do Brasil, determina: “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.”

¹¹ Confirmando os precedentes na experiência jurisprudencial mais recente, cf. os seguintes casos de extradição, todos decididos por unanimidade pelo Pleno do STF: Ext. 1.104/UK – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, 14/4/2008, DJe 23/5/2008; Ext. 1.103 – Estados Unidos da América, 13/3/2008, DJe 7/11/2008; Ext. 1.060/PU – Peru, 15/10/2007, DJe 31/10/2007; Ext. 1.069/EU – Estados Unidos da América, 9/8/2007, DJe 14/9/2007.

¹² Maliska (2006, p. 188-189), que ainda admite a hipótese da entrega ao TPI sem essas condições, o que me parece incompatível com os precedentes jurisprudenciais brasileiros e implicaria a quebra de “cláusula pétrea”. A esse respeito, ver Sabadell e Dimoulis (2010, p. 157-186).

ção, que não permite a abolição de garantias de direitos fundamentais (“cláusulas pétreas” – ver nota 10). O rumo dos desenvolvimentos nesse contexto normativo permanece aberto. Não obstante, a disposição para o aprendizado em ambos os lados, mediante a formação de uma rede transversal construtiva, ou seja, o transconstitucionalismo, é decisiva para soluções satisfatórias nessa área de colisão. Internacionalismo e nacionalismo, nessa hipótese, poderão levar a atitudes destrutivas para os direitos humanos ou fundamentais.

4. Invocação de outras ordens jurídicas estrangeiras na fundamentação de julgamentos de questões constitucionais no Brasil

Na América Latina, há também uma velha tradição de referências a dispositivos, jurisprudências e doutrinas constitucionais estrangeiras. Embora a influência dos Estados Unidos, especialmente em virtude da forte influência do modelo constitucional desse país na origem do constitucionalismo latino-americano, tenha sido por muito tempo dominante, o direito constitucional dos países europeus e a respectiva jurisprudência passaram a ser invocados crescentemente, cabendo destacar a influência recente do constitucionalismo alemão. É verdade que, historicamente, as referências aos textos, doutrinas e jurisprudência constitucional estrangeira, em grande parte, têm sido expressão de uma “retórica” dos magistrados destinada à prova de erudição, sem qualquer vínculo de relevância argumentativa com o caso *sub judice*. Não obstante, observa-se, particularmente na jurisprudência recente, a tendência à inclusão de referência a textos constitucionais e precedentes jurisdicionais de Estados estrangeiros como parte não só do *obter dictum*, mas também da *ratio decidendi*.

Na experiência brasileira mais recente, o transconstitucionalismo com outras ordens jurídicas estatais tem-se desenvolvido sensivelmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em decisões de grande relevância em matéria de direitos fundamentais, a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira não se apresenta apenas nos votos singulares dos ministros, mas se expressa nas Ementas dos Acórdãos, como parte da *ratio decidendi*. No julgamento histórico do Habeas Corpus 82.424/RS, em 17 de novembro de 2003, o pleno do STF, por caracterizar como crime de racismo a publicação de livro com conteúdo antissemitico (negação da existência do holocausto) e, portanto, sustentar a sua imprescritibilidade, indeferiu, por maioria, o pedido, no âmbito de uma discussão em que a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira foi fundamental. Essa situação repercutiu na Ementa do Acórdão, da qual consta o seguinte parágrafo:

“9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que [se] aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática do racismo.”

Nos votos dos ministros, houve uma ampla discussão sobre precedentes jurisprudenciais, dispositivos constitucionais e legislação de estados estrangeiros, tendo sido relativamente insignificante a referência à jurisprudência nacional e internacional¹³.

Essa orientação manifestou-se também no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112, em 2 de maio de 2007, que foi rejeitada quase integralmente, tendo sido julgada procedente apenas em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento). Nesse caso, ganharam destaque os precedentes da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão¹⁴. Da mesma maneira, cabe considerar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF, em 29 de maio de 2008, no qual se decidiu favoravelmente à utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, rejeitando-se o pedido de declaração de incons-

titucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei da Biossegurança)¹⁵. Nesse caso, em vários votos discutiu-se o direito de outros países. Inúmeros outros casos poderiam ser citados em que as decisões judiciais estrangeiras invocadas, embora não façam por si só parte da *ratio decidendi*, contribuem para a formação dos argumentos que a constituem¹⁶. Nessa nova orientação, não se trata apenas de mera “retórica bacharelesca”¹⁷, mas também de significativos debates no âmbito de uma “conversação” transconstitucional.

É bom, porém, que se tenha cuidado para que a invocação frequente da jurisprudência americana, alemã e de outras ordens jurídicas não constitua mais um episódio histórico de “colonialismo” no campo da cultura jurídica (MONTORO, 1973; NEVES, 1992, p. 206). Passaríamos, então, da “importação” acrítica de modelos legislativos e doutrinários para uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais. O que mudaria seria apenas o acesso mais fácil à jurisprudência estrangeira. Fundamental é, portanto, que sejam “feitas as devidas adaptações”, para que não caiamos

¹⁵ STF, ADI 3.510/DF, 29/5 2008, DJ 5/6/2008.

¹⁶ HC 93.050/RJ, 10/6/2008, DJe 1/8/2008; HC 85.779/RJ, 28/2/2007, DJ 29/6/2007; ACO 633 AgR/SP, 11/4/2007, DJ 22/6/2007; RE 390.840/MG, 09/11/2005, TP, DJ 15/8/2006; ADPF 54 QO/DF, 27/4/2005, DJ 31/8/2007; HC 40.910/PE, 24/8/1964, DJ 19/11/1964.

¹⁷ Embora ainda esteja presente, em muitos votos, a pretensão de provar uma erudição irrelevante para a solução do caso, tornando excessivamente longos os julgamentos, cabe observar que essa questão não se refere predominantemente à referência a precedentes jurisprudenciais estrangeiros, mas antes a doutrinas e teorias importadas sem a devida filtração para a aplicação ao contexto brasileiro. Isso se relaciona, por sua vez, com limites da reflexão jurídico-dogmática no Brasil (NEVES, 1992, p. 205 et seq.). Entretanto, a referência retórica e inconsistente da jurisprudência estrangeira ainda está fortemente presente no STF, como se pode verificar na decisão sobre a constitucionalidade da política de cotas nas universidades (ADPF 186/DF, 26/4/2012), na qual se citaram como fundamento decisões da Suprema Corte dos EUA que a contradiziam no ponto fundamental (COSTA NETO, no prelo).

¹³ Nos extratos do julgamento, isso fica evidente quando se considera, no campo “observação”, a enormidade da citação da jurisprudência de Estados estrangeiros (HC 82.424/RS, 17/11/2003, DJ 19/3/2004).

¹⁴ “BVerfGE 88, 203, 1993; BVerfGE 50, 290; BVerfGE 77, 170; BVerfGE 39, 210; BVerfGE 90, 145, 1994 (caso Cannabis); BVerfGE 7, 377, 1958” (STF, ADI 3.112, 2/5/2007, DJ 26/10/2007).

no velho rótulo das “ideias fora de lugar” (SCHWARZ, 2008, p. 9-31), ou seja, da jurisprudência e da doutrina constitucional deslocadas do seu contexto jurídico e social. Nesse caso, constrói-se o paradoxo de um diálogo em que só consta *alter*, mas falta *ego* enquanto polo da comunicação. E disso pode decorrer um tipo de jurisprudência e doutrina simbólica, cujo significado normativo é muito limitado¹⁸.

5. Um caso transconstitucional entre a *lex sportiva* e a ordem jurídica mexicana

O transconstitucionalismo desenvolve-se igualmente nas relações entre ordens jurídicas estatais e ordens transnacionais construídas primariamente por atores privados ou quase-públicos, como, por exemplo, a *lex mercatoria*, a *lex sportiva* e a *lex digitalis* (NEVES, 2009, p. 187-216).

Um caso interessante resultou na decisão do Tribunal Arbitral do Esporte (TAS), de 17 de maio de 2007, na qual, se negou quanto ao próprio mérito, a decisão tomada no âmbito do direito nacional¹⁹. Nesse caso, a Agência Mundial Antidoping (World Anti-Doping Agency – WADA) interpôs recurso contra uma decisão tomada pela Comissão Disciplinar da Federação Mexicana de Futebol e também contra uma decisão de órgão recursal do Ministério dos Esportes do México (FMF), a Comissão de Apelação e Arbitragem do Desporte (CAAD), que desconsideraram laudo do laboratório credenciado pela WADA (*Olympic Analytical*

Laboratory da Universidade da Califórnia – UCLA). Na análise da primeira amostra, o laboratório confirmou a presença de substância anabólica proibida pela FIFA. O resultado foi encaminhado à Federação Mexicana de Futebol (FMF), para que o jogador fosse informado a fim de requerer a análise da segunda prova em quarenta e oito horas, sob pena da presunção absoluta de que aceitou o resultado da análise da primeira amostra. O clube do atleta alegou que não fora intimado pelo laboratório a notificá-lo, sustentando que caberia à FMF fazer diretamente essa notificação (a FMF encaminhara a comunicação do laboratório ao clube, para que ele notificasse o atleta). O pedido apresentado pelo jogador perante a Comissão Interdisciplinar da FMF foi deferido com o fundamento no fato de que ele não foi devidamente notificado e que a segunda amostra já fora destruída. O Laboratório da UCLA alegou que a segunda prova permanecia plenamente conservada (por congelamento) para análise. A FMF recorreu à Comissão de Apelação e Arbitragem do Desporte (CAAD) do Ministério dos Esportes do México, que confirmou a decisão da Comissão Disciplinar da FMF. O TAS tanto anulou a decisão desta Comissão Disciplinar quanto declarou que a decisão da CAAD não tinha “nenhum efeito no sistema de sanções estabelecidas nos Estatutos e Regulamentos da FIFA” (LOQUIN, 2008, p. 270). Por conseguinte, tendo em vista que se tratava da segunda vez que o jogador era condenado pelo uso da mesma substância anabólica (da primeira vez ele fora condenado a um ano de suspensão), declarou-o excluído imediata e vitaliciamente de qualquer competição no âmbito da FIFA (LOQUIN, 2008, p. 270).

Para julgar e impor decisão contra o órgão de arbitragem estatal, o Tribunal Arbitral do Esporte invocou fundamento tipicamente constitucional: a igualdade de tratamento dos diversos atletas envolvidos nos desportos trans-

¹⁸ A respeito de jurisprudência simbólica, Neves (2007, p. 34). No já citado julgamento do HC 82.424/RS, o ministro Marco Aurélio Mello utilizou essa expressão. Mas me parece que, nesse caso, apesar da força simbólica, a força normativa da decisão também era relevante.

¹⁹ TAS, Sentenças nº 2006/A/1149 e nº 2007/A/1211, extrato e comentário oferecidos por Loquin (2008).

nacionais. O TAS rejeitou peremptoriamente o argumento de que caberia considerar “o laboratório mais favorável”, proposto pelo jogador com base no fato de que obtivera um resultado negativo em análise oferecida por laboratório não credenciado pela WADA. Residindo o fundamento dessa prevalência do julgamento do TAS sobre a decisão estatal do CAAD na necessidade de “assegurar o tratamento igual e consistente de todos os participantes de um esporte” (LOQUIN, 2008, p. 262), observa-se que também aqui está presente o problema potencial de uma colisão entre o princípio constitucional da igualdade, afirmado pela ordem jurídica esportiva transnacional, e o princípio da ampla defesa, baseado na ordem interna do Estado de direito e alegado de maneira implícita pelo jogador. Portanto, essa é uma questão que se enquadra plenamente no âmbito do transconstitucionalismo, exigindo conversações constitucionais construtivas entre ordem jurídica transnacional e ordem jurídica estatal.

6. Um problema transconstitucional entre a ordem normativa de comunidades indígenas e a ordem constitucional do Estado Brasileiro

Um outro lado do transconstitucionalismo aponta para a relação problemática entre as ordens jurídicas estatais e as ordens extraestatais de coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do Estado. Evidentemente, nesse caso, trata-se de ordens “arcaicas” que não dispõem de princípios ou regras secundárias de organização e, por conseguinte, não se enquadram no modelo reflexivo do constitucionalismo. A rigor, elas não admitem problemas jurídico-constitucionais de direitos humanos e de limitação jurídica do poder. Ordens normativas dessa espécie exigem, quando entram em colisão com as instituições da ordem jurídica constitucional de um Estado, um “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e, em certa medida, de aprendizado. Essa forma de transconstitucionalismo impõe-se, porque – embora as referidas ordens jurídicas, em muitas de suas normas e práticas, se afastem sensivelmente do modelo de direitos humanos e de limitação jurídica do poder nos termos do sistema jurídico da sociedade mundial – a simples outorga unilateral de “direitos humanos” aos seus membros é contrária ao transconstitucionalismo. Medidas nessa direção tendem a ter consequências destrutivas sobre mentes e corpos, sendo contrárias ao próprio conceito de direitos humanos²⁰. Nesse contexto, há um paradoxo do transconstitucionalismo, pois

²⁰ “A questão dos direitos humanos, no sentido rigoroso, deve ser compreendida hoje como ameaça à integridade de corpo/alma do homem individual por uma multiplicida-

ele se envolve em “conversações” constitucionais com ordens normativas que estão à margem do próprio constitucionalismo. Mas essa situação é resultante da necessidade intrínseca ao transconstitucionalismo de não excluir o desenvolvimento de institutos alternativos que possibilitem um “diálogo” construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente “diferentes”, baseadas milenarmente no território do respectivo Estado. Nesse contexto, embora limitado, o transconstitucionalismo não perde o seu significado para o desenvolvimento da dimensão normativa da sociedade mundial do presente.

A experiência latino-americana é rica de problemas jurídico-constitucionais decorrentes do entrelaçamento entre ordens normativas nativas e ordens constitucionais dos Estados, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais.

Um dos casos mais delicados apresentou-se recentemente na relação entre a ordem jurídica estatal brasileira e a ordem normativa dos índios Suruahá, habitantes do Município de Tapauá, localizado no Estado do Amazonas, que permaneceram isolados voluntariamente até os fins da década de 1970 (SEGATO, 2011, p. 363, 357-381). Conforme o direito consuetudinário dos Suruahá, é obrigatório o homicídio dos recém-nascidos quando tenham alguma deficiência física ou de saúde em geral. Em outra comunidade, a dos indígenas Yawanawá, localizada no Estado do Acre, na fronteira entre Brasil e Peru, há uma ordem normativa consuetudinária que determina que se tire a vida de um dos gêmeos recém-nascidos. Nesse contexto, também se tornou público o fato de que práticas desse tipo eram comuns entre os Yanomami e outras etnias indígenas. Essa situação levou a polêmicas, pois se tratava de um conflito praticamente insolúvel entre direito de autonomia cultural e direito à vida. O problema já tomara destaque na ocasião em que uma indígena Yawanawá, em oficina de direitos humanos da Fundação Nacional do Índio, em 2002, descreveu a obrigatoriedade, em sua comunidade, da prática de homicídio de um dos gêmeos, apresentando-se como vítima dessa prática jurídica costumeira (SEGATO, 2011, p. 357 et seq.). Nesse contexto, a questão também foi apresentada como conflito entre direito de autonomia cultural e direito das mulheres. Passou, porém, a ter ampla repercussão pública em relação ao direito da criança à vida – sobretudo mediante a destacada difusão nos meios de comunicação de massa de grande influência – com a divulgação do resgate, por um casal de missionários, de uma criança com uma grave disfunção hormonal congênita, que estava condenada à morte entre os Suruahá (SEGATO, 2011, p. 363). Sobretudo a repercussão pública do

de de processos de comunicação anônimos e independentes, atualmente globalizados” (TEUBNER, 2006, p. 180).

costume dos Suruahá levou à proposição por parte do deputado federal Henrique Afonso, representante do Estado do Acre, do Projeto de Lei nº 1.057, de 2007, destinado especificamente à criminalização dessa prática. A ementa desse projeto tem o seguinte teor: “Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais” (BRASIL, 2007). Para fins de medidas específicas de combate a essas práticas, inclusive a criminalização daquelas que, em contato com a comunidade nativa, não fizessem a devida notificação às autoridades competentes, assim como das autoridades que não tomassem as providências cabíveis (artigos 3º, 4º e 5º), o artigo 2º, incisos I a VIII, do Projeto, previa a tipificação dos seguintes casos de “homicídio de recém-nascidos”: “em casos de falta de um dos genitores”; “em casos de gestação múltipla”; “quando estes são portadores de doenças físicas e/ou mentais”; “quando há preferência de gênero”; “quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão”; “em casos de exceder o número de filhos apropriado para o grupo”; “quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais”; “quando estes são considerados de má sorte para a família ou para o grupo”. O Projeto originário também propunha a tipificação dos “homicídios de criança, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição” (artigo 2º, inciso IX). Essas hipóteses previstas no Projeto, além de outras referentes a abusos sexuais, maus-tratos e outras agressões físico-psíquicas de crianças e seus genitores por fundamentos culturais e tradicionais (artigo 2º, incisos X, XI e XII), correspondem a práticas verificadas nas comunidades indígenas localizadas no território do Estado brasileiro.

Esse Projeto deu ensejo a uma audiência pública na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados²¹. Embora não tenha logrado êxito, o contexto em que foi elaborado e a discussão que engendrou apontam para um caso singular de “diálogo” e colisão transconstitucional entre ordem jurídica estatal e ordens normativas locais das comunidades indígenas.

Os elaboradores e defensores do Projeto de Lei partiram primariamente da absolutização do direito fundamental individual à vida, nos termos da moral cristã ocidental. Secundariamente, também contribuiu para a proposição do Projeto o direito fundamental da mãe à maternidade. Essa postura unilateral pela imposição dos direitos individuais em detrimento da autonomia cultural das comunidades não pareceu adequada para os que se manifestaram em torno do problema em uma perspectiva antropológica mais abrangente. A simples criminalização das práticas indígenas, em nome da defesa do direito à vida, pode ser vista, outrossim, como um verdadeiro genocídio cultural, a destruição da própria comunidade, destruindo suas crenças mais profundas.

Com intensa participação no debate, inclusive na audiência pública realizada em 5 de setembro de 2007 na Câmara dos Deputados

²¹ Convocada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados em agosto de 2007 e realizada em 5 de setembro de 2007 (SEGATO, 2011, p. 357, 369). Posteriormente, esse projeto de lei foi profundamente alterado, reduzindo-se a declarações genéricas e a previsão de apoio às respectivas comunidades, nos seguintes termos: “Art.54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte. Parágrafo único. Cabe aos órgãos responsáveis pela política indigenista oferecerem oportunidades adequadas aos povos indígenas de adquirir conhecimentos sobre a sociedade em seu conjunto quando forem verificadas, mediante estudos antropológicos, as seguintes práticas: I – infanticídio; II - atentado violento ao pudor ou estupro; III - maus tratos; IV - agressões à integridade física e psíquica de crianças e seus genitores.”

(SEGATO, 2011, p. 370 et seq.), as ponderações da antropóloga Rita Laura Segato contribuíram positivamente para o esclarecimento dessa colisão de ordens jurídicas, enfatizando a necessidade de um diálogo entre ordens normativas, em termos que se enquadram em um modelo construtivo de transconstitucionalismo. No contexto do debate, Segato (2011, p. 358) reconheceu que tinha diante de si “a tarefa ingrata de argumentar contra essa lei, mas, ao mesmo tempo, de fazer uma forte aposta na transformação do costume”. No âmbito de sua argumentação, ela invocou pesquisa empírica sobre os Suruahá, na qual se verificou que, em um grupo de 143 membros da comunidade indígena, entre 2003 e 2005, houve dezesseis nascimentos, vinte e três suicídios, dois homicídios de recém-nascidos (denominados pelos antropólogos “infanticídio”, sem o sentido técnico-jurídico do tipo penal) e uma morte por doença. Ou seja, enquanto 7,6% das mortes ocorreram por “infanticídio”, houve 57,6% demortes por suicídio entre os Suruahá. Essa situação aponta uma compreensão da vida bem distinta da concepção cristã ocidental. Entre essa comunidade indígena, a vida só tem sentido se não for marcada por excessivo sofrimento para o indivíduo e a comunidade, se for uma vida tranquila e amena. Assim se justificaria o homicídio de recém-nascido em determinados casos (SEGATO, 2011, p. 364 et seq.). O significado atribuído à vida e à morte pelos Suruahá não seria menos digno do que o sentido que lhes atribui o cristianismo: “Também constatamos que se trata de uma visão complexa, sofisticada e de grande dignidade filosófica, que nada deve aos cristianismos” (SEGATO, 2011, p. 364).

O argumento é fortificado com a referência à prática Yanomami, na qual a mulher tem direito absoluto sobre a vida dos seus recém-nascidos. O parto ocorre em ambiente natural, fora do contexto da vida social, deixando a opção à mãe:

“se não toca o bebê nem o levanta em seus braços, deixando-o na terra onde caiu, significa que este não foi acolhido no mundo da cultura e das relações sociais, e que não é, portanto, humano. Dessa forma, não se pode dizer que ocorreu, na perspectiva nativa, um homicídio, pois aquele que permaneceu na terra não é uma vida humana” (SEGATO, 2011, p. 365).

Essa concepção bem diversa da vida humana importa realmente um delicado problema que – parece-me – é incompatível com uma mera imposição de concepções externas sobre a vida e a morte, mediante aquilo que, em outro contexto, chamei paradoxalmente de “imperialismo dos direitos humanos” (NEVES, 2005, p. 23, 27). E isso é válido não apenas de um ponto de vista antropológico-cultural ou antropológico-jurídico, mas também na perspectiva específica de um direito constitucional sensível ao transconstitucionalismo.

Impõe-se nesse contexto considerar a colisão entre duas perspectivas diversas dos direitos, procurando não “fazer injustiça” mediante a imposição de uma, a da ordem dos mais fortes, à outra, a da ordem dos mais fracos. De um lado está o direito à autonomia coletiva, do outro o direito à autonomia individual. Simplesmente submeter aquele, considerado expressão de uma forma ética de vida, a este, considerado expressão de uma moral universal que se apresenta como base dos direitos humanos²², não

²² Klaus Günther (1988, p. 196), embora sustente que “a aplicação adequada de normas jurídicas não pode, *sem fundamento*, ofender formas de vida” (grifo meu), mostra-se antes favorável a uma tal orientação, quando sustenta que “as colisões entre princípios de justiça e orientações da vida boa, no nível pós-convencional, só podem ser resolvidas universalistamente, portanto, em favor da justiça”. Cabe advertir, porém, que nos termos da teoria habermasiana da ação comunicativa e do discurso, segundo a qual Günther (1988) se orienta, haveria, no caso, a colisão entre uma moral pós-convencional e uma pré-convencional. Sobre os níveis do desenvolvimento da consciência moral na teoria da evolução social de Habermas, ver Neves (2012, p. 25 et seq.).

parece a solução mais oportuna em um modelo de transconstitucionalismo. Ao contrário, nesse contexto de colisão radical entre a ordem jurídica estatal e as ordens normativas indígenas, tem-se de considerar e ponderar entre “o direito à vida do sujeito individual e o direito à vida do sujeito coletivo”, como argui Segato²³ (2011, p. 367). No caso, a “ultra-criminalização” das práticas do homicídio de recém-nascidos praticadas no interior das comunidades indígenas, proposta na versão original do Projeto de Lei nº 1.057/2007, poderia ser “etnocida, ao eliminar valores culturais indispensáveis à vida biológica e cultural de um povo” (GUZMÁN, 2006, p. 156). Assim sendo, tal solução legal teria implicações de difícil compatibilização inclusive com a ordem constitucional do Estado brasileiro²⁴. Parece ser necessária, nessas circunstâncias, a busca de outros caminhos.

A proposta que se afigura mais adequada ao transconstitucionalismo reside em garantir a “jurisdição ou foro étnico”, para que cada comunidade indígena “resolva seus conflitos e elabore seu dissenso interno por um caminho próprio” (SEGATO, 2011, p. 375, 377). Isso não implica simplesmente tolerância do mais poderoso, tampouco tolerância perante o intolerante (RAWLS, 1990, p. 216-221); antes se trata de capacidade de admitir a autonomia do outro, isto é, da esfera de comunicação, do jogo de linguagem ou da forma de vida diferente do nativo, não submetida aos modelos do constitucionalismo estatal. Muito menos cabe falar de sociedades “decentes” e “indecentes”, ou seja, dignas ou indignas do “diálogo” com as sociedades “liberais” do Estado democrático constitucional (RAWLS, 1999, p. 4 et seq., 59 et seq.), como se não estivéssemos na mesma sociedade mundial, com colisões e conflitos entre domínios de comunicação e jogos de linguagem. Mas cabe ponderar que, não só de um ponto de vista antropológico, mas também na perspectiva do transconstitucionalismo, diante dos dissensos e conflitos no interior das comunidades indígenas, inclusive em torno da prática do homicídio de recém-nascidos, “o papel do Estado, na pessoa dos seus agentes, terá de ser o de estar disponível para supervisionar, mediar ou interceder com o fim único de garantir que o processo interno de deliberação possa ocorrer livremente, sem abuso por parte dos mais poderosos no inte-

²³ A respeito, afirmou Segato (2011, p. 372) na referida audiência pública, referindo-se “ao significado da expressão ‘direito à vida’ nesse contexto: “Essa expressão pode indicar dois tipos diferentes de direito à vida: o direito individual à vida, quer dizer, a proteção do sujeito individual de direitos, e o direito à vida dos sujeitos coletivos, isto é, o direito à proteção da vida dos povos em sua condição de povos”.

²⁴ E especificamente por força do disposto no art. 231, *caput*, da Constituição Federal: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

rior da sociedade”²⁵ (SEGATO, 2011, p. 375). Assim, nesse contexto, a postura transconstitucional apresenta-se na limitação jurídica do poder abusivo dentro da comunidade. Isso porque, caso haja manipulação das decisões comunitárias pelos mais poderosos, sem legitimidade na ordem normativa respectiva, desaparece a autonomia étnica de que se parte para o “diálogo” constitucional. Portanto, observa-se, dessa maneira, que nenhuma forma de apresentação de autonomia de esferas sociais, inclusive das construídas por comunidades nativas não diferenciadas funcionalmente, tem um caráter absoluto, sendo todas relativas no âmbito da sociedade mundial do presente.

Esse delicado problema não se restringe ao dilema entre relativismo ético (das culturas particulares) e universalismo moral (dos direitos dos homens), antes aponta para o convívio de ordens jurídicas que partem de experiências históricas diversas²⁶ (SEGATO, 2011, p. 375-377), exigindo especialmente por parte do Estado constitucional uma postura de moderação relativamente à sua pretensão de concretizar suas normas específicas, quando essas entrem em colisão com normas de comunidades nativas fundadas em bases culturais essencialmente diferentes. A discrição e o comedimento, nesse caso, parecem ser a via que pode levar a conversações construtivas que estimulem autotransformações internas das comunidades indígenas para uma relação menos conflituosa com a ordem estatal. A tentativa de buscar modelos internos de otimização, nos termos da teoria dos princípios, pode ser desastrosa nessas circunstâncias. Em relação ao “outro”, à ordem diversa dos nativos, cabe antes uma postura transconstitucional de autocontenção dos direitos fundamentais cuja otimização possa levar à desintegração de formas de vida, com consequências destrutivas para os corpos e as mentes dos membros das respectivas comunidades.

7. O transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos na América Latina

O transconstitucionalismo não se restringe a relações entre duas ordens jurídicas, podendo envolver entrelaçamentos triangulares ou

²⁵ A esse respeito, acrescenta Segato (2011, 375 et seq.): “Tampouco se trata de solicitar a retirada do Estado, porque, como atestam as múltiplas demandas por políticas públicas colocadas perante o mesmo pelos povos indígenas a partir da Constituição de 1988, depois da intensa e pernicioso desordem instalada pelo contato, o Estado já não pode, simplesmente, ausentar-se. Deve permanecer disponível para oferecer garantias e proteção quando convocado por membros das comunidades, sempre que essa intervenção ocorra em diálogo entre os representantes do Estado e os representantes da comunidade em questão. Seu papel, nesse caso, não poderá ser outro, a não ser o de promover e facilitar o diálogo entre os poderes da aldeia e seus membros mais frágeis.”

²⁶ Ver, de maneira mais abrangente, Segato (2006). A respeito da relação intrínseca entre universalismo e diferença, ver Neves (2001).

multiangulares entre ordens jurídicas em torno de um mesmo problema constitucional. Especialmente no tocante aos direitos humanos, verifica-se um transconstitucionalismo pluridimensional envolvendo diversas ordens jurídicas, que se desenvolve, igualmente, de formas as mais diferentes, na América Latina.

Nessa matéria, a invocação de precedentes a outras ordens jurídicas não se restringe ao direito constitucional de estados estrangeiros, conforme tratado no item 4 deste artigo, mas também às normas convencionais do direito internacional e à jurisprudência de tribunais internacionais. No mencionado julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS²⁷, em que o STF caracterizou como crime de racismo a publicação de livro com conteúdo antissemitico (negação da existência do holocausto), para concluir pela sua imprescritibilidade, além da farta referência ao direito estrangeiro, foram citados inumeráveis atos e normas de direito internacional público, assim como se invocou o caso *Jersild v. Dinamarca*, julgado pela Tribunal Europeu de Direitos Humanos em setembro de 1994 (ECHR, 1994). Em muitos outros julgamentos, o STF apresentou indicações de sua disposição para integrar-se em um diálogo transconstitucional no sistema mundial multicêntrico, no qual diversas ordens jurídicas são articuladas concomitantemente para a solução de problemas constitucionais de direitos humanos²⁸. E aqui não se trata da adoção de um simples “modelo de convergência” com base no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal e, posteriormente, com fundamento nos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Muito menos, cabe o regresso a um “modelo de resistência” a partir de

uma interpretação paroquial desses dispositivos constitucionais. O caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o “modelo de articulação” [“*engagement model*”]²⁹, ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos. A alternativa absoluta “convergência ou resistência” carrega, respectivamente, elementos potenciais de autodestruição da própria ordem constitucional ou de heterodestruição de outras ordens jurídicas.

Indo além da invocação de normas e precedentes de outras ordens jurídicas, especialmente estrangeiras e internacionais, por cortes nacionais, destacam-se casos em que decisões de tribunais cortam transversalmente ordens jurídicas diversas em matéria de direitos fundamentais e direitos humanos, com força vinculante. A esse respeito, parece-me de uma relevância especial a decisão da Corte Interamericana de Direito Humanos, nos julgamentos dos casos *Yakye Axa vs. Paraguai* e *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*³⁰ (CORTEIDH, 2005b), no qual se decidiu sobre o direito de propriedade sobre territórios das comunidades indígenas Yakye Axa e Sawhoyamaxa, localizadas no Paraguai. Nesses interessantes casos, a CorteIDH decidiu não conforme o conceito técnico-jurídico de propriedade privada definido nos termos do direito constitucional estatal, mas sim levan-

²⁷ HC 82.424/RS, 17/11/2003, TP, DJ 19/3/2004.

²⁸ Cf. HC 82.959/SP, de 23/2/2006, DJ 1/9/2006; e referências das notas 15 e 16.

²⁹ Sobre a distinção entre “modelo de convergência”, “modelo de divergência” e “modelo de articulação” [“*engagement model*”], ver Jackson (2005).

³⁰ Para a análise desse caso, ver Ramírez (2005, p. 349-364). Para resumos de ambos os casos, ver Piovesan (2008, p. 47-76, 71-73).

do em conta primariamente a noção cultural de “propriedade ancestral” das comunidades indígenas sobre os respectivos territórios, sedimentada historicamente em suas tradições. Assim, deixando em segundo plano um direito fundamental assegurado constitucionalmente no plano *estatal*, a CorteIDH argumentou favoravelmente aos direitos de comunidade *local extraestatal* sobre o seu território, para assegurar direitos humanos garantidos no nível internacional. Esse entrelaçamento multiangular em torno dos direitos humanos e fundamentais não seria possível, se não houvesse uma disposição, nas diversas ordens, especialmente na estatal, para ceder às exigências das perspectivas de outras ordens normativas em relação ao significado e abrangência de direitos colidentes.

Problemas de entrelaçamento pluridimensional em torno dos direitos humanos também se apresentam no caso das comunidades indígenas cujo homicídio de recém-nascido é legitimado, questão que já considerei no tópico anterior, ao tratar especialmente do transconstitucionalismo entre ordens estatais e locais extraestatais. Mas, nesse caso, é relevante a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais³¹, cujo art. 8º, nº 2, prescreve: “Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos [...]”. Esse preceito torna mais complicada a colisão das ordens locais nativas com a ordem dos direitos fundamentais estatais e dos direitos humanos internacionais. Uma interpretação literal desse dispositivo, em nome da proteção absoluta da vida dos recém-nascidos, levaria tendencialmente a um etnocídio

contra as respectivas comunidades indígenas. Parece-me que os argumentos apresentados no item anterior não perdem o seu significado em virtude dessa referência ao direito internacional. Nesses casos, cabe não apenas uma releitura complexamente adequada tanto das normas estatais de direitos fundamentais quanto das normas internacionais de direitos humanos. Um universalismo superficial dos direitos humanos, baseado linearmente em uma certa concepção ocidental ontológica de tais direitos, é incompatível com um “diálogo” transconstitucional com ordens nativas que não correspondem a esse modelo. Ao contrário, a negação de um diálogo construtivo com as ordens indígenas em torno dessas questões delicadas é contrária aos próprios direitos humanos, pois implicaria uma “ultracriminalização” de toda a comunidade de autores e coautores dos respectivos atos, afetando-lhes indiscriminadamente corpo e mente mediante uma ingerência destrutiva. No âmbito de um transconstitucionalismo positivo impõe-se, nesses casos, uma disposição das ordens estatais e internacionais de surpreender-se em um aprendizado recíproco com a experiência do outro, o nativo em sua autocompreensão.

Por fim, um exemplo interessante envolve a própria ordem jurídica brasileira. Trata-se do caso da importação de pneus usados pelo Brasil. Essa controvérsia envolve tanto o direito constitucional brasileiro e as ordens jurídicas uruguaia e paraguaia quanto o direito do Mercosul e a ordem jurídica da OMC. Em 17 de dezembro de 2007, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC, ao adotar informe do Órgão de Apelação da OMC, de 3 de dezembro 2007, que reformara informe do Grupo Especial, de 12 de julho de 2007, decidiu favoravelmente ao recurso interposto pelo Brasil, com base em argumentos referentes à proteção do meio ambiente, para que fosse proibida a importação de pneus usados provenientes da União Eu-

³¹ A respeito dessa Convenção, ver a breve exposição de Wolfrum (1999).

ropeia. Entretanto, essa decisão estabeleceu que a política brasileira de continuar importando pneus usados do Paraguai e do Uruguai implicava discriminação e, portanto, deveria ser abolida, não tendo sido aceita a alegação brasileira de que o número de pneus recauchutados importados do Paraguai e do Uruguai não era significativo³². Mais tarde, em laudo arbitral no âmbito da OMC, por solicitação das Comunidades Europeias, decidiu-se que o prazo para o Brasil cumprir as recomendações e resoluções do Órgão de Solução de Controvérsias encerrar-se-ia um ano a partir da data da adoção por este dos informes do Grupo Especial e do Órgão de Apelação (17 de dezembro de 2007), o que significa que o termo final foi o dia 17 de dezembro de 2008³³.

O problema decorrente dessa condição imposta pela decisão do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC consiste em que o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul já rejeitara a pretensão da Argentina de que fosse proibida a importação de recauchutados oriundos do Uruguai, tendo corroborado posteriormente sua decisão anterior, por entender que uma tal proibição ofenderia as normativas do Mercosul³⁴. O Brasil tentou inicialmente contornar ambas as decisões, procurando propor um limite ao número de pneus recauchutados a serem importados do Uruguai e do Paraguai, o que levou a uma situação conflituosa em relação, ao mesmo tempo, às normas do Mercosul e da OMC, em sentidos diametralmente opostos. Mas os conflitos entre órgãos administrativos que estabeleceram normas proibindo a importação de pneus recauchutados e órgãos judiciais que declararam essas normas inconstitucionais levaram a um quiproquó em torno da questão no âmbito do Estado brasileiro.

A situação complicou-se, tendo em vista que uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 2º, da Constituição Federal) fora proposta pela Presidência da República em 29 de setembro de 2006 (ADPF 101/2006), na qual se pediu que fossem declaradas inconstitucionais e ilegais decisões judiciais que vinham admitindo a importação de recauchutados com base no argumento de que as normas infraconstitucionais que vedam essa prática seriam inconstitucionais. A ADPF fundamentou-se basicamente na alegação de que o art. 225 da Constituição Federal estaria sendo violado mediante essas decisões. O *caput* desse dispositivo constitucional prescreve: “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

³² WT/DS332/AB/R; WT/DS332/R.

³³ WT/DS/332/16, de 29/8/2008. A respeito desse caso, ver Perotti (2009).

³⁴ Laudo 1/2005, de 20 de dezembro de 2005; Laudo 1/2007, de 8 de julho de 2007; Laudo 1/2008, de 25 de abril de 2008.

coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” A relevância da questão levou à realização de uma audiência pública em 27 de junho de 2008.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pelo provimento parcial da ADPF 101/2006, proibindo, em geral, a importação de pneus recauchutados, mas admitindo algumas exceções para a importação de pneus remoldados com base em normas do Mercosul e garantindo a coisa julgada³⁵. Dessa maneira, a controvérsia foi sanada do ponto de vista do direito interno. Nada obstante, a situação aponta para dificuldades prementes de afastar um constitucionalismo provinciano no caso brasileiro. Ao mesmo tempo, evidencia a grande dificuldade de se conseguir um nível de solução satisfatório para todas as ordens envolvidas. Uma exigência fundamental é, porém, que haja um mínimo de consistência interna das decisões, para que as soluções propostas não caiam no descrédito. A posição do Brasil, que, conforme o setor do poder público, tomou posições inteiramente contrárias ou favoráveis à importação de pneus recauchutados, assim como rejeitou a importação de pneus usados da União Europeia com base em argumentos ecológicos e referentes ao direito à saúde, mas, simultaneamente, admitiu a importação do mesmo produto quando proveniente do Uruguai e do Paraguai, mostrou-se inconsistente tanto do ponto de vista interno quanto internacional: essa confusão não era satisfatória nem para a OMC nem para o Mercosul, muito menos para uma perspectiva consistente do direito constitucional estatal concernente à proteção do meio ambiente. Até o julgamento da ADPF 101/2006 (uma decisão que, embora possa ser suscetível de críticas, estabilizou a situação), a prática inconsistente e oportunista revelou que o caminho percorrido pelo Brasil, no caso da importação dos pneus usados, afastou-se de um modelo aberto às exigências do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, antes se aproximando de uma mistura de “pragmatismo” simplório na política externa e provincianismo jurídico-constitucional. Nesse particular, impõe-se, cada vez mais, uma revisão dos paradigmas constitucionais, possibilitando uma “conversação” transconstitucional mais sólida com ordens normativas entrelaçadas em torno de problemas no sistema jurídico mundial multicêntrico, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal. Isso não deve significar, porém, arroubos ou bravatas internacionalistas, transnacionalistas ou supranacionalistas em detrimento da ordem constitucional brasileira, mas sim a afirmação dessa ordem como parceira na construção de um transconstitucionalismo multiangular.

³⁵ STF, ADPF 101/DF, 24/6/2009, DJe 4/6/2012. Pela improcedência da ADPF votou apenas o Ministro Marco Aurélio.

8. Observação final

Uma transformação profunda tem ocorrido, nas condições hodiernas da sociedade mundial, no sentido da superação do constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo. Essa transformação deve ser levada a sério, inclusive na América Latina. O Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, se emanciparam do Estado. Essa situação não deve levar, porém, a novas ilusões, na busca de “níveis invioláveis” definitivos: internacionalismo como *ultima ratio*, conforme uma nova hierarquização absoluta; supranacionalismo como panaceia jurídica; transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado; localismo como expressão de uma eticidade definitivamente inviolável³⁶.

Contra essas tendências, o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder –, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso me parece frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observador tem um limite de visão no “ponto cego”, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação (VON FOERSTER, 1981, p. 288-309). Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter e ego*, que “eu vejo o que tu não vês” (LUHMANN, 1990, p. 228-234), cabe acrescentar que o “ponto cego” de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: *o ponto cego, o outro pode ver*.

³⁶ O “nível inviolável” pode envolver-se, no dinâmico jogo transconstitucional, com outros níveis (entrelaçados) em um “nível superentrelaçado” (HOFSTADTER, 1979, p. 686 et seq.).

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. 1.057*. Relatora: Deputada Janete Rocha Pietá. Brasília: Comissão de direitos humanos e minorias, 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=872647&filename=Parecer-CDHM-17-05-2011>. Acesso em: 24 dez. 2008.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: entre clasicismo y creatividad. In: VON BOGDANDY, Armin; LANDA ARROYO, César; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Ed.). *¿Integración suramericana a través del derecho?: un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

CARAZO ORTIZ, Pía. El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica. In: VON BOGDANDY, Armin; LANDA ARROYO, César; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Ed.). *¿Integración suramericana a través del derecho?: un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CorteIDH). *Caso Yamata vs. Nicaragua*. San José: CorteIDH, 2005a.

_____. *Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. San José: CorteIDH, 2005b.

COSTA NETO, J. A citação meramente retórica de precedentes judiciais estrangeiros no julgamento da ADPF 186 (cotas raciais na UnB). *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília. No prelo.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Jersild v. Denmark*. Denmark: ECHR, 1994.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, D.F. v. 8, p. 187-221, 2008.

GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: el Caso Yatama contra Nicaragua. *Revista IIDH*, San José, v. 41, p. 317-345, 2005.

GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1988.

GUZMÁN, Esther Sánchez de. *Entre el juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interés superior del niño*. Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 2006.

HOFSTADTER, Douglas R. *Gödel, Escher, Bach: an eternal golden braid*. New York: Basic Books, 1979.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement*. Harvard Law Review, Cambridge, v. 119, p. 109-128, 2005.

LUHMANN, Niklas. Ich sehe was, was Du nicht siehst. In: _____. *Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven..* Opladen: Westdt. Verl., 1990.

MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso de Albuquerque. O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição federal. In: _____. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MONTORO, Franco. Filosofia do direito e colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 10, n. 37, p. 3-20, jan./mar. 1973.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. Justicia y diferencia en una sociedad global compleja. *Doxa cuadernos de filosofía de derecho*, Alicante, n. 24, p. 349-377, 2001.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out./nov./dez. 2005.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992.

_____. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Márcio Luís. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PEROTTI, Alejandro. ¿Quién paga los costos del incumplimiento de las sentencias del tribunal permanente de revisión (mercosur)? Responsabilidad del estado por violación del derecho de la integración?. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 6, p. 1-8, mar. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e do direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMÍREZ, A. El caso de la comunidad indígena Yajye Axa VS. Paraguay. *Revista IIDH*, San José, 29 mar. 2006.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Oxford: Oxford University, 1990.

_____. *The law of peoples; with, The idea of public reason revisited*. Cambridge: Harvard University, 1999.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. O tribunal penal internacional em face da constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais. In: NEVES, Marcelo. *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCHWARZ, R. As ideias fora do lugar. In: _____. *Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Duas Cidades, 2008.

SEGATO, Rita. Que cada pueblo teja los hilos de su historia: el pluralismo jurídico em dialogo didáctico con legisladores. In: CHENAUT, Victoria et al. *Justicia y diversidad en América Latina: pueblos indígenas ante la globalización*. Quito: FLACSO, 2011.

_____. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana*, Valencia, v. 12, n. 1, p. 207-236, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Prefácio: a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um testemunho para a história. In: OLIVEIRA, Márcio Luís. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

VON FOERSTER, Heinz. On constructing reality. In: _____. *Observing systems*. California: Intersystems Publications, 1981.

WOLFRUM, Rüdiger. The protection of indigenous peoples in international law. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, n. 59, p. 369-382, 1999.

Análise das emendas constitucionais sob a perspectiva da Legística Formal

JOÃO ALBERTO DE OLIVEIRA LIMA
EDILENICE PASSOS

Sumário

1. Introdução. 1.1. Algumas considerações sobre a Lei Complementar nº 95, de 1998. 2. Análise de emendas específicas. 2.1. Ausência de cláusula de vigência em emenda constitucional. 2.2. Emenda Constitucional nº 67, de 2010 – alteração indireta e alteração indevida de prazo de vigência. 2.3. Emenda Constitucional nº 3, de 1993 – ementa ausente. 2.4. Emendas Constitucionais nº 54, de 2007, e nº 55, de 2007 – local e data ausentes. 2.5. Emendas Constitucionais nº 19, de 1998, e nº 58, de 2009 – vigência a partir da “promulgação”. 2.6. Emendas Constitucionais nº 6, de 1995, e nº 7, de 1995 – acréscimo de artigo duplicado. 2.7. Emenda Constitucional nº 32, de 2001 – referência indevida. 2.8. Emenda Constitucional nº 73, de 2013 – enumeração de dispositivos. 2.9. Posicionamento das disposições transitórias. 3. Análise dos elementos da parte inicial. 3. Análise dos elementos. 3.1. Epígrafe. 3.2. Ementa. 3.3. Preâmbulo. 4. Discussão sobre alguns tópicos de Legística Formal. 4.1. Alteração indireta. 4.2. Renumeração de dispositivos. 5. Considerações finais.

João Alberto de Oliveira Lima é Analista de Informática Legislativa do Senado Federal, mestre em Ciência da Computação e doutor em Ciência da Informação.

Edilenice Passos é Analista Legislativo do Senado Federal, mestre em Biblioteconomia e Documentação.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 (CF) inovou ao prever, no parágrafo único do art. 59, uma lei complementar para dispor “sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”. Essa previsão constitucional foi atendida pela Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, cuja vigência se iniciou em 28 de maio de 1998. Essa norma foi alterada em 27 de abril de 2001, pela Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001. Segundo Freire (2002, p. 44), antes da Lei Complementar nº

95, de 1998, essa matéria “era objeto de atos normativos esparsos, ou mesmo de normas não escritas ou de praxes há muito adotadas (...) e a falta de normas técnicas de caráter sistemático e geral (...) inviabilizava a uniformização dos textos legislativos”.

A Legística é uma disciplina da Teoria da Legislação. Segundo Almeida (2007, p. 84), a Teoria da Legislação “tem como objeto o estudo da lei em todas as suas dimensões, socorrendo-se dos saberes de várias disciplinas: a filosofia do direito, o direito constitucional, a ciência política, a ciência da administração, a economia, a sociologia, a metódica jurídica, a linguística”. Por sua vez, segundo Almeida (2007, p. 90), a Legística Formal “tem como objeto de estudo a sistematização, a composição e a redação das leis, elementos absolutamente essenciais (ainda que não suficientes) para uma política legislativa de qualidade”. E complementa:

“A preocupação com o modo de formulação da vontade do legislador é de todas as épocas. Da mesma forma, podemos dizer que alguns dos princípios que hoje se enunciam para a boa redação das leis – como clareza, precisão e concisão – estiveram presentes em outros períodos da História, nomeadamente no Iluminismo. Montesquieu publica, em 1748, *De l'esprit des lois*, obra na qual, para além de uma preocupação filosófica, aborda aspectos concretos quanto à redação da lei. Assim, no Livro XXIX (Sobre a maneira de elaborar as leis), Capítulo XVI (Coisas a observar na composição das leis), diz que o estilo deve ser conciso; o estilo deve ser simples; a lei não deve conter expressões vagas; as leis não devem ser sutis, elas são feitas para as pessoas de entendimento médio; as leis inúteis enfraquecem as leis necessárias” (ALMEIDA, 2007, p. 90-91).

A Assembleia Nacional Constituinte desenvolveu um esmerado trabalho em relação à composição do texto da Constituição Federal de 1988. A sistematização dos artigos e de seus des-

dobramentos gerou um texto bem estruturado, com articulação uniforme. É importante lembrar que isso nem sempre foi assim. Lembramos a constatação de Aurelino Leal sobre a forma de numeração dos dispositivos da Constituição de 1891, nos seguintes termos:

“Os artigos são ordenados por numeração árabe, bem como os paragraphos, incisos e sub-incisos. Este systema foi seguido invariavelmente até o final do art. 58. No artigo 59, a orientação mudou: os incisos são numerados por algarismos romanos, os sub-incisos por letras latinas e os paragraphos por números árabes. No titulo II (art. 63 e seguintes) a orientação voltou a ser a mesma, para soffrer incidentalmente, nova alteração no art. 71 e seus paragraphos, sendo dahi em diante, observado o criterio anterior” (LEAL, 1914, p. 25).

As emendas constitucionais são publicadas no Diário Oficial da União (DOU) e no Diário do Congresso Nacional (DCN). A análise feita neste artigo utiliza o texto publicado no Diário Oficial da União, periódico oficial editado pela Imprensa Nacional. Pontualmente, faremos referência ao texto do Diário do Congresso Nacional.

A motivação para a elaboração deste artigo originou-se do trabalho de compilação do texto atualizado da Constituição Federal, disponibilizado no sítio do Senado Federal (<http://www.senado.gov.br/legislacao/const/>). Nesse endereço, é oferecida ao cidadão, por meio de uma linha do tempo (Figura 1), a consulta às versões do texto constitucional desde a data de sua promulgação, em 5 de outubro de 1988. É possível consultar também o histórico de alteração de cada dispositivo. A cada nova emenda promulgada, realizou-se um trabalho de compilação e, nesse processo, foi-se percebendo que os detentores do poder constituinte derivado nem sempre dispensaram o cuidado devido ao aspecto formal do texto articulado.

As demais seções deste artigo estão organizadas da seguinte forma: inicialmente, serão feitas breves considerações sobre a Lei Complementar nº 95, de 1998, e sua aplicação às emendas à Constituição, e serão analisadas algumas emendas, não necessariamente na ordem de promulgação; em seguida, serão analisados aspectos gerais de todas as emendas, tais como epígrafe, ementa e preâmbulo; por fim, serão discutidos alguns tópicos de técnica legislativa.

1.1. Algumas considerações sobre a Lei Complementar nº 95, de 1998

A Lei Complementar nº 95, de 1998, representou um marco para a melhoria da qualidade e a padronização da técnica legislativa. O parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar nº

95, de 1998, define que suas disposições se aplicam aos “atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal”, enumerados a seguir:

“Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I – emendas à Constituição;
- II – leis complementares;
- III – leis ordinárias;
- IV – leis delegadas;
- V – medidas provisórias;
- VI – decretos legislativos;
- VII – resoluções” (BRASIL, 1998e).

Poder-se-ia imaginar que, por serem as emendas constitucionais de hierarquia superior, sua elaboração não precisaria seguir os ditames

Figura 1. Linha do tempo da Constituição Federal
(<http://www.senado.gov.br/legislacao/const/>)



da Lei Complementar nº 95, de 1998. No entanto, o que o art. 59 da CF inclui no processo legislativo não é a emenda constitucional propriamente dita, e sim a “elaboração de emendas à Constituição”. Enquanto proposta, a PEC (proposta de emenda à Constituição) é um ato infraconstitucional e deve obediência às regras de elaboração legislativa, seguindo-se, assim, o desejo do detentor do poder constituinte originário.

A doutrina é pacífica em relação à natureza da proposta de emenda à Constituição, conforme podemos observar a seguir: “A emenda à Constituição é, enquanto projeto, um ato infraconstitucional: só ingressando no sistema normativo é que passa a ser preceito constitucional e, daí, sim, da mesma estatura daquelas normas anteriormente postas pelo constituinte” (TEMER, 2010, p. 146).

“A emenda à Constituição Federal, enquanto proposta, é considerada um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade, só ingressando no ordenamento jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, da mesma hierarquia das normas constitucionais originárias. Tal fato é possível, pois a emenda à Constituição é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário” (MORAES, 2005, p. 1127).

Não obstante, em relação ao aspecto formal, é importante destacar que a Lei Complementar nº 95, de 1998, no seu art. 18, define que “eventual inexistência formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento” (BRASIL, 1998e).

2. Análise de emendas específicas

As próximas subseções apresentam os resultados da análise de algumas emendas constitucionais sob o ponto de vista da Legística Formal.

2.1. Ausência de cláusula de vigência em emenda constitucional

A cláusula de vigência passou a ser prevista de forma expressa, de acordo com o inciso III do art. 3º e o *caput* do art. 8º da Lei Complementar nº 95, de 1998:

“Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas:

(...)

III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a *cláusula de vigência* e a cláusula de revogação, quando couber.

(...)

Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão.

(...)

§ 2º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula ‘esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial’. (Parágrafo acrescido pela Lei Complementar nº 107, de 26/4/2001)” (BRASIL, 1998e, grifo nosso).

Essa posição também é compartilhada por Freire (2002, p. 156-158), que analisa em detalhe a questão, nos seguintes termos:

“Norma diversa consta da Lei Complementar n. 95, de 1998, que requer seja a vigência da lei ‘indicada de forma expressa’, inadmitindo, por conseguinte, a hipótese de silêncio da lei quanto à data da sua entrada em vigor.

(...)

A exigência legal de indicação da vigência da lei de forma expressa excluiria, em princípio, a possibilidade de as leis federais omitirem a cláusula de vigência. Ocorre que nem sempre se pode assegurar a presença dessa cláusula, tendo em vista, por exemplo, a eventualidade do veto total ou parcial da proposição de lei, mantido pelo Poder Legislativo apenas quanto a determinados dispositivos, entre os quais se incluía a mencionada cláusula.

Neste último caso, verificada a hipótese de ausência de norma expressa sobre a vigência da lei, ter-se-á, como norma supletiva, a enunciada no art 1º da Lei de Introdução ao Código Civil.”

Considerando-se que as propostas de emenda à Constituição não são objeto de veto pelo Poder Executivo, conclui-se que a cláusula de vigência estará presente nas emendas constitucionais oriundas de propostas de emenda à Constituição que atendam às regras de técnica legislativa previstas pela Lei Complementar nº 95, de 1998.

De fato, recentemente o Poder Executivo vetou a cláusula de vigência do Projeto de Lei nº 99, de 2007 (nº 319, de 2009, no Senado Federal), que possuía a seguinte redação: “Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, ressalvadas as disposições do art. 5º, que entrarão em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias da data de sua publicação oficial” (BRASIL, 2009a).

Nas razões do veto, veiculadas na Mensagem nº 151, de 30 de abril de 2012, consta a seguinte explicação:

“O veto à cláusula de vigência se faz necessário para que se tenha prazo mínimo para avaliação dos efeitos e adaptação a todos os dispositivos

da norma, conforme exigido pelo art. 8º, caput, da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, dando aos destinatários o prazo de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.”

Identificamos três casos de emendas promulgadas após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 95, de 1998, que não veicularam cláusula de vigência:

a) Emenda Constitucional nº 77, de 2014, que “altera os incisos II, III e VIII do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, para estender aos profissionais de saúde das Forças Armadas a possibilidade de cumulação de cargo a que se refere o art. 37, inciso XVI, alínea ‘c’”;

b) Emenda Constitucional nº 72, de 2013, que “altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais”; e

c) Emenda Constitucional nº 42, de 2003, que “altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências”.

Cabe registrar ainda que, no caso de emendas constitucionais sem cláusula de vigência, pelo Princípio da Imediata Incidência das Regras Jurídicas Constitucionais, o início da vigência ocorre imediatamente com a promulgação, não sendo a emenda à constituição submetida à regra do art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que prevê um período de 45 dias para a entrada em vigor das normas que não possuem cláusula de vigência. Nesse contexto, constatamos que o empregador do trabalhador doméstico, além de não poder ignorar, em tese, o direito positivado¹, tem também de

conhecer os Princípios de Direito Constitucional Intertemporal para saber em que data se deu o início da vigência da emenda constitucional que estabeleceu a “igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais”. Trata-se de um exemplo concreto de como detalhes da técnica legislativa podem gerar dúvidas no entendimento da norma pelo cidadão.

2.2. Emenda Constitucional nº 67, de 2010 – alteração indireta e alteração indevida de prazo de vigência

A alteração indireta caracteriza-se pela alteração da norma jurídica sem o oferecimento de um novo texto, o que dificulta o processo de compilação do texto atualizado da norma alterada. A ocorrência desse tipo de alteração não é comum e, quando ocorre, é fator de insegurança jurídica.

O art. 12 da Lei Complementar nº 95, de 1998, não prevê a alteração indireta do texto de um dispositivo e estabelece que a alteração deve ser feita mediante a reprodução integral do texto, nos casos de grandes alterações, ou mediante o oferecimento de novo texto, no caso de alteração ou acréscimo, como podemos observar abaixo:

“Seção III

Da Alteração das Leis

Art. 12. A alteração da lei será feita:

I – mediante reprodução integral em novo texto, quando se tratar de alteração considerável;

(...)

III – nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras:

(...)” (BRASIL, 1998e).

¹ Art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

A Emenda Constitucional nº 67, de 2010, prorrogou, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza e o prazo de vigência da Lei Complementar nº 111, de 2001, nos seguintes termos:

“Art. 1º Prorrogam-se, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza a que se refere o caput do art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, igualmente, o prazo de vigência da Lei Complementar nº 111, de 6 de julho de 2001, que dispõe sobre o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma prevista nos arts. 79, 80 e 81 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” (BRASIL, 2010e, grifo nosso).

No caso dessa emenda, analisaremos duas questões: a alteração indireta do art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e a prorrogação de “prazo de vigência” da Lei Complementar nº 111, de 2001.

A referida emenda não ofereceu um novo texto para o art. 79 do ADCT, que possui a seguinte redação:

“Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida” (BRASIL, 2010e, grifo nosso).

A alteração do *caput* do art. 79 do ADCT foi feita de forma indireta, isto é, em vez de oferecer um novo texto, os autores da emenda fizeram apenas uma remissão textual na norma alteradora.

A Emenda Constitucional nº 67, de 2010, poderia ter oferecido um novo texto para o *caput*, com a substituição da expressão “até o ano de 2010” pela expressão “por prazo indeterminado”. Dessa forma, o texto compilado refletiria textualmente a vontade do legislador constituinte derivado.

Vamos ao segundo ponto da análise da emenda constitucional em tela. A Lei Complementar nº 111, de 6 de julho de 2001, nunca foi revogada e também não possui uma vigência predeterminada. Por isso, não precisaria de uma norma que prorrogasse sua vigência, pois, de acordo com o art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – antigo LICC), “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Nesse caso, o efeito da citada emenda sobre a lei complementar, ao prorrogar o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza por prazo indeterminado, dá-se no plano da eficácia e não no da vigência, não sendo necessária a prorrogação da vigência de uma lei já vigente.

Conclui-se a análise dessa emenda apresentando-se a expressão textual que achamos mais apropriada, à luz da Legística Formal, para o art. 1º da Emenda Constitucional nº 67, de 2010:

Art. 1º O art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 79. É instituído, para vigorar por tempo indeterminado, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida” (NR).

2.3. Emenda Constitucional nº 3, de 1993 – ementa ausente

O conteúdo e a apresentação do elemento ementa são definidos pelo art. 5º da Lei Complementar nº 95, de 1998, nos seguintes termos: “Art. 5º A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei” (BRASIL, 1998e).

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, foi publicada na Seção I do DOU do dia 18 de março de 1993 sem a ementa. Apesar de a referida emenda ter sido publicada antes da vigência da Lei Complementar nº 95, de 1998, a ausência da ementa é incomum nos textos de normas jurídicas. O elemento ementa vem sendo utilizado nos textos de normas há muito tempo, já estando presente, por exemplo, nas Ordenações Afonsinas. A ausência da ementa verificou-se também nas seis Emendas Constitucionais de Revisão, que foram promulgadas em 1994.

Verificamos ainda que a ementa da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, também estava ausente da publicação do Diário do Congresso Nacional de 18 de março de 1993.

2.4. Emendas Constitucionais nº 54, de 2007, e nº 55, de 2007 – local e data ausentes

Apesar de a Lei Complementar nº 95, de 1998, não mencionar a necessidade dos elementos local e data, normalmente posicionados após o último dispositivo e antes das assinaturas, esses elementos são essenciais do ponto de vista da Diplomática, ciência auxiliar da História, voltada para o estudo das estruturas formais dos documentos solenes.

As Emendas Constitucionais nº 54, de 2007, e nº 55, de 2007, foram publicadas na página 2 da Seção I da edição de 21 de setembro de 2007

do Diário Oficial da União sem os elementos local e data.

Verificamos ainda que, no Diário do Congresso Nacional da mesma data, as emendas foram publicadas com imagens dos autógrafos, nas quais se pode observar a presença dos elementos local e data. Conclui-se então que deve ter ocorrido apenas um equívoco na etapa de publicação da emenda no Diário Oficial da União. Mesmo assim, não identificamos nenhuma publicação de retificação no Diário Oficial da União referente a essa emenda.

2.5. Emendas Constitucionais nº 19, de 1998, e nº 58, de 2009 – vigência a partir da “promulgação”

As Emendas Constitucionais nº 19, de 1998, e nº 58, de 2009, definem a vigência a partir da data de “promulgação”, em vez da data de “publicação”, como é o mais comum. A doutrina é pacífica em relação à exigência da publicação para que uma norma adquira vigência. Segundo Silva (2006, p. 249):

“Em definitivo: a lei se torna eficaz com a promulgação publicada.”

A publicação fundamenta-se, portanto, na necessidade de transmitir a promulgação da lei, o seu comando, àqueles a quem se destina e na necessidade de que todos venham presumivelmente a conhecê-la, para que ninguém se escuse de cumpri-la, alegando que não a conhece (LICC, art. 3º).”

2.6. Emendas Constitucionais nº 6, de 1995, e nº 7, de 1995 – acréscimo de artigo duplicado

As Emendas Constitucionais nº 6, de 1995, e nº 7, de 1995, comandam, em duplicidade, o acréscimo do art. 246 à Constituição Federal, nos termos a seguir:

“Art. 2º Fica incluído o seguinte art. 246 no Título IX – ‘Das Disposições Constitucionais Gerais’:

‘Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995’” (BRASIL, 1995b, 1995c).

Essas emendas tiveram origem na PEC 5, de 1995, e na PEC 7 de 1995, ambas de autoria do Poder Executivo. É curioso notar que a primeira originalmente tratava da definição de empresa brasileira (art. 171 da CF) e que a segunda cuidava de transporte aéreo, marítimo e terrestre. A inclusão do art. 246 foi proposta por emendas parlamentares de forma simultânea.

2.7. Emenda Constitucional nº 32, de 2001 – referência indevida

O art. 1º da Emenda Constitucional nº 32 foi promulgado nos seguintes termos:

“Art. 1º Os arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

‘Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 *até a promulgação desta emenda, inclusive*’” (BRASIL, 2001a, grifo nosso).

A nova redação dada ao art. 246 da Constituição Federal faz referência indevida ao utilizar a expressão “até a promulgação desta emenda”, pois, com a incorporação do texto da nova redação do art. 246 ao texto da Constituição, pelo processo de compilação, perdem-se o contexto e o referencial da expressão.

2.8. Emenda Constitucional nº 73, de 2013 – enumeração de dispositivos

Durante a Assembleia Nacional Constituinte, ao apresentar o Projeto B (início do 2º Turno em Plenário), o relator teve o cuidado de transformar todos os dispositivos com enumeração de itens em dispositivos com uma cabeça (*caput* do artigo ou parágrafo), seguida do detalhamento de incisos e alíneas. Por exemplo, os incisos do atual art. 1º da CF estavam, no Projeto A (início do 1º Turno em Plenário), enumerados em uma lista separada por vírgulas, em um único segmento de texto. Essa mesma

sistemática foi seguida em todos os dispositivos da Constituição Federal.

A Lei Complementar nº 95, de 1998, por sua vez, cristalizou essa regra de articulação, definindo, no seu art. 11, III, alínea “d”, que se deve, para obtenção de ordem lógica, “promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens” e, no mesmo artigo, I, alínea “b”, que se deve, para obtenção de clareza, “usar frases curtas e concisas” (BRASIL, 1998e).

A recente emenda constitucional que criou os quatro novos Tribunais Regionais Federais enumerou-os em um único e longo parágrafo, nos termos a seguir:

“§ 11. São criados, ainda, os seguintes Tribunais Regionais Federais: o da 6ª Região, com sede em Curitiba, Estado do Paraná, e jurisdição nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul; o da 7ª Região, com sede em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, e jurisdição no Estado de Minas Gerais; o da 8ª Região, com sede em Salvador, Estado da Bahia, e jurisdição nos Estados da Bahia e Sergipe; e o da 9ª Região, com sede em Manaus, Estado do Amazonas, e jurisdição nos Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima” (BRASIL, 2013b).

A articulação recomendada pela técnica legislativa vigente, e, diga-se de passagem, de mais fácil leitura, deveria ser a seguinte:

“§ 11. São criados, ainda, os seguintes Tribunais Regionais Federais:

I – o da 6ª Região, com sede em Curitiba, Estado do Paraná, e jurisdição nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul;

II – o da 7ª Região, com sede em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, e jurisdição no Estado de Minas Gerais;

III – o da 8ª Região, com sede em Salvador, Estado da Bahia, e jurisdição nos Estados da Bahia e Sergipe; e

IV – o da 9ª Região, com sede em Manaus, Estado do Amazonas, e jurisdição nos Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima.”

A articulação mais estruturada permite ainda que se criem referências mais precisas para segmentos do texto constitucional, seja na doutrina, seja na jurisprudência, seja nas normas infraconstitucionais. Por exemplo, caso a articulação aqui defendida tivesse sido utilizada, a remissão ao “ADCT, art. 70, § 11, III” endereçaria precisamente o dispositivo que criou o TRF da 8ª Região.

2.9. Posicionamento das disposições transitórias

O detentor do poder constituinte derivado não tem utilizado uma forma sistemática para veicular as disposições constitucionais transitórias. Não raramente, encontramos disposições transitórias no texto de emendas quando o local mais apropriado deveria ser o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Nesse sentido, Melo (1999) nos explica que:

“As emendas à Constituição, em regra, contêm apenas disposições modificativas, aditivas ou supressivas do texto constitucional originário e, enquanto tal, não exigem maiores cogitações, pois que se integram ao texto ou dele suprimem o que determinam com a promulgação. Por outro lado, há emendas que possuem *artigos próprios*, isto é, disposições que não promovem modificações, adições ou supressões ao texto constitucional, mas traçam *também* normas relacionadas ao contido na própria emenda, funcionando como verdadeiras ‘disposições transitórias’ ou normas de transição de seu texto. A rigor, deveriam ser incluídas nas disposições transitórias da Constituição originária (ADCT) em nome da técnica legislativa. Inocorrendo essa hipótese, principalmente quando em grande número,

os artigos próprios da emenda não podem ser entendidos como integrados ao texto constitucional, por impossibilidade técnico-dogmática, mas incidem transitóriamente quando da aplicação do texto modificado, sendo de *hierarquia paraconstitucional* enquanto não perderem a eficácia, exaurindo seus efeitos e normativamente sucumbindo aos inexoráveis efeitos do tempo.”

Um exemplo do posicionamento correto de disposições transitórias é a Emenda Constitucional nº 29, de 2000, que “altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde” (BRASIL, 2000e).

No lado oposto, como contraexemplo, temos a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que “modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências” (BRASIL, 1998d). É interessante notar que a própria ementa reconhece o caráter das “normas de transição”, mas não se realizou nenhuma modificação no ADCT. Como exemplos de dispositivos transitórios dessa emenda, citamos os arts. 12 e 13, que se iniciam respectivamente com as frases “Até que produzam efeitos as leis que irão dispor sobre as contribuições de que trata o art. 195 da Constituição Federal...” e “Até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes...”, demonstrando assim, claramente, o seu caráter transitório.

O efeito colateral desse posicionamento inadequado das regras transitórias é a inevitável necessidade de, com o tempo, criar-se Emenda de Emenda (a EMC 41/2003 altera a EMC 20/1998) e Emenda de “Emenda de Emenda” (a EMC 70/2012 altera a EMC 41/2012), conforme podemos observar nas ementas a seguir:

a) Emenda Constitucional nº 41, de 2003, que “modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal e *dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências*” (BRASIL, 2003b, grifo nosso).

b) Emenda Constitucional nº 70, de 2012, que “*Acrésceta art. 6º-A à Emenda Constitucional nº 41, de 2003, para estabelecer critérios para o cálculo e a correção dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até a data da publicação daquela Emenda Constitucional*” (BRASIL, 2012b, grifo nosso).

3. Análise dos elementos da parte inicial

3.1. Epígrafe

A palavra epígrafe é “de origem grega (*epigraphus*), derivada de *epi* (sobre) e *grapho* (escrever)” (CARVALHO, 2001, p. 68). Tem por função qualificar o ato na ordem jurídica (denominação da espécie normativa e número) e no tempo (data). O conteúdo e a apresentação da epígrafe são definidos pelo art. 4º da Lei Complementar nº 95, de 1998, nos seguintes termos: “Art. 4º A epígrafe, grafada em caracteres maiúsculos, propiciará identificação numérica singular à lei e será formada pelo título designativo da espécie normativa, pelo número respectivo e pelo ano de promulgação” (BRASIL, 1998e).

Verificou-se que foram utilizadas três fórmulas para a epígrafe, conforme Quadro 1 (a seguir).

Constata-se que o legislador constituinte derivado não utilizou uma maneira uniforme para expressar a epígrafe das emendas constitucionais, nem mesmo após a vigência da Lei Complementar nº 95, de 1998.

Quadro 1. Fórmulas da Epígrafe

Fórmula	Qtd.	Exemplo / Ocorrências
Tipo + Número	66	EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 5 EMC 5/1995, EMC 6/1995, EMC 7/1995, EMC 8/1995, EMC 9/1995, EMC 10/1996, EMC 11/1996, EMC 12/1996, EMC 13/1996, EMC 14/1996, EMC 15/1996, EMC 16/1997, EMC 17/1997, EMC 18/1998, EMC 19/1998, EMC 20/1998, EMC 21/1999, EMC 22/1999, EMC 23/1999, EMC 24/1999, EMC 25/2000, EMC 26/2000, EMC 27/2000, EMC 28/2000, EMC 29/2000, EMC 30/2000, EMC 31/2000, EMC 32/2001, EMC 33/2001, EMC 34/2001, EMC 35/2001, EMC 36/2002, EMC 37/2002, EMC 38/2002, EMC 43/2004, EMC 45/2004, EMC 46/2005, EMC 47/2005, EMC 48/2005, EMC 49/2006, EMC 50/2006, EMC 51/2006, EMC 52/2006, EMC 53/2006, EMC 56/2007, EMC 57/2008, EMC 58/2009, EMC 59/2009, EMC 60/2009, EMC 61/2009, EMC 62/2009, EMC 63/2010, EMC 64/2010, EMC 65/2010, EMC 66/2010, EMC 67/2010, EMC 68/2011, EMC 69/2012, EMC 70/2012, EMC 71/2012, EMC 72/2013, EMC 73/2013, EMC 74/2013, EMC 75/2013, EMC 76/2013, EMC 77/2014
Tipo + Número + Ano	10	EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 1992 EMC 1/1992, EMC 2/1992, EMC 3/1993, EMC 4/1993, EMR 1/1994, EMR 2/1994, EMR 3/1994, EMR 4/1994, EMR 5/1994, EMR 6/1994
Tipo + Número + Data	7	EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 39, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2002 EMC 39/2002, EMC 40/2003, EMC 41/2003, EMC 42/2003, EMC 44/2004, EMC 54/2007, EMC 55/2007

3.2. Ementa

A ementa, palavra derivada do latim que significa ideia, pensamento (CARVALHO, 2001, p. 70), deve sintetizar o objeto da lei, sem prejuízo da clareza e da fidelidade (FREIRE, 2002, p. 138). O conteúdo e apresentação da ementa são definidos pelo art. 5º da Lei Complementar nº 95, de 1998, nos seguintes termos: “Art. 5º A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei” (BRASIL, 1998e).

De forma geral, as ementas de emendas constitucionais resumem a alteração nos dispositivos utilizando termos como “modifica”, “acrescenta”, “altera”, ou expressam o resumo temático (assunto) da emenda, ou, ainda, realizam as duas coisas: informam a ação e o tema.

O Anexo I deste artigo apresenta o Quadro de Ementas com a indicação da presença dessas duas características: a ação e o tema. O Quadro 2 apresenta um resumo dos tipos de fórmula utilizada. Apesar de não ter sido a mais utilizada, acreditamos que a fórmula que veicula o tema e a ação seja a mais indicada, pois apresenta a mudança nos aspectos material e formal. As seis Emendas Constitucionais de Revisão foram publicadas sem ementa.

Segundo Freire (2002, p. 140), é reprovável a prática da utilização da frase “e dá outras providências” ao final da ementa nos casos em que se deseja “encobrir uma série de prescrições que versam sobre matérias inteiramente estranhas ao objeto da lei”, podendo ser utilizada apenas nos casos em que essas prescrições complementares se vinculam ao objeto da lei por afinidade. Guimarães (2004, p. 18), em um capítulo de

Quadro 2. Fórmulas da Ementa

Fórmula	Qtd.	Exemplo / Ocorrências
Ação + Tema	28	Dá nova redação ao art. 222 da Constituição Federal, para permitir a participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nas condições que especifica. (EMC 36/2002) EMC 7/1995, EMC 23/1999, EMC 25/2000, EMC 27/2000, EMC 29/2000, EMC 30/2000, EMC 31/2000, EMC 36/2002, EMC 38/2002, EMC 43/2004, EMC 48/2005, EMC 49/2006, EMC 52/2006, EMC 54/2007, EMC 55/2007, EMC 57/2008, EMC 58/2009, EMC 59/2009, EMC 60/2009, EMC 61/2009, EMC 63/2010, EMC 64/2010, EMC 65/2010, EMC 66/2010, EMC 69/2012, EMC 70/2012, EMC 71/2012, EMC 72/2013, EMC 75/2013, EMC 76/2013, EMC 77/2014
Ação	31	Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal. (EMC 5/1995) EMC 4/1993, EMC 5/1995, EMC 6/1995, EMC 8/1995, EMC 9/1995, EMC 10/1996, EMC 13/1996, EMC 14/1995, EMC 15/1996, EMC 16/1997, EMC 17/1997, EMC 22/1999, EMC 26/2000, EMC 28/2000, EMC 32/2001, EMC 33/2000, EMC 34/2000, EMC 35/2000, EMC 37/2002, EMC 39/2000, EMC 40/2000, EMC 41/2003, EMC 45/2004, EMC 46/2005, EMC 47/2005, EMC 50/2006, EMC 51/2006, EMC 53/2006, EMC 56/2007, EMC 62/2009, EMC 68/2010, EMC 74/2013
Tema	12	Dispõe sobre a remuneração dos Deputados Estaduais e dos Vereadores. (EMC 1/1992) EMC 1/1992, EMC 2/1992, EMC 11/1996, EMC 12/1996, EMC 18/1998, EMC 19/1998, EMC 20/1998, EMC 21/1999, EMC 24/1999, EMC 42/2003, EMC 44/2004, EMC 67/2010, EMC 73/2013
Ausente	7	n/a EMC 3/1993, EMR 1/1994, EMR 2/1994, EMR 3/1994, EMR 4/1994, EMR 5/1994, EMR 6/1994

livro dedicado ao estudo da ementa de atos normativos, é mais radical e considera que “essa estranha figura e dá outras providências conseguiu alijar da ementa legislativa sua característica de resumo, uma vez que sua leitura não consegue, eficazmente, dar a ideia do conteúdo daquele”. Essa prática foi utilizada nas seguintes emendas: EMC 19/1998, EMC 20/1998, EMC 32/1998, EMC 41/2003, EMC 42/2003, EMC 44/2004, EMC 45/2004, EMC 47/2005 e EMC 56/2007. Dessas emendas, as Emendas Constitucionais nº 44, de 2004, e nº 56, de 2007, só possuem dois artigos: o art. 1º, que promove a alteração em dispositivo da constituição, e o art. 2º, que declara a vigência a partir da data de publicação. Quais são as “outras providências” dadas por essas duas emendas?

Encontramos ainda uma incoerência na ementa da Emenda Constitucional nº 49, de 2006, que altera “a redação da alínea *b* e acrescenta alínea *c* ao inciso XXIII do *caput* do art. 21” (BRASIL, 2006a). Na realidade, a alínea “*c*” do inciso XXIII já existia e foi renomeada para alínea “*d*” pela redação veiculada na emenda, abrindo espaço para o acréscimo de um novo texto posicionado na alínea “*c*” existente. Então, do ponto de vista formal, houve uma modificação, uma renumeração e um acréscimo.

3.3. Preâmbulo

O preâmbulo, termo composto pelo prefixo latino *pre* (antes, sobre) e pelo verbo *ambulare* (marchar, prosseguir) (FREIRE, 2002, p. 142),

é definido pelo art. 6º da Lei Complementar nº 95, de 1998, da seguinte forma: “Art. 6º O preâmbulo indicará o órgão ou instituição competente para a prática do ato e sua base legal” (BRASIL, 1998e).

O Anexo II apresenta o Quadro de Preâmbulos e, para cada fórmula, as suas expressões textuais, com a quantidade de ocorrências e as indicações das emendas que a utilizaram.

Tomando como arquétipo a primeira expressão textual da Fórmula F1, o quadro apresenta as demais expressões textuais indicando, em sublinhado e negrito, o que a diferencia do arquétipo. Identificamos ainda: o uso indevido da vírgula nas Fórmulas F2 e F6; a omissão da referência ao “§ 3º” do art. 60, que trata especificamente da promulgação da emenda à Constituição, nas Fórmulas F4 e F5; e o incorreto uso do pronome “esta” na Fórmula F3.

Ensina o Prof. José Afonso da Silva (2006, p. 249) que se publica o “ato promulgatório” e, por via deste, a lei. Na Fórmula F3, apesar de o uso do pronome “esta” não estar incorreto do ponto de vista gramatical, a expressão “a seguinte” é preferível, pois enfatiza a separação entre o ato promulgatório e o texto normativo.

4. Discussão sobre alguns tópicos de Legística Formal

A presente seção discute dois tópicos já citados nas seções anteriores, mas que, dada a sua importância, necessitam de atenção especial e de uma análise mais detalhada.

4.1. Alteração indireta

A norma jurídica pode ser percebida em diversas perspectivas: o seu conteúdo normativo, como objeto semântico; a sua expressão textual, como objeto linguístico; e a sua manifestação, como objeto físico, representado pelos autógrafos e documentos de publicação oficial.

Nessa visão estratificada da norma, é importante que uma alteração no conteúdo normativo seja refletida diretamente na expressão textual do dispositivo modificado, isto é, deve-se oferecer o novo texto, e não apenas uma mera remissão textual. Uma alteração indireta pode criar insegurança jurídica e, ao mesmo tempo, fazer com que o usuário seja obrigado a consultar, além do texto compilado, o texto das normas que fizeram a alteração indireta.

Um exemplo didático desse caso foi o da alteração da norma que isenta o imposto de renda incidente sobre os proventos de aposentadoria, reforma ou pensão dos portadores de fibrose cística, realizada pelo § 2º do art. 30 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, nos termos a seguir:

“§ 2º Na relação das moléstias a que se refere o inciso XIV do art. 6º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, com a redação dada pelo art. 47 da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, *fica incluída* a fibrose cística (mucoviscidose)” (BRASIL, 1995f, grifo nosso).

Posteriormente, o art. 1º da Lei nº 11.052, de 29 de dezembro de 2004, que incluiu os portadores de hepatopatia grave na mesma lista de doenças referenciada, realizou a alteração de forma direta; no entanto, não citou a fibrose cística, que havia sido incluída de forma indireta, como podemos observar abaixo:

“Art. 1º O inciso XIV do art. 6º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, com a redação dada pela Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 6º (...)

(...)

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

(...)” (NR) (BRASIL, 2004d).

Criou-se uma situação de insegurança jurídica, e os portadores de fibrose cística viram-se prejudicados com a nova redação. Quase dois anos depois, o Secretário da Receita Federal publicou o Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 11, de 19 de outubro de 2006, declarando que a fibrose cística estava no rol das doenças

que possuíam isenção de imposto de renda incidente sobre os proventos de aposentadoria, reforma ou pensão.

Para prevenir que casos como esse ocorram, no âmbito dos atos administrativos do Senado Federal, o Ato da Comissão Diretora do Senado Federal nº 16, de 2012, que “dispõe sobre a elaboração dos atos administrativos normativos e sobre a publicação dos atos administrativos em geral no âmbito do Senado Federal”, definiu, no art. 29, que trata da alteração dos atos administrativos, a seguinte regra de técnica legislativa: “Parágrafo único. É vedada a alteração indireta de dispositivo, assim entendida como aquela que, modificando o seu comando, não lhe oferece nova redação”.

4.2. Renumeração de dispositivos

Na Filosofia da Linguagem e na Lógica Modal, estuda-se o conceito de “designadores rígidos”, aqueles que identificam um mesmo objeto em todos os mundos possíveis (Kripke, 1980). No mundo jurídico, a tradição e algumas regras de técnica legislativa que tratam da atribuição de rótulos aos dispositivos tentam estabelecer um vínculo estável entre os identificadores de normas e seu conteúdo normativo e linguístico. Percebemos essa preocupação em diversos dispositivos da Lei Complementar nº 95, de 1998:

“Art. 12. A alteração da lei será feita:

I – mediante reprodução integral em novo texto, quando se tratar de alteração considerável;

II – mediante revogação parcial;

III – nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras:

a) (Revogado);

b) é vedada, mesmo quando recomendável, qualquer renumeração de artigos e de unidades superiores ao artigo, referidas no inciso V do art. 10, devendo ser utilizado o mesmo número do artigo ou unidade imediatamente anterior, seguido de letras maiúsculas, em ordem alfabética, tantas quantas forem suficientes para identificar os acréscimos;

c) é vedado o aproveitamento do número de dispositivo revogado, vetado, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou de execução suspensa pelo Senado Federal em face de decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo a lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão ‘revogado’, ‘vetado’, ‘declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal’, ou ‘execução suspensa pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal’;

d) é admissível a reordenação interna das unidades em que se desdobra o artigo, identificando-se o artigo assim modificado por alteração de redação, supressão ou acréscimo com as letras ‘NR’ maiúsculas, entre parênteses, uma única vez ao seu final, obedecidas, quando for o caso, as prescrições da alínea ‘c’ (BRASIL, 1998e).

Note-se que a alínea “b” proibiu apenas a renumeração de artigos e criou a regra de inserção do novo artigo pelo acréscimo ao rótulo de letras maiúsculas em ordem alfabética, precedidas de hífen.

Um caso didático de renumeração de artigos ocorreu com a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que acrescentou o art. 168 ao Código Penal e determinou a renumeração dos 193 artigos subsequentes. Rapidamente, percebendo-se a dimensão do erro, promulgou-se a Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, que “revogou o art. 18 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, restaurando-se a numeração dos artigos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro”. Assim, entre os dias 28 de dezembro de 1990 e 13 de fevereiro de 1991, todos os artigos do Código Penal a partir do art. 168 foram renumerados para o número subsequente.

Note-se ainda que a alínea “d” permitiu a reordenação interna das unidades em que se desdobra o artigo. Consideramos que essa permissão também é prejudicial à lógica dos designadores rígidos. Às vezes, a renumeração de dispositivos afeta as dezenas de milhares de remissões já estabelecidas pela doutrina, pela jurisprudência e por outras normas. No caso de remissões internas, podemos tomar como exemplo o inciso III do art. 153 da Constituição Federal, que é alvo de dez remissões, listadas a seguir: art. 27, § 2º; art. 28 § 2º; art. 29, V; art. 37, XV; art. 48, XV; art. 49, VII e VIII; art. 95, III; e art. 153, § 2º. Uma PEC que tentasse incluir um novo inciso III ao art. 153, renumerando os demais, teria de alterar todas as remissões internas enumeradas acima.

Felizmente, na prática legislativa federal, passou-se a utilizar a regra de inserção também para as unidades de desdobramento do artigo.

O art. 100 da Constituição Federal é um exemplo que reflete as situações da regra de encaixe e da de renumeração: a Emenda Constitucional nº 30, de 2000, incluiu o “§ 1º-A”, alterou os §§ 1º, 2º e 3º, e incluiu os §§ 4º e 5º. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 37, de 2002, no mesmo artigo, incluiu o “§ 4º” e reenumerou os §§ 4º e 5º existentes para §§ 5º e 6º, respectivamente. A regra de encaixe também foi utilizada para incisos, como o I-A do art. 92, incluído pela Emenda Constitucional nº 40, de 2004.

Para reforçar a rigidez dos designadores de dispositivos, no âmbito dos atos administrativos normativos do Senado Federal, o Ato da Comissão Diretora do Senado Federal nº 16, de 2012, citado na seção anterior, definiu, na alínea “a” do inciso III do art. 29, a vedação a “toda renumeração de artigos, agrupadores de artigos e dispositivos de artigos”.

5. Considerações finais

Este estudo mostrou inconsistências e equívocos de técnica legislativa presentes na redação das emendas à Constituição Federal 1988. Mostrou ainda a obrigatoriedade da cláusula de vigência para as propostas de emenda à Constituição, os problemas causados pela alteração indireta e a importância da articulação de enumerações em dispositivos, o que permite a criação de referências mais precisas para segmentos do texto constitucional.

A Legística Formal e a Diplomática não são simples preciosismos ou diletantismo acadêmico, mas disciplinas que ganham espaço e importância ao demonstrar que erros na forma de textos legislativos podem trazer insegurança jurídica e impedir que o texto legal cumpra integralmente seu papel.

Em 25 anos, a Constituição Federal foi alterada por 77 emendas e por 6 emendas de revisão. De acordo com o § 2º do art. 60 da Constituição Federal, cada emenda é “discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros” (BRASIL, 1998). Se os casos aqui relatados aconteceram em um processo legislativo com dois turnos e aprovação por quórum de três quintos, provavelmente a quantidade de casos semelhantes no processo legislativo ordinário é maior. Ações práticas para minimizar esses erros podem integrar o processo legislativo, como a conferência do texto publicado no periódico oficial.

Anexo I – Quadro de Ementas

Emenda	Ementa	Ação	Tema
EMC 1/1992	Dispõe sobre a remuneração dos Deputados Estaduais e dos Vereadores.		X
EMC 2/1992	Dispõe sobre o plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.		X
EMC 3/1993	[SEM EMENTA]	n/a	n/a
EMC 4/1993	Dá nova redação ao art. 16 da Constituição Federal.	X	
EMC 5/1995	Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal.	X	
EMC 6/1995	Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal.	X	
EMC 7/1995	Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias.	X	X
EMC 8/1995	Altera o inciso XI e a alínea “a” do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.	X	
EMC 9/1995	Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.	X	
EMC 10/1996	Altera os arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1994.	X	
EMC 11/1996	Permite a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades brasileiras e concede autonomia às instituições de pesquisa científica e tecnológica.		X
EMC 12/1996	Outorga competência à União, para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.		X
EMC 13/1996	Dá nova redação ao inciso II do art. 192 da Constituição Federal.	X	
EMC 14/1996	Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	X	
EMC 15/1996	Dá nova redação ao § 4º do art. 18 da Constituição Federal.	X	
EMC 16/1997	Dá nova redação ao § 5º do art. 14, ao <i>caput</i> do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao <i>caput</i> do art. 77 e ao art. 82 da Constituição Federal.	X	
EMC 17/1997	Altera dispositivos dos arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1994.	X	
EMC 18/1998	Dispõe sobre o regime constitucional dos militares.		X
EMC 19/1998	Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.		X
EMC 20/1998	Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.		X
EMC 21/1999	Prorroga, alterando a alíquota, a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e de direitos de natureza financeira, a que se refere o art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.		X
EMC 22/1999	Acrescenta parágrafo único ao art. 98 e altera as alíneas “i” do inciso I do art. 102, e “c” do inciso I do art. 105 da Constituição Federal.	X	

Emenda	Ementa	Ação	Tema
EMC 23/1999	Altera os arts. 12, 52, 84, 91, 102 e 105 da Constituição Federal (criação do Ministério da Defesa).	X	X
EMC 24/1999	Altera dispositivos da Constituição Federal pertinentes à representação classista na Justiça do Trabalho.		X
EMC 25/2000	Altera o inciso VI do art. 29 e acrescenta o art. 29-A à Constituição Federal, que dispõem sobre limites de despesas com o Poder Legislativo Municipal.	X	X
EMC 26/2000	Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal.	X	
EMC 27/2000	Acrescenta o art. 76 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo a desvinculação de arrecadação de impostos e contribuições sociais da União.	X	X
EMC 28/2000	Dá nova redação ao inciso XXIX do art. 7º e revoga o art. 233 da Constituição Federal.	X	
EMC 29/2000	Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.	X	X
EMC 30/2000	Altera a redação do art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente ao pagamento de precatórios judiciais.	X	X
EMC 31/2000	Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.	X	X
EMC 32/2001	Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências.	X	
EMC 33/2001	Altera os arts. 149, 155 e 177 da Constituição Federal.	X	
EMC 34/2001	Dá nova redação à alínea “c” do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal.	X	
EMC 35/2001	Dá nova redação ao art. 53 da Constituição Federal.	X	
EMC 36/2002	Dá nova redação ao art. 222 da Constituição Federal, para permitir a participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nas condições que especifica.	X	X
EMC 37/2002	Altera os arts. 100 e 156 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	X	
EMC 38/2002	Acrescenta o art. 89 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, incorporando os Policiais Militares do extinto Território Federal de Rondônia aos Quadros da União.	X	X
EMC 39/2002	Acrescenta o art. 149-A à Constituição Federal (instituindo contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal).	X	
EMC 40/2003	Altera o inciso V do art. 163 e o art. 192 da Constituição Federal, e o <i>caput</i> do art. 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	X	
EMC 41/2003	Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências.	X	
EMC 42/2003	Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.		X

Emenda	Ementa	Ação	Tema
EMC 43/2004	Altera o art. 42 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prorrogando, por 10 (dez) anos, a aplicação, por parte da União, de percentuais mínimos do total dos recursos destinados à irrigação nas Regiões Centro-Oeste e Nordeste.	X	X
EMC 44/2004	Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.		X
EMC 45/2004	Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.	X	
EMC 46/2005	Altera o inciso IV do art. 20 da Constituição Federal.	X	
EMC 47/2005	Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências.	X	
EMC 48/2005	Acrescenta o § 3º ao art. 215 da Constituição Federal, instituindo o Plano Nacional de Cultura.	X	X
EMC 49/2006	Altera a redação da alínea “b” e acrescenta alínea “c” ao inciso XXIII do <i>caput</i> do art. 21 e altera a redação do inciso V do <i>caput</i> do art. 177 da Constituição Federal para excluir do monopólio da União a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos médicos, agrícolas e industriais.	X	X
EMC 50/2006	Modifica o art. 57 da Constituição Federal.	X	
EMC 51/2006	Acrescenta os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal.	X	
EMC 52/2006	Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais.	X	X
EMC 53/2006	Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	X	
EMC 54/2007	Dá nova redação à alínea “c” do inciso I do art. 12 da Constituição Federal e acrescenta art. 95 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurando o registro nos consulados de brasileiros nascidos no estrangeiro.	X	X
EMC 55/2007	Altera o art. 159 da Constituição Federal, aumentando a entrega de recursos pela União ao Fundo de Participação dos Municípios.	X	X
EMC 56/2007	Prorroga o prazo previsto no <i>caput</i> do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências.	X	
EMC 57/2008	Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios.	X	X
EMC 58/2009	Altera a redação do inciso IV do <i>caput</i> do art. 29 e do art. 29-A da Constituição Federal, tratando das disposições relativas à recomposição das Câmaras Municipais.	X	X
EMC 59/2009	Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao <i>caput</i> do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI.	X	X

Emenda	Ementa	Ação	Tema
EMC 60/2009	Altera o art. 89 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre o quadro de servidores civis e militares do ex-Território Federal de Rondônia.	X	X
EMC 61/2009	Altera o art. 103-B da Constituição Federal, para modificar a composição do Conselho Nacional de Justiça.	X	X
EMC 62/2009	Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.	X	
EMC 63/2010	Altera o § 5º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre piso salarial profissional nacional e diretrizes para os Planos de Carreira de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate às endemias.	X	X
EMC 64/2010	Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social.	X	X
EMC 65/2010	Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude.	X	X
EMC 66/2010	Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.	X	X
EMC 67/2010	Prorroga, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.		X
EMC 68/2011	Altera o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	X	
EMC 69/2012	Altera os arts. 21, 22 e 48 da Constituição Federal, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defesa Pública do Distrito Federal.	X	X
EMC 70/2012	Acrescenta art. 6º-A à Emenda Constitucional nº 41, de 2003, para estabelecer critérios para o cálculo e a correção dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até a data da publicação daquela Emenda Constitucional.	X	X
EMC 71/2012	Acrescenta o art. 216-A à Constituição Federal para instituir o Sistema Nacional de Cultura.	X	X
EMC 72/2013	Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.	X	X
EMC 73/2013	Cria os Tribunais Regionais Federais da 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões.		X
EMC 74/2013	Altera o art. 134 da Constituição Federal.	X	
EMC 75/2013	Acrescenta a alínea “e” ao inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, instituindo imunidade tributária sobre os fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham.	X	X
EMC 76/2013	Altera o § 2º do art. 55 e o § 4º do art. 66 da Constituição Federal, para abolir a votação secreta nos casos de perda de mandato de deputado ou senador e de apreciação de veto.	X	X
EMC 77/2014	Altera os incisos II, III e VIII do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, para estender aos profissionais de saúde das Forças Armadas a possibilidade de cumulação de cargo a que se refere o art. 37, inciso XVI, alínea “c”.	X	X

Anexo II – Quadro de Preâmbulos

Fórm.	Expressão Textual da Fórmula	Qty	Emendas
F1	As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: [Arquétipo]	53	EMC 3/1993, EMC 4/1993, EMC 5/1995, EMC 6/1995, EMC 7/1995, EMC 8/1995, EMC 9/1995, EMC 10/1996, EMC 11/1996, EMC 13/1996, EMC 14/1996, EMC 15/1996, EMC 16/1997, EMC 17/1997, EMC 18/1998, EMC 21/1999, EMC 22/1999, EMC 23/1999, EMC 24/1999, EMC 25/2000, EMC 26/2000, EMC 27/2000, EMC 28/2000, EMC 29/2000, EMC 30/2000, EMC 32/2001, EMC 33/2001, EMC 34/2001, EMC 35/2001, EMC 36/2002, EMC 37/2002, EMC 38/2002, EMC 39/2002, EMC 40/2003, EMC 43/2004, EMC 44/2004, EMC 58/2009, EMC 59/2009, EMC 60/2009, EMC 61/2009, EMC 62/2009, EMC 63/2010, EMC 64/2010, EMC 67/2010, EMC 68/2011, EMC 70/2012, EMC 71/2012, EMC 72/2013, EMC 73/2013, EMC 74/2013, EMC 75/2013, EMC 76/2013, EMC 77/2014
	<u>AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL</u> , nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: [uso de maiúsculas]	10	EMC 2/1992, EMC 45/2004, EMC 46/2005, EMC 47/2005, EMC 52/2006, EMC 53/2006, EMC 54/2007, EMC 55/2007, EMC 56/2007, EMC 57/2008
	As <u>MESAS</u> da <u>CÂMARA DOS DEPUTADOS</u> e do <u>SENADO FEDERAL</u> , nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: [uso de maiúsculas]	2	EMC 41/2003, EMC 42/2003
	<u>AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL</u> , nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional: [uso de maiúsculas e letra “e” minúscula]	1	EMC 20/1998
	As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional: [letra “e” minúscula]	1	EMC 31/2000
F2	As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60, da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: [uso de vírgula após o número “art. 60”]	1	EMC 1/1992
F3	As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam <u>esta</u> Emenda ao texto constitucional: [uso do pronome “esta”]	1	EMC 19/1998

Fórm.	Expressão Textual da Fórmula	Qty	Emendas
F4	As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: [omissão da expressão “§ 3º do”]	6	EMC 49/2006, EMC 50/2006, EMC 51/2006, EMC 65/2010, EMC 66/2010, EMC 69/2012
F5	<u>AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL</u> , nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: [uso de maiúsculas e omissão da expressão “§ 3º do”]	1	EMC 48/2005
F6	As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, promulgam, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, a seguinte Emenda ao texto constitucional: [vírgula separando sujeito do predicado]	1	EMC 12/1996
F7	A Mesa do Congresso Nacional, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, combinado com o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, promulga a seguinte emenda constitucional:	6	EMR 1/1994, EMR 2/1994, EMR 3/1994, EMR 4/1994, EMR 5/1994, EMR 6/1994

Referências

ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In: *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2007.

BRASIL. Decreto Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 4 set. 1942.

_____. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 12452, 27 out. 1966.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Emenda Constitucional n. 1, de 31 de março de 1992. Dispõe sobre a remuneração dos Deputados Estaduais e dos Vereadores. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 4291, 6 abr. 1992a.

_____. Emenda Constitucional n. 2, de 25 de agosto de 1992. Dispõe sobre o plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 11993, 1 set. 1992b.

_____. Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 3209, 18 mar. 1993a.

_____. Emenda Constitucional n. 4, de 14 de setembro de 1993. Dá nova redação ao art. 16 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 13718, 15 set. 1993b.

_____. Emenda Constitucional n. 1, de 1 de março de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 2957, 1 março 1994a.

_____. Emenda Constitucional de Revisão n. 2, de 7 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 8289, 8 junho 1994b.

_____. Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 7 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 8289, 8 jun. 1994c.

_____. Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 7 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 8289, 8 jun. 1994d.

_____. Emenda Constitucional de Revisão n. 5, de 7 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 8290, 8 jun. 1994e.

_____. Emenda Constitucional de Revisão n. 6, de 7 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 8290, 8 jun. 1994f.

_____. Emenda Constitucional n. 5, de 15 de agosto de 1995. Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 12353, 16 ago. 1995a.

_____. Emenda Constitucional n. 6, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 12353, 16 ago. 1995b.

_____. Emenda Constitucional n. 7, de 15 de agosto de 1995. Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 12354, 16 ago. 1995c.

_____. Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso XI e a alínea “a” do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 12354, 16 ago. 1995d.

_____. Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 17961, 10 nov. 1995e.

_____. Emenda Constitucional n. 10, de 4 de março de 1996. Altera os arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 3773, 7 mar. 1996a.

_____. Emenda Constitucional n. 11, de 30 de abril de 1996. Permite a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades brasileiras e concede autonomia às instituições de pesquisa científica e tecnológica. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 7449, 2 maio 1996b.

_____. Emenda Constitucional n. 12, de 15 de agosto de 1996. Outorga competência à União, para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 15582, 16 ago. 1996c.

_____. Emenda Constitucional n. 13, de 21 de agosto de 1996. Dá nova redação ao inciso II do art. 192 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 16069 22 ago. 1996d.

_____. Emenda Constitucional n. 14, de 12 de setembro de 1996. Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 18109, 13 set. 1996e.

_____. Emenda Constitucional n. 15, de 12 de setembro de 1996. Dá nova redação ao § 4º do art. 18 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 18110, 13 set. 1996f.

_____. Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997. Dá nova redação ao § 5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput do art. 77 e ao art. 82 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 11553, 5 jun. 1997a.

_____. Emenda Constitucional n. 17, de 22 de novembro de 1997. Altera dispositivos dos arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 27481, 25 nov. 1997b.

_____. Emenda Constitucional n. 18, de 5 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre o regime constitucional dos militares. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 fev. 1998a.

_____. Emenda Constitucional n. 18, de 5 de fevereiro de 1998. RETIFICAÇÃO. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 1, 16 fev. 1998b.

_____. Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 1, 5 jun. 1998c.

_____. Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 1, 16 dez. 1998d.

_____. Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 1, 27 fev. 1998e.

_____. Emenda Constitucional n. 21, de 18 de março de 1999. Prorroga, alterando a alíquota, a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e de direitos de natureza financeira, a que se refere o art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 1, 19 mar. 1999a.

_____. Emenda Constitucional n. 22, de 18 de março de 1999. Acrescenta parágrafo único ao art. 98 e altera as alíneas “i” do inciso I do art. 102, e “c” do inciso I do art. 105 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 1, 19 mar. 1999b.

_____. Emenda Constitucional n. 23, de 2 de setembro de 1999. Altera os arts. 12, 52, 84, 91, 102 e 105 da Constituição Federal (criação do Ministério da Defesa). *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 1, 3 set. 1999c.

_____. Emenda Constitucional n. 24, de 9 de dezembro de 1999. Altera dispositivos da Constituição Federal pertinentes à representação classista na Justiça do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 dez. 1999d.

_____. Emenda Constitucional n. 25, de 14 de fevereiro de 2000. Altera o inciso VI do art. 29 e acrescenta o art. 29-A à Constituição Federal, que dispõem sobre limites de despesas com o Poder Legislativo Municipal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 fev. 2000a.

_____. Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 fev. 2000b.

_____. Emenda Constitucional n. 27, de 21 de março de 2000. Acrescenta o art. 76 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo a desvinculação de arrecadação de impostos e contribuições sociais da União. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 mar. 2000c.

_____. Emenda Constitucional n. 28, de 25 de maio de 2000. Dá nova redação ao inciso XXIX do art. 7º e revoga o art. 233 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 maio 2000d.

_____. Emenda Constitucional n. 28, de 25 de maio de 2000. RETIFICAÇÃO. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 maio 2000e.

_____. Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 set. 2000f.

_____. Emenda Constitucional n. 30, de 13 de setembro de 2000. Altera a redação do art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente ao pagamento de precatórios judiciais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 set. 2000g.

_____. Emenda Constitucional n. 31, de 14 de dezembro de 2000. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 18, 18 dez. 2000h.

_____. Lei Complementar n. 107, de 26 de abril de 2001. Altera a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 abr., p. 1, 2001a.

_____. Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 2001b.

_____. Emenda Constitucional n. 33, de 11 de dezembro de 2001. Altera os arts. 149, 155 e 177 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 15, 12 dez. 2001c.

_____. Emenda Constitucional n. 34, de 13 de dezembro de 2001. Dá nova redação à alínea “c” do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 dez. 2001d.

_____. Emenda Constitucional n. 35, de 20 de dezembro de 2001. Dá nova redação ao art. 53 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 6, 21 dez. 2001e.

_____. Emenda Constitucional n. 36, de 28 de maio de 2002. Dá nova redação ao art. 222 da Constituição Federal, para permitir a participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nas condições que especifica. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 maio 2002a.

_____. Emenda Constitucional n. 37, de 12 de junho de 2002. Altera os arts. 100 e 156 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jun. 2002b.

_____. Emenda Constitucional n. 38, de 12 de junho de 2002. Acrescenta o art. 89 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, incorporando os Policiais Militares do extinto Território Federal de Rondônia aos Quadros da União. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jun. 2002c.

_____. Emenda Constitucional n. 39, de 19 de dezembro de 2002. Acrescenta o art. 149-A à Constituição Federal (instituindo contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal). *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 dez. 2002d.

_____. Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003. Altera o inciso V do art. 163 e o art. 192 da Constituição Federal, e o *caput* do art. 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 maio 2003a.

_____. Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 2003b.

_____. Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 2003c.

_____. Emenda Constitucional n. 43, de 15 de abril de 2004. Altera o art. 42 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prorrogando, por 10 (dez) anos, a aplicação, por parte da União, de percentuais mínimos do total dos recursos destinados à irrigação nas Regiões Centro-Oeste e Nordeste. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 abr. 2004a.

_____. Emenda Constitucional n. 44, de 30 de junho de 2004. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1 jul. 2004b.

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 9, 31 dez. 2004c.

_____. Emenda Constitucional n. 46, de 5 de maio de 2005. Altera o inciso IV do art. 20 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 maio 2005a.

_____. Emenda Constitucional n. 47, de 5 de julho de 2005. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 jul. 2005b.

_____. Emenda Constitucional n. 48, de 10 de agosto de 2005. Acrescenta o § 3º ao art. 215 da Constituição Federal, instituindo o Plano Nacional de Cultura. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 ago. 2005c.

_____. Emenda Constitucional n. 49, de 8 de fevereiro de 2006. Altera a redação da alínea “b” e acrescenta alínea “c” ao inciso XXIII do *caput* do art. 21 e altera a redação do inciso V do *caput* do art. 177 da Constituição Federal para excluir do monopólio da União a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos médicos, agrícolas e industriais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 fev. 2006a.

_____. Emenda Constitucional n. 50, de 14 de fevereiro de 2006. Modifica o art. 57 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 fev. 2006b.

_____. Emenda Constitucional n. 51, de 14 de fevereiro de 2006. Acrescenta os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 fev. 2006c.

_____. Emenda Constitucional n. 52, de 8 de março de 2006. Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 17, 9 mar. 2006d.

_____. Emenda Constitucional n. 53, de 19 de dezembro de 2006. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 5, 20 dez. 2006e.

_____. Emenda Constitucional n. 54, de 20 de setembro de 2007. Dá nova redação à alínea “c” do inciso I do art. 12 da Constituição Federal e acrescenta art. 95 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurando o registro nos consulados de brasileiros nascidos no estrangeiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 set. 2007a.

_____. Emenda Constitucional n. 55, de 20 de setembro de 2007. Altera o art. 159 da Constituição Federal, aumentando a entrega de recursos pela União ao Fundo de Participação dos Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 set. 2007.

_____. Emenda Constitucional n. 56, de 20 de dezembro de 2007. Prorroga o prazo previsto no *caput* do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 dez. 2007b.

_____. Emenda Constitucional n. 57, de 18 de dezembro de 2008. Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 dez. 2008.

_____. Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009. Altera a redação do inciso IV do *caput* do art. 29 e do art. 29-A da Constituição Federal, tratando das disposições relativas à recomposição das Câmaras Municipais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set. 2009a.

_____. Emenda Constitucional n. 59, de 11 de novembro de 2009. Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao *caput* do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 8, 12 nov. 2009b.

_____. Emenda Constitucional n. 60, de 11 de novembro de 2009. Altera o art. 89 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre o quadro de servidores civis e militares do ex-Território Federal de Rondônia. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 8, 12 nov. 2009c.

_____. Emenda Constitucional n. 61, de 11 de novembro de 2009. Altera o art. 103-B da Constituição Federal, para modificar a composição do Conselho Nacional de Justiça. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 8, 12 nov. 2009d.

_____. Emenda Constitucional n. 62, de 9 de dezembro de 2009. Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 10, 10 dez. 2009e.

_____. Emenda Constitucional n. 63, de 4 de fevereiro de 2010. Altera o § 5º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre piso salarial profissional nacional e diretrizes para os Planos de Carreira de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate às endemias. *Diário Oficial da União*, Brasília, de 5 de Fevereiro de 2010a.

_____. Emenda Constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 fev. 2010b.

_____. Emenda Constitucional n. 65, de 13 de julho de 2010. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 jul. 2010c.

_____. Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 jul. 2010d.

_____. Emenda Constitucional n. 67, de 22 de dezembro de 2010. Prorroga, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 5, 23 dez. 2010e.

_____. Emenda Constitucional n. 68, de 21 de dezembro de 2011. Altera o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 dez. 2011.

_____. Emenda Constitucional n. 69, de 29 de março de 2012. Altera os arts. 21, 22 e 48 da Constituição Federal, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 mar 2012a.

_____. Senado Federal. Ato da Comissão Diretora n. 16, de 14 de novembro de 2012. Dispõe sobre a elaboração dos atos administrativos normativos e sobre a publicação dos atos administrativos em geral no âmbito do Senado Federal. *Diário do Senado Federal*, Brasília, 1 dez., p. 65218, 2012b.

_____. Emenda Constitucional n. 70, de 29 de março de 2012. Acrescenta art. 6º-A à Emenda Constitucional n. 41, de 2003, para estabelecer critérios para o cálculo e a correção dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até a data da publicação daquela Emenda Constitucional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 mar. 2012c.

_____. Emenda Constitucional n. 71, de 29 de novembro de 2012. Acrescenta o art. 216-A à Constituição Federal para instituir o Sistema Nacional de Cultura. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2012d.

_____. Emenda Constitucional n. 72, de 2 de abril de 2013. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 6, 3 abr. 2013a.

_____. Emenda Constitucional n. 73, de 6 de junho de 2013. Cria os Tribunais Regionais Federais da 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jun. 2013b.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FREIRE, Natália de Miranda. *Técnica e processo legislativo: comentário à lei complementar n. 95/98, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 107/01*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves. Elaboração de ementas de atos normativos: elementos de análise documentária com subsídio teórico à técnica legislativa. In: PASSOS, Edilene (Org.). *Informação jurídica: teoria e prática*. Brasília: Thesaurus, 2004.

LEAL, Aurelino. *Técnica constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C. 1914.

MELO, Carlos Antonio. Constituição originária, a Constituição derivada e o direito adquirido: considerações, limites e possibilidades. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 143, p. 101-120, jul./set. 1999.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

Partidos políticos e democracia

JARBAS MARANHÃO

Sumário

1. Partidos – elementos institucionais do Estado. 2. O papel das agremiações partidárias. 3. A conduta dos partidos políticos.

1. Partidos – elementos institucionais do Estado

A disputa entre as facções, através do sufrágio, pela posse dos cargos de governo, é característica da democracia. A competição e os embates eleitorais são da essência do regime e constituem sua natural e vigorosa expressão. É da natureza dos partidos lutar pelo poder, porque no seu exercício eles podem afirmar suas ideias e realizar as aspirações de bem servir.

Diz Lowell que os partidos modernos são mais que agrupamentos de homens reunidos por credos políticos determinados. São, principalmente, órgãos de governo, que encarnam tendências gerais, propõem-se a governar de acordo com elas e dentro das possibilidades do momento. Compromissos com eles assumidos têm o caráter de obrigações contraídas perante coletividades, em função de interesses comuns ou orientações ideológicas.

Para alguns estudiosos, o elemento *ideal* é o preponderante nas organizações políticas, constituindo, como observa Ítalo Luder, o fator vinculatório entre os membros do partido. Para outros, o que tem significação é o elemento *interesse*, em seu sentido materialista, que, na expressão de Mendieta y Nunez, representa o verdadeiro laço de união em toda agremiação partidária, não sendo de desestimar, acrescenta, o elemento *peçoal* do dirigente. Outros, ainda, defendem a necessidade de três bases na formação dos partidos: princípios, interesse e afeição.

Na verdade, é das mais amplas a compreensão que se tem da natureza e do valor dessas organizações. Na sistemática do regime – ninguém o

Jarbas Maranhão foi secretário de Estado, deputado à Constituinte Nacional de 1946, deputado federal reeleito, senador da República, presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco, professor de Direito Constitucional, integrante de várias Academias, entre as quais a centenária Academia Pernambucana de Letras, a Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas, sediada no Rio de Janeiro e a Associação Nacional de Escritores, com sede em Brasília.

ignora – são órgãos constitutivos do Poder, elementos institucionais do Estado, realizando tarefas de administração e desenvolvendo funções de governo. São fatores de funcionamento das Constituições, com o privilégio de colaborar e intervir exclusivamente na organização e funcionamento dos poderes públicos.

Os partidos têm que ser uma força viva, atuante. Não se justificariam sem uma ação permanente em função de objetivos públicos. Não devem existir somente para fazer eleitores às vésperas dos pleitos. Devem promover a formação do eleitor, criar opinião, ter um cuidado especial com a educação das massas. Não há empenho mais importante em favor do prestígio das instituições livres, que este de favorecer o aprendizado democrático.

O conceito da democracia, com a ascensão das massas populares – que é o fato mais característico de nosso tempo – está em plena renovação. Temos de dar um conceito do regime em função das exigências da emancipação humana. Os partidos têm, portanto, que promover a reconstrução democrática na certeza de que as liberdades políticas incluem, necessariamente, as conquistas sociais.

As massas populares não mais querem ficar à margem dos problemas políticos, econômicos e sociais. A função, enfim, das organizações partidárias, como das elites, é a de preparar o povo para colaborar na realização efetiva do regime democrático.

É verdade que os desequilíbrios econômicos, as desordens da produção, as dificuldades financeiras, os conflitos sociais e as inclinações autoritárias sempre ameaçam a democracia. Ela corre muita vez o risco das crises, mas continua, vence os acidentes e tende a fortalecer-se, desde que se inspire nos princípios da justiça social e procure concretizá-los.

É essencial que se eleve o nível mental e ético dos partidos, pois no pluripartidarismo – sem

fragmentações excessivas, é claro – todas as tendências, aspirações e interesses encontram-se presentes no esforço em favor da segurança e solidez do regime.

Dizia Gilberto Amado, a respeito dessas agremiações, que o mandato político não pode ser a expressão de uma civilização metafórica, mas da civilização do Brasil. E que, por isso, na organização geral do País, o primeiro passo é a organização dos grupos que possam entreter um conjunto de opiniões. Pois aos partidos políticos cabe conhecer e interpretar toda a vida social, econômica e cultural, formar e desenvolver a opinião pública, com o debate constante das ideias e problemas da coletividade.

2. O papel das agremiações partidárias

Nas democracias representativas em que os governantes são eleitos periodicamente pelo povo e devem dirigir o Estado de acordo com a opinião de seus governados, os partidos políticos são órgãos essenciais ao regime. Não há democracia sem liberdade de pensamento, sem o livre debate de ideias sobre assuntos de interesse geral, sejam de ordem econômica, social, espiritual ou política.

Nesse regime, se a opinião é o justo fundamento do Poder, a base legítima da autoridade, os partidos políticos devem ou deviam corresponder à opinião pública organizada – órgãos valiosos de expressão e formação política, unindo, sob a mesma bandeira de princípios, propósitos e reivindicações, os que têm pensamento comum a respeito de política e problemas de governo.

Debatendo ideias, formulando programas, estudando medidas de alcance coletivo, traçando diretrizes e sugerindo soluções, fazendo por interessar a maioria dos cidadãos na coisa

pública, as organizações partidárias devem realizar ainda um trabalho educativo da maior amplitude e significação.

Não lhes é suficiente a função de penetrar nos problemas nacionais, de apresentar métodos e meios de resolvê-los, nem lhes basta o dever de apresentar ao eleitorado candidatos capazes de cumprir os seus programas, naturalmente aceitos pelas correntes de opinião, que implica a obrigação da prestação de contas ou na responsabilidade dos governantes perante o público. É também finalidade precípua das organizações partidárias o dedicar-se ao problema da formação do eleitor – ou, como diz Barros Hurtado, com a educação moral das massas –, educação que, segundo este autor, sendo ampla, sincera e permanente constitui o fundamento de uma opinião pública, sadia e honesta.

Principalmente em nosso país, onde a educação democrática não atingiu ainda um nível pelo menos razoável, impõe-se às organizações políticas formar uma opinião independente ou consciente, tornando os partidos o que eles devem realmente ser: centros de ideologia política, impregnados de civismo, instituições de objetivos públicos, atentas constantemente às necessidades coletivas e que busquem a concretização de aspirações gerais.

Não sei de trabalho mais necessário e mais premente que este do aperfeiçoamento político do povo brasileiro; é certo que a democracia é o governo da opinião e que a existência de uma opinião pública organizada é o principal no regime. E também para que se não aceite o que escreveu Oliveira Viana:

“ser um dado objetivo de experiência, que os partidos políticos do Brasil não são organizações de interesse público, e sim, puras organizações de interesse privado ou que não passam de simples clans mais ou menos organizados ou mais ou menos vastos, que disputam a conquista do poder, para o fim exclusivo de explorar, em proveito dos seus membros, burocraticamente, o país”.

Mas que possa servir a observação profundamente pessimista do saudoso sociólogo patricio para fazer despertar, com maior vigor, em nossas elites partidárias, o propósito de renovação e aprimoramento da vida pública brasileira. Mesmo porque é da essência dos partidos, não apenas traduzir ou refletir o nível político da sociedade, senão, ainda, criar uma mentalidade nova, renovar os costumes, aperfeiçoar a conduta do povo, em um trabalho constante de educação cívica.

Terminemos, aqui, com essas palavras do estadista Agamemnon Magalhães que são o suficiente a respeito:

“A educação é a grande força das democracias, e não se processa somente nas escolas, mas por meio da propaganda ou da ação pública dos partidos.

Desde que a democracia destruiu os privilégios, proclamando a igualdade de todos perante a lei, as classes desapareceram politicamente, dando lugar à formação dos partidos, órgãos de coordenação em torno de idéias, no sentido coletivo. Aos partidos, como aos governos – dizia ele – cabe a tarefa patriótica de realizar a democracia, pela prática sincera dos seus postulados. A virtude, como já entendiam os gregos, é a alma, o espírito, a expressão da democracia. Sem sinceridade todas as instituições democráticas não terão vida política. Daí, as descrenças e decepções que vão gerando em toda a parte o ceticismo político, um dos males mais sombrios de nosso tempo. Pela ausência de sinceridade é que a democracia vai se transformando em verdadeiro regime de irresponsabilidade política ou funcional... Sem a noção da responsabilidade não há democracia.”

3. A conduta dos partidos políticos

Há correntes de opinião que constituem forças crescentes, em quase todas as organizações políticas; que reconhecem honestamente existirem divergências sobre a conceituação dos problemas fundamentais do País e soluções para os mesmos apontadas; sobre métodos de administração e normas de convivência política; divergências, algumas delas, essenciais que determinam posições nem sempre conciliáveis.

Essas correntes não podem ser menosprezadas. Exigem que seja a República conduzida através de caminhos largos e seguros. Com rumos certos e objetivos definidos. A vida política só se justifica em função de um pensamento, de uma concepção, de um nobre objetivo a alcançar. Os que sejam realmente políticos, de qualquer filiação partidária, devem ter um ideal a seguir, uma orientação a preservar e defender.

Neste momento, nossos partidos não têm como sentirem-se vinculados a outros compromissos que não os dos superiores interesses do País. Os partidos devem saber conduzir-se com vitalidade, energia, decisão diante de crises, lutando na defesa de princípios democráticos e de um programa de desenvolvimento econômico, dentro das aspirações brasileiras.

O fato social tem profunda repercussão no fato político. Em horas como as que estamos vivendo, não é de se tratar simplesmente da conquista do poder para esse ou aquele partido político. A hora exige bandeiras. Espírito público. Civismo. Uma programação capaz de reacender a confiança na alma do povo brasileiro.

O fato é que os partidos devem integrar-se imediatamente, sem vacilações, nessa realidade, com a exata compreensão da época em que vivemos, de suas implicações internacionais, com roteiros e diretrizes para a hora atual, buscando, afirmar, através de um sentido novo, a democracia brasileira, como capaz de resolver os problemas e atender às necessidades e aspirações de progresso do povo.

Que os partidos não deixem cair de suas mãos essa bandeira de desenvolvimento econômico, nacionalismo e democracia social. Que, ao contrário, saibam empunhá-la bem alto e com vigor, para manter ao seu lado as poderosas frações das grandes massas populares, ainda esperançosas, amadurecidas para a vida política, cada vez mais presentes na luta pelo poder, cada vez mais desejosas de participação nas responsabilidades do governo democrático.

Urge promover o avanço cultural e econômico do País, descortinando perspectivas de uma civilização florescente a consolidar-se no futuro.

Uma civilização consciente do seu destino, sem inquietações nem temores, podendo assegurar, pela ciência e pela técnica, pelo patriotismo refletido e seguro, pela coesão das suas forças morais, a concretização dos ideais de paz e tolerância, legalidade, democracia e justiça social.

Elementos que envolvem os crimes ambientais

LUCAS DANIEL FERREIRA DE SOUZA

Sumário

1. Introdução. 2. A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. 2.1. Elementos do crime. 2.2. Antijuridicidade. 2.3. Culpabilidade. 2.4. Imputabilidade. 2.5. Extinção da punibilidade. 2.6. Princípio da intervenção mínima e princípio da insignificância. 2.7. Norma penal em branco e tipo penal aberto. 2.8. Elemento subjetivo. 3. Penas aplicáveis à pessoa jurídica. 4. Concurso de pessoas. 5. Desconsideração da personalidade jurídica pela Lei nº 9.605/98. 6. Responsabilidade penal subjetiva, objetiva e social. 7. Aspectos favoráveis à responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. 8. Aspectos desfavoráveis à responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. 9. Considerações finais.

1. Introdução

A responsabilização penal dos entes coletivos tem sido matéria bastante controvertida há tempos. Todavia, esse tema chama a atenção por ser um instrumento bastante eficaz para a proteção do meio ambiente com relação à pessoa jurídica, sua maior degradadora.

Foi com o advento da Revolução Industrial que começaram efetivamente as agressões ao ecossistema. Com o êxodo rural, os centros urbanos cresceram de forma desmedida, sem nenhum planejamento, o que, aliado ao fenômeno da industrialização, trouxe fortes agressões ao meio ambiente e a uma sadia qualidade de vida.

Hoje, a degradação ambiental tem atingido níveis alarmantes e a destruição da flora vem provocando a extinção de inúmeras espécies. Podemos listar alguns casos emblemáticos, como o grande vazamento de petróleo ocorrido no Alasca em 1989; o derrame na costa da Galícia

Lucas Daniel Ferreira de Souza é bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

espanhola; o vazamento de Bhopal na Índia, que matou vinte mil pessoas e deixou 150 mil com doenças graves, e, recentemente, aquele já considerado o maior vazamento de petróleo do mundo, ocorrido no Golfo do México, envolvendo a British Petroleum.

Não paira dúvida alguma sobre a real necessidade de se estabelecer uma proteção adequada e eficiente para impedir a crescente degradação da natureza. Tanto é verdade que inúmeras legislações, de diversos países, têm elevado o meio ambiente à categoria de bem juridicamente protegido. No Brasil, segue-se essa tendência mundial.

2. A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais

A Constituição Federal de 1988 foi clara ao dispor, em seus arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, sobre a responsabilidade dos entes coletivos. Apesar de expressamente pautado na Carta Magna, o tema gerou controvérsia e polêmica entre os doutrinadores pátrios. A maior parte dos renomados constitucionalistas e penalistas do país afirma vigorar o brocardo *societas delinquere non potest* – a sociedade não pode delinquir. Outros, todavia, defendem que a Constituição Federal trouxe em seu texto a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Diante desse quadro, Cappelli (1996, p. 104) afirma que a “Lei Maior previu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas”. Para a autora, entender que o art. 225, § 3º, veio apenas afirmar a responsabilidade das pessoas físicas é considerá-lo inútil, devido à desnecessidade de tal texto no âmbito constitucional.

Contrário a tal posicionamento, Prado (1992, p. 32) é um dos penalistas que de forma veemente negam que a Carta de 1988 tenha conferido tal responsabilização. Segundo o autor, o art. 225, § 3º, faz referência a condutas da pessoa física e a atividades da pessoa jurídica, demonstrando que o legislador procurou fazer tal discrepância.

Já Coelho (1998, p. 48), seguindo esse mesmo entendimento, vai mais longe, ao afirmar que o mesmo dispositivo constitucional relaciona sanções penais às pessoas físicas e sanções administrativas às pessoas jurídicas.

Com relação ao § 5º do art. 173 da Constituição Federal de 1988, Cernicchiaro (1995, p. 160) afirma que, “se fosse propósito do constituinte definir-se quanto ao tema, evidentemente tê-lo-ia feito de maneira explícita, considerados o relevo e a polêmica da matéria, no capítulo que definiu os princípios do Direito Penal”.

Porém, os referidos autores agiram falaciosamente ao se pronunciarem, pois, assim como afirma Branco (2001, p. 59):

“Não há dúvida de que o propósito dos dispositivos constitucionais foi o de determinar que as pessoas jurídicas, independentemente da responsabilidade individual de seus dirigentes, incorram, também, numa responsabilização civil, administrativa ou penal, pelos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e a economia popular e contra o meio ambiente.”

A título de sanar dúvidas quanto à responsabilização penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais, o ilustríssimo desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Freitas (2006, p. 47), trouxe em seu livro diversos julgados que demonstram a tendência dos julgados com relação ao tema:

“Crime ambiental. Inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.605/98. Inocorrência. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Admissibilidade (voto vencedor). O art. 3º da Lei nº 9.605/98 não é inconstitucional, pois a Constituição Federal autoriza a punição penal de empresas agressoras do meio ambiente (voto vencedor) (TACRIM. Mandado de Segurança nº 349.440/8, São Paulo, 3ª Câmara, j. 1/2/00, Rel. Juiz Fábio Gouvêa).

Crime contra o meio ambiente. Denúncia. Peça acusatória oferecida contra pessoa jurídica. Admissibilidade. Responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista no ordenamento jurídico pátrio. Inteligência do art. 225, § 3º, da CF, e art. 3º da Lei nº 9.605/98 (TJRS. Rel. Des. José Eugênio Tedesco. RDA 38/301).

Ação Penal. Crime contra o meio ambiente. Demanda interposta contra empresa em razão de ação ou omissão decorrente de decisão de seu representante legal ou contratual. Admissibilidade. Responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista nos arts. 225, § 3º, da CF, e 3º da Lei nº 9.605/98.

Ementa oficial: A responsabilidade penal das pessoas jurídicas está prevista no art. 225, § 3º, da CF, bem como no art. 3º da Lei nº 9.605/98. Assim, podem figurar no pólo passivo de ação penal pela prática de crime ambiental, por ação ou omissão decorrente de seu representante legal ou contratual. (MS 2005.04.01.006368-5-SC. 7ª T., j. 10/5/05. Rel. Des. Federal Tadaqui Hirose. DJU 25/5/05).”

Outro julgado que seguiu a mesma tendência foi o proferido pelo relator Fábio Bittencourt da Rosa, no Mandado de Segurança nº 2002.04.01.013843-0/PR, da 7ª Turma:

“Penal. Mandado de segurança. Crime contra o meio ambiente. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Possibilidade. Evolução histórica do conceito de pessoa jurídica. Passagem da criminalidade individual ou clássica para os crimes empresariais. Criminalidade de empresas e das organizações criminosas. Diferenças. Sistema normativo repositivo e retributivo. Imputação penal às pessoas jurídicas. Capacidade de realizar a ação com relevância penal. Autoria da pessoa jurídica deriva da capacidade jurídica de ter causado um resultado voluntariamente e com desacato ao papel social imposto pelo sistema normativo vigente.

Possibilidade da pessoa jurídica praticar crimes dolosos, com dolo direto ou eventual, e crimes culposos. Culpabilidade limitada à manifestação de vontade de quem detém o poder decisório. Função de prevenção geral e especial da pena. Falência da experiência prisional. Prestação de serviços à comunidade. Melhores resultados. Aplicabilidade às pessoas jurídicas. Vontade da pessoa jurídica se exterioriza pela decisão do administrador em seu nome e no seu proveito. Pessoa jurídica pode consumir todos os crimes definidos nos artigos 29 e seguintes da lei 9.605/98. Penas aplicáveis. Critérios para aplicação das penas alternativas e prescrição. Limites mínimo e máximo da pena privativa de liberdade previstos nos tipos da lei 9.605/98. Interrogatório não deve ser feito na pessoa do preposto. Ato deve ser repetido na pessoa do atual dirigente. Prova. Necessidade de revelar a existência de um comando do centro de decisão que revele uma ação final do representante. Inviabilidade de analisar provas em sede de mandado de segurança. Necessidade de contraditório. Segurança denegada.”

Ante o exposto, é possível afirmar que a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas foi realmente consagrada no texto da Lei Maior brasileira, todavia, por constituir exceção à regra, o referido instituto deve ser aplicado somente nas hipóteses em que os dispositivos constitucionais expressamente autorizam.

2.1. Elementos do crime

A Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro faz a seguinte definição de crime: “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”. Notamos que a lei de introdução limitou-se tão somente a distinguir crime de contravenção, ficando a cargo da doutrina nacional fazer a conceituação de crime.

Há na doutrina conceitos de crime sob três diferentes pontos de vista: conceito material, conceito formal e conceito analítico. De acordo com o conceito material, crime é a lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade. Segundo o conceito formal, é a conduta abstrata descrita no tipo. Quanto ao conceito analítico, há dois entendimentos: enquanto alguns afirmam que crime é fato típico, antijurídico e culpável (teoria tripartida) – entendimento de Bitencourt (2011, p. 253) –, outros entendem que crime é fato típico e antijurídico, enquanto a culpabilidade figura como pressuposto para a aplicação da pena (teoria bipartida) – pensamento de Lauzid (2002, p. 82).

Vamos ao encontro do entendimento do último autor, por se amoldar melhor aos crimes ambientais praticados pelo ente coletivo. Dessa forma, discorreremos a seguir sobre o fato típico e antijurídico.

O fato típico é o conjunto de elementos descritivos de determinado crime, por exemplo: o art. 121 do Código Penal, em seu *caput*, dispõe sobre o homicídio; a expressão “Matar alguém” é o fato típico do crime, que deve conter três elementos: núcleo do tipo (matar), sujeito ativo (autor do crime) e sujeito passivo (vítima). Nos crimes materiais (aqueles que para serem consumados exigem um resultado previsto em lei), o fato típico exige quatro requisitos: conduta voluntária, resultado, nexa causal e tipicidade.

Seguindo o mesmo exemplo com relação ao homicídio, a morte da vítima deverá ser proveniente de uma conduta voluntária por parte do agente (autor ou partícipe), que se dá mediante uma conduta dolosa ou culposa. Inexistindo qualquer desses requisitos, dolo ou culpa, inexistirá o crime.

Vale ressaltar também que, de acordo com a teoria finalista da ação, se inexistir conduta voluntária, também inexistirá o crime, mesmo havendo resultado. Imaginemos a seguinte situação: uma pessoa em estado hipnótico vem a cometer um homicídio. Nesse caso, o hipnotizado foi utilizado como instrumento do crime, agindo de maneira involuntária, devendo responder apenas aquele que praticou a hipnose.

Existindo nexa causal entre a conduta voluntária do agente e o resultado, estaremos diante de um crime doloso ou culposos. Será doloso quando praticado direta ou indiretamente pelo agente, e culposos quando o resultado não tiver sido desejado, embora previsível, tendo o agente exercido uma conduta voluntária imprudente, negligente ou imperita.

O resultado é a concretização do fato. No homicídio, é matar alguém – sem a morte, não haverá consumação. Havendo vínculo entre a conduta voluntária do agente e o resultado, temos o nexa causal. Por fim, a tipicidade (fato concreto) ocorre quando o ato praticado pelo

agente se encaixa nas elementares da norma incriminadora (LAUZID, 2002, p. 81-84).

2.2. Antijuridicidade

A antijuridicidade, ou ilicitude, pode ser conceituada como a contrariedade da conduta com o ordenamento jurídico. Isso porque temos que a antijuridicidade, em seu significado literal, quer dizer: anti- (contrário) juridicidade (legalidade), ou seja, é o que é contrário à norma jurídica. Segundo Mirabete (2004, p. 173), antijuridicidade é:

“A contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico. O fato típico, até prova em contrário, é um fato que, ajustando-se ao tipo penal, é antijurídico. Existem, entretanto, na lei penal ou ordenamento jurídico em geral, causas que excluem a antijuridicidade do fato típico. Por essa razão, diz-se que a tipicidade é o indício da antijuridicidade, que será excluída se houver uma causa que elimine sua ilicitude. ‘Matar alguém’ voluntariamente é fato típico, mas não será antijurídico, por exemplo, se o autor do fato agiu em legítima defesa. Nessa hipótese não haverá crime. A antijuridicidade, como elemento na análise conceitual do crime, assume, portanto, o significado de ‘ausência de causas excludentes de ilicitude.’”

As causas excludentes de antijuridicidade, também denominadas causas excludentes de ilicitude, estão dispostas no art. 23 do Código Penal e são: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

Atemo-nos a um estudo mais detalhado para os casos de estado de necessidade. Na lição de Nucci (2008, p. 242), estado de necessidade “É o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não fosse razoavelmente exigível”.

Esse também é o entendimento majoritário de nossos doutos julgadores, por exemplo:

“A alegação do réu de que praticara o fato em estado de necessidade, ao pescar mediante a utilização de petrecho não permitido (rede), mostra-se atendível, por interferência lógica imediata, se os autos revelam que se tratava de sujeito rústico, desempregado e com prole numerosa por sustentar. Àquele que nada tem de seu é lícito recorrer às dádivas da natureza (TACRIM – Apelação criminal n. 1.302.861/3, Cardoso, 15ª Câmara, Rel. Carlos Biasotti)” (FREITAS, 2006, p. 11).

Ou seja, mais uma vez acertou a Lei de Crimes Ambientais ao prever, em seu art. 37, I, que “não é crime o abate de animal, quando realizado: I – em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família”. Também não cometeria crime o ribeirinho que viesse a matar uma onça pintada que surgisse em seu caminho com a intenção de atacá-lo, pois estaria agindo em legítima defesa.

2.3. Culpabilidade

A culpabilidade é requisito da pena e não do crime, portanto não deve ser confundida com culpa. Para Jesus (1985, p. 385), a culpabilidade “é composta de três elementos: a) imputabilidade, b) potencial consciência da ilicitude e c) exigibilidade de conduta diversa.”

Na falta de algum desses elementos, embora o crime subsista, o culpado deve ser absolvido ou, em alguns casos, sequer processado.

O Código Penal expressamente prevê as causas excludentes de culpabilidade: erro de proibição (art. 21, *caput*), coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte), obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte), imputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, *caput*), imputabilidade por menoridade penal (art. 27, sendo que essa causa está contida no desenvolvimento mental incompleto) e imputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 28, §1º) (JESUS, 1985, p. 385).

Abordaremos o erro de proibição, também chamado erro sobre a ilicitude do fato, por ser o que mais ocorre no âmbito dos crimes ambientais.

Costuma-se definir o erro de proibição não como uma errada compreensão da lei, mas como um conhecimento escasso do direito. A pessoa age sem saber que estava agindo contra a lei. Na definição de Bitencourt (2006, p. 474):

“É o que incide sobre a ilicitude de um comportamento. O agente supõe, por erro, ser lícita a sua conduta. O objeto do erro não é, pois, nem a lei,

nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei. O agente supõe permitida uma conduta proibida. O agente faz um juízo equivocado daquilo que lhe é permitido fazer em sociedade.”

Ou seja, o erro de proibição é a falsa convicção da licitude. Pode isentar de pena, se o erro for inevitável, ou diminuí-la de um sexto a um terço, se evitável (art. 21 do Código Penal). A seguir, acompanhe um julgado em que não houve o reconhecimento do erro de proibição:

“Penal. Crime contra a fauna. Existência de numerosos exemplares da ave abatidos. Exclusão da ilicitude do fato. Erro de proibição. Inadmissibilidade. Condenação mantida. Superveniência de lei mais favorável. Aplicabilidade. Pena reduzida. Condenação mantida. A lei que proíbe a caça aos animais silvestres é amplamente divulgada, principalmente nas zonas rurais, e foi editada há mais de vinte anos. Por isso, não se pode acolher a tese do erro de proibição. (TRF da 3ª Reg., Rel. Desa. Ramza Tartuce. *Revista de Direito Ambiental* 15/267)” (FREITAS, 2006, p. 3).

Assim, a aplicação de toda e qualquer excludente de culpabilidade deve ser condicionada a uma profunda análise do magistrado, para que assim os que agem de má-fé não se esquivem de uma eventual punição.

2.4. Imputabilidade

Sempre que pudermos atribuir ao agente uma infração penal, estaremos diante de uma imputabilidade. Com relação às pessoas jurídicas, temos que levar em conta sua existência como ente capaz de adquirir direitos e contrair obrigações. Dessa forma, satisfeitos os requisitos legais, terão personalidade e vontade própria, sendo assim imputáveis penalmente toda vez que incorrerem em danos contra o meio ambiente.

As pessoas jurídicas dividem-se em pessoas jurídicas de direito privado e de direito público, sendo que esta se subdivide em pessoa jurídica de direito público interno (União, estados, Distrito Federal e municípios) e externo (Estados, Organismos Internacionais, Cruz Vermelha, Santa Sé, etc.).

As pessoas jurídicas de direito privado, sejam elas sociedades civis, comerciais, fundações privadas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, serão, segundo o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), todas imputáveis quando da prática de infrações penais.

Quanto às pessoas jurídicas de direito público (tanto as de direito interno como as de direito externo), a imputabilidade encontra entraves para sua efetiva aplicação. Com relação à pessoa jurídica de direito pú-

blico externo, é impossível sua viabilização, devido ao principal princípio que norteia as relações entre países no âmbito da esfera internacional: o princípio da soberania estatal, segundo o qual é regra a irresponsabilidade penal absoluta do Estado, como ente soberano perante a comunidade internacional.

Já a penalização da pessoa jurídica de direito público interno, embora seja possível, careceria de lógica, visto que as penas são meramente de caráter financeiro. Seria como impor a alguém a pena de retirar dinheiro de um de seus bolsos para, em seguida, pô-lo em outro.

Ou seja, a única sanção que teria eficácia e caráter restaurador seria aquela destinada às pessoas jurídicas de direito privado (LAUZID, 2002, p. 126-134).

2.5. Extinção da punibilidade

As causas extintivas da punibilidade não fazem desaparecer o delito, mas o tornam não punível, visto que o Estado perdeu o seu *ius puniendi*. Existe a infração, mas esta não é mais punível. As causas que extinguem a punibilidade são: morte do agente; anistia, graça ou indulto; retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; prescrição, decadência ou preempção; renúncia do direito de queixa ou perdão aceito, nos crimes de ação privada; retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; e perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Nas palavras de Bittencourt (2006, p. 863):

“A pena não é elemento do crime, mas consequência deste. A punição é a consequência natural da realização da ação típica, antijurídica e culpável. Porém, após a prática do fato delituoso podem ocorrer causas que impeçam a aplicação ou execução da sanção respectiva. No entanto, não é a ação que se extingue, mas o *ius puniend* do Estado, ou, em outros termos, como dizia o Min. Francisco Campos: ‘O que se extingue, antes de tudo, nos casos enumerados, no art. 108 do projeto, é o próprio direito de punir por parte do Estado (a doutrina alemã fala em *Wegfall des staatlichen Staatsanspruchs*). Dá-se, como diz Maggiore, uma renúncia, uma abdicação, uma derrelição do direito de punir do Estado. Deve dizer-se, portanto, com acerto, que o que cessa é a punibilidade do fato, em razão de certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política.”

As causas extintivas de punibilidade que ocorrem com maior frequência em relação aos crimes ambientais são a prescrição e o perdão judicial. Segundo Jesus (1997, p. 17), prescrição “é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo”. Em outras palavras, nada mais é que a

impossibilidade de o Estado punir alguém devido ao decurso de certo lapso temporal, o que está previsto nos arts. 109 e 114 do Estatuto Penal. Em questão ambiental, é importante ressaltar que o lapso é contado a partir da data da autuação da autoridade competente:

“Prescrição. Instalação de estabelecimento sem obtenção de licença ambiental. Lapso prescricional que se inicia a partir da data da autuação da autoridade administrativa ambiental (TRT da 5ª Reg., RT 823/730, Rel. Des. Federal convocado Élio Siqueira)” (FREITAS, 2006, p. 45).

Já o perdão judicial, segundo Jesus (1997, p. 677), “é o instituto pelo qual o juiz, não obstante comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstâncias”. Encontramos isso expressamente na Lei nº 9.605/98, art. 29, §2º.

2.6. Princípio da intervenção mínima e princípio da insignificância

O princípio da intervenção mínima preceitua que a pena deve ser utilizada como última instância de sanção. Antes, deve-se procurar solucionar o problema nas esferas civis e administrativas. A razão maior deste princípio está associada à dignidade da pessoa, visto que é notória a repercussão negativa que recai sobre o indivíduo que sofre a pena, pois ela atinge diretamente um dos principais direitos fundamentais contidos em nossa Carta Magna, a liberdade. Segundo Mirabete (2004, p. 119-120):

“O crime não se distingue das infrações extrapenais de forma qualitativa, mas apenas quantitativamente. Como a intervenção do Direito Penal é requisitada por uma necessidade mais elevada de proteção à coletividade, o delito deve consubstanciar em um injusto mais grave e revelar uma culpabilidade mais elevada; deve ser uma infração que merece a sanção penal. O desvalor do resultado, o desvalor da ação e a reprovabilidade da atitude interna do autor é que convertem o fato em um ‘exemplo insuportável’, que seria um mau precedente se o Estado não o reprimisse mediante a sanção penal. Isso significa que a pena deve ser reservada para os casos em que constitua o único meio de proteção suficiente da ordem social frente aos ataques relevantes.”

Desta forma, devemos nos socorrer ao Direito Penal somente quando uma conduta ofender um bem juridicamente tutelado que tenha um grande valor para a sociedade. A título de exemplo, podemos citar a reparação integral do dano ou o cumprimento total do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental quando realizados antes do oferecimento da denúncia. Nesses casos, como se garantiu integralmente a tutela do bem jurídico por meio da seara civil ou administrativa, não se faz necessária a intervenção do Direito Penal.

Portanto, a não ser que o dano ambiental seja tão grave a ponto de causar relevante repercussão social, caso em que o Direito Penal deverá intermediar para solucioná-lo, este não deverá ser utilizado, visto que as esferas civis e administrativas têm o condão de efetivamente fazê-lo.

O princípio da insignificância ou da bagatela não está expressamente demonstrado na legislação brasileira. A doutrina e a jurisprudência têm possibilitado a delimitação das condutas tidas como insignificantes, sob orientação de um direito penal mínimo.

Para Bitencourt (2006, p. 346), “a insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem jurídico atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida”.

Ou seja, diante desse princípio, deve o magistrado realizar um juízo de valores entre o dano causado pelo agente e a pena a ser imposta. Entretanto, com relação aos crimes ambientais, tal princípio deve ser aplicado com cautela. Por exemplo, no caso do abate de um animal, para que seja feito um juízo de valores preciso, deve-se levar em conta se isso acarretará dano à cadeia alimentar dos espécimes daquela região e se influenciará o ecossistema, além de verificar se o animal estava incluso ou não no quadro de animais em extinção. Em caso parelho, confira-se o seguinte precedente jurisprudencial, extraído da obra de Freitas (2006, p. 7):

“Crime contra a fauna. Princípio da insignificância. Abatimento de animal silvestre. Conduta que não afetou potencialmente o meio ambiente e não colocou em risco a função ecológica da fauna (TRF da 3ª Reg., Rel. Des. Aricê Amaral. RT 747/778).”

Em contrapartida, há aqueles que defendem com veemência a não aplicação desse princípio:

“Nos crimes contra a fauna, o juiz deve propiciar ao infrator a possibilidade de transação (Lei n. 9.099/95, art. 76) e não rejeitar a denúncia atribuindo ao fato insignificância, sem qualquer análise das conseqüências da ação delituosa sobre o ecossistema e a cadeia alimentar (TRF da 4ª Reg., Rel. Des. Vladimir Freitas. *Revista de Direito Ambiental* 15/269)” (FREITAS, 2006, p. 8).

Diante do exposto, o princípio da insignificância deve ser aplicado com parcimônia, principalmente porque as penas previstas na Lei dos Crimes Ambientais são leves e admitem suspensão e transação do processo.

2.7. Norma penal em branco e tipo penal aberto

Enquanto a maioria das leis penais são completas por si próprias, algumas precisam ser preenchidas por outras. No caso da Lei dos Crimes Ambientais, a descrição do comportamento do agente, conceitos técnicos e a disposição de algumas normas fizeram com que esses dispositivos nos remetessem a outras legislações. Os doutrinadores definem isso como norma penal em branco. Para Mirabete (2004, p. 49-50), normas penais em branco são “as de conteúdo incompleto, vago, exigindo complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria etc.) para que possam ser aplicadas ao fato concreto”.

Notamos isso no art. 18 da Lei nº 9.605/98: “a multa será calculada segundo critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida” (BRASIL, 1998).

Assim, a remissão da lei de crimes ambientais a outras espécies normativas existentes é de extrema relevância para a sua eficácia.

A legislação penal deve descrever de forma correta e precisa o tipo penal, para que o

ofensor possa efetivamente se defender. Porém, em relação ao meio ambiente, visto a gama de possíveis delitos que pode vir a sofrer, não é possível descrever de forma objetiva e clara alguns crimes ambientais. Por isso, faz-se necessário o uso do tipo penal aberto, que, segundo Milaré (2009, p. 979), é o tipo em que “não aparece, por completo, a norma que o agente transgride com o seu comportamento”, sendo necessário que a lei faça remissão a outras normas.

O crime de homicídio é descrito da seguinte forma: “matar alguém”, ou seja, tem uma descrição direta e objetiva. No entanto, como seria possível fazer o mesmo no caso do crime de poluição, visto que são várias as formas e jeitos de se cometer esse delito? Portanto, o tipo penal aberto, no caso dos crimes ambientais, é encarado de forma protetiva, não deixando que os ofensores se esquivem de eventuais punições.

2.8. Elemento subjetivo

Os crimes ambientais podem ser considerados dolosos ou culposos. De acordo com o art. 18, I, do Código Penal, o crime doloso ocorre “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. A letra da lei é clara, ou o agente dirigiu a sua vontade para conseguir o resultado, ou ele assumiu o risco de produzi-lo. Neste último caso, estaremos diante do dolo eventual, uma das espécies que mais ocorre em matéria de crime ambiental, depois apenas da culposa.

Já o crime culposos, com previsão expressa no inciso II do art. 18 do Código Penal, é aquele em que “o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (BRASIL, 1940). Portanto o Código Penal foi vago quanto à definição desta última espécie, fazendo menção somente às suas modalidades. Assim, faz-se mister procuramos sua definição na doutrina. De acordo com Mirabete (2002, p. 145),

crime culposos é “a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado”.

Assim, na legislação penal brasileira, a regra são os crimes dolosos, e a exceção são os culposos, conforme determina o parágrafo único do artigo 18 do Código Penal, segundo o qual, “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Dessa forma, só haverá crime culposos quando expressamente previsto em lei. Com relação à pessoa jurídica, fazemos uma ressalva para a impossibilidade de este ente ser punido culposamente. Esse foi o entendimento proferido pela 5ª Turma do TRF da 2ª Região, no julgamento do Mandado de Segurança nº 2001.02.01.046636-8:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME AMBIENTAL. PESSOA JURÍDICA. LEI Nº 9.605/98. Ausência de normas disciplinadoras do processo penal na Lei nº 9.605/98. Não há ilegalidade, face o artigo 79 desse diploma, que prevê aplicação subsidiária do C.P.C. Pessoa jurídica, ré no processo penal, onde se lhe responsabiliza por crime ambiental. *Em não tendo a infração sido cometida por decisão do seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de entidade (art. 3º da Lei 9605/98), mas tratando-se de acidente que em nada beneficiou a pessoa jurídica, não há justa causa para a ação penal. Ação penal trancada, por maioria de votos, em relação à Petrobrás. Mandado de segurança concedido.*”

Destarte, deve-se analisar qual o escopo do ente coletivo, se foi constituído com a finalidade preponderante de causar danos ao meio ambiente ou não, para assim analisar se houve dolo ou culpa na manobra que corroborou para o acontecimento do crime ambiental.

3. Penas aplicáveis à pessoa jurídica

Primeiramente, antes de abordarmos as penas cabíveis à pessoa jurídica, faz-se mister indagarmos se, além do ente coletivo de direito privado, poderia o de direito público – Estado – figurar no polo passivo de uma ação penal.

Nosso legislador pátrio, por ter sido silente nessa questão, fez surgir entre os doutrinadores mais este debate: se deve ou não ser punido o Estado quando cometer delitos ambientais.

Entendemos não ser cabível a punição do Estado, visto que, sendo a finalidade de todo Estado a de melhor atender aos anseios da coletividade, este em nada lucraria se cometesse ilícitos ambientais. Ressalva-se, é claro, a comprovada responsabilidade de seu administrador, caso em que somente este seria responsabilizado. Além do mais, seria redundante a aplicação de sanções ao Estado. Condenar a União à prestação de serviços à comunidade, por exemplo, não teria lógica alguma, visto que é dever da União prestá-los. O Código Penal francês de 1994, que serviu de base para nosso constituinte, exclui taxativamente essa possibilidade.

Superada essa problemática, passamos ao estudo das sanções cabíveis à pessoa jurídica, que são, de acordo com o art. 21 da Lei nº 9.605/98: multa, restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade.

A pena de multa está prevista no art. 18 da Lei nº 9.605/98, que assim a disciplina: “A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida” (BRASIL, 1998).

O artigo 6º da referida lei prevê ainda que, “para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: (...) III – a situação econômica do infrator, no caso de multa”

Assim, diante do porte da empresa e do lucro advindo de seu ilícito penal é que se chegará a um valor justo a ser aplicado na forma de pena de multa.

Com relação às penas restritivas de direitos aplicáveis à pessoa jurídica, temos:

I – suspensão parcial ou total de atividades: “a suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.” (art. 22, I e § 1º)

II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade: “a interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.” (art. 22, II e § 2º)

III – proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações: “a proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.” (art. 22, III e § 3º)

IV – prestação de serviços à comunidade (por força do art. 43, IV, do Código Penal, deve ser entendida como espécie do gênero “restritivas de direitos”), que consistirá em: “custeio de programas e de projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.” (art. 23)

Vale ressaltar que, para alguns ambientalistas, a liquidação forçada, prevista no art. 24 da lei, também é tida como uma sanção penal aplicável exclusivamente para a pessoa jurídica, mas não para aquela que eventualmente cometa esse delito, e sim para aquela que tenha como atividade preponderante a prática de crimes ambientais, por exemplo: madeira clandestina, pescador ilegal.

Como consequência, a liquidação forçada gera a extinção da pessoa jurídica, porque todo o seu patrimônio será considerado como instrumento de crime e, conseqüentemente, confiscado para o Fundo Penitenciário Nacional.

4. Concurso de pessoas

O Código Penal Brasileiro não traz exatamente uma definição de concurso de pessoas, dispondo apenas no *caput* do art. 29 que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Doutrinariamente, tem-se definido o concurso de agentes como a reunião de duas ou mais pessoas, de forma consciente e voluntária, concorrendo ou colaborando para o cometimento de certa infração penal.

A Lei nº 9.605/98 tratou do assunto em seu art. 2º da seguinte maneira:

“Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la” (BRASIL, 1998).

Antes mesmo da edição da Lei nº 9.605/98, a Lei nº 4.771/65 (Código Florestal) já tratava do assunto em seu art. 29, *b*:

“Art. 29. As penalidades incidirão sobre os autores, sejam eles: b) arrendatários, parceiros, posseiros, gerentes, administradores, diretores, promitentes compradores ou proprietários das áreas florestais, desde que praticadas por prepostos ou subordinados e no interesse dos preponentes ou dos superiores hierárquicos” (BRASIL, 1965).

A Lei nº 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna), em seu art. 30, dispôs sobre o assunto da mesma forma que a acima apresentada. Entretanto, estas leis em nada inovaram, visto que o Código Penal, por força do art. 29, já tratava do assunto.

Dessa forma, a Lei dos Crimes Ambientais nada mais fez que reafirmar a possibilidade de concorrerem, num mesmo crime, pessoa física junto a outra pessoa física; pessoa jurídica junto a outra pessoa jurídica; e pessoa física junto a pessoa jurídica. Em caso semelhante, acompanhe a seguinte notícia, extraída do *Observatório Eco*, na data de 12/9/12:

“Empresário é indiciado por suposto descarte ilegal de amianto.

O Ministério Público de São Paulo, a Polícia Militar Ambiental, a Delegacia do Meio Ambiente e a Cetesb (Companhia Ambiental do Estado de São Paulo) descobriram o descarte ilegal de amianto, substância tóxica e cancerígena, em terreno localizado em César de Souza (SP).

O empresário e proprietário da VM Leon Engenharia e Construções, dono da área, foi preso, no dia 09 de setembro, por suposta prática de crime ambiental.

O terreno da extinta Kubota Freios e Equipamentos Ferroviários foi arrematado a um preço baixo pela VM porque o comprador ficou responsável por dar destinação adequada às cinco toneladas do material deixadas pela empresa falida. No entanto, quando a Polícia Ambiental chegou ao local, encontrou vários sacos de amianto em pó enterrados em buracos rasos e muitos outros ainda estocados em galpões.

A empresa ainda ficou responsável por retirar o amianto do local e dar-lhe uma destinação adequada. A Polícia Científica fará vistorias no local a fim de avaliar o dano ambiental causado pela manobra ilegal.

O empresário foi indiciado na delegacia por crime ambiental e pode ser condenado à pena de 1 a 4 anos de prisão. Com informações do MPSP” (JUSBRASIL, 2012).

Assim, sempre que figurar no polo passivo de uma ação penal uma pessoa jurídica, haverá concurso desta com uma pessoa física, visto que um ato delituoso só pode ser praticado por meio do homem – *nullum crimen sine actio humana*.

5. Desconsideração da personalidade jurídica pela Lei nº 9.605/98

Devido à reiterada prática de ilícitos no qual a pessoa física se camuflava por intermédio da pessoa jurídica, surgiu a *disregard theory*, ou Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. No intuito de combater as fraudes, simulações e a impunidade na esfera civil, a lei de crimes ambientais incorporou este instituto oriundo do Direito do Trabalho e do Direito Comercial, algo que, assim como a penalização do ente coletivo, é aplicado internacionalmente.

Existem duas teorias sobre a desconsideração do ente coletivo: a *ultra vires societatis*, adotada por Inglaterra e Estados Unidos, e a do superamento, adotada pelo art. 10 do Decreto nº 3.708/19 (que instituiu a sociedade por quotas de responsabilidade Ltda.):

“Art. 10. Os sócios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do Contrato ou da Lei.”

A desconsideração do ente coletivo também foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 28, da seguinte forma:

“Art. 28. O Juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

Já o art. 4º da Lei dos Crimes Ambientais trata da desconsideração da personalidade jurídica da seguinte forma: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.” Destarte, as pessoas jurídicas continuam sendo distintas de seus membros, somente sendo desconsideradas quando o ente coletivo for utilizado com o intuito de praticar fraudes ambientais. Para tanto, deve o magistrado analisar o caso concreto com atenção para não cometer nenhuma injustiça. Em caso semelhante, a 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – Dano ao meio ambiente: ‘uma vez praticados atos que danificaram o meio ambiente por pessoa jurídica e na impossibilidade de obter recursos para satisfação de sua condenação, nada mais justo que se aplique a desconsideração da pessoa jurídica, arcando seus sócios também com o prejuízo’ – Recurso não provido (TJSP – AI 139.758-5 – Taubaté – 6ª CDPúb. – Rel. Des. Vallim Bellocchi – J. 13.03.2000 – v.u.)”

De acordo com o art. 3º da Lei dos Crimes Ambientais, serão responsáveis, se provado culpa ou dolo, o representante legal (administrador), o contratual (preposto) ou órgão colegiado (diretoria). Tal responsabilidade, vale ressaltar, não exclui a possibilidade de responsabilização pessoal (do autor, coautor ou partícipe do delito), nem ação regressiva por parte da empresa.

Portanto, de uma forma geral, são pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica: abuso e desvio de poder, fraude e prejuízos causados a terceiros, em virtude de desvios e confusão patrimonial da empresa (SÉGUIN, 2002, p. 398-400).

6. Responsabilidade penal subjetiva, objetiva e social

A proteção legal do meio ambiente brasileiro sempre se mostrou esparsa, até que a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938,

de 1981), seguindo tendência internacional, pautasse o assunto. Posteriormente, nossa Constituição de 1988 e a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605, de 1998) abordaram com mais ênfase o meio ambiente – não só o natural, mas também o histórico e cultural – e promoveram mudanças na forma de prevenção e repressão aos crimes ambientais. Foi a partir desse momento que surgiram as várias discussões acerca da responsabilidade penal subjetiva e objetiva, pois os penalistas clássicos não admitem um crime sem que haja uma conduta humana.

Com a elaboração do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, o legislador constituinte abriu a possibilidade de penalizar a pessoa jurídica, baseando-se no direito penal francês, o qual dispõe que “as pessoas morais, com exceção do Estado, são penalmente responsáveis, segundo as distinções dos artigos 121-4 a 121-7 e nos casos previstos em lei ou regulamento, pelas infrações praticadas por sua conta, pelos seus órgãos ou representantes”.

Nosso ordenamento jurídico herdou do Direito Romano e do Código de Napoleão a noção de dolo e culpa. Nesse contexto, a responsabilidade penal subjetiva pressupõe que o agente aja com dolo ou culpa, caso contrário, fica impossibilitada a responsabilização do agente por uma ação ou omissão.

Levorato rechaça a ideia de que o ente coletivo possa figurar numa ação penal como parte. Defende sua posição fazendo uma associação da responsabilidade penal subjetiva com os princípios constitucionais de maior relevância para demonstrar que nossa Carta Magna não adotou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Cita o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (quando um bem jurídico penal é posto em perigo, o direito penal poderá conferir uma sanção), o princípio da intervenção mínima (o mínimo possível de intervenção do direito penal), o princípio da materialização do fato (pune-se a conduta e não o pensamento em cometer um crime), o princípio da ofensividade (não há crime sem lesão ou perigo de lesão), o princípio da responsabilidade pessoal ou da individualização da pena (nenhuma pena passará do apenado), o princípio da responsabilidade subjetiva, o princípio da presunção de inocência, o princípio da culpabilidade (quem não tem discernimento não pode ser responsabilizado), o princípio da proporcionalidade (equilíbrio entre a lesão e a sanção), o princípio da humanidade, o princípio da igualdade (devem se tratar os iguais, igualmente e os desiguais, desigualmente) e por fim o princípio da legalidade (não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal) (LEVORATO, 2006, p. 46-49).

Esse é o também é o pensamento de Kist (1999, p. 164-165):

“A Constituição Brasileira não admite literalmente a responsabilização da pessoa jurídica na dogmática penal. A questão é apenas de política criminal, ou seja, se a atribuição penal à pessoa jurídica resolvesse o pro-

blema da criminalidade, apesar de sacrificar os pilares fundamentais do direito penal, louvar-se-ia sua vinculação na esfera penal. Dessa forma, justificando-se os fins, jamais os meios.”

Para Bitencourt (1999, p. 67-68), “a obscura previsão do art. 225, § 3º, da CF, relativamente ao meio ambiente, tem levado alguns penalistas a sustentarem, equivocadamente, que a Carta Magna consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica”.

O sistema de responsabilidade objetiva, introduzido primeiramente pelo art. 14, § 1º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente rechaçou o elemento subjetivo:

“Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

Desta forma, o agente é responsabilizado independentemente de ter agido com dolo ou culpa, respondendo simplesmente pelo fato de ter cometido a infração, como é o caso dos atos praticados contra o meio ambiente, visto que o Direito Ambiental adotou a responsabilidade objetiva. Esse parece ser o entendimento de Fiorillo (2006, p.51-52, grifo nosso):

“O poder de polícia em matéria ambiental, conforme já aduzido, visa defender além de preservar os bens ambientais não só para as presentes, como para as futuras gerações. Da mesma forma, o dever de defender e preservar os bens ambientais também são impostos à coletividade, que evidentemente tem interesse em resguardar a vida em todas as suas formas. Assim, foi nossa Constituição que entendeu por bem estabelecer, exatamente em obediência ao conteúdo do art. 225, critério racional destinado a assegurar o uso dos bens ambientais em proveito do povo: delimitou a *responsabilidade objetiva* como regra jurídica a ser seguida em face de qualquer violação aos bens ambientais fundada na denominada teoria do risco – teoria absolutamente adaptada à ordem econômica do capitalismo e às regras definidas pelos arts. 170 e seguintes da Carta Magna – sendo irrelevantes a conduta (dolo ou culpa) das pessoas físicas ou jurídicas que eventualmente se encontrem na condição de poluidoras.”

Do ponto de vista da lei, a mudança é muito benéfica e significativa, pois muitas vezes é difícil apurar e provar a culpa. Aliás, essa tem sido a tendência dos tribunais nos países desenvolvidos.

Entretanto, vamos ao encontro do entendimento jurisprudencial proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 564.960 – SC (2003/0107368-4), no qual vislumbra a criação de um terceiro tipo de responsabilidade, a responsabilidade social:

“CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial.

II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a *responsabilidade social*, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.

IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.

X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado...’, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física – que de qualquer forma contribui para a prática do delito – e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.

XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.”

Indo ao encontro do julgamento supracitado, Ribeiro (2003, p. 114, grifo nosso) dispõe que:

“Assim, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não pode ser entendida à luz da responsabilidade penal tradicional baseada na culpa, na responsabilidade individual, subjetiva, mas dever ser entendida à luz de uma *responsabilidade social*. A pessoa jurídica age e reage através de seus órgãos cujas ações e omissões são consideradas como do próprio ente coletivo. Dessa forma, não é necessário refutar um por um dos argumentos desenvolvidos pelos que entendem não ser possível a responsabilização penal da pessoa jurídica, pois o ponto de partida é distinto.”

Independentemente da legislação atual e da discussão teórica acerca da possibilidade de um ente coletivo cometer um crime, concluímos que nosso ordenamento jurídico está à frente do ordenamento de outros países e vem atendendo aos anseios não só da nação brasileira, mas de toda a população mundial.

7. Aspectos favoráveis à responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais

Vários penalistas defendem que a Constituição Federal prevê a penalização das pessoas jurídicas. Outros, indo de encontro ao princípio da supremacia constitucional, rechaçam a ideia. Entretanto, assim consagrou nossa Carta Magna:

“Art. 173. (...)

(...)

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

“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.

(...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Os argumentos levantados afirmam que os entes coletivos agem de forma independente por possuírem vontade e patrimônios próprios, distintos dos de seus administradores ou sócios. Defendem que a flexibilização da pena é admitida para as pessoas físicas, assim como a aplicação de multa, e que a mesma flexibilização deveria atingir as pessoas jurídicas.

Afirmam ainda que questões como imputabilidade penal e personalização das penas estariam superadas, por entenderem que os entes coletivos são dotados de consciência (SANCTIS, 1999. p. 41-42). Entendem também que a aplicação de penas civis e administrativas não deve obstar a aplicação de sanções penais, visto que aquelas têm caráter de reparação, e estas, de punição.

Portanto, concluem que os entes personificados têm vontade própria para cometerem delitos e consciência disso, visando muitas vezes à satisfação de interesses próprios. Por isso, seria possível figurarem no polo passivo de uma ação penal.

8. Aspectos desfavoráveis à responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais

O já mencionado § 3º do art. 225 da nossa Carta Magna nos leva a crer na possibilidade de aplicação de sanções civis, administrativas e penais tanto para a pessoa física quanto para a jurídica, entretanto a imputabilidade penal é de caráter estritamente humano (PRADO, 2001, p. 150).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVI, adota as seguintes espécies de pena: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e e) suspensão ou interdição de direitos.

De acordo com tal preceito, com exceção da alínea “a” – que é voltada exclusivamente à pessoa natural –, perda de bens, multa, prestação social alternativa e penas restritivas de atividade (suspensão ou interdição de direitos) são passíveis de aplicação tanto em face da pessoa física quanto da pessoa jurídica. Entretanto, a própria Constituição, no § 5º do art. 173, veda a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como ré.

Assim, de acordo com o art. 5º, XLV, da Lei Maior, que trata do princípio da personalidade da pena, a sanção penal estaria ligada somente à pessoa física: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

O desrespeito a esse artigo iria também de encontro ao princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da Carta Magna: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Dessa forma, se verificado que a pessoa jurídica foi quem de fato praticou o delito, seus administradores (partícipes) poderiam se beneficiar de alguma maneira nas investigações policiais.

Uma questão a ser resolvida é a do local do crime (CP, art. 6º). Como defini-lo se a empresa ré tiver várias sedes espalhadas pelo território nacional? Quais administradores deveriam ser responsabilizados?

Outro preceito legal que restaria prejudicado seria o da ação de regresso, previsto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Faltaria legitimidade para impetrar a ação regressiva, pois um réu (no caso, a pessoa jurídica) não poderia promover contra um corréu (pessoa física – administrador do ente coletivo) uma ação de reparação de danos oriunda de um fato típico, ilícito e culpável que ambos cometeram.

Os penalistas contrários à aplicação de sanções penais à pessoa jurídica levantam questões relacionadas à culpabilidade prevista no art. 29 do Código Penal. Perguntam, por exemplo, como medir o grau de participação das pessoas jurídicas e a quem o delegado de polícia deve encaminhar uma intimação.

Não há nenhum artigo do Código Penal que faça menção a penalizações à pessoa jurídica, portanto em nosso ordenamento foram consagradas sanções de caráter penal somente às pessoas naturais. Desta forma, pesam contra a responsabilização penal dos entes coletivos os seguintes argumentos: o ente coletivo não tem vontade própria; somente medidas administrativas são aplicáveis; as penas impostas à pessoa jurídica poderiam atingir sócios inocentes;

somente o homem tem *animus* para praticar um ato delituoso; e, finalmente, o objetivo maior das sanções penais é o da recuperação do agente, o que não aconteceria no caso dos entes personificados.

9. Considerações finais

As sanções civis e administrativas demonstraram-se ineficazes no combate das lesões sofridas pelo meio ambiente no decorrer dos tempos, pois, mesmo com a aplicação de sanções indenizatórias (sempre limitadas ao valor da reparação do dano causado), o ente coletivo ainda obtinha vantagens econômicas com a prática de seus crimes. Algo notório é que as empresas, por meio de grupamentos de pessoas, agiam no ocultismo e na impunidade, valendo-se dessa “fachada” para cometer descaradamente delitos na esfera ambiental, no intuito de obter cada vez mais lucro.

A utilização de todos os meios jurídicos na esfera civil e administrativa não foi suficiente para tutelar o bem em questão. Com base nisso se procurou justificar a ingerência da proteção penal, que, de forma coercitiva, vem apresentando resultados significativos.

A Constituição Federal de 1988, entre várias outras inovações, previu um capítulo próprio para o meio ambiente, elevando-o a bem de uso comum do povo. Para dar real efetividade a esse preceito constitucional, surgiu a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a Lei de Crimes Ambientais, que trouxe em seu bojo vários avanços. Alguns eram esperados, como o aumento de pena para alguns delitos; outros são polêmicos, como a responsabilização criminal dos entes coletivos pela prática de crimes ambientais, criando uma nova tutela ambiental, de modo a prevenir os danos causados ao meio ambiente pelas pessoas jurídicas, consideradas as maiores degradadoras da natureza.

Vale a pena lembrar que a Lei nº 9.605/98 teve inspiração na legislação francesa. Diversos países, na sua maioria europeus, consagram a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não só em relação ao meio ambiente, mas também em todas as searas em que esta for violadora de uma norma.

Ao contrário do Código Penal Francês, que veda expressamente punições ao Estado, o texto normativo pátrio nada previu, fazendo surgir um embate na doutrina sobre a possibilidade ou não de o Estado ser punido por cometer um crime ambiental. Seguimos a corrente que entende que seria redundante ter o legislador vedado expressamente tal punição, visto que a finalidade maior do Estado é zelar pelo bem comum da sociedade, e isso não seria possível sem um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As penas cabíveis ao ente personificado são a pena de multa, a restritiva de direitos (prestação de serviço à comunidade), a liquidação forçada e a desconsideração da personalidade jurídica. Nenhuma delas seria cabível ao Estado. A pena de multa seria ilógica, pois seria como aplicar a sanção de tirar o dinheiro de um bolso para em seguida pô-lo em outro, e as restritivas de direito imporiam ao Estado a prestação de serviços à comunidade, algo que já tem como dever infraconstitucional fazer. Ademais, é obviamente impossível liquidar ou desconsiderar um Estado.

Portanto não seria possível o Estado figurar no polo passivo de uma ação penal. O administrador poderia responder por eventual dano ao meio ambiente. Nesse caso, além das sanções previstas na Lei dos Crimes Ambientais, caberiam também as de Direito Administrativo.

Com a entrada em vigor da lei abordada, surgiu grande divergência entre os doutrinadores pátrios. Aqueles que são contra o instituto sustentam sua tese com base nos dogmas da culpabilidade e da *societas delinquere non potest*; na

inexistência de individualidade, de consciência e de conduta voluntária; na ofensa ao princípio da personalidade das penas e ao princípio *non bis in idem*. Ou seja, são adeptos fiéis da teoria ficcionista de Savigny.

Em contrapartida, há uma corrente de doutrinadores que chegaram à conclusão de que devem as pessoas jurídicas ser penalizadas no âmbito criminal, com a devida pena previamente estabelecida em lei, sendo esta proporcional ao dano causado ao meio ambiente. Para tanto, baseiam-se na teoria da responsabilidade social/objetiva, do anseio social em ver um meio ambiente devidamente tutelado e, principalmente, na teoria da realidade técnica de Ihering.

Entendemos que esse embate doutrinário não tem cabimento, visto que, pelo princípio da supremacia constitucional, deve prevalecer o entendimento da nossa Carta Magna e, como esta previu a possibilidade de a pessoa jurídica ser penalizada, qualquer entendimento contrário deve ser tido como inconstitucional.

Cabe ainda mencionar o princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali*), que prevê a prevalência da lei especial sobre a geral. Nesse caso, entre o Código Penal e a Lei nº 9.605/98, esta deve se sobrepor.

Para dar fim às controvérsias, seria útil que o legislador pátrio acrescentasse ao Código Penal a possibilidade de o ente coletivo ser punido na esfera penal, além de mencionar a impossibilidade de o Estado figurar como réu pela prática de um crime ambiental, para que o assunto se desse por encerrado.

Por enquanto, não resta dúvida que o ordenamento jurídico brasileiro enobreceu-se com louvável lei, dando uma resposta aos ânimos da nação, que almeja uma efetiva proteção ao meio ambiente, livre dos abusos devastadores produzidos pelo capitalismo desenfreado e praticados pelas pessoas jurídicas.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reflexos sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Fernando Castelo. *A pessoa jurídica no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso: 22 ago. 2012.

_____. Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965. Código Florestal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 set. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm>. Acesso: 22 ago. 2012.

_____. Lei n. 5.197, de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5197.htm>. Acesso: 22 ago. 2012.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm> Acesso: 22 ago. 2012.

CAPPELLI, Sílvia. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental: uma necessária reflexão sobre o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes ambientais: jurisprudência organizada*. Campinas: Millennium, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Prescrição penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

JUSBRASIL. Empresário é indiciado por suposto descarte ilegal de amianto. *JusBrasil*, Brasília, set. 2012. Disponível em: <<http://observatorio-eco.jusbrasil.com.br/noticias/2370307/empresario-e-indiciado-por-suposto-descarte-ilegal-de-amianto>>. Acesso em: 16 out. 2012.

KIST, Ataides. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Leme: LED, 1999.

LAUZID, Francisco de Assis Santos. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais*. Belém: Paka-Tatu, 2002.

LEVORATO, Danielle Mastelari. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Manual de direito penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. *Da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Curitiba: Juruá, 2003.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SÊGUIN, Elida. *Direito ambiental: nossa casa planetária*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOUSA, Gaspar Alexandre Machado de. *Crimes ambientais: responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. Goiânia: AB, 2007.

Entre a forma e a matéria

A distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais

BRENO BAÍA MAGALHÃES
DANILO THALES MARTINS SOZINHO
GLEICIANE BARROSO CARVALHO

Sumário

1. Introdução. 2. Tratados internacionais de direitos humanos: normas constitucionais materiais e formais. 3. Concepção material e formal da Constituição: o que nossos autores querem dizer com tal distinção? 4. Direitos fundamentais em sentido material e formal: entre o catálogo exauriente e o projeto igualitário. 5. Conclusão.

1. Introdução

Breno Baía Magalhães é mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA); professor da Faculdade de Belém (FABEL); bolsista da CAPES.

Danilo Thales Martins Sozinho é graduando em Direito da Faculdade de Belém (FABEL).

Gleiciane Barroso Carvalho é graduanda em Direito da Faculdade de Belém (FABEL).

A Emenda Constitucional nº 45/04 introduziu severas mudanças no regramento constitucional brasileiro atinente aos direitos humanos. A criação do incidente de deslocamento de competência (IDC), a constitucionalização do Tribunal Penal Internacional (TPI) e a equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos às emendas constitucionais apresentaram novos paradigmas para a interpretação das relações entre as normas internacionais e nacionais.

A mudança de paradigmas suscitou importantes questionamentos entre os teóricos do direito constitucional, tais como: quais seriam os limites do IDC? O referido instituto violaria a garantia constitucional do juiz natural? A entrega do nacional ao TPI deve seguir os mesmos trâmites da extradição? A pena de prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma (art.77, 1, *b*) se aplica aos brasileiros natos ou naturalizados?

Sem embargo da importância das demais questões, para fins da presente pesquisa, focaremos em um específico problema interpretativo

trazido pelo § 3º do art. 5º da CF/88¹: o que significa a distinção entre direitos fundamentais materiais e formais preconizada pelos autores brasileiros que defendem a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à inclusão do § 3º do art. 5º da CF/88?

Após a decisão do STF no RE 466.343/SP, a discussão acerca do *status* dos tratados internacionais de direitos humanos recobrou fôlego, na medida em que a supralegalidade dos tratados que não atenderam às especificações procedimentais do § 3º do art. 5º da CF/88 superou antiga jurisprudência do STF que simplesmente igualava os tratados internacionais às leis ordinárias (BRASIL, 2003).

A inserção de tal parágrafo despertou a necessidade de revisão da jurisprudência do tribunal, uma vez que o Brasil já havia incorporado as principais tratativas internacionais acerca dos direitos humanos e mantê-las equiparadas às leis ordinárias seria um contrassenso, porquanto a própria Constituição, nos §§ 2º e 3º do art. 5º, previa cláusulas que diferenciavam esses tratados dos demais e das leis ordinárias. Não por outra razão, o tribunal se dividiu, no RE 466.343/SP, em duas correntes acerca de qual seria o *status* das normas internacionais em que estão após a EC 45/04: uma corrente sustentava a supralegalidade e outra, a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

A maioria do tribunal votou pelo caráter supralegal dos tratados internacionais, seguindo voto do Min. Gilmar Mendes. Portanto, sendo supralegais, por óbvio, não poderiam ser considerados como normas constitucionais.

¹“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Todavia, os votos vencidos, capitaneados pelo Min. Celso de Mello, consideraram que tais tratados dispunham de *status* constitucional, em decorrência da cláusula de recepção prevista no § 2º do art. 5º².

É importante ressaltar que a orientação acerca da constitucionalidade dos tratados é minoritária apenas no plenário do STF³, pois significativa parcela dos constitucionalistas (PIOVESAN, 2010; GUERRA, 2008; SARLET, 2005) e dos autores do direito internacional (MAZZUOLI, 2011; GUERRA, 2008; TRINDADE, 2000) consideram que os tratados internacionais de direitos humanos são normas constitucionais, em razão do § 2º do art. 5º. De acordo com tais autores e com o Ministro Celso de Mello, o referido parágrafo teria o condão de recepcionar os direitos humanos contidos nos tratados internacionais como direitos fundamentais em sentido material, ainda que não formalmente constitucionais, qualificação que apenas seria alcançada com sua equiparação às emendas constitucionais, por meio do procedimento previsto no § 3º do art. 5º. Ou seja, o procedimento do § 3º do art. 5º apenas acresceria a formalidade constitucional a um direito materialmente constitucional (por causa do § 2º do art. 5º).

A cisão dos direitos fundamentais em materialmente e formalmente constitucionais surge com o intuito de solucionar uma possível contradição decorrente da alteração constitucional trazida pelo § 3º do art. 5º da CF/88, qual seja: tendo em vista que o Brasil

²“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

³Quixadá (2009) sugere que, em um futuro breve, por conta das alterações da composição do STF e da força das razões utilizadas, o plenário poderá alterar sua orientação para a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

ratificou as principais normas internacionais acerca de direitos humanos de acordo com o procedimento anterior, que não exigia quórum qualificado, a exigência, após a EC 45/04, do quórum qualificado para atribuir ao referidos tratados tratamento equivalente ao das emendas constitucionais poderia justificar, como o fez o Min. Gilmar Mendes no RE 466.343/SP, o *status* não constitucional dos tratados ratificados antes da referida emenda. A Constituição teria demonstrado, agora explicitamente após a reforma, que os direitos humanos sediados em tratados internacionais apenas poderiam ser considerados como constitucionais caso tivessem observado o trâmite de alteração formal da Constituição⁴.

Não obstante sua importância para fortalecer a ideia de que os direitos humanos são direitos fundamentais, portanto, normas constitucionais (tese com que concordamos), a cisão entre direitos fundamentais formais e materiais precisa ser repensada e sua viabilidade interpretativa, questionada.

Caso a noção dicotômica prevaleça, poderíamos chegar à conclusão de que, em nossa Constituição, existem direitos fundamentais com diferentes regimes jurídicos, o que enfraqueceria a defesa constitucional daqueles direitos considerados apenas materialmente constitucionais. Portanto, a revisão interpretativa de tal cisão será proposta, tendo em vista o fortalecimento da defesa dos direitos humanos como direitos fundamentais, visto que ambos devem ser tomados como categorias indistintas, ou seja, dotadas do mesmo regramento constitucional.

⁴ André Ramos Tavares (2005, p. 42-44) apresenta interessante contra-argumento à aparente contradição: ao afirmar ser simplista a tese de que a inclusão do referido artigo foi apenas uma decisão de tornar clara a ideia da hierarquia, o autor pondera que, caso assim fosse, a alteração constitucional seria sem sentido, uma vez que o congresso sempre pôde transformar o ato que internaliza o tratado internacional em emenda à Constituição.

2. Tratados internacionais de direitos humanos: normas constitucionais materiais e formais

A distinção que pressupõe a existência de uma feição formal e uma material dos direitos fundamentais desenvolvida pelos autores que defendem a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos parece remontar a uma distinção mais ampla acerca das características das normas constitucionais.

Conforme o que foi afirmado pelo Min. Celso de Mello no RE 466.343/SP, o § 3º do art. 5º da CF/88 possuiria, tão somente, o condão de atribuir o *status* formal aos direitos fundamentais sediados em tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que já gozariam de *status* material, em função da autorização constitucional contida no § 2º do art. 5º.

Partindo-se do pressuposto de que a materialidade dos direitos humanos sediados em tratados estaria garantida pela cláusula do § 2º do art. 5º, o aspecto da formalidade merece análise mais detida e, no caso, pode estar relacionado a, pelo menos, duas questões: 1) um aspecto textual ou 2) um aspecto estrutural.

Na primeira questão, o *status* formal está ligado a um elemento de positivação em seu sentido mais primordial: o tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil não estaria positivado (posto) na Constituição; portanto, não faria parte da Carta Magna em qualquer sentido (daí a razão pela qual, equivalendo os tratados às emendas constitucionais, os primeiros passariam a estar positivados na Constituição).

A segunda questão, por seu turno, é mais complexa e beira o paradoxal, na medida em que compreende que existem normas constitucionais (materialmente constitucionais) que não fazem parte dos elementos estruturais da Constituição (formalmente constitucionais).

Resguarda-se a Lei Maior de normativas que poderiam incluir disposições orgânicas diferentes das previstas no texto originário, determinando-se que as normas materialmente constitucionais, mas não formalmente constitucionais, disponham de um regime constitucional diferenciado (regras de alteração diferenciadas, não incidência da proteção do art. 60, § 4º, impossibilidade de alteração das normas formalmente constitucionais etc.).

Portanto, não seriam consideradas normas constitucionais em seu aspecto formal aquelas que ou não estivessem escritas, ou não fizessem parte do que se poderia considerar a estrutura de uma Constituição.

De que forma os autores que defendem a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a dicotomia formal/material desenvolvem seus argumentos?

De acordo com Piovesan (2010), os direitos sediados em tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais por conta da materialidade dos direitos fundamentais. Por conseguinte, os direitos que constam nesses tratados não estão na forma de normas constitucionais (ainda são tratados), mas gozam do valor jurídico de norma constitucional, ou seja, a eles são garantidas as mesmas proteções constitucionais dos demais direitos fundamentais. Para a autora, tais direitos preenchem e complementam o catálogo previsto pela CF/88 ao integrar o bloco de constitucionalidade (PIOVESAN, 2010, p. 54-55). Ademais, não existiriam problemas em identificar e definir o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos, pois os direitos fundamentais sediados em tratados são expressos, enumerados e claramente elencados, em decorrência do § 2º do art. 5º.

Piovesan (2010) sugere que os tratados incorporados anteriormente à EC 45/04 são direitos fundamentais materialmente e formal-

mente constitucionais; os que forem aprovados posteriormente, por sua vez, sempre serão materialmente constitucionais, mas, para que sejam formalmente constitucionais, devem passar pelo requisito do quórum qualificado.

Para a autora, com a inclusão parágrafo § 3º do art. 5º, surgiriam duas categorias de direitos fundamentais sediados em tratados internacionais: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Apesar de ambos serem materialmente constitucionais, os direitos dispõem de regimes constitucionais diferenciados no que diz respeito à denúncia, pois os material e formalmente constitucionais não podem ser denunciados porque estão assentados no texto da Constituição. Tal caracterização os torna importantes não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo dificultoso processo de aprovação (PIOVESAN, 2010, p. 79-80).

Valério Mazzuoli (2011) atesta que o § 3º do art. 5º da CF/88 atribui, tão somente, eficácia formal, e não material, aos tratados internacionais de direitos humanos, porquanto já a possuiriam em virtude do § 2º do art. 5º. O regime jurídico de tais tratados é de equivalência, mas não de identificação, com as emendas constitucionais, em função do diferenciado procedimento legislativo⁵.

O autor sugere que as diferenciadas formas de produção normativa ensejam a distinção entre *status* de norma constitucional e equivalência a emendas constitucionais. Nesse passo,

⁵ A participação do parlamento é uma só nos tratados: aprova ou não seu conteúdo. Não se confunde o referendo do art. 49, I, da CF/88 com a segunda eventual manifestação do Congresso para fins de decidir sobre qual *status* hierárquico deve ter certo tratado internacional de direitos humanos. Não se aplicam aos tratados os procedimentos estabelecidos pela Constituição para a aprovação das emendas, tampouco sobre sua iniciativa, por exemplo (MAZZUOLI, 2011, p. 42-46).

salienta que o regime material do § 2º do art. 5º não se compara ao regime formal do § 3º do art. 5º da CF/88. Mazzuoli (2011) aponta que o efeito constitucional formal é mais amplo que o regime constitucional material, uma vez que o primeiro é capaz de: a) reformar a Constituição, o que não ocorreria se os tratados internacionais de direitos humanos apenas desfrutassem do *status* de norma constitucional material; b) impedir a denúncia pelo Congresso Nacional ou pelo Presidente da República; e c) servir de paradigma do controle concentrado de convencionalidade, com o objetivo de invalidar normas infraconstitucionais contrárias aos tratados.

Conclui o autor que os tratados que não passaram pela formalidade do § 3º do art. 5º da CF/88 não integram formalmente a Constituição, mas possuem *status* de norma constitucional por integrarem materialmente a ordem jurídica estabelecida pela CF/88 e são incapazes de produzir os efeitos listados acima (MAZZUOLI, 2011, p. 52-53).

Luís Roberto Barroso (2009, p. 36-37), por exemplo, sustenta que a sistemática do § 3º do art. 5º da CF/88, além de garantir, explicitamente, o *status* constitucional aos direitos fundamentais sediados em tratados, surte três efeitos principais: a) em caso de conflito normativo que envolva tratado equivalente às emendas, prevalece o tratado, pois altera a forma da Constituição; b) podem servir de parâmetro de controle de constitucionalidade ao ampliar o bloco de constitucionalidade; e c) não podem ser objeto de denúncia pelo Presidente da República.

Celso Lafer (2005, p. 15-17) apresenta solução curiosa para a interpretação do § 3º do art. 5º. O autor sugere que ele seja considerado como uma lei interpretativa, ou seja, um parágrafo que teria sido inserido apenas com o intuito de encerrar as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais suscitadas pelo § 2º do art. 5º. Sustenta, ademais, que, originariamente, os tratados foram recepcionados pela Constituição como normas constitucionais. No entanto, os futuros tratados a serem ratificados, para que obtenham o mesmo *status* de normas constitucionais, têm de seguir o procedimento equivalente ao das emendas constitucionais. Portanto, conclui Lafer, por força da cláusula de abertura, os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais⁶, pois integram o bloco de constitucionalidade, que é um conjunto de normas que compartilham matéria constitucional, mas que estão fora do texto da Constituição documental.

⁶Dimoulis e Martins (2009, p. 41) observam que a utilização do termo pode acarretar equívocos, uma vez que podem ser considerados como “materialmente constitucionais” quaisquer atos normativos que possuam alguma relação com os direitos fundamentais constitucionais (um decreto executivo que regulamenta certa lei relativa ao direito fundamental à saúde, por exemplo). Para os autores, o mais importante é a discussão a respeito do nível hierárquico do ato normativo em questão, não sua classificação teórica.

Ingo Sarlet (2005, p. 133-148) sustenta a existência de uma linha divisória entre os direitos situados no texto e os direitos situados nos tratados. A diferença se estabelece por causa do tratamento diferenciado que envolve as categorias, porquanto deve ser dada preferência aos direitos fundamentais expressamente positivados no texto constitucional, partindo-se, posteriormente, para os tratados de direitos humanos, ou seja, a busca no texto tem de ser privilegiada. O autor, apesar de salientar que os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais anteriores à EC 45/04 gozam da proteção constitucional contra reformas constitucionais, defende que o § 3º do art. 5º enrobustece a legitimação democrática desses direitos, o que concorre para sua maior força normativa, eficácia e efetividade⁷.

Não obstante a tentativa, por parte de tais autores, de defender a mesma posição quanto aos tratados internacionais de direitos humanos considerados como materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais, podemos elencar as seguintes características presentes nos tratados apenas materialmente constitucionais: a) podem ser denunciados (seja apenas pelo Presidente, seja pelo Congresso); b) não possuem um suficiente grau de legitimidade popular; c) não reformam a Constituição; d) não são parâmetro para o controle concentrado de constitucionalidade e de convencionalidade; e) não integram a Constituição, mas o bloco de constitucionalidade; f) sua interpretação é subsidiária; e g) não possuem legitimidade democrática enrobustecida.

Podemos inferir das diferenças expostas que a principal consequência do regime formal, no caso dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, é sua incorporação na estrutura da Constituição (hipótese 2, *supra*). Ou seja, uma vez que tais normativas internacionais tenham atendido ao procedimento previsto pelo § 3º, do art. 5º da CF/88, elas passam a gozar do mesmo regime jurídico das normas constitucionais. Por outro lado, as normas internacionais que não passaram pelo referido processo são consideradas como materialmente constitucionais, mas não formalmente constitucionais, estando, por essa razão, descobertas de importantes garantias e efeitos estabelecidos para as normas constitucionais.

⁷É válido ressaltar que a posição de Sarlet (2005, p. 83-93) parece confusa, na medida em que, páginas antes, o autor afirma que os direitos fundamentais em sentido formal são frutos de decisão expressa do legislador constitucional para inserção no catálogo e os direitos materiais são aqueles que, apesar de estarem fora do catálogo, em função de seu conteúdo e importância, são equiparados aos direitos fundamentalmente formais. Porém, conclui Sarlet, com base no § 2º do art. 5º, que podem ser extraídas duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais; e b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto). Após tais conclusões, o autor põe em dúvida a posição dos direitos fundamentais materiais e a sua equiparação ao regime jurídico dos direitos fundamentais formais e materiais, algo que havia confirmado anteriormente.

Antes de adentrar mais profundamente nas discussões acerca do ponto, devemos nos perguntar o seguinte: quais as origens de uma separação entre normas material e formalmente constitucionais? Cremos que a resposta esteja ligada a uma questão mais ampla: a distinção entre concepções materiais e formais de Constituição.

Tendo em vista que os direitos fundamentais estão presentes na Constituição (são normas constitucionais), a inclusão de direitos constantes de tratados internacionais enseja uma discussão a respeito da relação entre as normas constitucionais e a própria Constituição. Dessa forma, podemos inferir que a dicotomia entre normas constitucionais formais e materiais pode ser encontrada no desenvolvimento da teoria da Constituição em sentido material⁸.

3. Concepção material e formal da Constituição: o que nossos autores querem dizer com tal distinção?

Riccardo Guastini (2001, p. 43-45), ao discorrer sobre o conceito de Constituição, elenca cinco conceituações desenvolvidas por diversos autores acerca do que se poderia considerar uma concepção material de Constituição: 1) normas que, em qualquer Estado, disponham sobre forma de Estado e de governo em função de um aspecto integrador (SMEND, 1985); 2) normas que dispõem sobre a criação de outras normas (KELSEN, 2000); 3) decisão política fundamental do titular do poder constituinte (SCHMITT, 1996); 4) disposições sobre o regime político do Estado, especialmente em vista dos fins políticos das forças dominantes que inspiram a ação estatal (Mortati); e 5) a ideia de “Constituição Viva”.

⁸ José Borges (2005, p. 286) não concorda com tal relação; para mais detalhes ver nota 20, *infra*.

Portanto, existem diversas construções teóricas, distintas entre si, acerca do significado da Constituição material. No entanto, e especialmente devido à elaboração teórica dos autores nacionais, duas concepções principais parecem se destacar: uma que denominaremos de sociológica e outra, positivista⁹.

Um grupo de concepções ressalta aspectos sociológicos (SCHMITT, 1996; SMEND, 1985; Mortati), visto que trabalha com elementos que diferenciam e separam, em algum sentido, ainda que nem todas as concepções o façam com a mesma intensidade, os momentos normativos dos fáticos, dando primazia ao aspecto político em detrimento do jurídico¹⁰: por exemplo, quando em momentos de insegurança jurídica e para garantir a higidez das decisões políticas fundamentais, torna-se constitucional uma ditadura compromissária capaz de suspender a vigência da Constituição formal em reforço à material (SCHMITT, 1996, p. 50)¹¹; por outro lado, a Constituição material estabeleceria um conjunto de normas capazes de direcionar a integração política dos cidadãos ao Estado, especialmente por meio de seus valores e por seus direitos fundamentais (nesse sentido, a Constituição formal deve estar sempre volta-

⁹ Bernardo Fernandes (2010, p. 6-13) relaciona, igualmente, Constituições em sentido material com aspectos sociológicos. Para o autor mineiro, Constituição em sentido material seria o modo de ser de um Estado. Dessa forma, todos os países possuiriam elementos materiais essenciais que apontam para uma específica formação estatal. No entanto, a partir da experiência revolucionária inglesa, a Constituição formal surge como a Constituição material normativamente institucionalizada, ou seja, o constitucionalismo moderno aloca as matérias da Constituição material nas normas da Constituição formal.

¹⁰ As perspectivas sociológicas, na linha do afirmado por Hesse (1991, p. 10), estabelecem condições para a eficácia jurídica da Constituição formal, qual seja a coincidência dos pressupostos estabelecidos pela Constituição Material. Dessa forma, o conflito com a Constituição jurídica sucumbe ante a Constituição real.

¹¹ No caso do autor, segundo a diferença entre Constituição (material) e Leis Constitucionais (formal).

da para a concretização dos seus elementos integradores contidos na Constituição material)¹² (SMEND, 1985, p. 66); ou, por fim, por meio da caracterização de uma Constituição material que seria o reflexo da organização de um grupo social o qual se singularizaria e, ao lograr sucesso político perante os demais, faria valer seu ideal político no âmbito da Constituição formal (Mortati).

Maurizio Fioravanti (2010) afirma que a ideia de uma Constituição em sentido material se associa ao intento de autores germânicos¹³ de encontrar uma dimensão normativa profunda e diferenciada que precedesse às normas estatais formalmente vigentes. Por tal razão, são posições teóricas antitéticas às formulações positivistas do direito e àquelas teorias que intencionam reduzir o direito às leis editadas pelo Estado¹⁴.

A abordagem novecentista da escola histórica do direito de Savigny sugeriu que a existência de leis formais pressupõe que, anteriormente, existiam outras formas de agregação individuais mais sólidas, que justificavam a criação e o desenvolvimento de tais leis formais. Com Savigny, a ideia seria a seguinte: apenas poderia existir um Estado se, anteriormente, existisse um povo, ou seja, se os indivíduos já estivessem ordenados dentro do que seria considerado como uma Constituição em sentido material. Ao direito constitucional positivo caberia, apenas, espelhar tal Constituição material, devendo com ela ser concorde. Nesse ponto, a ideia é a garantia do jurídico pelo positivo; portanto, assegurar

¹² A tese de que tribunais constitucionais possuem competência para declarar normas constitucionais inconstitucionais, baseados no direito supralegal positivado constitucionalmente, sustentada por Otto Bachof (1994), reconhece que a Constituição Material pode significar uma forma de racionalização política que não constitui um conjunto de normas jurídicas. Todavia, para o autor, Constituição em sentido formal significa uma lei qualificada por características correspondentes ao conceito global das disposições escritas da Constituição (particularidades do processo de formação e da dificuldade de alteração). Por outro lado, Constituição em sentido material significa o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, instituições fundamentais e sobre a posição do indivíduo perante o Estado, reproduzindo-se a conceitualização de Jellinek. O autor sustenta que lhe interessa o conceito objetivo, do ponto de vista funcional, de Constituição em sentido material, qual seja a noção de normas essenciais oriundas da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de edificar seu ordenamento integrador, tal qual o conceito de Rudolf Smend (1985) (BACHOF, 1994, p. 38-39). Em suma, pode haver direito constitucional material fora do documento constitucional; todavia, nem todas as normas constitucionais formais são direito constitucional material com função integradora.

¹³ Costantino Mortati é italiano.

¹⁴ No início do século XX, com a Constituição de Weimar, a discussão sobre o método no direito público e sobre o conceito de Constituição se estabeleceu com base em duas tradições filosóficas: neohegeliana e neokantiana. Respectivamente, entre aqueles que consideravam a Constituição como lei da vida política global de um Estado, ou seja, ligada ao “ser” político do Estado, e os que tinham a concepção de que a Constituição seria uma regra de direito que apenas regula o comportamento estatal, estando ligada ao “dever ser” do Estado (BERCOVICI, 2004, p. 7-9). As concepções materiais de Constituição estavam ligadas à noção neohegeliana, como as concepções de Schmitt e Smend, que não atribuíam ao momento jurídico normativo o aspecto mais importante da Constituição.

a Constituição material pela positivação da Constituição formal. Com efeito, observamos a constatação de uma ordem jurídica objetiva historicamente fundada, representada como constituição material. na base do direito positivo (FIORAVANTI, 2010, p. 430).

Os positivistas do século XX, no entanto, afastaram-se da constatação de Savigny ao sustentar que a Constituição seria o conjunto dos princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado e estabelecem as pautas para a criação de normas jurídicas e a posição fundamental do indivíduo frente ao poder estatal. Exclui-se a ideia de Constituição em sentido material historicista ou sociológica: a Constituição pressupõe o Estado porque o “constitui”, e não o contrário. Não existe, antes do Estado, nenhuma Constituição em sentido formal ou material (FIORAVANTI, 2010, p. 427).

Tal compreensão diz respeito ao outro grupo de concepções de Constituição material exposto anteriormente: o positivista. De acordo com essa abordagem, que ressalta os aspectos do momento de positivação da Constituição, as preocupações em distinguir o sociológico (histórico) e o jurídico não caberiam para a determinação do que seria matéria constitucional. Daí por que serão consideradas constitucionais todas as matérias que disserem respeito à organização dos poderes e ao processo de produção normativa (KELSEN, 2000).

Inicialmente desenvolvida por Jellinek, a concepção positivista de Constituição parte de um importante pressuposto: não apenas os “povos” oriundos de uma comunidade historicamente fundada (Savigny) possuem Constituições, mas, igualmente, as comunidades de pessoas com interesses políticos distintos que intencionam buscar o equilíbrio por meio do jogo democrático.

Portanto, a solidez da Constituição não depende mais de nenhuma Constituição em

sentido material anterior à formal. O mais importante é a forma, uma vez que o equilíbrio não se estabelece, tão somente, pela existência de um povo materialmente constituído, mas pelo desenvolvimento das discussões políticas nas arenas democráticas. Tal compreensão encontra seu auge em Kelsen (2000), que, apesar de utilizar a dicotomia material/formal, retira dela seu caráter sociológico.

A definição da Constituição em sentido formal e material em Kelsen (2000) é baseada, essencialmente, em sua estrutura formalista do direito. Constituição em um sentido material seria aquela norma considerada superior tão somente por conter os procedimentos de criação e alteração das demais normas do ordenamento jurídico. Por outro lado, a sua formalidade estaria relacionada aos procedimentos dificultosos de sua alteração. É necessário proteger a norma que contém as especificações sobre os órgãos políticos, sobre a produção normativa e, em alguma medida, sobre o conteúdo das leis; é essa a razão pela qual é atribuída a tais normas uma forma constitucional diferenciada das leis ordinárias (KELSEN, 2000, p. 183-184).

De que concepção de Constituição material nossos autores constitucionalistas lançam mão para estabelecer a dicotomia entre direitos fundamentais formais e materiais?

É tradição em nosso constitucionalismo, especialmente nos manuais de Direito Constitucional, elencar inúmeras classificações e conceitos de Constituição, como se fossem meros rótulos ofertados para livre escolha do intérprete (além do fato de eles estarem dispostos como se fossem construções teóricas complementares ou conciliáveis). Como denuncia Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 109), em vez de discutir problemas importantes sobre a função e o papel a serem desempenhados por uma Constituição no ordenamento jurídico nacional, os autores apenas citam e descrevem

“tipos” de Constituição, sem contextualização prática e com alcance teórico limitado.

No entanto, é nessas fontes que podemos recolher as concepções de nossos constitucionalistas a respeito da dicotomia Constituição formal/material, uma vez que os autores trabalhados no tópico acima (2) não informam sua compreensão sobre o significado de Constituição em sentido material.

Afonso Arinos (1958, p. 59-60) aponta que a materialidade constitucional corresponde ao conjunto de normas e costumes que regem a organização política do Estado, estejam ou não incluídos no texto. Atesta, contudo, que, com as Constituições escritas, Constituição e direito constitucional passaram a se identificar. Os Estados, a partir daí, possuem Constituições apenas por serem Estados. Formalmente, a Constituição é a lei escrita, na qual estão contidas as mais importantes normas do direito constitucional¹⁵. Não é difícil perceber que Afonso Arinos, inicialmente, esboça a compreensão sociológica de Constituição em sentido material, mas termina por dar razão a Kelsen (2000), quando afirma que Constituição e direito constitucional (positivado) são a mesma coisa.

A conceituação de Afonso Arinos (1958), baseada na concepção positivista de Constituição material (apesar do início com a noção sociológica), parece ter influenciado os autores do direito constitucional brasileiro, visto que eles apenas reproduzem a dúbia conceituação esboçada no parágrafo acima¹⁶.

José Afonso da Silva (2006), em relação à classificação das Constituições quanto ao seu conteúdo, afirma que elas podem ser materiais e formais. Materiais em dois sentidos possíveis: 1) *amplo*: organização total do Estado, como seu regime político (seria a Constituição não positivada); e 2) *estrito*: normas escritas ou costumeiras, inseridas ou não em documento, que regulam a estrutura do Estado, organização dos Poderes e direitos fundamentais. As Constituições formais corresponderiam ao peculiar modo de existir do Estado, reduzido sob a forma escrita. Seriam, de acordo com o autor, opostas à Constituição em sentido material amplo (SILVA, 2007, p. 39). Por fim, a forma é de um documento solene, ape-

¹⁵ Wilson Accioli (1978) sugere conceituação semelhante.

¹⁶ É válido ressaltar que Pinto Ferreira (1971, p. 70-74) é uma exceção. O constitucionalista reconhece que o conceito material está intimamente ligado à ideia de conceito sociológico da Constituição, ou seja, a própria organização do Estado e das instituições jurídicas ainda não corporificada em uma carta formal. Nesse sentido, todos os Estados teriam uma Constituição, entendida como ordenamento vital anterior. O conceito jurídico ou em seu sentido formal promana da realidade social e reflete-se nas estruturas das normas jurídicas. Pinto Ferreira, no entanto, considera possível a junção desses dois aspectos aos conceitos econômico e ideal de Constituição, no que denomina de conceito total de Constituição em sentido dialético. Seria uma junção dialética dos conteúdos parciais.

nas modificável por processos e formalidades especiais (SILVA, 2006, p.40-41)¹⁷.

Paulo Bonavides (2001, p. 63-65), por sua vez, atesta que o conceito material de Constituição está relacionado à existência de matérias que devem, especificamente, ser regulamentadas por normas constitucionais, tais como: organização de poder, distribuição de competências, exercício de autoridade, forma de governo e direitos fundamentais – em suma, o conteúdo básico referente ao funcionamento da ordem pública. O conceito formal de Constituição, por seu turno, abarca as matérias que, enxertadas no corpo da Constituição, alcançam *status* constitucional, mesmo que não necessariamente se refiram aos elementos básicos ou institucionais da organização política. A matéria goza de garantia e valor superior por estar prevista no texto constitucional¹⁸. Portanto, para Bonavides (2001), a positividade exaure a necessidade de separação entre Constituição formal e material, na medida em que tudo que estiver positivado, não importando a matéria, será considerado como constitucional.

Temer (1999, p. 15-21), assim como Kelsen (2000), ao identificar Estado e Constituição, afirma que qualquer tentativa de, atualmente, identificar matérias que sejam exclusivamente constitucionais seria infrutífera, porque todas

¹⁷ André Ramos Tavares (2013, p. 120) afirma que o direito constitucional positivo espelha o modo de ser do Estado; portanto, a Constituição em sentido material. Pelo enfoque formal, sustenta que são todas as normas as quais, independentemente de seu conteúdo, estão reunidas em um documento solene. Nos exatos termos de José Afonso da Silva, ver Alexandre de Moraes (2005, p. 3). Compreensão semelhante, ainda que agregando ao conteúdo das Constituições materiais missões sociais e compromissos para a concretização dos interesses de uma sociedade plural, ver Mendes e Branco (2012, p. 62-64).

¹⁸ É válido ressaltar que Bonavides (2001) não desconhece a tradição da teoria sociológica de Constituição material tal como desenvolvida no presente trabalho (cf. o capítulo 5 da obra citada), mas, ainda assim, mescla seu conceito com a compreensão positivista como se fossem coisas semelhantes.

as matérias previstas em uma Carta Constitucional (como a brasileira de 1988) que não prevê distinções entre processos formais de alteração de suas próprias normas, como ocorreu na Constituição de 1824¹⁹, são consideradas constitucionais. Em tempo, o autor julga que existe apenas uma única matéria submetida à reserva de Constituição: a identificação do titular do poder²⁰.

No âmbito da classificação das Constituições como materiais e formais, parece haver confusão entre a concepção sociológica e a positivista, uma vez que os autores nacionais parecem ignorar que as duas abordagens são diametralmente opostas e as utilizam de forma indistinta, dúbia ou, por vezes, de forma complementar. Tendo em vista, contudo, que nenhum deles parte de uma compreensão da Constituição material como uma ordem jurídica historicamente determinada e diferenciada, capaz, de algum modo, de influenciar a interpretação ou mesmo a suspensão do direito constitucional formal, consideramos que a concepção positivista de Constituição em sentido material é a que norteia a compreensão dos

¹⁹ Art. 178. E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.

²⁰ Como indicado na nota 8, José Borges (2005) aponta que a divisão de direitos fundamentais materialmente e formalmente constitucionais não se identifica com a questão da classificação das Constituições como materiais e formais. Para o autor, a divisão em Constituição material e formal não faz sentido, porque toda norma constitucional que assume forma constitucional possui o mesmo regramento jurídico, tal como afirmado por Temer (1999). Se o autor não considera que exista uma Constituição em sentido material, é lógico que não concordará que a problemática não está relacionada à dos direitos fundamentais materialmente e formalmente constitucionais; no entanto, uma conclusão não exclui a outra, porquanto a questão acerca dos direitos fundamentais poderia estar relacionada à temática da Constituição Material (hipótese 2, *supra*). Passado esse argumento, o problema da positividade (aspecto caro ao autor) permanece (hipótese 1, *supra*).

juristas nacionais, algo que fica mais claro com a conceituação de Temer (1999).

Nesse sentido, para os constitucionalistas brasileiros, Constituição em sentido material seria aquela que contém as normas mais importantes do ordenamento jurídico, bem como as formas mediante as quais ocorrem as alterações do texto da Constituição formal e das demais normas jurídicas, inferiores hierarquicamente²¹.

Portanto, os autores partem da concepção de Constituição que torna, exatamente, insubsistente a separação entre normas materialmente e normas formalmente constitucionais para estabelecer regimes jurídicos diferenciados, visto que a distinção apenas faria sentido caso Constituição em sentido material representasse uma instância jurídica completamente diversa da Constituição formal, tal como nas concepções sociológicas de Schmitt (1996), Smend (1985) e Mortati. Ora, na concepção positivista de Constituição, a identificação normativa de algo como matéria constitucional implica, necessariamente, a sua inclusão no âmbito da formalidade, pois os assuntos são considerados constitucionais em razão de sua dificuldade de alteração e encampação em normas fundamentais superiores²². Por essa razão, observada tal

correlação, é natural que as matérias em questão gozem do regime de alteração dificultoso.

De outra maneira, como poderíamos justificar, pensando na distinção material/formal de acordo com a concepção kelseniana, a existência de normas que são consideradas constitucionais por sua matéria, mas que não gozam de regramento constitucional idêntico às demais? A distinção faria sentido se a Constituição formal fosse algo completamente diferente da material, mas não é o caso das concepções dos autores nacionais, nem o caso da Constituição de 1988, que prevê, em seu texto, normas as quais indicam que os direitos humanos sediados em tratados são fundamentais²³.

Por fim, e recuperando-se as hipóteses acima elencadas, parece-nos que a distinção estrutural feita pelos autores nacionais é sem sentido, restando somente como hipótese a ideia de que a formalidade dos direitos fundamentais apenas diz respeito ao que está positivado, textualmente, de maneira expressa na Constituição (hipótese 1). A formalidade dos direitos fundamentais não pode estar baseada, exclusivamente, em uma lógica kelseniana, porquanto a própria Constituição permite que outras matérias (mesmo que internacionais) possam ser consideradas como constitucionais (§ 2º do art. 5º).

²¹ A referida conceituação facilita a conclusão de Fioravanti (2010) sobre o esvaziamento da Constituição em sentido material pelo positivismo, porquanto, como afirmam Burdeau, Hamon e Troper (2005, p.16), o direito constitucional passa a não se identificar mais por sua matéria exclusiva, mas por sua forma: as normas superiores do ordenamento jurídico.

²² Tais autores, portanto, identificam supremacia com a supralegalidade constitucional na Constituição de 1988. Como sustenta Aragón Reyes (1986), a supremacia constitucional diz respeito ao momento político de superioridade da Constituição (texto produzido por um poder constituinte), na condição de norma com a função de manter a estabilidade de uma comunidade política pela limitação do poder e garantia dos direitos fundamentais. A supralegalidade, por sua vez, surge como a garantia jurídica da supremacia, mantendo, agora pelo aspecto formal, a separação estrita entre poderes constituinte e poder constituído. A supralegalidade protege, em diferentes graus, a supremacia constitucional. Dito em outras palavras, a forma constitucional se justifica

por causa do seu conteúdo material. Em suma, a proteção da supralegalidade constitucional se estende a todas as matérias relacionadas à supremacia constitucional, especialmente aos direitos fundamentais.

²³ Não bastassem tais argumentos, se a noção de Constituição material é kelseniana, a positivação de uma norma constitucional que permite a inclusão de padrões normativos internacionais como fonte do direito constitucional seria suficiente para findar as discussões. Ao analisar a cláusula de abertura material a outros direitos fundamentais presente na Constituição norte-americana, Kelsen (2000, p. 380) sustenta que seria a permissão constitucional para os órgãos que aplicam o direito poderem criar direitos que não estejam presentes no texto da declaração original. Ou seja, a inclusão foi autorizada pelo direito positivo e não é a ausência de positivação dos direitos criados que lhe retirará a proteção da Constituição formal.

Exposta a incongruência de uma distinção como a apregoada pelos autores nacionais entre normas constitucionais materialmente e formalmente constitucionais, dentro de uma concepção positivista, uma pergunta, no entanto, permanece: a distinção poderia ser válida para os direitos fundamentais, considerando-se o aspecto da formalidade como a necessidade de positividade textual?

4. Direitos fundamentais em sentido material e formal: entre o catálogo exauriente e o projeto igualitário

Como vimos nas seções iniciais, para grande parte dos autores nacionais, os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais de direitos humanos devem ser considerados como constitucionais em razão da cláusula de abertura prevista no § 2º do art. 5º. No entanto, para os mesmos autores, tais direitos seriam apenas materialmente constitucionais, ou seja, não gozariam das mesmas proteções constitucionais outorgadas às normas formalmente constitucionais²⁴. Tendo em vista que a distinção não pode ser considerada uma exclusão de normas constitucionais da estrutura da Constituição, resta-nos rebater o argumento da hipótese da positividade textual.

A categorização sugerida por esses autores nos parece semelhante à descrição que Canotilho (2003) fez ao identificar os fenômenos da positividade, constitucionalização e fundamentalização dos direitos fundamentais²⁵. De acordo com o português, a positividade seria a incorporação dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo à ordem jurídica positiva. A positividade dos direitos fundamentais deve ser feita, especificamente, por meio da constitucionalização. Esta, por seu turno, se caracterizaria pela incorporação de direitos subjetivos em normas constitucionais formais, aptas a extrai-los da disponibilidade do legislador ordinário, além de, como consequência direta da constitucionalização, servirem como parâmetro para o controle de constitucionalidade e a vinculação de todos os poderes da República (CANOTILHO, 2003, p. 378).

²⁴ Como visto na nota 12, os autores que tratam da teoria do direito constitucional identificam supremacia e supralegalidade constitucional, segundo a construção de Aragón Reyes (1986). Todavia, a defesa de que existem direitos fundamentais materiais que não dispõem da proteção da Constituição formal significa, paradoxalmente, separar supremacia constitucional e supralegalidade. Concordamos com o autor espanhol em que tal separação não seria algo impossível; no entanto, como visto acima, a concepção de direito constitucional trabalhada pelos autores nacionais torna a distinção impossível, porquanto suas concepções de Constituição pressupõem a junção da supremacia e da supralegalidade de forma prejudicial.

²⁵ Jorge Miranda (1995) sugere que todos os direitos fundamentais formais são materiais, mas os direitos fundamentais em sentido material não se esgotam na Constituição formal. O português refere-se à inscrição textual desses direitos na Constituição.

Por outro lado, Canotilho (2003) sustenta que os direitos fundamentais exigem uma proteção não apenas formal, mas material. A referida proteção denomina-se fundamentalização²⁶, que, por sua vez, divide-se em: a) fundamentalidade formal: intimamente associada à constitucionalização e a quatro dimensões importantes [1] são normas de grau superior; 2) submetidas a processos agravados de revisão; 3) passam a ser limites materiais à revisão constitucional; e 4) servem de parâmetro material de interpretação e vinculação dos poderes públicos]; e b) fundamentalidade material: que vincula o conteúdo dos direitos fundamentais às estruturas básicas do Estado e da sociedade. A fundamentalidade material permite a abertura material dos direitos fundamentais, mas não necessariamente constitucionalizando-os. Portanto trata-se de direitos materialmente, mas não formalmente, fundamentais, cabendo-lhes apenas alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal (CANOTILHO, 2003, p. 379).

Portanto, em conjunto, segundo Gomes Canotilho (2003), positividade, constitucionalização e fundamentalidade formal estão relacionadas e as duas últimas identificam-se. A fundamentalização material, no entanto, não constitucionaliza (positiva) os direitos fundamentais de conteúdo análogo aos fundamentalizados formalmente ou constitucionalizados.

²⁶ É interessante notar que Canotilho (2003, p. 378) cita Robert Alexy (2008) como a fonte do sentido de fundamentalização. Contudo, a conceituação de fundamentalidade de Alexy (2008) não corresponde, inteiramente, ao exposto por Canotilho (2003). Alexy (2008) postula que existem dois modelos possíveis de formação das Constituições: um modelo puramente procedimental e um modelo puramente material. Para Alexy (2008), uma Constituição não pode ser totalmente procedimental, uma vez que o legislador poderia editar qualquer conteúdo como direito positivo válido, porquanto a Constituição estabeleceria apenas normas de organização e de procedimento legislativo. A Constituição puramente procedimental não exclui nenhum conteúdo possível do âmbito legislativo. Nesse modelo, os direitos fundamentais não podem ser considerados como direitos que vinculam o legislador, que pode restringi-los à sua vontade. Em contrapartida, um modelo puramente material de Constituição, aquele que apenas contém normas materiais, ensejaria a problemática derivação de qualquer tipo de lei a partir das determinações constitucionais. De acordo com Alexy (2008, p. 520-521), nessa hipótese o legislador apenas declara aquilo que fora determinado pela própria Constituição. Após afirmar que a Constituição alemã seria uma espécie mista (material-procedimental), pois prevê elementos procedimentais e materiais, Alexy (2008) sugere que tal modelo permite a existência de conteúdos constitucionais possíveis, necessários ou impossíveis e conclui que o fato de as normas de direitos fundamentais esclarecerem os conteúdos constitucionalmente necessários e/ou impossíveis para o sistema jurídico constitui seu núcleo de fundamentalidade formal (posição de ápice na estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Executivo e Judiciário). Ao lado da fundamentalidade formal está a substancial, a qual sustenta que é por meio dos direitos fundamentais que são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade (ALEXY, 2008, p. 522). Como podemos observar, a preocupação de Alexy (2008) era sustentar que a fundamentalidade dos direitos fundamentais está relacionada à possibilidade de limitar determinados assuntos (não todos) tratados pela legislação ordinária, mas o autor alemão não afirmou, por exemplo, que a fundamentalidade substancial (ou material) seria algo cindível da formal e que a primeira não dispunha da mesma proteção e do mesmo regime constitucional atribuído à última. O autor se referia ao significado dos direitos fundamentais, não à possibilidade de regimes jurídicos diferenciados, caso os momentos da fundamentalidade formal e substancial estivessem separados (ponto, aliás, que não parece ser possível para a teoria alexyana).

A construção de Canotilho (2003) e dos autores brasileiros a respeito do tema dos direitos fundamentais sediados em tratados internacionais padece de contradições.

A primeira e mais evidente é a seguinte: como explicar que certas normas constitucionais (fundamentalização material) não desfrutem da mesma proteção constitucional das demais normas da Constituição (fundamentalização formal), especialmente quando tratamos de direitos fundamentais?

A contra-argumentação dos defensores da referida tese poderia ser construída da seguinte forma: os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais de direitos humanos não podem ser considerados como constitucionalizados (por consequência, fundamentalizados formalmente) por conta da ausência de positividade da norma jurídica (no caso, tratado internacional) no corpo constitucional. Por essa razão, não fazem parte da estrutura da Constituição em sentido formal.

Exposta nesses termos, a tese da diferença material/formal se baseia na positividade como o critério principal de distinção de regimes entre os direitos fundamentais, confirmando-se a hipótese acima apresentada de que a formalidade está ligada a um problema textual e estrutural, uma vez que a “ausência” de um direito fundamental expresso (enumerado, escrito, positivado) no catálogo de direitos fundamentais significa que ele não faz parte de toda a estrutura de proteção constitucional. Todavia, como demonstrado no tópico anterior, a hipótese da estrutura não faz sentido dentro de uma concepção material de Constituição positivista.

Apesar de concordarmos que a ausência de uma positividade expressa suscite dúvidas acerca da inclusão ou não de determinado direito fundamental no sistema constitucional, exigindo uma complexa tarefa de interpretação para

justificá-la, a ideia de que a fundamentalização formal não se estenderia a esses direitos parte da compreensão de que os direitos fundamentais estão positivados na Constituição como cláusulas contratuais²⁷ ou como uma lista exauriente de posições jurídicas²⁸.

A referida tese estabelece uma conclusão substancial: se os direitos não foram positivados no nível da constitucionalização, não são importantes o suficiente para serem protegidos pela fundamentalização formal. No entanto, e de acordo com Dworkin (2006, p. 123), a sistemática dos direitos fundamentais não parece ser mais bem interpretada como uma busca para saber o que consta e o que não consta em uma lista, ou seja, como uma busca pelas expressões positivadas ou não no texto.

Pensemos em um exemplo adaptado de Dworkin (2006): na intenção de impedir que certos objetos possam ser utilizados como meios para um sequestro terrorista, uma lista é criada por determinado aeroporto, limitando a entrada de “armas de fogo”, “facas” e “explosivos” no avião. O problema surge quando algum passageiro carrega consigo gás lacrimogênio e questiona se pode ou não entrar com o objeto no avião. Ora, o gás não se submete a nenhuma das categorias expostas acima. Nesses casos, é importante questionar a capacidade de funcionários do aeroporto incluir armas não positivadas ou, como o autor sugere, “não-enumeradas”.

²⁷ O aspecto da vontade na formação obrigacional permeia a estrutura contratual; por consequência, o conhecimento prévio de todas as obrigações e a impossibilidade de assunção de obrigações outras não prescritas no contrato são características inerentes ao fenômeno obrigacional civil. Dessa forma, defender cláusulas não enumeradas, obrigações não previstas (porque ficaram de fora), obrigações que se esgotam no sentido literal das cláusulas previstas e interpretação que atribua sentido à vontade das partes faz sentido no âmbito de relações jurídicas entre particulares, e não na relação de garantia de direitos fundamentais.

²⁸ Isso explica, por exemplo, a utilização da terminologia “catálogo de direitos fundamentais” por boa parte dos autores nacionais.

No entanto, o que está em jogo quando tratamos de direitos fundamentais não é uma referência a possíveis espécies que possam ou não ser incluídas em um gênero maior de direitos fundamentais já positivados, mas sim uma questão de interpretação. Ou seja, quando falamos nos direitos fundamentais, não estamos pensando em posicionar expressões textuais em categorias de referência, mas sim na busca da melhor interpretação acerca de determinados direitos fundamentais e do que eles significam para o sistema constitucional como um todo, no intuito de garanti-los de maneira igualitária.

Como alertou Böckenförde (1993), as disposições sobre direitos fundamentais são fórmulas que indicam preceitos principiológicos os quais carecem, em si mesmos, de um sentido interpretativo material único. A miríade de interpretações que podem ser construídas com base em uma mesma disposição textual normativa²⁹ não pode ser coletada (ou mesmo justificada), simplesmente, em pontos de conexão com a literalidade (ou ainda, no significado meramente semântico da expressão utilizada pela Constituição), mas sim com base em uma teoria relacionada às compreensões interpretativas acerca do que significam os direitos fundamentais no contexto constitucional analisado.

Da mesma forma que os direitos fundamentais, os direitos humanos presentes em tratados internacionais não podem ter sua interpretação limitada pela semântica de seus dispositivos.

Ainda que não necessariamente no viés agora desenvolvido, Piovesan (1997, p. 115) atesta que as expressões utilizadas pelo constituinte brasileiro no rol dos direitos fundamentais são

²⁹ As discussões sobre aborto e eutanásia no Brasil, por exemplo, além de guiadas pelos precedentes da ADI 3.510 e da ADPF 54, deverão ser realizadas com base, primordialmente, no seguinte enunciado textual do *caput* do art. 5º: “inviolabilidade do direito à vida”.

semelhantes às diversas tratativas internacionais. Assim, o que acrescentaria aos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros afirmar que, a partir da fundamentalização formal dos direitos humanos pelo § 3º do art. 5º, foram incluídos direitos no “catálogo” de direitos fundamentais, semelhantes aos direitos fundamentais positivados?

Direitos fundamentais não são cláusulas em uma apólice de seguro. Portanto, o momento da positivação não é o que determina a sua fundamentalidade formal, na medida em que sua inserção no conteúdo da Constituição é garantida pela natureza principiológica de tais direitos, gozando do mesmo regime jurídico constitucional dos direitos fundamentais “positivados” ou “enumerados”.

Antecipando uma possível crítica ao afirmado no parágrafo anterior, reiteramos que os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais de direitos humanos seriam apenas aqueles constantes nos tratados de que a República brasileira faz parte; portanto, dentro da abertura material imposta pela própria Constituição, não de todo e qualquer tratado internacional. De mais a mais, tendo em vista que a distinção material e formal, tal qual apresentada pelos teóricos brasileiros, é de cunho positivista, a expressa permissão constitucional de incluir outras normas e matérias no corpo da Constituição teria o condão, por si só, de outorgar a essas normas o mesmo tratamento atribuído às demais.

Os autores referidos anteriormente sugerem que os tratados internacionais de direitos humanos são normas constitucionais, ainda que não disponham do mesmo regime constitucional. Um dos argumentos para a justificação do § 3º do art. 5º seria reforçar a legitimidade democrática dos direitos humanos sediados em tratados, enrobustecendo sua natureza democrática por conta da participação do Congresso.

Algumas questões precisam ser pontuadas sobre o argumento.

O Congresso Nacional já atuou na incorporação de tratados internacionais de direitos humanos (art. 49, I) assimilados antes da EC 45/04 – portanto, a “vontade” democrática se fez presente³⁰. Qual a necessidade de uma segunda rodada de “vontade democrática”? Os autores não demonstram qual seria a diferença entre a manifestação do Congresso Nacional com base no art. 49, I, e a manifestação do § 3º do art. 5º. Se os mesmos autores defendem que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriormente à EC 45/04 são constitucionais, como sustentar que apenas o § 3º do art. 5º reforça a legitimidade democrática de tais direitos? Existem normas constitucionais com graus de legitimidade democrática diferenciados? Os direitos fundamentais e humanos dependem, necessariamente, de uma legitimidade democrática? E os direitos da minoria? Para serem garantidos, necessitam de confirmação da vontade da maioria?

Consideremos o caso da ADI 4.277/DF e da ADPF 132, que trataram do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares.

³⁰ É importante lembrar que o Presidente é quem ratifica o tratado; portanto, um agente político eleito pela maioria do povo brasileiro. Dentro do argumento democrático desenvolvido por Sarlet (2005) e Piovesan (2010), os autores identificam os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à EC 45/04 como normas constitucionais de pouca e frágil legitimidade democrática, o que, por si só, já parece um contrassenso. E o argumento de ambos se enfraquece ainda mais quando pensamos que o Congresso (eleito pelo povo pelo sistema eleitoral proporcional e majoritário) e o Presidente da República (eleito pelo voto majoritário) atuam conjuntamente para a incorporação do tratado. A junção de vontades dos poderes políticos do país não é capaz de atribuir força democrática suficiente ao tratado? Qual critério os autores utilizaram para medir a legitimidade democrática de um tratado considerado norma constitucional, mas que não possui *status* de emenda? É impossível responder a tais questionamentos, uma vez que os autores não apontam a teoria democrática que fundamentou suas conclusões.

De acordo com recente pesquisa feita pelo IBOPE (2011), 55% dos entrevistados declararam ser contrários à união de pessoas do mesmo sexo. Segundo o argumento dos autores, a decisão do STF seria antidemocrática, uma vez que foi contra a vontade democrática em, pelo menos, duas formas: a) contra a vontade popular; e b) sem que tenha havido manifestação expressa do Congresso Nacional via emenda constitucional.

Além de uma concepção problemática de democracia, o argumento parece confirmar a ideia de que direitos fundamentais apenas podem ser reconhecidos por meio de uma positividade formal, não sendo, portanto, fruto de um desenvolvimento de pressupostos igualitários sobre posições materiais inerentes à pessoa.

A afirmação de que os tratados apenas materialmente constitucionais possuíam uma aplicação interpretativa subsidiária diminui a importância dos tratados internacionais de direitos humanos, visto que estabelece o caráter da positividade como a principal forma de reconhecimento de direito e dificulta o desenvolvimento do diálogo entre as cortes.

De acordo com Amaral Junior e Jubilut (2009, p. 30-32), a defesa internacional dos direitos humanos é uma nova dimensão da responsabilidade estatal, na medida em que seu principal objetivo é a proteção daqueles e não, necessariamente, das obrigações assumidas entre dois países acerca de uma temática que somente lhes diz respeito, com delimitação estrita de seus deveres e direitos. Com efeito, a proteção internacional forma duas esferas de proteção, em que a tônica da complementaridade exige que haja uma dialética entre os âmbitos, pois mudanças numa esfera repercutem na outra. Isso se deve ao fato de que ambas devem atingir o mesmo objetivo (porquanto possuem o mesmo fundamento): a defesa da dignidade da pessoa humana.

A interpretação subsidiária dos tratados internacionais, no entanto, negligencia os precedentes internacionais de tribunais internacionais de direitos humanos, especialmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Inexiste em nosso país o costume de harmonizar a interpretação dos direitos fundamentais com os delineamentos dos precedentes advindos da Corte Interamericana. Quando são feitas referências aos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos, isso se dá de maneira formal, com a simples citação do dispositivo do tratado (BRASIL, 1996a, 1996b), reforçando-se o ideal de aplicação ou interpretação subsidiária. Dessa maneira, o descompasso da jurisprudência interna com as principais diretivas interpretativas estruturadas pelo órgão internacional sobre os direitos humanos abre um perigoso flanco para que o Brasil seja condenado internacionalmente por violação dos referidos direitos.

Ademais, tendo em vista que a interpretação dos direitos fundamentais não se baseia no aspecto da positivação, mas sim em seu significado no conjunto constitucional, seria inapropriado que o Poder Judiciário, ao analisar um artigo constante de tratado internacional incorporado pelo país, atribuisse interpretação diferente daquela adotada pela Corte internacional, abrindo a possibilidade de eventual condenação (RAMOS, 2009, p. 848)³¹. Portanto, em vez de defender uma interpretação subsidiária, a atribuição dos aspectos material e formal aos direitos fundamentais sediados em tratados que não tenham passado pelo procedimento instaurado pela EC 45/04 tende a estimular o diálogo, e não a categorização hierárquica de direitos fundamentais.

Como visto acima, Piovesan (1997, 2010) estabelece uma diferença para os tratados considerados formalmente e materialmente constitucionais e os tratados apenas materialmente constitucionais: a impossibilidade de denúncia dos primeiros. Todavia, como ressalta André Carvalho Ramos (2012, p. 50), o Brasil não estabeleceu reservas às cláusulas de denúncia presentes nos principais tratados ratificados pelo país, o que torna a denúncia dos tratados possível. Outros autores, cientes da possibilidade, apenas atestam que ela será possível caso passe pelo mesmo quórum de aprovação (no caso, após manifestação, em dois turnos de votação, de 3/5 dos membros de cada casa congressional).

E os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45/04? Podem ser denunciados apenas pelo Presidente da República ou devem passar pelo mesmo procedimento citado? Para os autores referidos nos tópicos anteriores, não basta que sejam considerados

³¹ É bem verdade que, após a decisão no RE 466.343/SP, as citações de dispositivos da Convenção e de casos da Corte IDH são mais frequentes; no entanto, ainda se trata de medidas incipientes do ponto de vista da necessária harmonização dialógica da jurisprudência (BRASIL, 2009, 2006).

materialmente constitucionais; apenas os tratados materialmente e formalmente constitucionais gozariam de tal reforço contra denúncias unilaterais³². Contudo, a divisão de proteção não faz sentido, quando tomamos ambos os tratados como constitucionais (sem distinção entre formais e materiais).

Nos dois casos mencionados, em função de sua constitucionalidade, o tratado não poderá ser denunciado apenas pelo Presidente. Considerando-se que, por ocasião de sua incorporação como norma constitucional (§ 2º do art. 5º), o tratado exigiu a junção das vontades do Congresso e do Presidente para que o país assumisse encargos no plano internacional e se submetesse a sistema regional de proteção de direitos humanos, a fim de que seja realizada sua denúncia, a mesma junção de vontades deve ser observada.

Por fim, sendo constitucionais, todos os tratados internacionais de direitos humanos podem ser utilizados como parâmetros para o controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso), não incidindo para os referidos tratados o disposto no art. 102, III, *b*. Embora se trate de uma justificativa aparentemente simples, temos de reforçar a referida conclusão, porquanto os autores mencionados excluem normas constitucionais (materiais) da Constituição, apesar de afirmarem que elas compõem o que denominam de bloco de constitucionalidade. Ora, sendo constitucionais, os tratados internacionais de direitos humanos não podem ser declarados inconstitucionais pelo STF e servem de parâmetro para a aferição da constitucionalidade de lei ou ato normativo.

5. Conclusão

Apesar de bem intencionada, a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à EC 45/04 seriam apenas materialmente constitucionais enfraquece a proteção dos direitos fundamentais e humanos no Brasil, uma vez que cria distinções de regimes constitucionais para direitos fundamentais.

As referidas distinções não se sustentam: 1) os teóricos da Constituição brasileira não são partidários da tradição da Constituição material desenvolvida pelos germânicos do começo do século XX, tornando-se insubsistente a divisão entre norma constitucional material e formal para lhes atribuir regramentos jurídicos distintos; e 2) os direitos fundamentais não se identificam com cláusulas contratuais que exaurem seu efeito no aspecto da positividade – tais direitos, pelo contrário, exigem interpretação que os torne importantes garantias para a defesa da igualdade.

³² O assunto está na pauta do STF (ADI 1625).

As conclusões do artigo, para o leitor atento, pressupõem um problema: qual a função, então, do § 3º do art. 5º? Bem, esse é um assunto para uma próxima conversa.

Referências

- ACCIOLI, Wilson. *Instituições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Líliliana Lyra. O direito internacional dos direitos humanos e o Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Líliliana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ARAGÓN REYES, Manuel. Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad. *Revista de Estudios Político*, Madrid, n. 50, p. 9-30, marzo/abr. 1986.
- ARINOS, Afonso. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Forense: Rio de Janeiro, 1958.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, v. 61, p. 5-24, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Malheiros: São Paulo, 2001.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72131/RJ, de 23 de novembro de 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, 1 ago. 2003.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72610/MG, de 5 de dezembro de 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, 6 set. 1996a.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 73151/RJ, de 18 de dezembro de 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 abr. 1996b.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466343/SP, de 3 de dezembro de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 5 jun. 2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 954/IT, de 7 de junho de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 jun. 2006.
- BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Direito constitucional*. 27. ed. Barueri: Manole, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Medina, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cippola. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FIORAVANTI, Maurizio. Las doctrinas de la constitución en sentido material. *Fundamentos*, Oviedo, n. 6, p. 425-438, 2010.

GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.) *Teoría de la Constitución*. México: UNAM, 2001.

GUERRA, Sidney. *Direito humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. A recepção da declaração universal dos direitos do homem pela Constituição portuguesa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 99, p. 1-20, jan./mar. 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

QUIXADÁ, Leticia Antonio. *O Supremo e os tratados internacionais de direitos humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais*. 2009. 74 f. Monografia de Especialização (Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público), Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. O diálogo das cortes: aproveitar o bom momento para o direito internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à emenda constitucional n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília: UnB, 2000.

**Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do
Senado Federal**

Tributação de empresas e unificação dos cadastros fiscais

LEONARDO GARCIA BARBOSA

Sumário

1. Introdução. 2. Função dos tributos. 2.1. Desigualdade de renda. 3. Unificação cadastral. 3.1. Previsão constitucional. 3.2. Tentativas de aproximação dos fiscos. 3.2.1. Cadastro Sincronizado Nacional. 3.2.2. Central Fácil. 3.3. Comitê Gestor Intergovernamental. 4. Certidão negativa no fechamento de empresas. 5. Considerações finais.

Introdução

Estima-se que as empresas gastem bilhões de reais por ano para cumprir as exigências burocráticas previstas na legislação tributária editada pelos fiscos federal, distrital, estaduais e municipais. A maior quantidade de normas é editada pelos municípios, em segundo lugar, vêm os estados e o Distrito Federal e, por último, a União. As empresas precisam manter equipes de trabalho e sistemas dedicados exclusivamente ao cumprimento das obrigações tributárias. A redução dos departamentos tributários das empresas, por meio da simplificação das exigências, colaboraria para a redução dos custos, aumentando a sua competitividade.

A geração de riqueza e o desenvolvimento econômico poderiam ser impulsionados pela redução do tempo que as empresas gastam cumprindo obrigações com o fisco. A complexidade da legislação estatal reflete a tentativa de forte intervenção do Estado na Economia que vigorou da década de 30 até o final da década de 80 do século XX. A incapacidade de racionalizar as relações sociais demonstrada pela desarticulação das economias planificadas leva a um modelo de desenvolvimento que exige a simplificação das obrigações.

O tamanho da estrutura burocrática varia em relação direta com a necessidade da sociedade e de seu poder dominante. Os gastos com a

Leonardo Garcia
Barbosa é consultor
legislativo do Senado
Federal.

manutenção de complexas estruturas estatais e sua interlocução com estruturas burocráticas empresariais são questionados em face da abertura econômica e seu ambiente de competição verificado a partir dos anos 90 do século XX.

A necessidade de certeza e segurança jurídica, com o mínimo de perturbação social e de questionamento lógico, leva a produção da norma a buscar com exatidão os seus limites, mediante comandos meramente operacionais. A obscuridade e a complexidade da legislação sobrecarregam os contribuintes com reiteradas obrigações formais.

Examinaremos no item 2 qual a função dos tributos, bem como seus impactos sobre a desigualdade de renda. No item 3, discorreremos sobre a possibilidade de implantação de um cadastro fiscal unificado, sua previsão constitucional, as tentativas atuais de aproximação dos fiscos e a organização de um Comitê Gestor Intergovernamental. No item 4, abordamos o tema da obrigatoriedade de apresentação de certidão negativa de tributos para o fechamento da empresa. No item 5, tecemos algumas considerações finais.

2. Função dos tributos

A tributação é uma das mais potentes intervenções que a ordem jurídica pode promover na autonomia privada (CARVALHO, 2012, p. 246). Por esse motivo, uma das matérias mais relevantes no âmbito do Direito Constitucional Tributário são as limitações ao poder de tributar. O objetivo é não sobrecarregar o desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade, principalmente em momento no qual as empresas estão expostas à competição internacional mais intensa. A lei da transparência tributária colabora para o esclarecimento do cidadão acerca do montante suportado pela sociedade para a manutenção dos serviços prestados pelo Estado (BRASIL, 2012a). Ela exige a prestação da informação so-

bre o valor aproximado dos tributos incidentes sobre os preços de venda dos bens.

O Estado deve implementar suas políticas minimizando os efeitos sobre a sociedade por razões de eficiência econômica (CALIENDO, 2009, p. 208). Normas como a vedação ao confisco, a legalidade tributária e a exigência de tratamento igual entre contribuintes são essenciais para garantir a competitividade entre os empresários e afastar o abuso na intervenção estatal. Um sistema econômico de mercado demanda um mecanismo mais sofisticado de tributação em relação ao sistema econômico administrado pelo Estado (GICO JUNIOR; VALADÃO; ALMEIDA, 2012, p. 34).

Os tributos são instituídos para custear os serviços prestados pelo Estado. Dessa forma o tamanho do Estado é fator fundamental para a definição da carga tributária sustentada pela sociedade. Quanto mais serviços são a ele carregados, maior é a pressão para o aumento da carga tributária. Ao Estado compete adotar políticas regulatórias com a finalidade de minimizar o poder de monopólio; de reduzir a assimetria de informações entre os agentes econômicos; de fornecer bens públicos; de fomentar atividades que geram externalidades positivas para a sociedade e de desestimular atividades que geram externalidades negativas. Os tributos corretivos são formas de minimizar imperfeições de mercado (CALIENDO, 2009, p. 208). A tributação possibilita ainda a formulação de políticas públicas cujo objetivo é reduzir desigualdades de renda. Os impostos são o instrumento mais importante para se colocar em prática uma concepção de justiça econômica ou distributiva (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 5).

2.1. Desigualdade de renda

A renda sempre foi irregularmente distribuída ao longo da história (POSNER, 2003). Em

alguns países, como o Brasil e os Estados Unidos da América, há grande irregularidade na distribuição da renda; em outros, como a Suécia e a Alemanha, a renda é distribuída de forma mais igualitária.

As estatísticas sobre desigualdade de renda não fornecem claramente uma direção para as políticas públicas. Elas muitas vezes comparam pessoas em diferentes fases da vida, como um empresário iniciante e um empresário sênior. Possivelmente, os dois ganharão o mesmo ao longo de suas vidas, no entanto é provável que o empresário iniciante, com o crescimento econômico, ganhe mais quando for sênior do que ganha o do empresário sênior atualmente.

A riqueza da sociedade não aumenta com a redistribuição da renda, mas os custos para promovê-la reduzem a eficiência. A redistribuição da renda não pode ignorar os interesses de grupos na política pública, o que pode minar eventuais efeitos redistributivos. Os custos da intervenção devem ser considerados ao se defender políticas redistribucionistas.

A aversão ao risco não é significativa ao ponto de fazer com que as pessoas renunciem à chance de serem ricas em favor de uma distribuição de renda mais igualitária. Elas buscam maximizar sua expectativa de serem ricas, dependendo de quanto risco estão dispostas a correr. Caso a renda geral suba, argumentos a favor da redução da desigualdade de renda são enfraquecidos.

Eventual argumento a favor da complexidade da legislação tributária sob o fundamento da redução da desigualdade de renda esbarra nos problemas apontados da adoção de políticas de redistribuição da renda. A nosso ver, é possível simplificar a legislação tributária ainda que se corra o risco de redução da eficácia de políticas redistribucionistas. Uma das medidas simplificadoras é a unificação dos cadastros fiscais.

3. Unificação cadastral

A elevada carga tributária no País deve-se não somente ao custo propriamente dito dos tributos, mas também ao custo de cumprimento dos deveres instrumentais relacionados às obrigações tributárias, as chamadas obrigações acessórias, previstas no § 2º do art. 113 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional). Esses custos revelam-se exacerbados à iniciativa privada, colaborando para altos índices de evasão fiscal e informalidade (CARVALHO, 2007, p. 120). Uma empresa que explora uma atividade econômica de venda de mercadorias e prestação de serviços, por exemplo, deve ter inscrição, entre outros cadastros, tanto como contribuinte estadual quanto como contribuinte municipal. Caso explore a atividade econômica em dois ou mais estados, deve solicitar seu cadastro em cada uma das administrações tributárias.

Um Estado é considerado unitário, quanto à forma, caso não sejam previstas competências legislativas e não hajam atribuições distribuídas entre unidades sub-nacionais, características do Estado federal. O Brasil é uma federação e adota uma distribuição de competências entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios. A forma de repartição das competências na tributação do consumo e a precariedade de uma política de desenvolvimento regional têm gerado problemas de “guerra fiscal” entre as unidades federativas, além de sobreposições de competência tributária no consumo. A administração tributária unificada proporciona benefícios quanto ao planejamento, gestão e controle tributários (GICO JUNIOR; VALADÃO; ALMEIDA, 2012, p. 39).

O aumento populacional e a crise do Estado causam problemas de ordenação e cooperação entre os entes federativos quanto ao atendimento das demandas da população. Os programas de simplificação tributária estão associados à criação de mecanismos de desburocratização das relações entre o Estado e o cidadão. No âmbito do registro de empresas, o número do movimento total de empresas nas juntas comerciais no Brasil, englobando os atos de constituição, alteração e extinção, praticamente dobrou em um período de dez anos, conforme informações constantes do quadro a seguir:

Ano	Constituição (em mil)	Movimento total (em mil)
2011	608	2.320
2010	617	2.329
2009	622	2.136
2008	594	2.038
2007	529	1.764
2006	467	1.324
2005	490	1.712
2004	460	1.975
2003	472	1.514
2002	445	1.299

Dados obtidos no endereço eletrônico do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC).

Há argumentos a favor e contra a forma federativa. Por um lado, ela garante a preservação das peculiaridades estaduais e locais. Devido à autonomia dos entes federativos, o cidadão tem mais fácil acesso às autoridades locais. A descentralização do poder dificulta a ascensão de governos totalitários. Por outro lado, a forma federativa implica maiores gastos com a burocracia, caso não haja uma cooperação entre as unida-

des federativas, principalmente se os governos forem antagônicos do ponto de vista partidário e ideológico.

De acordo com a regra atual, não havendo previsão legislativa que imponha aos entes federativos a adoção de um cadastro único e os impeça de adotar cadastros estaduais e locais, inclusive mediante o estabelecimento de sanções, a criação de cadastro unificado depende da vontade dos entes federativos de celebrar convênios de cooperação.

3.1. Previsão constitucional

A previsão constitucional de cadastro nacional único de contribuintes aplica-se somente às microempresas e empresas de pequeno porte. A Constituição prevê, no inciso IV do parágrafo único do art. 146, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, que será adotado cadastro nacional único de contribuintes.

O dispositivo foi regulamentado pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. No entanto, esse diploma legal muito pouco fez pela implantação do cadastro nacional único de contribuintes, nem mesmo citando entre os seus objetivos a efetivação do cadastro, o que poderia ser feito mediante acréscimo de inciso IV ao art. 1º.

Acreditamos que a imposição à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios de um cadastro único de contribuintes, além daquele previsto para as microempresas e empresas de pequeno porte, demandaria alteração constitucional, haja vista que as unidades federativas são entes que gozam de autonomia

para exigir o cumprimento das obrigações acessórias. Por esse motivo, o Relatório Suplementar da Comissão do Pacto Federativo (BRASIL, 2012b) concluiu pela apresentação de Proposta de Emenda à Constituição (PEC) contendo um Código do Federalismo Fiscal.

No texto da PEC, está prevista, no art. 251, § 2º, I, f, a edição de uma lei complementar que disporá de forma integrada sobre as normas gerais aplicáveis à integração das administrações tributárias dos entes federativos, inclusive unificação cadastral, compartilhamento de informações fiscais, execução de procedimentos conjuntos de fiscalização e delegação de competência, observado que as atividades relativas àquelas administrações terão caráter essencial para o funcionamento do Estado e prioridade na alocação de recursos, sendo exercidas por meio de servidores de carreiras específicas.

3.2. Tentativas de aproximação dos fiscos

Algumas iniciativas têm por objetivo aproximar os fiscos federal, estaduais, distrital e municipais. As autoridades fiscais da União trabalham atualmente com uma espécie de cadastro sincronizado nacional, que não resolve o problema da exigência de múltiplos cadastros e inscrições. As autoridades vinculadas ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior estão trabalhando na denominada Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (REDESIM), que tampouco prevê a adoção de cadastro nacional único de contribuintes.

3.2.1. Cadastro Sincronizado Nacional

A Emenda Constitucional nº 42, de 2003, determina que as administrações tributárias da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios atuem de forma integrada, inclusive

com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio (inciso XXII, acrescentado ao art. 37 da Constituição).

A Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) deu início ao projeto Cadastro Sincronizado Nacional, que consiste na integração dos procedimentos de cadastramento tributário entre a RFB e as Secretarias de Fazenda dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Está prevista a entrada única de dados cadastrais, por meio do Programa Gerador de Dados (PGD), disponível no endereço eletrônico da RFB. A empresa deve preencher todos os campos do formulário, inclusive com os dados de interesse específico da Secretaria de Fazenda. A documentação apresentada passa a atender à RFB e à Secretaria de Fazenda. A ideia é utilizar o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) como única inscrição cadastral em todas as esferas de governo. As informações do cadastro serão acessadas pelas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

O sistema encontra-se implantado nas Secretarias de Fazenda dos Estados de Alagoas, Bahia, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Rio Grande do Norte e São Paulo, e nas Secretarias de Fazenda dos Municípios de Belém (PA), Belo Horizonte (MG), Curitiba (PR), Natal (RN), Salvador (BA), São Luís (MA) e Vitória (ES). Está em fase de implantação nas Secretarias de Fazenda do Distrito Federal e dos Estados do Acre, Amazonas, Ceará, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Paraná, Roraima, Santa Catarina, Sergipe e Tocantins, e nas Secretarias de Fazenda dos Municípios de Aracaju (SE), Barra Mansa (RJ), Boa Vista (RR), Campo Grande (MS), Montes Claros (MG), Petrópolis (RJ), Pinhais (PR), Recife (PE), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Santarém (PA) e Sorocaba (SP), além das juntas comerciais de Minas Gerais e Santa Catarina. Há vários convênios assinados com as Secretarias de Fazenda dos Estados do Amapá, Espírito Santo, Rio Grande do Sul, Goiás, Rio de Janeiro e Rondônia, e com as Secretarias de Fazenda dos Municípios de Bragança (PA), Camaçari (BA), Contagem (MG), Maceió (AL), Manaus (AM), Palmas (TO), Piraju (SP), Ribeirão Preto (SP), Santos (SP) e Sete Lagoas (MG) (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2008).

O projeto Cadastro Sincronizado Nacional prevê, ainda, quando de sua total implementação, a integração no sistema de todos os órgãos do Governo envolvidos no processo de abertura de empresas, entre eles as juntas comerciais, os cartórios de registro das pessoas jurídicas, o Corpo de Bombeiros e a Vigilância Sanitária.

Cumpre destacar que não se trata de um cadastro único de empresas, mas de uma sincronização entre os diversos cadastros existentes. Como já anotado, a Emenda Constitucional nº 42, de 2003, estabeleceu no art. 146, parágrafo único, IV, que será adotado cadastro nacional único das micro e pequenas empresas, o que não é atendido pelo cadastro sincronizado

nacional. Uma possível solução para o problema em relação às micro e pequenas empresas é a criação, por meio de projeto de lei que altere a Lei Complementar nº 123, de 2006, do Conselho Gestor do Cadastro Nacional Único das micro e pequenas empresas (CGCNU).

3.2.2. Central Fácil

A criação ou o aprimoramento de um local que reúna os agentes dos principais órgãos envolvidos na abertura e fechamento de empresas é importante mecanismo para diminuir o deslocamento dos empresários entre os diversos locais onde estão sediados os órgãos citados. A introdução ou a melhoria de procedimentos informatizados é outro mecanismo que colabora para a simplificação do registro de empresas. A tecnologia permite desde a pesquisa do nome empresarial, para a constituição da empresa, até o seu registro completo por esse meio.

A Lei nº 11. 598, de 3 de dezembro de 2007, que criou a Redesim, prevê a instalação de Centrais de Atendimento Empresarial – Fácil, unidades de atendimento presencial da Redesim, que funcionarão como centros integrados para a orientação, o registro e a legalização de empresários e pessoas jurídicas, com o fim de promover a integração, em um mesmo espaço físico, dos serviços prestados pelos órgãos que façam parte, localmente, da Redesim. As Centrais de Atendimento Empresarial – Fácil serão compostas por um Núcleo de Orientação e Informação e um Núcleo Operacional.

Destacamos o projeto da Central de Atendimento Empresarial – Sistema Fácil desenvolvido pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), em Brasília-DF, que simplifica a criação e registro de empresas. A ideia é reunir todos os órgãos envolvidos no processo de registro e legalização de empresas em um mesmo local. Assim, integram a Central:

a Junta Comercial do Distrito Federal, a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a Secretaria de Fazenda e Planejamento do Distrito Federal, as Administrações Regionais do Governo do Distrito Federal, o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), o Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial (INMETRO), a Organização das Cooperativas do Brasil (OCB), a Trade Point e o Conselho Regional de Contabilidade. Essa iniciativa do DNRC foi premiada, em 1998, no 3º Concurso Nacional de Experiências Inovadoras de Gestão na Administração Pública Federal – Prêmio Hélio Beltrão. A Trade Point Brasília (existem outras unidades em Belo Horizonte, Curitiba, Fortaleza, Manaus, Porto Alegre e São Paulo) faz parte da Rede Trade Point, que integra um programa da Organização das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) com o fim de estimular, agilizar e aumentar a participação de micro, pequenas e médias empresas no comércio exterior.

Consideramos como ação fundamental para a simplificação e agilidade no registro de empresas mercantis a implantação de Centrais de Atendimento Empresarial – Sistema Fácil nos demais estados da Federação, com o fim de reunir todos os órgãos envolvidos no processo de registro e legalização de empresas em um mesmo local, o que reduzirá o caminho a ser percorrido pelos interessados. Atualmente, existem Centrais Fácil nas seguintes localidades: Maceió e Arapiraca, em Alagoas; Brasília, no Distrito Federal; Colatina, no Espírito Santo; Boa Vista, em Roraima; e Aracaju, em Sergipe.

3.3. Comitê Gestor Intergovernamental

Uma importante questão referente à unificação cadastral diz respeito ao órgão responsável

pela administração do cadastro unificado. A administração do cadastro por órgão federal dificulta, a nosso ver, a viabilidade da proposta, sendo mais palatável a sua gestão por órgão que conte com representantes federais, estaduais, distritais e municipais. Desse modo, poderia ser previsto em sede constitucional que a lei federal dispusesse sobre a administração do cadastro, especialmente a composição e competência do Comitê Gestor Intergovernamental.

Uma iniciativa possível no âmbito da microempresa e da empresa de pequeno porte é a alteração da Lei Complementar nº 123, de 2006, com o objetivo de criar uma espécie de Comitê Gestor específico para tratar do cadastro nacional único de contribuintes, composto por dois representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, um representante dos estados e do Distrito Federal, possivelmente indicado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária, e um dos municípios, possivelmente indicado pela entidade representativa das Secretarias de Finanças das Capitais ou pelas entidades de representação nacional dos municípios brasileiros, visando a tornar realidade o comando constitucional de cadastro nacional único de contribuintes.

4. Certidão negativa no fechamento de empresas

A unificação cadastral diminui a dificuldade para fechar uma empresa nos diversos órgãos fiscais. No momento da abertura da empresa, o empreendedor geralmente está otimista em relação ao sucesso do negócio. Por ocasião do seu fechamento, muitas vezes mostrar-se arrependido, especialmente se as expectativas iniciais não tiverem sido realizadas da maneira como foram idealizadas.

Uma importante questão relacionada à unificação dos cadastros diz respeito à exigência

de documentos para a extinção da empresa, especialmente no que tange à apresentação de certidão negativa de tributos. A baixa de inscrição do empresário individual ou da sociedade empresária sem a apresentação desse documento no Registro de Empresas (e não no cadastro de contribuintes) foi objeto de projeto de lei já aprovado pelo Parlamento, mas a iniciativa foi vetada pelo Presidente da República.

O texto do projeto que resultou na Lei nº 11.598, de 2007 (REDESIM), aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, previa no art. 7º, inciso V, que, para os atos de registro, inscrição, alteração e baixa de empresários ou pessoas jurídicas não poderia ser exigida a comprovação da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo da responsabilidade de cada qual pelas obrigações apuradas antes ou após o ato de extinção.

O projeto aprovado dispensava, ainda, a apresentação de certidões negativas no registro dos empresários e das pessoas jurídicas, com a revogação do inciso V do *caput* do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.715, de 22 de novembro de 1979, e do inciso III do *caput* do art. 1º da Lei nº 7.711, de 22 de dezembro de 1998 (exigência de prova de quitação de tributos, multas e outros encargos fiscais, cuja administração seja da competência do Ministério da Fazenda), da alínea *e* do *caput* do art. 27 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990 (exigência de apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS), da alínea *d* do inciso I do *caput* do art. 47 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (exigência de apresentação de Certidão Negativa de Débito – CND – Seguridade Social).

Os dispositivos foram vetados pelo Presidente da República. De acordo com as razões do veto, a dispensa da comprovação da regula-

ridade fiscal para o registro do ato de extinção societária foi iniciada com a Lei Complementar nº 123, de 2006, aplicando-se tão somente às microempresas e empresas de pequeno porte. O veto afirma que os fundamentos para o tratamento especial e diferenciado encontram-se na Constituição e não se aplicam seus pressupostos para as demais pessoas jurídicas. Foi alegado ainda que a exigência de regularidade fiscal para a extinção da empresa é fundamental instrumento de garantia de recuperação de créditos tributários. Além disso, afirmou-se que o Código Civil e a Lei das Sociedades por Ações condicionam a extinção da sociedade ao prévio levantamento do ativo e pagamento do passivo, o que afasta a possibilidade de extinção de sociedade sem que esta promova a quitação de seus débitos, inclusive os fiscais. O veto ao dispositivo declarou ainda que o objetivo de impedir sua entrada em vigor é preservar e garantir a satisfação do crédito fiscal, impedindo ou dificultando que o devedor pratique atos que resultem na dilapidação do patrimônio e sua decorrente insolvência. O veto também assinala que o dispositivo fragilizaria a recuperação dos créditos tributários, pois haveria sério risco de a Fazenda Pública não conseguir provar em juízo o dolo ou a culpa dos sócios-gerentes, administradores e gestores da sociedade extinta, gerando prejuízos ao Erário.

A nosso ver, a dispensa da apresentação da certidão negativa de tributos é medida que facilitaria o fechamento de empresas, devendo ser aplicados os seus fundamentos a todas as empresas e não apenas às micro e pequenas empresas. A exigência de certidão negativa não é instrumento de garantia do pagamento de tributos, criando-se muitas vezes um impasse em virtude da ausência de valores disponíveis para o pagamento dos tributos, impossibilitando-se o fechamento da empresa. Não se fecha a empresa, tampouco se pagam os tributos. Ademais, a

possibilidade de fechamento da empresa sem a apresentação da certidão negativa não impede o Estado de cobrar da empresa e dos eventuais responsáveis o crédito tributário, desde que sejam encontrados bens que possam satisfazer as obrigações.

5. Considerações finais

Os tributos são instituídos para custear os serviços prestados pelo Estado, mas não devem sobrecarregar o desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade por razões de eficiência econômica. Desse modo, é possível simplificar a legislação tributária, especialmente por meio da implantação de um cadastro fiscal unificado, ainda que se corra o risco de reduzir a eficácia de políticas de redistribuição de renda.

A unificação cadastral reduziria o custo de cumprimento dos deveres instrumentais relacionados às obrigações tributárias. A existência de múltiplos cadastros na União, nos estados, no Distrito Federal e nos municípios sobrecarrega a atividade econômica privada e dificulta a atuação da administração tributária.

A Constituição da República prevê a existência de um cadastro nacional único de contribuintes para as microempresas e empresas de pequeno porte, que poderia ser estendido para as demais empresas de maior porte. A aproximação entre os fiscos vem sendo tentada por meio de iniciativas como o Cadastro Sincronizado Nacional e as Centrais de Atendimento Fácil que, no entanto, não preveem a adoção de um cadastro nacional único de contribuintes. A administração desse cadastro poderia ficar a cargo de um Comitê Gestor Intergovernamental, composto por representantes federais, estaduais, distritais e municipais.

Além da unificação cadastral, outra medida que facilitaria o fechamento de empresas é a dispensa da apresentação de certidão negativa

de tributos, não impedindo o Estado de cobrar da empresa e dos eventuais responsáveis o crédito tributário, desde que sejam encontrados bens que possam satisfazer as obrigações.

Referências

BASSOLI, Marlene Kempfer; FORTES, Fellipe Cianca. Análise econômica do direito tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal. *Scientia Iuris*, Londrina, n. 14, p. 235-253, nov. 2010.

BRASIL. Lei n. 12741, de 8 de dezembro de 2012. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 set. 2012a.

_____. Senado Federal. *Relatório suplementar*: comissão especial externa do Senado Federal criada pelo RQS nº 25, de 2012, com a finalidade de analisar e propor soluções para questões relacionadas ao Sistema Federativo. Brasília: Senado Federal, 2012b. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=116693&tp=1>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

CALIENDO, Paulo. Direitos fundamentais, direito tributário e análise econômica do direito: contribuições e limites. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 3, n. 7, p. 203-222, abr./jun. 2009.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. Sobre a distribuição do ônus tributário no Brasil. *Tributação em Revista*, Brasília, v. 8, n. 33, p. 26-36, jul./set. 2000.

_____. Deveres instrumentais e custos de transação. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, v. 9, n. 8, p. 115-122, 2007.

_____. Análise econômica da tributação. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

GICO JUNIOR, Ivo; VALADÃO, Marco Aurélio; ALMEIDA, Wilson. Tributação e desenvolvimento na China: transição e ajustes para um sistema compatível com os signatários da OMC. *ComCiência*, Campinas, v. 137, p. 34-41, 2012.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen, 2003.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Cadastro sincronizado*: nova versão do programa gerador de documentos do CNPJ. Brasília: Receita Federal, 2008.

Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa – RIL divulga artigos inéditos sobre temas em debate no Congresso Nacional ou de cunho histórico sobre o Poder Legislativo. As colaborações, selecionadas por corpo técnico, deverão ser encaminhadas à Coordenação de Edições Técnicas por *e-mail* (livros@senado.leg.br) com indicação do endereço do autor para eventual envio de exemplar impresso. Da mensagem eletrônica deverá constar autorização para publicação sem ônus na RIL e posterior visualização na Internet, bem como declaração de ineditismo do artigo. Referida mensagem deverá ainda ser seguida de assinatura digitalizada. Não havendo esse recurso, pedimos o encaminhamento em separado por fax ou pelos Correios da autorização/declaração de ineditismo devidamente assinada.

O texto do artigo a ser publicado deve ser formatado preferencialmente para papel A4, em corpo 12, espaçamento entre linhas de 1,5 e salvo como documento do Word. Dos artigos deverão constar breve resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados também em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela).

O texto enviado para publicação ficará disponível para avaliação durante seis meses. Findo esse prazo, será desconsiderado sem comunicação prévia.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

Exemplos de citação direta:

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

Exemplos de citação indireta:

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a ideia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

Exemplo de monografia no todo:

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

Exemplo de parte de monografia:

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

Exemplo de artigos de periódicos:

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

Exemplo de artigos de jornais:

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão “Disponível em:” e data de acesso ao documento precedido da expressão “Acesso em:”.

Exemplo de referências em meio eletrônico:

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 10 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.

Conheça outras obras publicadas pela
Coordenação de Edições Técnicas

www.senado.leg.br/livraria

