

REVISTA JURÍDICA DA
PROCURADORIA-GERAL DO
DISTRITO FEDERAL

CENTRO DE ESTUDOS

ISSN 0419-4454

RJPGDF	Brasília	v. 41	n. 1	p. 1-288	jan./jun. 2016
--------	----------	-------	------	----------	----------------

PAOLA AIRES CORRÊA LIMA

Procuradora-Geral do Distrito Federal

KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do
Consultivo

ÚRSULA RIBEIRO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do
Contencioso

MÁRCIA CARVALHO GAZETA

Procuradora-Chefe de Gabinete

ALEXANDRE MORAES PEREIRA

Procurador-Chefe do Centro de Estudos – CETES

VANESSA BARBOSA DA SILVA

Gerente da Gerência de Estudos, Pesquisas e
Referência Legislativa – GEPEL

NAYARA BRITO CORADO DE SOUZA

Gerente da Gerência de Desenvolvimento e
Capacitação Profissional – GECAP

CRISTIANY FERREIRA BORGES

Gerente da Biblioteca Jurídica
ONOFRE GONTIJO MENDES

Os trabalhos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores e as opiniões neles manifestadas não representam necessariamente a posição da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibidas as reproduções para fins comerciais.

A Revista é indexada pela Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal.

Impresso no Brasil

Procuradoria-Geral do Distrito Federal | Centro de Estudos SAM – Bloco I - Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal | 70.620-000 Brasília – Distrito Federal
Fone: (61) 3325-3405

E-mail: centrodeestudos@pg.df.gov.br / revista@pg.df.gov.br
Site da revista: <http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF>
Tiragem: 1.000 exemplares

EDITOR CHEFE

Alexandre Moraes Pereira

CONSELHO EDITORIAL

Emílio Peluso Neder Meyer (UFMG)

Fábio Lima Quintas (IDP)

Jorge Octávio Lavocat Galvão (UnB)

Juliano Zaiden Benvindo (UnB)

Léo Ferreira Leony (UFMG)

Leonardo de Andrade Mattietto (UFRJ)

Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)

Sérgio Silveira Banhos (PGDF)

Vera Karam de Chueiri (UFPR)

COMISSÃO CIENTÍFICA

Cristiany Ferreira Borges

Cynara Regattieri de Abreu

Lityz Ravel Hendrix B.S. Mendes

Vanessa Barbosa da Silva

COLABORADORES

Alexandre Leone Rodrigues

Rosineide Rodrigues Muniz

ESTAGIÁRIA

Tamiê Moraes de Sousa

PRODUÇÃO GRÁFICA/DIST.

Zona Cultural Produções Visuais

Capa / Diagramação:

Lucimar Ferreira Jorge

Revisão:

Edna Alves

Solicita-se permuta. Pídesse canje. On demande l'échange. Si richiede lo scambio.

We ask for exchange. Wir bitten um Austausch

Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

RJPGDF - Vol. 1, n.1 (1966) - . - Brasília: Procuradoria-Geral do Distrito Federal: Centro de Estudos, 2015.

v. 41, n.1, 21,5 cm.

Periodicidade semestral

ISSN 0419-4454

1. Direito. I. Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

CDU 34(05)

PARECERISTAS CONVIDADOS

Alexandre Melo Soares
Amom Albernaz Pires
Andrea de Albuquerque Nobre
Bernardo Vassalle de Castro
Bruno César Gonçalves Teixeira
Bruno Paiva da Fonseca
Camila Rocha Portela
Cândice Helen Teixeira Viana
Carine Faria Ferreira Rocha
Carla Batista Torres
Carla Gonçalves Lobato
Carlos Átila
Carolina da Silva Gomes
Cosme Santana Cardoso
Cristiano Dourado Borges
Daniela Ferreira Marques
Elina Magnan Barbosa
Fernando Antônio de A. A. de Oliveira Júnior
Filipe Ferreira Munguba
Flávia Aparecida Squinca
Gabriel Abbad Silveira
George Antonio de Sousa Rosa
Idenilson Lima da Silva
Ivan Luis Barbalho Maia
Jeferson Soares Marinho de Sousa Júnior

João Pedro Avelar Pires
José Sérgio da Silva Cristovam
Leonardo Vieira Lins Parca
Lígia de Fátima Pereira de Brito
Lívia Ximenes Damasceno
Lucas de Oliveira da Silva
Luís Fernando Belém Peres
Marcelo Cama Proença
Marcos Euclésio Leal
Maria Gorete Cosme
Margareth de Jesus Rosa Santiago
Natália Brezolin Vuori
Paulo Henrique Figueredo de Araújo
Priscilla Vasconcelos Freire de Melo
Rafael Carvalho da Rocha Lima
Rafael Carvalho de Fassio
Rafael Soares Duarte de Moura
Ricardo Clemente da Costa Junior
Rosineide Rodrigues Muniz
Samuel Sales Fonteles
Sônia Regina Teixeira
Thaís Ferreira Viturino Boueres
Valdson Gonçalves de Amorim
Vítor de Medeiros Lula da Mata

INSTRUÇÕES EDITORIAIS PARA OS AUTORES

PERÍODO DE ENVIO

1. O Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Distrito Federal e a Comissão Científica da Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal realizarão, periodicamente, mediante edital, chamada para contribuições que serão submetidas à apreciação quanto aos critérios de publicação estabelecidos neste ato.

CONTRIBUIÇÕES ADMITIDAS

2. A Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal publica artigos, resenhas, ensaios e contribuições técnicas - pareceres e trabalhos forenses - sobre temas da Ciência do Direito que tenham relevância para a advocacia pública.

2.1. Os artigos, por cujo teor os respectivos autores são exclusivamente responsáveis, deverão ser inéditos.

2.2 As resenhas e ensaios deverão destacar livros ou artigos, nacionais ou estrangeiros, e suscitar discussões críticas sobre eles. As resenhas deverão privilegiar os títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios terão forma livre e serão selecionados por sua relevância e novidade.

2.3 As contribuições técnicas serão aceitas excepcionalmente, sendo selecionadas em razão de sua relevância e novidade.

2.4. Os pareceres e demais trabalhos forenses deverão ser encaminhados com a devida omissão de dados que possam comprometer a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de pessoas, ou qualquer outro bem juridicamente protegido.

2.5. Serão admitidas contribuições redigidas em português, inglês ou espanhol.

PERFIL DOS COLABORADORES

3. Poderão encaminhar contribuições juristas, estudantes de direito e profissionais de áreas afins.

LINHA EDITORIAL

4. A Revista destina-se à publicação de contribuições que apresentem temática de interesse da advocacia pública e que primem pela relevância dos assuntos tratados, pelo caráter inovador dos trabalhos e pelo potencial de impacto acadêmico ou institucional.

FORMA DE ENVIO

5. As contribuições deverão ser enviadas para o endereço eletrônico: revista@pg.df.gov.br ou para o *site* <http://revista.pg.df.gov.br>. Para submeter o trabalho por meio do *site* da revista é necessário preencher o formulário na aba “cadastro”. O processo de submissão de trabalhos possui cinco passos com instruções autoexplicativas na aba “acesso”.

Os trabalhos submetidos à revista deverão conter:

a) o título do trabalho em português, seguido de resumo e palavras-chave em português; b) o título do trabalho em inglês, seguido de resumo e palavras-chave no mesmo idioma;

Faltou o b)

c) o nome do autor da contribuição deverá vir logo abaixo do título em português, alinhado à direita, com asterisco indicativo de nota de rodapé contendo os seguintes dados: formação acadêmica/titulação, atuação profissional/vínculo institucional, endereço residencial, telefone e e-mail. Tais informações deverão ser apresentadas apenas na primeira página do artigo.

d) no caso de parecer ou trabalho forense, informar o número do processo ou parecer e as partes ou os interessados, conforme o caso.

NORMAS PARA FORMATAÇÃO DOS TRABALHOS

6. As contribuições deverão ser encaminhadas de acordo com as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) – NBR 6022/2003, 6023/2002, 6028/1990 e 10520/2002– e adotarão, entre outras, o seguinte formato:

a) documento *Word* 2010 ou versão posterior;

b) fonte *Times New Roman*;

c) letra tamanho 12 (no caso de nota de rodapé, usar letra tamanho 10);

d) entrelinhas 1,5;

e) margens esquerda, direita, superior e inferior 2,0 cm;

f) alinhamento justificado, com recuo de 1,5 na primeira linha;

g) configuração de página para papel A4;

h) mínimo de 10 e máximo de 20 laudas (excepcionalmente, a critério do editor-chefe, que avaliará cada caso, serão aceitos trabalhos com número de laudas acima do indicado);

i) resumo em português e inglês (máximo de 250 palavras);

j) palavras-chave em português e inglês (máximo de 05 palavras);

l) as referências e citações deverão seguir o padrão da ABNT - NBR 6023 e 10520, respectivamente. As referências serão apresentadas no final do trabalho, listadas em ordem alfabética;

m) as citações, quando não excedem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do texto, com o uso de aspas, sem itálico ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com recuo de 4 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (Times New Roman), tamanho 10, sem o uso de itálico e nem de aspas.

AVALIAÇÃO DOS TRABALHOS

7. As contribuições que cumprirem os requisitos formais estabelecidos neste ato serão submetidas à apreciação do editor-chefe ou de pessoa por este indicado para manifestação quanto à viabilidade da publicação, especialmente no tocante à adequação ao perfil editorial da Revista, entre outros aspectos.

7.1. Os artigos serão avaliados por 2 (dois) pareceristas.

7.2. Os nomes dos autores das contribuições não serão informados aos pareceristas.

7.3. Os autores poderão ser convidados a promover, a seu critério, quaisquer ajustes recomendados pelos pareceristas, bem como serão informados acerca de eventual recusa da publicação mediante comunicado da Equipe Editorial.

SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

O Tribunal de Cúpula Administrativa Tributária Fiscal no Distrito Federal <i>Leonardo Vieira Lins Parca</i>	09
A (Im)possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que declara constitucional ato normativo impugnado em sede de Controle Abstrato de Constitucionalidade <i>Edvaldo Costa Barreto Júnior</i>	21
Os Limites da intervenção do Poder Judiciário na prestação do Direito à Saúde <i>Bruno Giovani Lima Souza</i>	51
Dilema Constitucional e Voluntarismo Judicial <i>Carlos Odon Lopes da Rocha</i>	93
Precedentes Judiciais: a experiência Norte-Americana e a adoção no Brasil <i>Evaldo de Souza da Silva</i>	107
Desvinculação de receitas da União: finalidades, consequências oriundas de sua implementação e a frustração da eficácia originalmente perseguida <i>Vanessa Huckleberry Portella Siqueira</i>	145
Ir ou não ir de Táxi: uma escolha local <i>Luciano Araújo de Castro</i>	157
Controle Judicial de Políticas Públicas: uma abordagem a partir do Consequencialismo <i>Alexandre Felix Gross</i>	185
O Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC) e a racionalização dos gastos públicos nos meios de obtenção de receita pelo Estado à luz da Cooperação Processual e da Reforma Administrativa <i>Marco Aurélio Souza Mendes</i>	207

Emergency Powers e combate ao terrorismo: fundamento, prática e continuidades do discurso de restrição a Direitos Fundamentais no Sistema Penal Irlandês <i>Luiz Felipe da Mata Machado</i>	221
--	-----

DOCTRINA ESTRANGEIRA

A Evolução da contratação pública electrónica no ordenamento jurídico português – Um olhar pelo Regime das Plataformas Electrónicas <i>Carlos Sérgio Rodrigues</i>	243
---	-----

CONTRIBUIÇÃO TÉCNICA

PARECER A Evidência Racional do Risco: considerações sobre o Dolo Eventual <i>Victor Emendörfer Neto</i>	265
--	-----

O TRIBUNAL DE CÚPULA ADMINISTRATIVA TRIBUTÁRIA FISCAL NO DISTRITO FEDERAL

Leonardo Vieira Lins Parca¹

RESUMO: O presente trabalho visa demonstrar a estrutura de funcionamento do Tribunal de cúpula administrativa tributária fiscal no Distrito Federal como casa revisora de segunda instância vinculado à Secretária de Estado da Fazenda do Distrito Federal. Dessa forma, é imperiosa a análise legislativa a respeito da matéria, quais sejam: a Lei n. 4.567, de 9 de maio de 2011, que dispõe sobre o Processo Administrativo Fiscal, bem como a Lei n. 657, de 25 de janeiro de 1994, que criou o Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, cujo regimento foi estatuído pelo Decreto de n. 33.268, de 18 de outubro de 2011. Ademais, será abordado, no texto, as atribuições e atos inerentes ao processo administrativo fiscal; os recursos cabíveis e as súmulas do referido tribunal.

Palavras-chave: Tribunal de cúpula administrativa fiscal. Distrito Federal. Casa revisora. Processo Administrativo Fiscal. Atribuições. Recursos. Súmulas.

COURT TAX SENIOR MANAGEMENT IN THE FEDERAL DISTRICT

ABSTRACT: This study aims to demonstrate the operating structure of the fiscal tax senior management of the Federal District Court as a proofreader house second instance, linked to State Secretary of Finance of the Federal District. Thus, the legislative analysis is indispensable on the matter, namely: Law n. 4.567, of May 9, 2011, which provides for the Fiscal Administrative Proceedings, and Law n. 657, of January 25, 1994, which created the Administrative Court of Tax Appeals, whose regiment was requirements established by the Decree n. 33.268, of October 18, 2011. In addition, it will be addressed in the text assignments and actions inherent in the tax administrative proceedings; appropriate resources and overviews of the court.

1 Analista Jurídico da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Advogado inscrito na OAB/DF sob o n. 13.523, pós-graduado em Direito Civil pela Fundação Cândido Mendes, pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. E-mail: leoparca.lp@gmail.com

Key words: Court of Tax senior management. Federal District. Home reader. Administrative Tax Process. Assignments. Resources. Overviews.

1 INTRODUÇÃO

Apesar de pouco divulgado no meio acadêmico, as decisões em processo administrativo fiscal contencioso e voluntário, no Distrito Federal, estão sujeitas a instâncias de julgamento.

Com efeito, segundo a exegese da Lei n. 4.567/11, infere-se que a apreciação ou revisão de autos de infração tributária, caso haja impugnação do contribuinte, deverá ser realizada no “palco” do regular processo administrativo contencioso tributário que, num primeiro momento, se desenvolve no âmbito da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal e, em instância revisora, no Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais (TARF).

Assim sendo, percebe-se que o estudo das atribuições institucionais do TARF se revela primordial na medida em que suas decisões causam grande repercussão na esfera da administração pública distrital. Ademais, é importante destacar que o tribunal tem competência para julgar processos administrativos fiscais de jurisdição contenciosa e voluntária, esta última somente a respeito de (i) reconhecimento de benefícios fiscais de caráter não geral, (ii) de autorização de adoção de regime especial de interesse do contribuinte e (iii) de restituição de impostos.

À jurisdição contenciosa compete o julgamento de processos administrativos fiscais, cuja matéria envolve a exigência do crédito tributário, que será formalizada em Auto de Infração, Auto de Infração e Apreensão ou em Notificação de Lançamento, nos termos do artigo 24 da lei em apreço.

Insta ressaltar a característica que o DF tem de ente híbrido da federação brasileira de modo que, na matéria tributária, detém competência cumulativa, isto é, pode instituir impostos de caráter estadual, como, por exemplo, o IPVA, como também tem competência para instituir tributos municipais, a exemplo do IPTU, conforme o disposto no artigo 147 da Carta Magna, o que gera muitas dúvidas quanto aos procedimentos necessários à constituição do crédito tributário pelo lançamento, provocando, por

vezes, discussões na esfera administrativa, mormente no TARF, sobre a legalidade desses procedimentos.

2 A COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FISCAL

O TARF é composto por quatorze conselheiros efetivos, sendo sete representantes dos Contribuintes e mais sete advindos da Fazenda do Distrito Federal, com o respectivo número de suplentes, todos nomeados pelo Governador do Distrito Federal para mandato de três anos. O critério para escolha desses conselheiros está previsto nos §§1º e 2º do art. 86 da Lei nº. 4.567/11.

Nessa toada, cumpre esclarecer que a escolha do Presidente do tribunal é feita entre os Conselheiros representantes do Distrito Federal; já o Vice-Presidente, é escolhido entre os Conselheiros dos Contribuintes, ambos para mandato de 1 (um) ano, de acordo com o dispositivo 87 da Lei n. 4.567/11.

No aspecto funcional, o TARF conta, efetivamente, com duas Câmaras e um Pleno, sendo suas decisões tomadas por maioria dos votos dos conselheiros. Por oportuno, registre-se que os casos envolvendo jurisdição voluntária são de competência exclusiva do Pleno, o qual é composto pela totalidade dos Conselheiros e Presidido pelo Presidente do TARF. Este também preside a Primeira Câmara, enquanto que a Segunda é presidida pelo Vice-Presidente, de acordo com o artigo 88 da lei supracitada.

3 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E DOS RECURSOS CABÍVEIS

Para se compreender o desenrolar do processo administrativo contencioso, deve-se, num primeiro momento, consignar que o crédito tributário é constituído pelo lançamento. Nessa toada, confira a lição de Carvalho (2014, p. 370) sobre o instituto lançamento tributário:

Lançamento tributário é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, simples, constitutivos e vinculados, mediante o qual se insere na ordem jurídica brasileira uma norma individual e concreta, que tem como antecedente o fato jurídico tributário e, como consequente, a formalização do vínculo obrigacional, pela individualização dos

sujeitos ativo e passivo, a determinação do objeto da prestação, formado pela base de cálculo e correspondente alíquota, bem como pelo estabelecimento dos termos espaço-temporais em que do crédito há de ser exigido.

Calha ainda transcrever o seguinte ensinamento do doutrinador De Santi (2014, p. 156) sobre o tema:

Nesta acepção restrita, definimos este conceito como de “lançamento” com o ato-norma administrativo que apresenta estrutura hipotético-condicional associando à ocorrência do fato jurídico tributário (hipótese) uma relação jurídica intranormativa (consequência) que tem por termos o sujeito ativo e o sujeito passivo, e por objeto a obrigação deste em prestar a conduta de pagar quantia determinada pelo produto matemático da base de cálculo pela alíquota.

Dessa maneira, constituído o crédito pelo lançamento e notificando-se o sujeito passivo dessa relação obrigacional tributária, este poderá impugná-lo, na forma e prazo previstos na Lei Distrital n. 4.567/11, o que provocará o desenrolar de um procedimento administrativo concatenado para viabilizar o pronunciamento decisório de órgão controlador da legalidade desse lançamento.

Desta decisão (que podemos chamar de primeira instância administrativa), havendo insurgência recursal do contribuinte, será provocada uma deliberação de órgão colegiado; no caso, o TARF, tudo com o intuito de viabilizar o exercício do controle da legalidade do lançamento.

Para corroborar a assertiva acima, confira o seguinte trecho da lição de Carvalho (2013, p. 911): “[...] o procedimento administrativo tributário se traduz num plexo de formalidades, armadas para o escopo de exercer o controle de legalidade de certos atos administrativos como o lançamento, a imposição de penalidades e a notificação”.

Desse modo, consubstanciado no artigo 43 da lei em questão, percebe-se que o julgamento administrativo do processo em jurisdição contenciosa compete em primeira instância ao Subsecretário da Receita,

esta competência é delegada à Gerência de Julgamento, nos moldes do parágrafo 1º do referido artigo.

Com efeito, caso o contribuinte não se conforme com o julgamento da primeira instância, poderá recorrer ao Tribunal Administrativo Fiscal, para provocar uma revisão da decisão por um órgão colegiado, cuja composição já foi mencionada alhures, tudo tendo como norte o controle da legalidade do lançamento.

Para se compreender o que seria esse controle, confira-se a seguinte lição de Darzé (2011) defendo que os tribunais administrativos devem apurar “o completo enquadramento de seus elementos compositivos às normas gerais e abstratas que lhe emprestam fundamento (erro de direito), bem como a correta utilização das técnicas linguísticas de certificação dos eventos (erro de fato), seja por iniciativa do próprio Fisco, seja por provocação do sujeito passivo tributário” (DARZÉ, 2011).

Isso nos permite defender que o TARF não exerce jurisdição, pois este é uma função inerente ao Poder Judiciário, que decide conflito intersubjetivo de interesses das partes litigantes, construindo-se uma norma jurídica a partir de uma interpretação que envolve do controle de constitucionalidade ou de direitos fundamentais. Nessa senda, confira a elucidativa lição abaixo transcrita:

[...] considerando-se a função jurisdicional exclusivamente no plano normativo, tem que a jurisdição do Estado Constitucional brasileiro formula, a partir de adequada justificativa, a norma jurídica que, para regular o caso conflitivo concreto, atribui sentido à lei em plena compatibilidade com os direitos fundamentais ou é resultado do controle de constitucionalidade (MARINONI et al, 2016, p. 92).

De tal sorte que o TARF, a despeito de não exercer jurisdição, é um Tribunal que tem por função primordial exercer o controle de legalidade do lançamento dentro do regular processo administrativo fiscal.

Dessa maneira, com a leitura atenta da Lei n. 4.567/11, percebe-se que o processo administrativo fiscal contencioso se vale de princípios constitucionais e institutos utilizados no direito processual civil e nas normas do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, mas guardando certas particularidades.

Com efeito, temos como princípios vetores nesse tipo de procedimento a ampla defesa e o contraditório, corolários do “devido processo legal”, bem como a segurança jurídica. Assim, tanto o contribuinte como a Administração Tributária terão limites de atuação dentro do procedimento administrativo fiscal impostos pelos arquétipos acima delineados.

Nesse sentido, percebe-se que a cláusula geral do devido processo legal previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, tem aplicação imediata no processo administrativo, como bem define Didier (2015, p. 63):

As leis, após o processo legislativo; as normas administrativas, após o processo administrativo; as normas individualizadas jurisdicionais, enfim, após um processo jurisdicional. Nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal. Pode-se, então, falar em devido processo legal legislativo, devido processo legal administrativo e devido processo legal jurisdicional. O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder.

De igual forma, temos a aplicação do vetor “segurança jurídica”, o qual possui como corolários a proteção, a confiança e a boa-fé. Nesse sentido, veja o que preceitua Pandolfo (2012) sobre “segurança jurídica”:

[...] Da mesma forma, os regimes jurídicos aplicáveis aos contribuintes deverão ser aqueles com os quais seus destinatários podiam razoavelmente contar, tendo em face deles estabelecido seus planos e realizado suas opções. Em homenagem à segurança jurídica, a norma nova não deverá se aplicar às relações constituídas no domínio da norma anterior, pois, de outro modo, todas as razoáveis expectativas sobre as consequências das opções dos membros seriam defraudadas. Afirmar que a segurança jurídica viabiliza o próprio Estado de Direito importa compreender que ela está diretamente ligada à confiança dos cidadãos no respeito, pelas instituições encarregadas pela inserção e definição das obrigações tributárias (Legislativo, Executivo e Judiciário), dos significantes e significados vigentes durante a ocorrência de cada fato jurídico tributário. O transcurso do tempo juridicamente positivado estabiliza – para certos efeitos e relações jurídicas – a possibilidade de alteração semântica e sintática do ordenamento.

Nesse cenário, cumpre observar que umas das técnicas de julgamento utilizadas pelo TARF, com a finalidade de prestigiar o “devido processo legal” bem como os princípios da economia processual, da instrumentalidade das formas e o da segurança jurídica consiste na possibilidade de se analisar o mérito da matéria recursal ainda que a autoridade julgadora de primeira instância não o tenha feito, porém, desde que se verifique nos autos elementos que possibilitem o julgamento do apelo, sem retorno à instância *a quo*, tudo para se buscar, no exercício do controle da legalidade do lançamento, a verdade material.

Para se entender o que vem a ser “verdade material”, vale transcrever o seguinte trecho do artigo de Darzé (2011):

[...] infere-se que a denominada busca da verdade material é, na verdade, um dever de investigação dirigido ao órgão julgador, que tem ampla liberdade para apurar os fatos, trazendo ao processo todos os dados (documentos, informações, etc.) sobre a matéria discutida, sem se ater apenas aos elementos carreados aos autos.

Além disso, caso as decisões do TARF, seja na jurisdição voluntária, seja na jurisdição contenciosa, apresentem omissão, contradição ou obscuridade, o interessado poderá manejar embargos de declaração. Insta ressaltar o prazo que a Lei estabelece, no artigo 96, para interpor embargos de declaração: 5 (cinco) dias, contados da publicação do acórdão.

Outro detalhe processual relevante é a possibilidade de se recorrer ao Pleno tendo por objeto atos (decisões monocráticas) do Presidente do TARF ou dos Presidentes das Câmaras, no prazo de 10 dias, contados a partir da ciência, formal, do referido ato, conforme o disposto no artigo 94 da Lei em apreço.

Quanto às decisões das Câmaras, caso não sejam passíveis de embargos declaratórios, o interessado poderá interpor ainda recurso extraordinário dirigido ao Pleno no prazo de vinte dias, contados da data da publicação do acórdão, nas seguintes hipóteses: (i) quando a decisão não for unânime; (ii) quando a decisão, proferida em voto de desempate do Presidente, for contrária à legislação ou à evidência dos autos; e (iii) quando decisão, embora unânime, divergir de outras decisões das Câmaras ou do Pleno do TARF quanto à interpretação do direito em tese, ou deixar de apreciar matéria de fato ou de direito que lhe tiver sido submetida.

Outrossim, nos casos em que a Fazenda do Distrito Federal, representada pela Procuradoria Geral do Distrito Federal, não interpõe recurso extraordinário, existe a previsão de remessa de ofício, no qual o Presidente da Câmara encaminhará os autos ao Pleno para reexame necessário, no prazo de vinte dias, se a decisão, não unânime, exonerar o sujeito passivo de crédito tributário de valor superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Com efeito, neste caso concreto, o acórdão somente produzirá efeitos após ser confirmado pelo Pleno.

Ressalte-se ainda que a Fazenda Pública do Distrito Federal, nos julgamentos do TARF, será representada por Procuradores do Distrito Federal. Porém, segundo disposição literal do parágrafo único do artigo 91 da Lei n.º 4567/11, a ausência do Procurador do Distrito Federal à sessão de julgamento não enseja a nulidade da eventual decisão tomada pelo órgão colegiado.

Portanto, com a impugnação do contribuinte ao lançamento, na forma e prazos legais, temos como desdobramento um procedimento administrativo concatenado para viabilizar o pronunciamento decisório de órgão controlador da legalidade desse lançamento, sendo o TARF o órgão de cúpula desse controle de legalidade dos atos de lançamento e consequente constituição do crédito tributário.

Nessa toada, convém registrar que tal verificação de legalidade viabiliza a inscrição desse crédito no respectivo “Livro de Dívida Ativa”, onde o ato de lançamento assume plena força de título executivo (liquidez, certeza e exigibilidade), representado pela Certidão de Dívida Ativa (CDA), consoante prevê a Lei n. 6830/1980.

Urge registrar ainda que, se houve a interposição de recurso do contribuinte e este foi provido pelo TARF, temos um posicionamento definitivo da Administração Pública Fazendária.

Desse modo, eventual discussão dessa decisão, na via judicial, provocada pelo Fisco caracterizaria a “*venire contra factum proprium*”, visto que o TARF compõe a Administração Pública Fazendária, o que significa dizer que o Fisco está questionando seus próprios atos, posição esta contraditória que malferiria o princípio da “segurança jurídica”.

Nesse sentido, confira-se a esclarecedora lição de Carvalho (2011, p. 160-161), *verbis*:

[...] O procedimento administrativo tributário se consubstancia numa sucessão de atos tendentes a exercitar o controle de validade do lançamento, a fim de que a Administração Pública aplique a lei tributária na forma exata e fiel. No decorrer desse procedimento, comparecem tanto o contribuinte como a autoridade fiscal, submetendo-se a julgamento do órgão administrativo competente. Ainda, insatisfeitas quaisquer das partes, é permitida a interposição de recursos, buscando, com isso, a manifestação de um órgão administrativo mais especializado, que esclareça eventuais dúvidas e proceda à apropriada aplicação da lei. Desse “jogo de linguagem” que é o procedimento administrativo, participam os particulares e a Administração, reconhecendo, ambos, a supremacia da deliberação do órgão competente, *in casu*, do CARF. Por essa razão, ultrapassada toda a fase do controle de legalidade do ato administrativo de lançamento, a última palavra do Ente Tributante a ele vincula. A decisão final do CARF favorável ao sujeito passivo é, portanto, “irreversível e imodificável”, ficando precluso o direito da Administração de reapreciar o ato por ela exarado, tanto no próprio procedimento em que foi praticado, com em novo julgamento, de natureza administrativa ou judicial.

Portanto, infere-se que o pronunciamento do TARF, em sede de controle de legalidade, representa a constituição do crédito tributário com maior rigor técnico, em que o lançamento é estudado e verificado por um órgão colegiado composto de forma paritária.

A consequência prática disso é que a inscrição em dívida ativa, do crédito examinado pelo TARF, formará um título executivo hábil à propositura de ação executiva fiscal com menores chances de questionamento judicial por parte dos executados.

4 SÚMULAS DO TARF

Por derradeiro, não se pode deixar de mencionar que as decisões do TARF, reiteradas na forma prescrita no §1º do art. 99 do aludido diploma legal, podem ser objeto de enunciados de súmula, as quais aprovadas, conforme o §2º do art. 99, possuem efeito vinculante em relação aos seus

órgãos julgadores e aos demais órgãos da administração tributária do Distrito Federal, a teor do que dispõe o *caput* do art. 100 da Lei nº. 4.567/11.

Ademais, para formular súmula, o referido tribunal deve ter decisões proferidas em pelo menos seis julgamentos em meses diversos. Caso sejam advindas das Câmaras, tais decisões devem ser unânimes. De outra sorte, se forem oriundas do pleno, devem ter a maioria. Nesse sentido, confira seis recentes importantes enunciados:

Súmula 001/2014. Enunciado: A isenção do IPVA de que trata o Art. 1º da Lei 4.733/2011 está condicionada à inexistência de débitos inscritos em dívida ativa até a data de aquisição do veículo.

Súmula 002/2014. Enunciado: A isenção do IPVA de que trata o Art. 1º da Lei 4.733/2011 está condicionada a que o veículo seja adquirido de revendedor estabelecido no Distrito Federal, conforme nota fiscal emitida.

Súmula 003/2015. Enunciado: Para efeitos do programa de concessão de créditos, Nota Legal, não pode ser afastada a obrigatoriedade da inserção da identificação do consumidor no Livro Fiscal Eletrônico, quando solicitada por ele a inclusão de seu CPF na nota ou cupom fiscal, em razão de dificuldades de ordem tecnológica ou operacional do contribuinte.

Súmula 004/2015. Enunciado: Estão obrigadas ao uso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF – as sociedades empresárias ou a estas equiparadas que exercem atividade de venda ou revenda de mercadorias ou bens a varejo e de prestação de serviços, ressalvadas os casos em que há dispensa pela legislação tributária.

Súmula 005/2015. Enunciado: Alterar informação anterior de doação para empréstimo, mediante a mera apresentação de declaração retificadora do IRPF desacompanhada de provas inequívocas, não descaracteriza a ocorrência do fato gerador do ITCD nem possui força para anular o lançamento do tributo.

Súmula 006/2015: Enunciado: Na hipótese de lançamento de ofício, a regra relativa à contagem do prazo de decadência é a disposta no art. 173, I, do CTN, independentemente de ter ocorrido pagamento parcial anterior do imposto.

5 CONCLUSÃO

Posto isso, constata-se que o TARF é órgão colegiado da administração fazendária do Distrito Federal responsável pela última palavra sobre a matéria contenciosa administrativa fiscal, na medida em que não há previsão legal para recurso do contribuinte ao Governador, o que revela a importância desse tribunal na formação e constituição do crédito tributário, com segurança jurídica e respeito ao devido processo legal.

Dessa maneira, eventual decisão final do TARF favorável ao contribuinte é, portanto, “irreversível”, ficando precluso o direito da Administração de reapreciar o ato por ela exarado, tanto no próprio procedimento em que foi praticado, com em novo julgamento, seja de natureza administrativa ou judicial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei N° 4.567, de 09 de maio de 2011. Regula o Processo Administrativo Fiscal.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positivção no Direito Tributário**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Editora Noeses, 2011. p. 160-161.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 2014. p. 370.

DARZÉ, Andréa Medrado. Preclusão da Prova no Processo Administrativo Tributário: Um Falso Problema. In: CARVALHO, Ana Carolina Papacosta Conte de [et al]. **Derivação e Positivção no Direito Tributário**: VIII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivim, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 156.

PANDOLFO, Rafael. **Jurisdição Constitucional Tributária**: Reflexos nos Processos Administrativo e Judicial. São Paulo: Noeses, 2012. p. 90.

A (IM) POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE DECLARA CONSTITUCIONAL ATO NORMATIVO IMPUGNADO EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Edvaldo Costa Barreto Júnior¹

RESUMO: O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos realizado de forma abstrata existe, no Brasil e no Direito comparado, com o objetivo de assegurar a supremacia da Constituição e preservar a estabilidade do sistema jurídico. A retirada do ordenamento jurídico da lei ou ato normativo incompatível com a Constituição obedece, no direito brasileiro, à teoria da nulidade. A decisão nessa seara opera, assim, efeitos retroativos, os quais podem ser modulados conforme expressa previsão legal, a fim de consagrar a segurança jurídica. Todavia, o objetivo do presente trabalho é investigar a possibilidade de serem modulados os efeitos da decisão que declara constitucional a norma impugnada, ratificando a sua presunção de constitucionalidade. Sobre o tema, tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de fazê-lo.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Controle de constitucionalidade das leis. Modulação dos efeitos da decisão em controle abstrato.

THE POSSIBILITY OR NOT OF MODULATION OF THE EFFECTS OF DECISIONS THAT DECLARE THE CONSTITUTIONALITY OF STATUTES CONTESTED IN JUDICIAL REVIEWS

ABSTRACT: Judicial review of laws and other norms exists in Brazil and in other countries in order to ensure Constitutional supremacy and to keep legal systems stable. The withdrawal of unconstitutional laws

1 Procurador do Distrito Federal, Advogado e Consultor Jurídico, Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Mestrando em Direito também pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, coautor do livro Direito Processual Civil, Ed. Método, São Paulo, Ex-Procurador Federal, lotado no INSS, Ex-Procurador Coordenador do Setor Consultivo do INSS de Montes Claros-MG; Chefe da Assessoria Jurídico-Legislativa do DFTrans. E-mail: edvaldo@abdf.adv.br

from Brazilian legal system follows the so-called “nullity theory”. Due to this fact, judicial reviews bring retroactive effects. These consequences may be, though, modulated in time, according to exceptional legal terms, to provide legal certainty to the system. Nevertheless, the main goal of this article is to investigate whether it is possible to modulate in time the effects of judicial reviews whose decisions confirm the compatibility of laws with the Constitution. In relation to the topic, Brazilian Supreme Court has been deciding affirmatively.

Key words: Constitutional. Judicial review of laws. Modulate in time the effects of judicial reviews.

INTRODUÇÃO

É possível haver modulação de efeitos, pelo Supremo Tribunal Federal, da decisão que declara constitucional norma impugnada por meio de um dos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade? Isto é, no Direito brasileiro, é facultado ao Supremo Tribunal Federal modular os efeitos de decisão que ratifica a presunção de constitucionalidade de determinada lei e declara a norma a ele submetida constitucional? É de se observar que não se está tratando das decisões em que se julga inconstitucional determinada lei ou ato normativo, oportunidade em que se expurga do ordenamento jurídico o ato normativo impugnado, pois, em relação a esta última hipótese, não há dúvidas ser possível a modulação. Está-se indagando acerca da modulação dos efeitos nas declarações de constitucionalidade das leis e não nas declarações de **in**constitucionalidades.

Com efeito, em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram inconstitucional determinada lei ou ato normativo, embora desde a criação do controle de constitucionalidade das leis no nosso ordenamento jurídico já fosse possível pensar na modulação dos efeitos, o legislador brasileiro positivou o tema quando editou a Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, ao dispor de forma expressa no seu artigo 27 ser facultado ao Supremo Tribunal Federal *“restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”*. A partir daí o direito posto deixou expresso o que de há muito era admitido pela jurisprudência como decorrência do princípio da segurança jurídica: a modulação dos efeitos da decisão que declara inconstitucional lei ou ato normativo.

A norma extraída do citado dispositivo legal é expressa ao limitar sua aplicação às decisões que expurgam a lei ou ato normativo do ordenamento jurídico ao declará-lo inconstitucional. Todavia, é silente em relação à possibilidade de modulação das decisões que declaram constitucional determinada lei ou ato normativo. Talvez assim o seja por ser aparentemente óbvio inexistir a necessidade de se modular a decisão que confirma a presunção de constitucionalidade da lei ou ato normativo. Ora, se está se confirmando uma constitucionalidade pré-existente, em princípio não é necessária qualquer modulação, já que, em tese, não haveria situação jurídica prejudicada diretamente pela decisão do Tribunal Supremo. Mas será que esta obviedade de confirma no mundo dos fatos?

É justamente a busca pela resposta a tais inquietações que impulsiona este trabalho. Buscar-se-á, assim, investigar se é possível haver modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal que confirmam a presunção de constitucionalidade da lei ou ato normativo submetido a julgamento em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Para tanto, iniciaremos o estudo traçando as principais características do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos com ênfase no controle abstrato. Em seguida, será apresentada a dicotomia existente entre a teoria da nulidade e a teoria da anulabilidade no que se refere à lei ou ato normativo editado em desacordo, material ou formalmente, com o Texto Constitucional. Depois, o objeto de estudo será a modulação temporal dos efeitos da decisão que expurgar a lei ou ato normativo do ordenamento jurídico e, ao final, nos debruçaremos acerca da possibilidade ou não de a modulação temporal dos efeitos ocorrer também nas decisões em que se reafirma a presunção de constitucionalidade da norma impugnada, com foco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Somente o controle concentrado e abstrato será aqui objeto de análise no que se refere à modulação temporal dos efeitos da decisão. Isto é, para fins metodológicos, o controle difuso e concreto de constitucionalidade não será aqui objeto de apreciação no que se refere à possibilidade ou não de modulação dos efeitos da decisão proferida naquela seara.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO - GENERALIDADES

Em qualquer nação que seja adepta do estado democrático de direito, a observância da hierarquia normativa é condição de estabilidade do sistema jurídico. Nesse contexto, a Constituição escrita, própria do

Estado Moderno, assume relevância ímpar por se encontrar no vértice da pirâmide normativa. É a chamada supremacia da Constituição, isto é, como garantia de sua estabilidade, todos os demais atos normativos encontram-se subordinados à Constituição, afigurando-se como complementares a ela. Sobre o tema nos deixou este legado Lassale (2001)²:

Sendo a Constituição a lei fundamental de uma nação, será – e agora já começamos a sair das trevas – qualquer coisa que logo poderemos definir e esclarecer, ou, como já vimos, uma força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são. Promulgada, a partir desse instante, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer, outras leis contrárias à fundamental.

Já especificamente em relação ao Direito brasileiro, ainda no que se refere à supremacia da Constituição, nos ensina Afonso da Silva (2015)³:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos dela estabelecidos.

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Lecionam, assim, Lassale e José Afonso da Silva, que os poderes constituídos devem total obediência à Constituição, sendo vedada a edição de leis ou atos normativos contrários a ela. Ocorre que, vez por outra, o resultado da atividade legiferante do legislador ordinário acaba por contrariar o Texto Constitucional. Nessas hipóteses, tem-se a chamada inconstitucionalidade do ato normativo.

Todavia, não é somente o ato normativo que é passível de ser considerado inconstitucional, como bem destaca Zavascki (2001):

2 LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stönnner. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 10.

3 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 48.

Comete-se inconstitucionalidade não apenas editando normas incompatíveis com a Constituição, mas também por atos individuais ou por omissões a ela contrários. [...] É equivocada, destarte, a ideia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da norma da Constituição, ou, em outras palavras, que apenas o legislar comete ofensa à Carta Magna. Na verdade, as “inconstitucionalidades” podem derivar do comportamento de vários agentes e ser perpetradas por diversos modos. Inconstitucional será o ato ou a omissão do particular não-compatível com o catálogo dos deveres que a Constituição lhe impõe ou com os direitos que assegura a outrem. Inconstitucional será também o ato ou a omissão do administrador público, quando não observar os mandamentos e princípios da boa administração ou não atender aos direitos subjetivos públicos previstos na Carta Constitucional. Inconstitucional será o ato do juiz que desrespeitar, no comando do processo, as garantias e prerrogativas dos litigantes. E assim por diante.⁴

Com efeito, será inconstitucional o ato normativo (ou qualquer outra conduta comissiva ou omissiva, na linha de ensinamento de Zavascki) quando este contrariar a Constituição, a sua força normativa, seja esta contrariedade de índole formal ou material, em relação ao seu conteúdo.

Inconstitucionalidade formal ocorrerá quando houver a edição de lei ou ato normativo em desconformidade com as regras ditadas na Carta Constitucional para a sua produção. Se, por exemplo, determinada Constituição determina que os assuntos relativos ao servidor público sejam tratados por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo, o resultado do processo legislativo deflagrado pelo parlamento nesse tema (lei) será formalmente inconstitucional.

A seu turno, a inconstitucionalidade material terá lugar quando o ato violar o conteúdo normativo da Carta Magna. É o caso, *verbi gratia*, de determinada lei que preveja a pena de morte como sanção aplicável na hipótese de crime mesmo havendo vedação expressa na Constituição quanto ao ponto.

A inconstitucionalidade poderá, também, ser total, parcial ou apenas relativa a uma ou mais forma de interpretação do texto legal. Total, por óbvio, ocorrerá quando a inconstitucionalidade do ato atingir todo a sua extensão, a sua inteireza. Parcial, a seu turno, terá lugar quando apenas parte do texto for incompatível com a Constituição. Por fim, quando se está diante de ato normativo multívoco, ou seja, que comporte diversas interpretações, caso uma delas for incompatível com a Lei Maior, diz-se

4 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 13-14.

que aquela forma de interpretar é inconstitucional e, portanto, a declaração de inconstitucionalidade será sem a redução do texto.

Por fim, a inconstitucionalidade pode ser classificada também como “por ação” ou “por omissão”. A inconstitucionalidade por ação ocorrerá quando a o ato normativo incompatível for resultado de uma conduta comissiva do Legislativo ou do Executivo, ou seja, quando estes poderes constituídos atuam editando determinado ato normativo. Ao passo que será considerada inconstitucional a omissão quando, diante de um comando constitucional, os poderes constituídos e por ela obrigados quedarem-se inertes.

Acerca da inconstitucionalidade por omissão, nos ensina Canotilho (1998)⁵:

O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever legal de legislar para dar fundamento a uma omissão constitucional.

Repise-se que a inconstitucionalidade por omissão não ocorre apenas quando a obrigação constitucional é imposta ao legislador, mas também quando o é em relação ao administrador. Ou seja, existindo uma inação do administrador em face de uma determinada imposição constitucional, ter-se-á também inconstitucionalidade por omissão, mas na seara administrativa.

Uma vez fixadas as premissas acerca dos embasamentos teóricos e práticos da inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos, cumpre tecer breves comentários acerca dos instrumentos de controle de constitucionalidade daqueles atos.

No Brasil, o controle de constitucionalidade das omissões e das ações manifestadas por meio de leis ou atos normativos é prevalentemente exercido pelo Poder Judiciário, mas não exclusivamente por ele. Fora do âmbito judicial, há, por exemplo, o controle feito preventivamente pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, que examinam a compatibilidade do projeto de lei com a Constituição da República, repelindo-o, na hipótese de ser identificada flagrante inconstitucionalidade.

5 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1998. p. 917.

Considerando o escopo do presente estudo, o controle preventivo de constitucionalidade não será aqui objeto de exame. Limitar-nos-emos à investigação das peculiaridades relativas ao controle repressivo da constitucionalidade das leis e dos atos normativos feito pelo Poder Judiciário, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, nesta perspectiva, o controle de constitucionalidade dos atos normativos pode ser genericamente classificado em controle difuso e controle concentrado. Esta é primeira grande classificação do controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos.

Difuso é o controle de constitucionalidade repressivo do ato normativo passível de ser exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário em qualquer grau de jurisdição. É dizer, pode ser feito não somente pelos juízes de primeira instância, como também pelos tribunais, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal, mas sempre em um dado caso concreto e de forma incidental à demanda.

Diz-se que o controle difuso sempre será feito de forma incidental, pois não poderá o órgão do Judiciário, nessa espécie de controle de constitucionalidade, julgar o pedido de declaração de inconstitucionalidade como pedido principal na demanda. Quando o juiz singular de primeira instância estiver diante de um ato normativo que ele repute inconstitucional, por exemplo, ele deve declarar a sua inconstitucionalidade de forma incidental, afastando a sua aplicabilidade naquele caso concreto, e entregar o bem da vida vindicado pela parte. Não poderá, todavia, expurgar do ordenamento jurídico o ato declarado inconstitucional de forma incidental, conferindo eficácia *erga omnes* à sua decisão. A eficácia do seu pronunciamento será sempre *inter partes*.

A seu turno, o controle concentrado é aquele exercido diretamente pelo Tribunal. Essa espécie de controle, no Direito brasileiro, pode feita pelos Tribunais de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, a depender da origem do ato normativo impugnado. Uma lei federal, por exemplo, somente poderá ser impugnada, pela via do controle concentrado, perante o Supremo Tribunal Federal. Determinada lei estadual, por sua vez, poderá sê-lo tanto perante o Tribunal de Justiça, na hipótese de parâmetro normativo violado fazer parte da Constituição Estadual, como perante o Supremo Tribunal Federal, quando a norma tida por violada for da Constituição da República.

No controle de constitucionalidade feito em decorrência da ação dos poderes constituídos, ou seja, quando existir ato normativo

contrário à Constituição, os instrumentos postos à disposição dos legitimados são: a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica; Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva; Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O objetivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade é expurgar do mundo jurídico a lei ou o ato normativo incompatível com a Constituição. A ação declaratória de constitucionalidade, a seu turno, tem por objetivo confirmar a presunção de constitucionalidade da norma infraconstitucional em relação à qual há controvérsia acerca da sua constitucionalidade nos demais órgãos do Poder Judiciário.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, inovação do Direito brasileiro⁶, é espécie de demanda submetida à jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal “vocacionada a proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do poder público”, conforme nos ensina Cunha Júnior⁷. Trata-se de demanda subsidiária em relação às ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, além de ser possível por meio dela realizar também, conforme mais uma vez ensina Cunha Júnior (2006)⁸:

O controle abstrato de constitucionalidade do direito ordinário pré-constitucional, do direito municipal contestado diretamente em face da Constituição Federal e dos atos normativos secundários (infralegais) e até dos atos administrativos materiais e concretos do poder público, além de ter possibilitado um controle incidental-concentrado de constitucionalidade [...].

Por sua vez, a Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva, ou representação interventiva, terá lugar quando houver violação dos chamados princípios constitucionais sensíveis. Destaca Gilmar Mendes que “no Estado Federal a Constituição impõe deveres aos Estados-membros, cuja inobservância pode acarretar providências de índole interventiva, visando a assegurar a integridade do ordenamento constitucional” e

6 Nesse sentido destaca Dirley da Cunha Júnior: “A arguição de descumprimento fundamental é uma criação brasileira, sem paralelo no direito comparado.” [CUNHA JR., Dirley da. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Edições Jus Podivm, 2006. p. 432].

7 Id.

8 Ibid.

conclui que “a violação de um dever pelo Estado-membro é condição da intervenção federal”⁹.

Por outro lado, quando se estiver diante de uma omissão estatal constitucionalmente qualificada, o instrumento posto à disposição dos legitimados é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Busca-se por meio dela sanar a inação do legislador ou do administrador que até então havia deixado de atender os comandos constitucionais relativos à obrigação submetida a exame em sede de controle de constitucionalidade.

As ações de controle concentrado de constitucionalidade instauram processos abstratos. Ou seja, são demandas que existem sem que haja um caso concreto subjacente. Também por essa razão, tratam-se de ações objetivas, já que inexistem partes, existindo apenas “entes legitimados a atuar institucionalmente, sem outro interesse que não o da preservação do sistema de direito”¹⁰. Não há também lide, nos estritos termos do conceito carneluttiano, pois não há pretensão qualificada pela resistência da outra parte (lembrar-se de que sequer há partes).

Outra característica própria das ações de controle concentrado é sua eficácia *erga omnes*. Ou seja, as decisões proferidas em sede dessas ações possuem força cogente em relação a todos os indivíduos e é vinculante em relação aos demais Poderes.

Existem diversas outras características que poderiam ser referenciadas em relação às ações de controle concentrado de constitucionalidade, mas expô-las neste momento escaparia aos limites do presente trabalho.

Todavia, uma importante peculiaridade ainda deve ser destacada: as ações de controle concentrado de constitucionalidade são consideradas como ações dúplices. Isto é, quando se julga improcedente o pedido formulado no bojo de determinada Ação Direta de Inconstitucionalidade, está-se confirmando a constitucionalidade da norma impugnada. Ao passo que, quando se julga improcedente o pedido formulado em sede de ação declaratória de constitucionalidade, está-se declarando inconstitucional a norma em exame.

Esta concepção, inclusive, foi consagrada pelo legislador no art. 24 da Lei n.º 9.868/99:

9 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 1336.

10 ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit., p. 43.

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Tal peculiaridade é de fundamental importância para o presente trabalho, consoante será explorado mais adiante.

Outrossim, quando uma decisão do Supremo declara inconstitucional determinada lei ou ato normativo, uma relevante indagação pode ser levantada pelos indivíduos que tenham contato inicial com a matéria: esta decisão opera efeitos (*ex tunc*) ou para o futuro somente (*ex nunc*)? Considerando a relevância do tema para este estudo, responderemos ao questionamento em capítulo específico, conforme a seguir.

2 PRINCÍPIO DA NULIDADE VS. PRINCÍPIO DA ANULABILIDADE

A análise de qualquer ato jurídico, seja ele normativo ou não, sempre deve passar pelo exame dos três planos distintos: plano da existência, plano da validade e plano da eficácia. Sobre o tema, versando especificamente sobre os três planos distintos relativos aos atos normativos, esclarece Perez (2014):

Do que se infere da doutrina, em apertada síntese, existência é questão afeta ao mundo dos fatos, evidenciada pela incorporação da norma a um sistema de direito positivo; validade é a relação de conformidade da norma jurídica com as normas que lhe são superiores; vigência é a condição mínima para a norma estar apta a produzir efeitos; e eficácia é a produção dos efeitos previstos na norma, em face da efetiva ocorrência do suporte fático¹¹.

Tomando por base essa linha de raciocínio, a inconstitucionalidade de determinado ato normativo atua no campo da validade, uma vez que foi editado em desconformidade com a norma que lhe é superior, a Constituição, no caso. Em complemento, “o problema da inconstitucionalidade situa-se no plano da validade dos atos legiferantes, pressupondo a existência do ato e afetando-o ou podendo afetá-lo no plano da eficácia”¹².

11 PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade**: a modulação dos efeitos temporais. Teoria constitucional e aplicação. Curitiba: Editora Juruá, 2014. p. 48.

12 RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62-63.

Em outras palavras, em que pese o ato normativo produzido em desconformidade com o Texto Constitucional ser evidentemente inválido, ele existe, por possuir os seus elementos estruturantes, e pode ou não produzir efeitos, podendo, assim, atuar no plano da eficácia.

Embora seja óbvio considerar o ato normativo incompatível com a Constituição inválido, essa obviedade não costuma estar expressa nos textos constitucionais, quer no Direito comparado, quer nas constituições que já vigoraram no Brasil e na que atualmente vige, a de 1988.

Na realidade, a decretação de inconstitucionalidade dos atos incompatíveis com a Constituição trata-se de uma das formas de assegurar a sua força normativa, como bem salientam Mendes e Gonet (2011):

Não se afirma, hoje, o dogma da nulidade com a mesma convicção de outrora. A disciplina emprestada aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo constituinte austriaco (1920-1929) e os desenvolvimentos posteriores do tema no direito constitucional de diversos países parecem recomendar a relativização dessa concepção unitária de inconstitucionalidade.

É inegável, todavia, que a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica.

Nessa linha de entendimento, assenta Kelsen que uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória. E não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou o ato inconstitucional, porquanto tal providência não o retira do ordenamento jurídico. Faz-se mister a existência de órgão incumbido de zelar pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição.¹³

Ante a lacuna nos mais diversos textos constitucionais acerca dos efeitos da decisão que decreta a inconstitucionalidade, coube à doutrina e à jurisprudência indicar qual o rigor da sanção atribuível ao ato normativo que for produzido em desconformidade com a Carta Magna, como bem destaca Zavascki (2011):

A sentença que afirma a constitucionalidade da norma tem natureza declaratória: ela declara que a norma é compatível com a Constituição e, consequentemente, é válida. Da mesma forma, é declaratória a sentença que afirma a inconstitucionalidade. É que o vício da inconstitucionalidade

13 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 1057.

acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no Supremo Tribunal Federal e abonada pela doutrina dominante entre nós¹⁴.

Observa-se, assim, que a teoria dominante no sistema jurídico brasileiro é a da nulidade, segundo a qual a lei ou ato normativo editado em desconformidade com a Constituição deve ser considerado nulo desde a sua origem. A decisão judicial que reconhece a sua inconstitucionalidade, como regra, opera, assim, efeitos retroativos, possuindo eficácia *ex tunc*.

Todavia, em contrapartida, embora a teoria ou princípio da nulidade seja o aplicável no sistema jurídico brasileiro, não se pode negar a existência da doutrina que prega que o ato normativo inconstitucional é anulável e que a decisão que decreta a sua inconstitucionalidade não a declara, mas desconstitui a norma até então vigente. É verdade que não se trata de doutrina dominante no Direito brasileiro, como bem destacado por Teori Zavascki no excerto acima, mas não é possível relegar a sua existência.

O entendimento segundo o qual o ato normativo editado em desconformidade com a Constituição é anulável decorre precipuamente do fato de que as leis gozam de presunção relativa de constitucionalidade, presunção esta que somente poderá ser afastada mediante decisão judicial nesse sentido.

O modelo de controle de constitucionalidade austríaco, ainda com base nos ensinamentos de Hans Kelsen, segue esse entendimento, conforme destacam Alvim, Thamay e Granado (2014):

O sistema austríaco, anunciado por Hans Kelsen, com maior cautela, afasta a teoria da nulidade, adotando a teoria da anulabilidade com variantes, podendo a decisão ter efeitos prospectivos, inclusive, diferentemente do que vinha sendo observado pelo sistema estadunidense¹⁵.

Também se debruçando sobre o modelo austríaco, nos ensinam Martins e Mendes (2009):

O modelo austríaco não reconhece caráter meramente declaratório à pronúncia de inconstitucionalidade. Já em 1932 deixava assente

14 ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit., p. 48.

15 ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. **Processo Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 116.

o *Verfassungsgerichtshof* que “uma lei contrária à Constituição não é inválida, ou melhor, não é absolutamente nula, mas sim um ato inconstitucional, que preserva força jurídica até a cassação” [...]

A pronúncia de nulidade tem eficácia *ex nunc* (a contar da data da publicação do julgado), salvo se o Tribunal estabelecer prazo para entrada em vigor da cassação (Constituição, art. 140, §5º, 2º período). De qualquer forma, esse prazo não exceder dezoito meses (art. 140, §5º, 3º período)¹⁶.

São ainda mais lapidares os ensinamentos de Perez (2014) sobre o tema:

Como restou demonstrado em momento anterior, Hans Kelsen organizou um modelo de fiscalização que, dentre outras notas, privilegiava a segurança jurídica e outros valores constitucionais, por preservar efeitos da norma inconstitucional e evitar mudanças repentinas no plano normativo. Ainda, o modelo proposto evidenciava o respeito ao produto das opções políticas formuladas pelos representantes do povo com assento no Parlamento, enaltecendo as instituições da democracia. Mediante o manejo de recursos previstos no próprio ordenamento, era possível preservar a validade da norma, até o advento do ato invalidatório¹⁷.

O que se observa, desse modo, é que a teoria ou princípio da anulabilidade, cujo maior expoente foi Hans Kelsen, privilegia a segurança jurídica, uma vez que assegura a manutenção das relações formadas sob a égide da lei ou do ato normativo que teve posteriormente a sua constitucionalidade desconstituída. Tal opção privilegia também a democracia, já que assegura a produção de efeitos, ainda que contrários à Constituição, dos atos normativos que emanaram dos representantes do povo na Casa Legislativa.

Nessa ordem de ideias, considerando o Direito comparado, convivem, de um lado, a teoria da nulidade, que prega que ato normativo inconstitucional o é desde a sua origem, possuindo a decisão que reconhece tal inconstitucionalidade natureza jurídica declaratória e, portanto, opera efeitos *ex tunc*, retroativos; e, do outro, o modelo austríaco, que prega que o ato inconstitucional é anulável e a decisão que reconhece a sua

16 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 499.

17 PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Op. cit., p. 115.

inconstitucionalidade tem natureza constitutiva ou mais especificamente constitutiva negativa, ou seja, os efeitos temporais da decisão são *ex nunc*.

No Direito brasileiro, como visto, a despeito da lacuna constitucional a respeito do tema, a doutrina e a jurisprudência já se posicionaram de há muito no sentido de ser nulo o ato normativo editado em desconformidade com a Constituição. Mas, não obstante, o legislador infraconstitucional tratou de consagrar o entendimento já reinante no seio doutrinário e jurisprudencial.

Com efeito, a Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, reconheceu expressamente que a natureza jurídica da decisão, em sede de controle concentrado, que reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é declaratória, conforme consta da primeira parte do artigo 27: “ao **declarar** a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo...”, dentre outros exemplos espalhados naquele diploma normativo.

Ao assim proceder, o legislador positivou o entendimento firmado de há muito no seio jurisprudencial e doutrinário no sentido de que o Direito brasileiro curvou-se à teoria ou princípio da nulidade da lei ou ato normativo inconstitucional.

Todavia, em que pese a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo operando efeitos retroativos (*ex tunc*) ser a regra no ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência de razões de segurança jurídica, relevante interesse social ou qualquer outro bem também tutelado pelo Texto Constitucional, sempre se admitiu a modulação dos efeitos temporais daquela decisão, antes mesmo da expressa previsão legislativa, sob o argumento de que

[...] A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a **proteção da confiança legítima** [...] [ADI-QO 4425, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 25/03/2015, publicado em 04/08/2015, Tribunal Pleno].

Considerando a especificidade do tema e a sua relevância para o presente estudo, trataremos em tópico destacado a seguir.

3 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE JULGA INCONSTITUCIONAL LEI OU ATO NORMATIVO

Como visto, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal tem o condão de expurgar do ordenamento jurídico a regra legal impugnada. Adotando-se o princípio da nulidade, tal como o é pelo Direito brasileiro, todas as relações jurídicas perfectibilizadas sob a égide daquela lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela Corte Suprema seriam atingidos pela decisão judicial.

Ocorre que a aplicação pura e simples do princípio da nulidade a todos os casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo acabaria por violar a segurança jurídica, já que, em última instância, poderia atingir, em tese, até mesmo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada - direitos fundamentais cristalizados no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil - aperfeiçoadas sob a batuta da lei ou ato normativo posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Foi justamente para evitar estas incongruências do sistema de controle de constitucionalidade das leis que a doutrina e a jurisprudência de há muito admitiram a modulação dos efeitos da decisão. É dizer, restringe-se a eficácia da decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade para salvaguardar a segurança jurídica. De há muito o Supremo Tribunal Federal adotou este posicionamento¹⁸.

A modulação dos efeitos é, assim, nos dizeres de Carlos Alberto Navarro Perez, “espécie de provimento intermediário da jurisdição constitucional, tendente a ajustar, no tempo, o alcance da sanção, de modo a evitar lesão ao princípio da segurança jurídica ou a outro interesse tutelado pela Constituição”¹⁹.

Em que pese a extirpação, desde a sua origem, do ato normativo editado em desconformidade com a Constituição ser a melhor opção do ponto de vista sistêmico, nem sempre esta regra poderá ser observada em razão do princípio da segurança jurídica, razão pela qual por vezes é necessário lançar mão da modulação temporal dos efeitos da decisão judicial.

18 O entendimento de que a modulação dos efeitos da decisão, como decorrência do princípio da segurança jurídica, sempre foi possível pode ser exemplificado nos seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029.

19 PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Op. cit., pág. 123.

4 MODULAÇÃO COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como visto, o princípio da segurança jurídica foi, é e sempre será um dos nortes principais para fins de se estabelecer a necessidade ou não de haver modulação temporal dos efeitos da decisão judicial que declara, no sistema brasileiro, a nulidade de determinada lei ou ato normativo.

A observância do princípio da segurança jurídica no dimensionamento (ou modulação) dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade da lei faz-se necessária a fim de evitar o atingimento de situações jurídicas já consolidadas. Tais situações jurídicas, assim como a higidez constitucional, são igualmente tuteladas pela Constituição, a teor do que dispõe o artigo 5º, XXXVI, do Texto Constitucional, por exemplo.

O objetivo da declaração de inconstitucionalidade é restaurar o estado de constitucionalidade por ela violado: declara-se nulo o ato normativo, expurgando-o do ordenamento jurídico, a fim de que a constitucionalidade sistêmica seja restabelecida. Mas nem sempre a declaração de nulidade, ao operar efeitos retroativos, restabelecerá o estado de constitucionalidade, já que, em determinadas situações, o princípio da segurança jurídica poderá ser violado, o que acabará por acarretar outra situação de inconstitucionalidade, mas, desta feita, no caso concreto. Daí a necessidade de fazer a modulação temporal dos efeitos da decisão.

Comefeito, tem-se, assim, uma ambiguidade na aplicação do princípio da segurança jurídica nas decisões que declaram a inconstitucionalidade da norma: de um lado, os indivíduos que confiaram na sua presunção de constitucionalidade e, com base nela, consolidaram situações jurídicas e, do outro, os indivíduos que confiaram na aplicação de sanção para o ato normativo editado em desconformidade com a Constituição.

São lapidares as lições de Ávila (2014) quanto ao ponto:

[...] a decisão de manter os efeitos de atos inválidos com base no princípio da segurança jurídica deve analisar todos os efeitos decorrentes da inversão da consequência normal pelo descumprimento das normas: a mesma segurança jurídica que pode ser usada para manter as leis contrárias à Constituição com a finalidade de proteger a confiança de alguns que confiaram na validade de leis cuja constitucionalidade era presumida também pode ser utilizada com o fim de proteger a confiança de outros que confiaram na aplicação da consequência prevista para o descumprimento das leis contrárias à Constituição²⁰.

20 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 555.

É justamente por haver o conflito segurança jurídica *versus* segurança jurídica que a modulação dos efeitos deve ser encarada de forma excepcional, como mais uma ressalta Ávila (2014):

O caso objeto de modulação eficaz deve ser realmente excepcional. Essa excepcionalidade deve estar vinculada à dificuldade de repetitividade no caso no futuro. Toda manutenção de efeitos passados de leis inconstitucionais envolve um “contrassentido”: como a norma constitucional, que deveria ter sido respeitada, foi violada, mas os efeitos da violação não foram desencadeados, a transgressão constitucional é, ainda que indiretamente, incentivada, pela ausência de consequências decorrentes da violação. Sendo assim – e utilizando uma linguagem mais afeita ao tema da segurança jurídica –, toda manutenção de efeitos de leis inconstitucionais envolve um conflito interno entre as dimensões temporais da própria segurança jurídica: mantém-se a segurança jurídica no passado, pela preservação da intangibilidade dos atos praticados ou dos efeitos produzidos, mas, ao mesmo tempo, restringe-se a segurança no futuro, pelo incentivo à prática de novo ato inconstitucional²¹.

Assim, em que pese a segurança jurídica ser o vetor para se efetuar a modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, ela também o será para negar a sua efetivação quando se leva em consideração a justa expectativa dos indivíduos de ver a correta sanção aplicada às leis editadas em desconformidade com a Constituição: declaração de nulidade com efeitos retroativos. É essa ponderação que deve ser feita pelo Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição República Federativa do Brasil.

a. OS CONTORNOS DADOS PELO LEGISLADOR BRASILEIRO

A despeito da excepcionalidade da medida, o legislador ordinário trouxe requisitos que devem ser observados pelo Supremo Tribunal Federal quando pretender conferir eficácia prospectiva às suas decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Com efeito, como já indicado anteriormente, desde o ano de 1999, vigora, no ordenamento jurídico brasileiro, regra expressa acerca da possibilidade de se fazer a modulação temporal dos efeitos da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade. Está-se falando da Lei n.º 9.868/99, mais precisamente acerca do seu artigo 27:

21 Id., p. 580.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A roupagem legal brasileira plasmada neste artigo 27 “foi inspirada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha”²², conforme destaca Humberto Ávila. Indica, ainda, o professor da Universidade de São Paulo (USP), que, embora o Tribunal Alemão possua várias formas de atribuir efeitos a decisões,

Normalmente, quando entende que a lei é incompatível com a Constituição, o Tribunal profere uma declaração de inconstitucionalidade, cujo efeito é a declaração de inconstitucionalidade desde o início da vigência da lei incompatível com a Constituição, com a sua consequente cassação. Ao lado desse tipo de decisão há também a declaração de incompatibilidade²³.

Em relação à declaração de incompatibilidade do Tribunal Alemão, complementa o citado autor:

Na declaração de incompatibilidade, o Tribunal, apesar de considerar que a lei viola a Constituição, decide manter os efeitos da lei para o passado ou para algum momento no futuro, por entender que a só declaração de nulidade da lei não restauraria, ou, pelo menos, não automaticamente, o estado de constitucionalidade²⁴.

A declaração de incompatibilidade no Direito alemão corresponde à modulação temporal dos efeitos positivada pelo legislador brasileiro no artigo 27 da Lei 9.868/99.

Pelo teor do dispositivo, percebem-se os seguintes condicionantes legais para que o Supremo Tribunal Federal possa modular os efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ADC e ADI: i) segurança jurídica ou excepcional interesse público (requisito material ou subjetivo); ii) maioria de dois terços de seus membros (requisito formal ou objetivo). A consequência, ainda segundo o dispositivo, é a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal “restringir

22 Ibid., p. 518.

23 Ibid., p. 518.

24 Ibid., p. 518-519.

os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Quanto ao requisito objetivo, qual seja, a maioria de dois terços dos seus membros, é de fácil constatação. Considerando que o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 (onze) Ministros, a maioria de dois terços será formada pelo voto de 8 (oito) deles.

O que merece destaque quanto a este requisito é uma aparente incongruência do sistema. É que, para que determinada lei ou ato normativo sofra a sanção da nulidade por meio da declaração de inconstitucionalidade, basta o voto favorável da maioria absoluta dos membros do Tribunal, ou seja, 6 (seis) votos, considerando que a Corte esteja com a sua composição completa. Enquanto que, para se modular os efeitos temporais de uma decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade, é necessário um quórum mais qualificado: 8 (oito) dos 11 (onze) julgadores.

O sistema considera, assim, mais grave e, portanto, exige maior rigorismo, a modulação temporal dos efeitos da decisão do que a pronúncia de inconstitucionalidade propriamente dita. Parece haver, assim, uma contradição: como pode a medida mais extrema, que é a extirpação do ato normativo do mundo jurídico, possuir requisito objetivo mais simplório do que a medida mais *simples*, o dimensionamento temporal dos efeitos da decisão? Em que pese a aparente incongruência, este é o regramento que vigora atualmente no Direito brasileiro.

Quanto aos requisitos de ordem material, por sua vez, quais sejam, “razões de segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social”, sua identificação é muito mais subjetiva. E, além disso, por tratarem-se de conceitos abertos e indeterminados, as razões de segurança jurídica e o excepcional interesse social não podem ser identificadas de forma apriorística, mas, sim, à luz do caso concreto.

É dizer, não há uma fórmula pré-determinada que indique se essa ou aquela situação jurídica formada sob a égide do ato normativo declarado inconstitucional se enquadra no conceito de “razões de segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”; o exercício de subsunção dos casos concretos (situação jurídica) à hipótese legal (segurança jurídica e relevante interesse social) deve ser feito caso a caso, julgamento a julgamento.

Com o intuito de ao menos trazer balizas para o preenchimento destes requisitos, Ávila (2014) propõe que se adote, no mínimo, as seguintes condutas:

- (a) Fundamental (expressamente) qual é a norma constitucional cuja utilização está servindo de justificativa para a manutenção dos efeitos pretéritos do ato inconstitucional; justificar (expressamente) o afastamento da regra da nulidade *ex tunc* do ato inconstitucional.
- (b) Justificar (expressamente) a necessidade imperiosa do afastamento da regra de nulidade *ex tunc* do ato inconstitucional para a manutenção do estado de constitucionalidade.
- (c) Comprovar (documental ou presumidamente, quando possível) os efeitos negativos decorrentes da decretação de nulidade *ex tunc* do ato inconstitucional para o estado de constitucionalidade²⁵.

Assim, para se concretizar a modulação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, é de todo recomendável que o Tribunal demonstre qual seria o impacto negativo em relação às situações jurídicas consolidadas à luz do ato inconstitucional. Somente assim poder-se-ia conferir concretude aos conceitos indeterminados previstos no artigo 27 da Lei n.º 9.868/99.

Para se concluir o tema, duas outras observações fazem-se necessárias: a) o art. 11 da Lei 9.882/99 faculta ao Supremo Tribunal Federal a modulação temporal dos efeitos da decisão também em sede de arguição de descumprimento fundamental nos mesmos moldes do art. 27 acima mencionado; e b) o novo Código de Processo Civil de 2015 traz regras pormenorizadas em relação à impugnação de título executivo judicial firmado à luz de ato normativo que foi posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no [art. 523](#) sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

[...]

III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

25 Ibid., p. 594.

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

5 DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

Pelo exposto até aqui, em sede de declaração judicial de **in**constitucionalidade de lei ou ato normativo não remanesce a menor dúvida acerca da possibilidade de haver modulação temporal dos efeitos da decisão. E quanto à possibilidade de se modular os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal que reafirmar a presunção de constitucionalidade do ato normativo submetido a exame? É justamente a resposta a esta indagação que buscaremos identificar nesse momento.

Como parâmetro inicial de discussão, tomaremos por base a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos embargos de declaração opostos em face do acórdão proferido no julgamento do mérito da ADI 3.756/DF.

A Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 3.756/DF, com o objetivo de questionar o inciso II do §3º do art. 1º, bem como os incisos II e III do art. 20 da Lei Complementar n.º 101/00, Lei de Responsabilidade Fiscal. Segundo a autora,

Se o Distrito Federal tem seus poderes organizados à semelhança do modelo previsto para os Municípios, não é razoável atribuir-lhe, no que diz respeito à repartição de despesas entre Poderes, o mesmo tratamento dispensado aos Estados, cuja organização é bastante distinta daquela reservada pelo texto constitucional ao Distrito Federal. [...] a interpretação de que toda e qualquer referência da LRF aos Estados abarca o Distrito Federal, haveria uma dupla violação ao princípio da isonomia, pois, ao impor ao Distrito Federal a repartição observada pelos Estados, a LRF estaria, ao mesmo tempo, afastando a possibilidade de ser observada a repartição prevista para os Municípios.²⁶

Ao final, a Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal pugnou:

Redução sistemática do alcance literal dos artigos 1º, §3º, inciso II, e 20, II, da LRF, de modo a prevalecer que: a) a referência da LRF aos Estados somente alcança o Distrito Federal quando isso se revelar cabível; b) a fórmula de repartição, entre os órgãos dos Estados, do limite global de despesas com pessoal não é aplicável ao Distrito Federal; c) deve o Distrito Federal observar a fórmula de repartição do limite global prevista para os Municípios, uma vez que com eles guarda identidade quanto à organização político-administrativa²⁷.

Pelo que se percebe do pedido, a Mesa Diretora questionava por meio da Ação Direta a aplicabilidade do limite de 3% (três por cento) em relação aos gastos do Poder Legislativo com pessoal, entendendo que a interpretação correta seria o índice de 6% (seis por cento), ao argumento de que, na espécie, o Distrito Federal se aproximaria muito mais da natureza jurídica de município do que da de Estado.

Ao final do trâmite processual, os pedidos formulados na ação foram julgados integralmente improcedentes à unanimidade. Isto é, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal indicados, concluindo que ao Poder Legislativo do Distrito Federal deve ser aplicado o índice máximo de 3% (três por cento) no que se refere ao limite global para gastos com pessoal.

Em face do acórdão, a Mesa Diretora autora opôs Embargos de Declaração aduzindo, em síntese, que, pautada na Decisão n.º 9.475/00 do Tribunal de Contas local, a Câmara Legislativa do Distrito Federal havia interpretado, desde então, no sentido de que, no que se refere ao limite de gastos com o pessoal, deveria ser observado o percentual de 6% (seis por

26 O excerto foi extraído da petição inicial da ADI 3.756/DF às fls. 17 e 21.

27 Id., p. 26.

cento) e não 3% (três por cento), diversamente do que entendeu o Supremo, razão pela qual a embargante requereu que o Tribunal modulasse no tempo os efeitos da decisão.

Em que pese a estranheza inicial do pedido, já que, ao julgar improcedentes os pedidos formulados na Ação Direta de Inconstitucionalidade o Tribunal reconheceu a presunção de constitucionalidade da norma impugnada, os declaratórios foram acolhidos para esclarecer que o cumprimento da decisão deveria ocorrer a partir da publicação da ata de julgamento do mérito da ADI 3.756, conforme se observa da sua ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ILEGITIMIDADE RECURSAL DO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. ACOLHIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS MANEJADOS PELA MESA DA CÂMARA DO DISTRITO FEDERAL. [...] 2. No julgamento da ADI 3.756, o Supremo Tribunal Federal deu pela improcedência do pedido. Decisão que, no campo teórico, somente comporta eficácia *ex tunc* ou retroativa. No plano dos fatos, porém, não há como se exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal se amolde, de modo retroativo, ao julgado da ADI 3.756, porquanto as despesas com pessoal já foram efetivamente realizadas, tudo com base na Decisão nº 9.475/00, do TCDF, e em sucessivas leis de diretrizes orçamentárias. 3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para esclarecer que o fiel cumprimento da decisão plenária na ADI 3.756 se dará na forma do art. 23 da LC nº 101/2000, a partir da data de publicação da ata de julgamento de mérito da ADI 3.756, e com estrita observância das demais diretrizes da própria Lei de Responsabilidade Fiscal.

[ADI 3756 ED, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2007, DJe-147 DIVULG 22-11-2007 PUBLIC 23-11-2007 DJ 23-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02300-02 PP-00260 RTJ VOL-00205-01 PP-00124]

Não há dúvida de que o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a norma impugnada, já que, como visto, as ações de controle concentrado são espécies de ações dúplices: a improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade representa a declaração de constitucionalidade e vice-versa.

Desse modo, é inegável que a improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade dos art. 1º, §3º, II e art. 20, II e III, ambos da Lei de Responsabilidade Fiscal, acabou por reafirmar a presunção de constitucionalidade que milita em favor destes dispositivos. Quanto a isso não há dúvida.

E a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo opera sempre efeitos retroativos, até mesmo porque

A modulação de efeitos é própria da declaração de inconstitucionalidade, já que, tendo a lei presunção de constitucionalidade, a sua confirmação não altera o estado de coisas anteriormente existente, não havendo razão para qualquer tipo de restrição aos efeitos da decisão²⁸.

Ocorre que, em situações excepcionais, em que a situação jurídica se consolidou de forma imodificável com fundamento em interpretação inconstitucional na norma infraconstitucional, é possível pensar na modulação temporal dos efeitos da declaração de constitucionalidade.

Este é precisamente o caso tratado na ADI n.º 3.756/DF: o Poder Legislativo do Distrito Federal adotou condutas reiteradas consistente em limitar os seus gastos com pessoal em 6% (seis por cento), quando deveria ser 3% (três por cento), condutas estas que se pautaram na Decisão n.º 9.475/00 do Tribunal de Contas do Distrito Federal. É dizer, a partir da decisão do TCDF, o Legislativo Distrital adotou condutas – ilegais – contrárias à regra da Lei de Responsabilidade Fiscal que, 7 (sete) anos depois, teve a sua constitucionalidade reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a regra legal impugnada por meio da ação direta era, ao tempo do seu julgamento, e sempre foi, constitucional. As condutas do Legislativo Distrital é que foram desenvolvidas durante sete anos de forma incompatível com o que determinava a norma infraconstitucional que teve a sua presunção de constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, tais condutas ilegais não se deram de forma deliberada, mas sim de manifesta boa-fé, já que calcada na Decisão n.º 9.475/00 do Tribunal de Contas do Distrito Federal, como bem destacado pelo Min. Ayres Britto, relator da ADI:

[não há] como fazer o moinho orçamentário retroceder; ou seja, não há como fazer refluir essa água orçamentária, porque a verdade é que durante os sete anos de existência da lei esse percentual extrapolante foi praticado. Agora, foi praticado – eu entendo – de boa-fé, devido a que lastreado numa autorização formal do Tribunal de Contas do Distrito Federal, assim como em leis de diretrizes orçamentárias²⁹.

28 ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 551.

29 ED na ADI n.º 3.756, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 23.11.2007.

A situação fática vivenciada no caso concreto se amolda ao fenômeno identificado por Talamini (2008):

É possível, ainda, o emprego da técnica da modulação para preservar efeitos de atos praticados à época em que se supunha, por força de firme orientação jurisprudencial, ser inconstitucional o ato normativo só depois declarado constitucional.

Nessa hipótese, obviamente a modulação não consiste em tratar como inconstitucional a norma que é constitucional. A técnica da modulação expressa-se, isso sim, pelo reconhecimento de que houve uma mudança na interpretação constitucional (que conduz a agora se ter por constitucionalmente legítimo) – devendo-se preservar os efeitos dos atos praticados sob a égide da interpretação anterior³⁰.

No caso da ADI3.756/DF, não se tratava de alteração da jurisprudência consolidada do Tribunal, mas sim de caso análogo: condutas praticadas com fulcro em decisão da Corte de Contas local.

De qualquer sorte, o que houve, de fato, foi a modulação temporal dos efeitos da decisão que declarou constitucional dispositivo legal questionado em sede de controle concentrado, superando inclusive a jurisprudência consolidada do Supremo retratada nas palavras do Min. Eros Grau no seu voto no julgamento do RE 353.657/PR:

O preceito respeita à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, quando se manifestem razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Cuida dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade. Repito: inconstitucionalidade. O preceito visa a minimizar eventuais efeitos perniciosos decorrentes da retroatividade dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade. Declarações de constitucionalidade não geram efeitos perniciosos ao operarem retroativamente. Para tanto devem existir. Declarações judiciais de constitucionalidade de qualquer porção do ordenamento apenas o confirmam, positivamente. Não se modulam declarações de constitucionalidade de leis ou atos normativos – toda a gente sabe disso³¹.

30 TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira**: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto. 2008. Tese apresentada para o concurso à livre-docência do Departamento de Direito Processual – Área de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 219.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 353.657. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 07 mar. 2008.

Em que pese as palavras do Min. Eros Grau serem em regra irretocáveis, é possível imaginar, sim, situações em que não é possível conferir eficácia retroativa à declaração de constitucionalidade da norma impugnada em juízo. E o julgamento da ADI 3.756 evidencia justamente isso: caso se admitisse a retroação dos efeitos da decisão, o Poder Legislativo Distrital seria obrigado a refazer o seu orçamento dos últimos sete anos e a partir dele remodelar a estrutura de pessoal retroativamente, sendo necessário, inclusive, extirpar as pessoas que estivessem em excesso retroativamente (!!!). Vê-se que se trata de situação impossível faticamente de ser concebida, já que, como bem destacou o Min. Relator Ayres Britto, “não há como fazer refluir essa água orçamentária”, as despesas já foram realizadas.

Nessa perspectiva, é de se concluir que, por mais absurdo que possa parecer em uma primeira análise, é possível existir situações em que a declaração de constitucionalidade necessite ser modulada temporalmente para salvaguardar os fatos pretéritos já consumados e impossíveis de serem revistos, desde que a interpretação inconstitucional dada à norma tenha sido feita de boa-fé.

CONCLUSÃO

As Constituições escritas, em geral, não possuem apenas diretrizes, orientações, mas, sim, conformam regras e princípios que devem ser observados, sob pena de os atos, normativos ou não, praticados ou editados em incompatibilidade com a sua norma, serem considerados inconstitucionais.

A (in)constitucionalidade das leis ou atos normativos é fiscalizada, no Direito brasileiro, entre outras formas, tanto pelo controle concentrado e abstrato como pelo controle difuso e concreto.

No Brasil, por serem considerados inválidos, os atos normativos e as leis editados em desconformidade, material ou formal, com a Constituição da República Federativa do Brasil seguem a regra do princípio da nulidade. Isto é, a incompatibilidade constitucional verificada existe desde a sua origem e, em razão disso, a decisão judicial que julga inconstitucional lei ou ato normativo tem natureza jurídica declaratória e opera efeitos retroativos, *ex tunc*.

Vigora no Direito comparado, todavia, sobretudo no Direito austríaco, em contraposição ao sistema jurídico brasileiro, o princípio

da anulabilidade dos atos normativos inconstitucionais. Segundo tal entendimento, por gozarem de presunção de constitucionalidade, os atos normativos somente tornar-se-iam inconstitucionais a partir da prolação de decisão judicial que assim os constituíssem. Ao revés, no Direito brasileiro, por vigorar o princípio da nulidade, as leis e os atos normativos inconstitucionais o são desde a sua origem.

Ocorre que, de há muito, a doutrina e a jurisprudência brasileiros admitiram, com o objetivo de preservar a segurança jurídica, a modulação temporal dos efeitos da decisão. É dizer, o Tribunal poderia restringir os efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, podendo ser afastado o princípio da nulidade para que a decisão passe a possuir eficácia prospectiva, *ex nunc*.

Em 1999, o legislador, reconhecendo a doutrina e a jurisprudência já consolidadas sobre o tema, editou a Lei 9.868/99, passando a permitir expressamente a chamada “modulação dos efeitos da decisão” em sede de controle concentrado de constitucionalidade (art. 27). A partir de então, considerando a segurança jurídica ou relevante interesse social, o Supremo Tribunal Federal poderia afastar o princípio da nulidade de conferir eficácia à decisão em perspectiva fundado, agora, em expressa previsão legislativa.

Celeuma pouco discutida nessa seara é a possibilidade de se modular os efeitos da decisão que reafirma a presunção de constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, declarando-os constitucional. Isto porque, quando o Supremo Tribunal Federal declara constitucional determinada lei ou ato normativo, tal decisão, por óbvio, opera, como regra, efeitos retroativos, já que, no caso, apenas reafirma a presunção de constitucionalidade que milita em favor das leis. Certifica-se apenas hipótese normativa já existente.

Ocorre que, em situações excepcionais, em que é faticamente impossível retroagir os efeitos da declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo, a exemplo do que apurado no julgamento da ADI n. 3756/DF, é possível haver a modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade, em que pese o Supremo Tribunal Federal já ter se posicionado em sentido contrário.

Busca-se tutelar, assim, as situações consolidadas de boa-fé e, como regra, formadas a partir de jurisprudência ou decisões aparentemente legítimas. Foi justamente o que aconteceu no julgamento da ADI n. 3.756/DF: o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da declaração de constitucionalidade da regra constante da Lei de Responsabilidade Fiscal

(Lei Complementar 101/00), que impõe ao Poder Legislativo do Distrito Federal o limite máximo de 3% (três por cento) em relação aos gastos com pessoal. E assim o fez em razão do fato de que, no caso concreto, o Poder Legislativo Distrital, desde a edição da LRF (2000), vinha considerando que o limite máximo para despesas com pessoal era de 6% (seis por cento), conduta esta pautada em decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Desse modo, é possível concluir que, a depender do caso concreto, pode haver, sim, modulação temporal dos efeitos da decisão que declarara constitucional lei ou ato normativo questionado em sede de controle concentrado.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger.; GRANADO, Daniel Willian. **Processo Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed., rev., atual, e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARRETO JÚNIOR, Edvaldo Costa et al. **Direito Processual Civil**. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes (Coord.). Rio de Janeiro: Editora Método, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. rev., atual, ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 17. ed., ampl, atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1998. p. 917

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. rev., ampl. e atual. vol. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Edições Jus Podivm, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stönnner. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, v. 1.

_____. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual., 2. tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Método, 2011.

_____. **Novo código de processo civil**: Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Editora Método, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 10. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade: a modulação dos efeitos temporais**. Teoria constitucional e aplicação. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto**. 2008. Tese apresentada para o concurso à livre-docência do Departamento de Direito Processual – Área de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 219.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 51. Ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 14. ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

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

OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Bruno Giovani Lima Souza¹

RESUMO: O presente trabalho aborda o tema da judicialização da saúde, tratando mais especificamente da determinação judicial para o fornecimento de medicamentos, considerando a colisão e a ponderação entre diferentes princípios constitucionais. Objetiva-se identificar as hipóteses em que o Poder Judiciário estaria legitimado a intervir na implementação do direito à saúde, controlando políticas públicas, além de traçar parâmetros para a atuação judicial nesses casos. Parte-se de uma análise sobre o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos no constitucionalismo brasileiro. Em seguida, é apresentada a saúde como direito fundamental, explanando-se também a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais relativas à saúde e sua forma de implementação. Expõe-se o contraponto entre a cláusula de reserva do possível e o mínimo existencial, concluindo acerca da necessidade de fazer prevalecer as políticas públicas de saúde já existentes, em detrimento de pretensões individuais, sempre que não restar demonstrada omissão ou abuso do Poder Público. Prescreve-se as cautelas que devem ser observadas pelos juízes antes de determinar o fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Direito à Saúde. Políticas Públicas. Judicialização. Parâmetros.

THE LIMITS OF THE JUDICIAL BRANCH INTERVENTION FOR THE PROVISION OF THE RIGHT TO HEALTH

ABSTRACT: This paper addresses the issue of judicialization of health, dealing more specifically with the court order for the supply of medicines, considering the collision and the weighting between different constitutional principles. This paper aims to identify the cases in which the judiciary would be legitimized to intervene in the implementation of

1 Pós-graduando em Direito Constitucional pela Escola da Assembleia Legislativa do Piauí. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. Advogado. E-mail: brunogiovani.ls@hotmail.com.

the right to health and the supply of drugs, controlling public policies, as well as trace parameters for the judicial action in these cases. Thus, the study used research to the doctrine and jurisprudence of the Supreme Court. It starts with an analysis of the principle of separation of powers and the system of checks and balances in the Brazilian constitutionalism. Then health is presented as a fundamental right, it is also explained the effectiveness and applicability of the constitutional provisions regarding health and its way of implementation. It exposes the contrast between the possible reserve clause and the existential minimum, directing to the need to enforce existent public health policies to the detriment of individual claims whenever it is not demonstrated omission or abuse of public power. It precribes the precautions to be observed by judges before determining the supply of medicines not incorporated into SUS.

Key words: Social fundamental rights. Right to health. Public policies. Judicialization. Parameters

1 INTRODUÇÃO

A judicialização dos direitos sociais, por envolver a discussão entre as diferentes esferas do Poder e interesses da sociedade como um todo, tem se mostrado de grande repercussão. A questão ganha ainda mais destaque no que se refere à prestação do direito à saúde, posto que este é um dos direitos fundamentais mais preciosos, e acaba por envolver também o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Assim, tanto quanto tem aumentado o número de processos em que se pleiteiam medicamentos e tratamentos de saúde perante o Poder Público também tem se avolumado a discussão doutrinária e jurisprudencial em torno do tema.

Diversos são os argumentos levantados que se opõem ao ativismo judicial na tutela da saúde. Em meio a esses argumentos, o presente trabalho toma como ponto de partida uma análise da teoria da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos previstos na Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 2º, dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Assim, os Poderes têm funções distintas, e o equilíbrio entre eles é preservado à medida em que cada um dos Poderes é controlado e contido pelos demais.

Nessa perspectiva, a implementação de políticas públicas de saúde cabe aos Poderes Executivo e Legislativo. O direito à saúde, garantido

no artigo 6º e nos artigos 196 a 200 da Constituição da República, por ser um direito social, de natureza prestacional, demanda custos e alocação de recursos públicos para sua concretização. A atuação legislativa e administrativa, por meio de planejamento orçamentário e de elaboração das políticas do Sistema Único de Saúde, é que decide o quanto e como devem ser gastos os recursos estatais com a saúde.

Todavia, o inconformismo de muitas pessoas que alegam não ter seu direito à saúde efetivamente resguardado leva-as a pleitear judicialmente o fornecimento de medicamentos e tratamento médico-hospitalar gratuitos.

Dessa forma, questiona-se até onde o Judiciário poder intervir na implementação do direito à saúde, obrigando o Estado a tomar medidas por ele não planejadas sem ferir a harmonia entre os Poderes e comprometer a administração dos recursos estatais. Sendo os Poderes Executivo e Legislativo constituídos por representantes eleitos pelo povo para gerir os recursos públicos, até que ponto seriam legítimas as decisões do Poder Judiciário que determinam o que deve ou não ser feito com o Erário em se tratando da garantia à saúde?

A discricionariedade dos juízes, por muitas vezes, conduz a decisões desarrazoadas que, em vez de garantirem o direito à saúde, acabam por comprometer a sua prestação racional. Assim, busca-se traçar parâmetros e delimitações para a atuação judicial na implementação da saúde, identificando as hipóteses em que o Judiciário estaria legitimado a intervir e, uma vez legitimado, quais ponderações devem ser feitas.

2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

2.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E APLICAÇÃO MODERNA

O tema da judicialização da saúde esbarra, inevitavelmente, em questões que envolvem o princípio da separação dos poderes e o controle recíproco entre eles, o que nos impele, inicialmente, a tecer comentários a fim de esclarecer os contornos da discussão.

Atribui-se a Montesquieu a elaboração da doutrina da separação dos poderes nos moldes adotados pelas constituições de diversos Estados a partir do século XVIII, apesar de a ideia de descentralização do poder remontar já mesmo à Antiguidade Clássica e ser objeto de estudo da filosofia grega.

Durante o Iluminismo, John Locke expõe a teoria da separação dos poderes no seu *Segundo Tratado Sobre Governo Civil*, no qual distingue os poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário. Segundo ele, o Legislativo é o poder supremo e os demais poderes estão subordinados a ele. Além disso, em que pese a concepção tripartite do poder, Locke não compartilha a ideia de o Poder Judiciário ser autônomo, desvinculado do Legislativo, tendo em vista que a função jurisdicional deveria ser exercida por aqueles que têm o poder de fazer as leis.²

Apenas com Montesquieu e sua obra *Do Espírito das Leis* é que se chega à doutrina de tripartição de poderes autônomos, detentores de funções distintas, como meio de defesa da liberdade política e de limitação do poder pelo poder.

O referido iluminista francês explica o que vem a ser, em um estado de direito, a liberdade política, aduzindo que esta “não consiste em se fazer aquilo que se quer”, mas revela-se no “direito de fazer tudo aquilo que as leis facultam”. Observa, destarte, que não pode haver liberdade política onde há abuso de poder.³

Montesquieu (2005) escreve com propriedade sobre a necessidade de limitação do poder como forma de preservar a liberdade política no célebre fragmento:

[...] a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites. E – quem o diria! – até a própria virtude tem necessidade de limites.

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder.”⁴

O citado filósofo faz a distinção entre as três espécies de poder que há em cada Estado: o Poder Legislativo, por meio do qual “o príncipe ou o magistrado cria as leis e corrige ou ab-roga as que já estão feitas”, o Poder Executivo das coisas, que depende do direito das gentes ou, simplesmente “o Poder Executivo do Estado”, pelo qual “determina a paz ou a guerra,

2 MALDONADO, Maurílio. Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos. *Revista Jurídica* 9 de julho, n. 2, p. 05, jul. 2003.

3 MONTESQUIEU, Baron de Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*, Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 164.

4 *Ibid.*, p. 164-165.

envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões”, e, por último, o Poder Executivo das coisas, que depende do Direito Civil, chamado de “poder de julgar”.

O iluminista argumenta que, se o Poder Legislativo estivesse reunido ao Executivo, poder-se-ia temer que o monarca ou o senado fizessem leis tirânicas, para executá-las tiranicamente; e que, se o poder de julgar não estivesse separado do Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário; e, ainda, que, se o poder de julgar estivesse ligado ao Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.⁵

Montesquieu, ao enfatizar a necessidade de controle recíproco do poder, estabelece fundamentos do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), apesar de a ideia de balanceamento do poder já estar presente em Aristóteles. Todavia, as técnicas de controle e equilíbrio dos poderes são desenvolvidas em momento posterior.

Atribui-se aos britânicos o conceito de *balance*, observado no equilíbrio que a Câmara dos Lordes (representantes do clero e da nobreza) dava aos projetos de lei da Câmara dos Comuns (representantes do povo). Surgem também na Inglaterra outros mecanismos do sistema de freios e contrapesos, quais sejam, o *impeachment* e o veto.⁶

O conceito de *check*, por seu turno, advém do caso *Marbury vs Madison*, quando Marshall declara a competência do Poder Judiciário para anular os atos do Congresso que estivessem em desacordo com a Constituição.⁷

Parte-se, assim, à concepção de freios e contrapesos como mecanismo de controle e vigilância recíprocos entre os poderes, de forma que, sem que haja prevalência de um Poder sobre outro, há a possibilidade de interferência de um no outro, a fim de que nenhum deles extrapole as funções constitucionalmente atribuídas.⁸

Uma vez realizado o apanhado histórico e conceitual da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos enquanto doutrina

5 Ibid., p. 165-166.

6 ARAGÃO, João Carlos M. de. **Judicialização da Política no Brasil**: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. 2012. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 32.

7 Id., loc. cit.

8 Id., loc. cit.

constitucional, faz-se mister analisar a sua abordagem e aplicação no constitucionalismo atual.

Canotilho (2010) prefere referir-se aos poderes do Estado como “órgãos de soberania”, conforme denominação adotada pela Constituição Portuguesa de 1976, e define-os como “complexos orgânicos do sistema de poder político dotados de funções ditas ‘supremas’, mas separados e interdependentes entre si”.⁹

O constitucionalista português ensina que, pressupondo apenas a existência dos órgãos de poder político, a cada um desses órgãos é atribuída uma competência, a saber, legislar, governar/administrar e julgar. Desse modo, assinala os princípios da indisponibilidade e da tipicidade de competências, de acordo com os quais, as competências dos órgãos constitucionais são, em regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição, e que tais competências não podem ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição atribuiu.

Canotilho (2010) esclarece que ao se falar em separação de poderes, não se está, com isso, fazendo menção à separação do poder estatal em si, mas à repartição da atividade do Estado. A separação resulta não em diversos poderes, mas em funções diferenciadas.¹⁰

Com efeito, Bonavides, parafraseando Hegel, mostra que não se pode pretender separar literalmente o poder estatal, visto que tem natureza indivisível. A literal separação resultaria em sua destruição. Dessa maneira, o autor argumenta:¹¹

Como conciliar a noção de soberania com a de poderes divididos e separados? O princípio vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca porém valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível.

Verifica-se que para cada poder há uma função típica correspondente, não podendo um poder imiscuir-se na competência de outro. Canotilho (2010), no entanto, frisa que é possível a interpenetração de funções, ou

9 CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 543.

10 Id., p.551.

11 BONAVIDES, op. cit., p. 158.

seja, que um órgão de soberania exerça uma função atípica, conquanto não ultrapasse o limite do núcleo essencial. O deslocamento do núcleo essencial de uma função entre os órgãos de poder violaria o próprio princípio da separação dos poderes.¹²

Não só a interdependência entre os poderes deve ser preservada, mas também a harmonia entre eles, de maneira que nenhum deles se sobressaia e abuse do poder. Para tanto, a Constituição adota o sistema de freios e contrapesos, estabelecendo meios de controle e vigilância recíprocos.

No que tange a função de controle, exercida pelos poderes, é importante expor a classificação de Moreira Neto (1989), que agrupa em quatro modalidades básicas as funções de controle:¹³

1 – controle de cooperação: O controle de cooperação é o que se perfaz pela co-participação obrigatória de um Poder no exercício de função de outro. Pela cooperação, o Poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo específico, no desempenho de uma função típica do Poder interferido, tanto com a finalidade de assegurar-lhe a legalidade quanto à legitimidade do resultado por ambos visado.

2 – Controle de consentimento: O controle de consentimento é o que se realiza pelo desempenho de funções atributivas de eficácia ou de exequibilidade a atos de outro Poder. Pelo consentimento, o Poder interferente, o que executa essa função que lhe é atípica, satisfaz a uma condição constitucional de eficácia ou de exequibilidade de ato do Poder interferido, aquiescendo ou não, no todo ou em parte, conforme o caso, com aquele ato, submetendo-o a um crivo de legitimidade e de legalidade.

3 – Controle de fiscalização: O controle de fiscalização é o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância dos atos de um Poder por outro. Pela fiscalização, o Poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do Poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação.

4 – Controle de correção: O controle de correção é o que se exerce pelo desempenho de funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro. Pela correção, realiza-se a mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a

12 Id., p. 551.

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado, n. 103, p. 13, 1989.

competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade.

Em suma, com o controle, busca-se a limitação do poder. E como observa Aragão (2012), em se tratando de instrumentos de controle previstos constitucionalmente, pode-se dizer que o Executivo faz uso do veto a projetos aprovados pelo Legislativo, e como forma de controle da atividade jurisdicional, o Presidente da República pode conceder indulto e comutar penas; o Poder Judiciário vale-se do controle de constitucionalidade a fim de obstar normas emanadas pelo Legislativo e medidas provisórias ou decretos inconstitucionais expedidos pelo Executivo; e também o Legislativo e o Judiciário controlam o Executivo por meio do *impeachment*.¹⁴

2.2 A APLICAÇÃO DA TEORIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

É essencial entender como a vigente Constituição disciplina a separação dos poderes, bem como seus mecanismos de freios e contrapesos, identificando as funções típicas de cada órgão do poder político e seus núcleos essenciais, para, enfim, descortinar os limites de interpenetração do Poder Judiciário em funções que lhe são atípicas, em especial, a concretização de direitos sociais.

Em primeiro plano, note-se que a Lei Maior, em seu artigo 2º, ao preceituar que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”,¹⁵ preserva a doutrina clássica da tripartição dos poderes, abstendo-se de inovações. Ao mesmo tempo, o legislador constituinte cuidou em destinar aos órgãos de poder parcelas da soberania estatal, atribuindo-lhes funções predominantes (típicas), além de outras funções atípicas.¹⁶ Ressalte-se, como já mencionado anteriormente, que já não há mais que se falar em uma delimitação rígida e intransponível de funções.

Moraes (2010) ensina que as funções típicas do Poder Legislativo constituem-se em legislar e fiscalizar. A Constituição, no artigo 70, endereça-lhe as normas do processo legislativo e põe a seu cargo a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial

14 ARAGÃO, op. cit., p. 33.

15 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

16 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010, p. 427.

do Poder Executivo”¹⁷. De igual modo, confiou ao Poder Executivo, como função precípua, a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração da coisa pública. E por fim, o legislador constituinte dá ao Poder Judiciário a função de administrar a Justiça, velar pelo cumprimento da Constituição e preservar os princípios de legalidade e igualdade.¹⁸

Aqui, destaque-se a competência do Poder Executivo em promover a execução de direitos sociais, sendo que a Constituição elenca como função típica dos órgãos da Administração Direta o cuidado da saúde e assistência pública:¹⁹

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Nessa linha, destaque-se também a competência do Poder Legislativo para apreciar e aprovar os projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo que tratam dos orçamentos:²⁰

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

A fim de salvaguardar o balanceamento de poder entre os órgãos de soberania e evitar o abuso de poder por parte de qualquer deles, a Constituição de 1988 prestigiou uma série de meios de freios e contrapesos, aos quais alguns já nos referimos. No entanto, tendo em vista os objetivos do presente feito, merecem atenção especial os meios de controle do Judiciário em relação aos Poderes Executivo e Legislativo.

As ferramentas jurídicas legais, segundo ensina Aragão (2012)²¹, por meio das quais o Poder Judiciário reexamina os atos do Legislativo e do Executivo, tomando como fundamento o sistema de freios e contrapesos,

17 BRASIL, op. cit.

18 Ibid., p. 429, 488, 520.

19 BRASIL, op. cit.

20 Id.

21 ARAGÃO, op. cit., p. 58-78

podem conduzir à judicialização da política. Essas ferramentas são as ações do controle de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental e ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e os remédios constitucionais (ação civil pública, ação popular, mandado de injunção, mandado de segurança e habeas corpus).

Novelino (2012) afirma que, por meio do controle de constitucionalidade, o Judiciário fiscaliza a compatibilidade entre as condutas dos poderes públicos e os comandos constitucionais, ao passo que os remédios constitucionais são instrumentos consagrados pela Constituição para a efetiva proteção dos direitos fundamentais²²

Em conclusão, entendemos que, se, por um lado, a implementação de políticas públicas – e inclua-se a prestação do direito à saúde – é de competência do Executivo, com a aprovação do orçamento pelo Legislativo, por outro lado, o Judiciário tem legitimidade para conter os abusos e omissões desses poderes, com a finalidade de efetivar direitos e garantias fundamentais e zelar pela supremacia da Constituição.

A ponderação que se faz está na concepção de judicialização da política, quando o magistrado não se limita a conter os abusos dos demais poderes, mas faz ele mesmo as vezes de gestor da coisa pública. Assim, é necessária a observância de parâmetros para que o princípio da separação dos poderes não seja ferido.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O surgimento da expressão *direitos fundamentais* remonta a 1789, quando é elaborada na França a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão como resultado da Revolução Francesa.

A diferenciação que é feita entre os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” está no fato de que os direitos humanos figuram no âmbito do Direito Internacional, sendo protegidos pelos tratados e convenções internacionais, ao passo que os direitos fundamentais nada mais são do que direitos humanos positivados no ordenamento jurídico de um determinado Estado. Nesse sentido, esclarece Alexy (2012):²³

22 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

23 ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1996, p. 6. apud NOVELINO, Marcelo, op. cit., p. 396.

Direitos fundamentais são essencialmente direitos humanos transformados em direito positivo. Direitos humanos reclamam institucionalização. Assim, não existe apenas direito humano à vida se não direito humano a que exista um Estado que implemente esse direito. Essa institucionalização inclui a necessária possibilidade de judicialização.

A pretensão de conceituar os direitos fundamentais revela-se tarefa árdua entre os doutrinadores. Bobbio (1992) afirma que a tentativa de definir direitos do homem, na maioria das vezes, resulta em definições tautológicas, como: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”, ou dizem respeito apenas ao estatuto proposto por esses direitos: “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”; outras vezes os conceitos estão permeados por termos avaliativos, como: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização.”²⁴

Se, por um lado, não existe consenso quanto ao conceito de direitos humanos (ou fundamentais), por outro, não se discute a importância de se resguardar tais direitos, pois, ainda segundo Bobbio, a proteção e o reconhecimento dos direitos do homem são condição *sine qua non* para que haja democracia e, por conseguinte, para a solução pacífica dos conflitos.²⁵

Parece-nos que mais importante que definir direitos fundamentais é atentar para os seus objetivos. Assim, é necessário notar que os direitos fundamentais têm como finalidade, numa relação vertical, limitar o poder do Estado, protegendo a pessoa humana contra eventuais abusos daquele, ou impondo ao Estado o dever de prestações positivas em favor do indivíduo; e, numa perspectiva horizontal, os direitos fundamentais também impõem-se em favor dos indivíduos em face uns dos outros.²⁶

Bem elucidador é o que escreve Canotilho (2010) ao tratar das funções dos direitos fundamentais:²⁷

24 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 17.

25 Id., p.1.

26 MORAES, op. cit., p. 28.

27 CANOTILHO, op. cit., p. 407, 408.

A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos). Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

3.2 OS DIREITOS SOCIAIS NA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem carácter histórico-evolutivo, ou seja, eles são gerados em determinado momento histórico, associando-se às circunstâncias de uma certa época. Bobbio (1992) ensina que os direitos não nascem “todos de uma vez e nem de uma vez por todas”, mas “são nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes”.²⁸

Devido a essa historicidade, podemos classificar os direitos fundamentais em diferentes gerações ou dimensões.

Destarte, os direitos fundamentais de primeira geração nascem com as Revoluções Francesa e Americana e são os primeiros a serem positivados. Referem-se às liberdades individuais, exigindo uma não intervenção do Estado na vida pessoal do indivíduo (*non facere*). Manifestam-se na liberdade de consciência, de reunião, na inviolabilidade do domicílio, etc.²⁹

Diante das mazelas sociais, as quais despontam com mais nitidez em meio à Revolução Industrial, percebeu-se que o ideal de Estado liberal não era mais satisfatório. Não era suficiente que o Estado apenas se abstivesse de embaraçar as liberdades individuais, mas era preciso que o poder estatal também atuasse positivamente em favor dos indivíduos, intervindo na vida econômica a fim de garantir uma justiça social. Nesse cenário, emergem os direitos de segunda geração, que se caracterizam como prestações positivas ao exigirem uma atuação do Estado (*facere*).

28 BOBBIO, op. cit., p. 5.

29 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 185.

São eles os direitos sociais, refletidos na assistência social, na saúde, na educação, no trabalho, etc.³⁰

Os direitos de terceira geração tratam-se de direitos de tutela difusa ou coletiva, pois, conforme Mendes, “são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas das coletividades”.³¹

Há ainda quem defenda a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais. Para Bobbio (1992), tais direitos seriam referentes aos efeitos da pesquisa biológica, “que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.³² Já para Bonavides (2006)³³, os direitos de quarta geração estão ligados à democracia, à informação e ao pluralismo:

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

Conclui-se, portanto, que o direito à saúde insere-se entre os direitos de segunda geração ou dimensão. É um direito social que exige uma prestação positiva do Estado ao indivíduo.

3.3 O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a elencar o direito à saúde no rol de direitos fundamentais e a trazer normas

30 Id., p. 185, 186.

31 Id., p. 187.

32 BOBBIO, op. cit., p. 6.

33 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571-572.

específicas de sua implementação.³⁴ Anteriormente à Carta vigente, desde de a Constituição de 1934, o tema da saúde foi abordado pelo constituinte, mas sob um aspecto notadamente de organização administrativa de combate a endemias e epidemias, como leciona Afonso da Silva (2009)³⁵. Agora a saúde ganha *status* de direito do homem.

Costa (2012) define saúde como “a situação em que os órgãos e as funções estão em funcionamento com harmonia, ao passo que a lesão e a alteração das funções caracterizam-se como doenças”³⁶. Porém, sob outra ótica, a Constituição da Organização Mundial de Saúde se expressa no sentido de que a saúde não é a simples ausência de doenças, mas o “estado de completo bem-estar físico, mental e social”³⁷, posicionamento este expresso no art. 3º, parágrafo único da Lei 8.080/90 (Lei Orgânica Nacional da Saúde).³⁸

A abrangência desse conceito nos leva, por conclusão, a um alcance do direito à saúde, de igual modo, bastante abrangente. Por esse motivo, há uma dificuldade prática em desvendar no que consiste o objeto do direito à saúde concretamente, como ressalta Sarlet (2007).³⁹

Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc), ou se este direito à saúde encontra-se limitado a prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set/out/nov. 2007, p. 4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 15 set. 2015.

35 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 312.

36 COSTA, Nelson Nery. **Constituição Federal anotada e explicada**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 196.

37 DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3. nov. 2008/fev. 2009, p.12.

38 BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF.

39 SARLET, op. cit., p. 12.

Essa dificuldade repercutirá tanto no momento de concretização do direito à saúde pelo legislador infraconstitucional como no momento de interpretação das normas relacionadas à saúde pelos juízes por ocasião do julgamento de demandas em torno do tema.

O artigo 196 da Constituição da República institui os titulares do direito à saúde e os titulares do dever de prestá-lo:⁴⁰

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos a ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

De um lado, a Constituição determina que a saúde é direito de todos. Partindo-se de uma interpretação literal do seu artigo 5º, *caput*, poder-se-ia inferir que os titulares do direito à saúde, assim como os dos demais direitos fundamentais, são apenas os brasileiros e estrangeiros residentes e domiciliados no país, excluindo-se os estrangeiros não residentes no Brasil, o que, segundo Sarlet (2007), não poderia ser o entendimento adotado, uma vez que, estando relacionado com o próprio direito à vida e à integridade física e corporal, o direito à saúde é um direito de toda e qualquer pessoa humana, seja ela brasileira ou não, ainda que não residente no país.⁴¹

Se, por um lado, a Constituição coloca toda e qualquer pessoa humana na condição de titular do direito analisado, por outro lado, estabelece que o Estado tem o poder-dever de garantir a saúde. Assim, têm competência comum para a implementação da saúde tanto a União como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, conforme estabelece o artigo 23, inciso I, da Constituição. O artigo 30, inciso VII, acrescenta: “Compete aos Municípios prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”. Note-se, ainda, que, embora tenha sido o Poder Público o incumbido do dever de prestar a saúde, o próprio artigo 199, § 1º, da Constituição, além dos artigos 24 a 26 da Lei 8.080/90, preveem a possibilidade de que instituições privadas possam participar do Sistema Único de Saúde de forma complementar por meio de contrato de direito público ou convênio.⁴²

Além disso, foi atribuída competência legislativa concorrente a todos os entes da Federação para tratar da proteção e defesa da saúde, sendo

40 BRASIL, op. cit.

41 SARLET, op. cit., p. 7-8.

42 BRASIL, op. cit.

que a União limita-se a estabelecer normas gerais, enquanto os Estados e os Municípios têm competência legislativa suplementar, de acordo com o artigo 24, XI, §§ 1º e 2º, da Constituição.⁴³

O artigo 198 da Constituição Federal institui o Sistema Único de Saúde como uma rede regionalizada e hierarquizada, integrada pelas ações e serviços públicos de saúde. A criação do SUS pelo constituinte de 1988 foi fruto do Movimento da Reforma Sanitária Brasileira, que se ergueu durante as décadas de 1970 e 1980, idealizando uma política de democratização da saúde, ainda durante a Ditadura Militar, segundo informa Martins (2008)⁴⁴. Com a edição da Lei nº 8.080/90 e da Lei nº 8.142/90, ficou regulamentado o Sistema Único de Saúde, tornando-se obrigatória a gratuidade da prestação dos serviços públicos de saúde.

A Constituição, ainda no artigo 198, organiza o SUS de acordo com as seguintes diretrizes: “I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos sistemas assistenciais; III – participação da comunidade”.⁴⁵

A descentralização, com direção única em cada esfera de governo, refere-se a uma distribuição de competências e à criação de pessoas jurídicas para atuarem no serviço da saúde entre os diferentes níveis de governo⁴⁶, além de importar na criação de órgãos de deliberação em todos os entes da Federação. Assim, a Lei nº 8.080 dispõe em seus artigos 14 a 14-A sobre dois colegiados de negociações, responsáveis pela organização, direção e gestão da saúde⁴⁷: a Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e a Comissão Intergestores Bipartite (CIB).

O atendimento integral a que se refere a Constituição e previsto no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 8.080, diz respeito, segundo Schwartz (2008),

43 Id.

44 MARTINS, Wal. **Direito à saúde**: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 68.

45 BRASIL, op. cit.

46 MARTINS, op. cit., p. 55.

47 Id., p. 69.

à unicidade e à inseparabilidade de todas as ações e serviços de saúde (promoção, proteção e recuperação).⁴⁸

A Constituição trata ainda do financiamento da saúde nos parágrafos 1º e 2º do artigo 198, acrescidos através da Emenda Constitucional nº 29/2000 e da Emenda Constitucional 86/2015. Esses dispositivos estatuem que o SUS deve ser financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal, além de outras fontes. Ao mesmo tempo, prevê a vinculação de recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços de saúde.⁴⁹

Em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, os recursos mínimos destinados à saúde são calculados com base em percentuais sobre a arrecadação dos impostos de sua competência e sobre os recursos advindos da repartição das receitas tributárias. A Constituição determinou que tais percentuais deveriam ser fixados por meio de lei complementar. Em razão de até o momento ainda não ter sido criada a mencionada lei, são utilizados os percentuais estabelecidos no artigo 77 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, ou seja, os Municípios aplicam 15% de toda a sua receita em saúde e os Estados, 12%.⁵⁰

No caso da União, ficou estabelecido com a Emenda Constitucional nº 86/2015, que o montante investido na saúde deve ser calculado sobre “a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento)”, sendo que o artigo 2º da Emenda propôs uma meta para o cumprimento progressivo do percentual mencionado da seguinte forma:⁵¹

Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo:

I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

48 SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica, p. 108, apud MARTINS, op. cit., p. 72.

49 BRASIL, op. cit.

50 SANTOS, Lenir. **Conhecendo seus direitos na saúde pública**. Campinas: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2006.

51 BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica.

II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional.

Impende ressaltar que, a nível infraconstitucional, o legislador prescreveu mecanismos para garantir o acesso da população à saúde. Assim é que o artigo 6º, inciso I, alínea “d”, da Lei 8.080/90, prevê que está incluída no campo de atuação do Sistema Único de Saúde “a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”. A integralidade da assistência terapêutica, incluída a farmacêutica, segundo Santos (2006), importa no direito do paciente do SUS a todas as ações e os serviços de saúde exigidos para o seu caso e pressupõe a obrigação do SUS de ser capaz de atender o paciente de todas as formas.⁵² Vale dizer que da assistência farmacêutica integral decorre a disponibilização gratuita de medicamentos prescritos por médicos do SUS.

No entanto, o Estado não se obriga a fornecer todo e qualquer fármaco. Com o intuito de proceder-se a um planejamento técnico e orçamentário das políticas públicas de saúde, são elaboradas pelo Poder Público relações de medicamentos a serem incorporados ao Sistema Único de Saúde, os quais são previamente avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade, nos termos do que dispõe o parágrafo único do artigo 19-O da Lei nº 12.401/11.⁵³

Nesse sentido, segundo informa Paniz, a Política Nacional de Saúde adota a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que consiste em uma lista de medicamentos básicos e indispensáveis para o atendimento de maior parte dos problemas de saúde. Mas, além da RENAME, há uma série de outros programas destinados a disponibilização de outros tipos de medicamentos, como medicamentos estratégicos,

52 SANTOS, Lenir. SUS: Contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. **Revista do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS)**. Ano II, n. 19, Brasília, set/out. 2006.

53 BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. **Atos do Poder Legislativo**, Brasília, DF.

destinados ao tratamento de Doenças Sexualmente Transmissíveis- DST/ Aids, tuberculose, hanseníase, entre outros agravos, medicamentos de alto custo, medicamentos para o Programa Saúde da Família, medicamentos para hipertensão arterial e diabetes mellitus, entre outros.⁵⁴

Diante do exposto, inferimos que, a princípio, para ter direito ao fornecimento gratuito de medicamentos disponibilizados pelo SUS, é necessário que o medicamento tenha sido prescrito por médico da rede pública de saúde e que o medicamento conste em lista oficial elaborada pelo Estado.

A questão que vem à tona diz respeito à possibilidade de o Poder Judiciário impor ao Estado a obrigação de fornecer medicamento não incorporado ao SUS e à obrigação de fornecer fármacos a pessoa carente que não é paciente do Sistema Único de Saúde.

Uma vez analisado o problema sob a ótica da teoria da separação dos poderes, passamos a enfrentar a questão contemplando a eficácia e efetividade das normas constitucionais que tratam da saúde bem como o confronto entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

4 A IMPLEMENTAÇÃO DA SAÚDE E A INTERVENÇÃO JUDICIAL

4.1 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS RELATIVAS À SAÚDE

Apesar de outros grandes doutrinadores haverem se dedicado a desenvolver diferentes métodos de classificar as normas constitucionais quanto à sua eficácia, nos utilizaremos da tradicional classificação proposta por José Afonso da Silva para ensejar o debate a respeito do tema.

Afonso da Silva (2009) apresenta uma classificação tricotômica das normas constitucionais, dividindo-as em: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada ou reduzida.⁵⁵

54 PANIZ, Vera Maria Vieira. **Acesso a medicamentos em população assistida por diferentes modelos de atenção básica nas regiões Sul e Nordeste do Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Epidemiologia). Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Pelotas, RS.

55 JÚNIOR, Dirley Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 139 – 143.

As normas de eficácia plena são aquelas aptas, de pronto, a produzir todos os seus efeitos, desde sua entrada em vigor, não necessitando de legislação posterior que as regulamente.

Já as normas de eficácia contida, apesar de terem aplicabilidade imediata, sendo aptas a regulamentar seu objeto, reclamam uma atuação do legislador infraconstitucional a fim de restringir-lhes o alcance.

Por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas de aplicabilidade indireta e mediata. Tais normas não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, senão após uma atividade legislativa ulterior regulamentando seu objeto. Essas normas subdividem-se em normas de princípio institutivo (ou organizatório) e normas de princípio programático.

As primeiras são normas que se propõem a criar órgãos, entidades ou instituições a serem organizadas por uma lei posterior que lhes confira eficácia. Já as normas de princípio programático são diretrizes que apontam para uma finalidade a ser buscada pelo Estado, visando disciplinar relações econômico-sociais.⁵⁶ Nas palavras de Afonso da Silva (2012), essas normas “envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização de bem comum, através da democracia social”.⁵⁷

Longe de ser pacífica a discussão em torno da classificação das normas definidoras de direitos sociais quanto à sua eficácia, tendo em vista as implicações que disso decorrem, nos pautamos em boas razões para sustentar que muitas das normas de direitos sociais, a exemplo de normas de direito à saúde, são normas de eficácia limitada, pois sua concretização não é integral senão através da implementação de políticas públicas por parte dos Poderes Legislativo e Executivo.

No que concerne ao direito à saúde, não nos resta outro entendimento depois de analisar os artigos 196 e 197 da Constituição Federal, que expressamente preveem a saúde como direito “garantido mediante políticas sociais e econômicas” e que cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde. Além disso, em seguida, institui o Sistema Único de Saúde, revelando norma de princípio organizatório. Somente a segunda parte do artigo 196, que garante acesso universal e igualitário às ações e

56 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 106 – 111.

57 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 2012, p. 125, apud NOVELINO, 2012, op. cit., p. 111.

serviços de saúde, é norma de eficácia plena por ser passível de aplicação imediata.⁵⁸

Para melhor compreensão da forma de implementação da saúde, nos valem da definição de políticas públicas de Bucci (2007), para quem o termo designa a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.⁵⁹ Desse modo, Barcellos (2007) entende que não apenas as ações executivas prestadas diretamente pelo Estado incluem-se nesse conceito, mas também a atuação normativa, reguladora e de fomento. Observa-se, assim, que a competência para a execução e estruturação de políticas públicas é do Legislativo e da Administração Pública.⁶⁰

Destarte, não é concebível uma aplicação imediata do direito à saúde desvinculado das políticas públicas aptas a prestá-lo, não sendo legítimo ao poder Judiciário, em um primeiro momento, conferir direitos em desarmonia com as decisões políticas tomadas relacionadas com o fornecimento de medicamentos e tratamento de saúde.

Há grande divergência na doutrina pátria no que tange a interpretação do artigo 5º, § 1º, da Constituição. Enquanto uns chegam a negar, inclusive, o caráter de fundamentabilidade dos direitos sociais, outros defendem a aplicabilidade imediata de toda e qualquer norma de direito fundamental, sejam eles os previstos no Título II da Constituição, sejam os que se encontrem em qualquer outro lugar do texto constitucional (direitos sociais, de nacionalidade e políticos) bem como os advindos dos tratados e convenções internacionais, tendo em vista que o § 2º do

58 SANTOS, Lenir. **SUS: Contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde**. Direito, Escassez & Escolha. Renovar, 2001, p. 02-03.

59 BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. Revista Trimestral de Direito Público 13:135/6, 1996, apud BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, in SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.) **A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 600.

60 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, in SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.) **A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 600.

artigo 5º consagrou uma concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, entendimento este defendido por Sarlet (2009).⁶¹

No entanto, acatamos o posicionamento de Gebran Neto (2002), que afirma que nem todos os direitos fundamentais são abarcados pelo disposto no § 1º do artigo 5º, pois, ao determinar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o constituinte disse mais do que pretendia dizer, porquanto, queria referir-se apenas aos direitos individuais e coletivos previstos no artigo 5º.⁶²

Esse entendimento decorre, sobretudo, da impossibilidade de aplicabilidade imediata de direitos prestacionais que, como visto, carecem da mediação concretizadora das políticas públicas. Ademais, a própria posição topográfica do dispositivo que determina a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais revela a intenção do legislador constituinte de conferir aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais de primeira geração, haja vista ser um parágrafo do artigo 5º que trata dos direitos e garantias individuais.

Traçando um paralelo com o constitucionalismo português, vale ressaltar que, diferentemente da Constituição Brasileira, a Constituição Portuguesa, em seu artigo 18º, 1, previu expressamente a aplicação direta apenas dos preceitos referentes a direitos, liberdades e garantias constantes do Título II (direitos de defesa), por força do disposto no artigo 17º, excluindo, portanto, os direitos econômicos, sociais e culturais, previstos no Título III⁶³, conforme observa-se:

Artigo 17.º Regime dos direitos, liberdades e garantias

O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.

Artigo 18.º Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

61 SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479-510.

62 NETO, João Pedro Gebran. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais**. São Paulo: RT, 2002, p. 153.

63 Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

4.2 A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Como visto no capítulo anterior, enquanto os direitos de primeira dimensão são direitos que exigem uma atuação negativa do Estado, os direitos de segunda geração constituem-se direitos a prestações por parte do Poder Público e que demandam gastos, envolvendo os direitos sociais em uma dimensão notadamente econômica. Portanto, como tais prestações reclamam a alocação de recursos públicos, a aplicação dos direitos sociais encontra limitação na quantidade de recursos financeiros existentes e no orçamento público. Para referir-se a essa limitação fático-financeira a que estão sujeitos os direitos prestacionais, passou-se a falar no instituto da reserva do possível.⁶⁴

A teoria da reserva do possível tem origem em uma decisão preferida pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1972 em julgamento que envolvia o controle concreto de constitucionalidade de normas que impunham restrições ao acesso a cursos de Medicina.

Os demandantes argumentavam que a Constituição Alemã garantia o direito de todos os alemães poderem escolher livremente sua profissão. Portanto, como a formação acadêmica é precedente necessário ao exercício profissional, não poderia o Estado impor restrições ao acesso dos cidadãos aos cursos de Ensino Superior, devendo oferecer condições de ingresso à universidade a todos que almejassem.⁶⁵

O tribunal refutou a tese afirmando que os direitos sociais de participação em benefícios estatais “se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”.⁶⁶

Em suma, a expressão “reserva do possível” remete à ideia de limitação dos recursos dos cofres públicos em face das ilimitadas necessidades sociais.

Segundo Silva (2007), a reserva do possível encontra guarida no artigo 167, incisos I e II da Constituição, que veda a execução de atividades

64 SARLET, op. cit., p. 486.

65 FALSARELLA, Christiane. *Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. Associação dos procuradores do Estado de São Paulo*. São Paulo, 2012, p. 2. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf> Acesso em: 28 set. 2015.

66 SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. p. 663.

que onerem a Fazenda Pública de forma a extrapolar os limites das verbas orçamentárias.⁶⁷ Aduz o autor que:⁶⁸

No caso dos direitos fundamentais sociais ou de segunda dimensão, é preciso observar a teoria da reserva do possível, pois as prestações positivas fornecidas pelo Estado devem encontrar limites na riqueza nacional ou na situação econômica de um país, visto que não se deve acreditar na utópica inesgotabilidade dos recursos públicos e, por conseguinte, na viabilidade de atendimento de todas as necessidades sociais e na possibilidade de garantir a total felicidade do povo.

Cunha Júnior (2015), baseado na doutrina de Andreas Krell, anota que as condições históricas e sócio-econômicas da Alemanha, onde se desenvolveu o instituto da reserva do possível, é completamente diferente da realidade brasileira. Assim, registra crítica à simples transposição de uma doutrina criada em um país desenvolvido para um país periférico como o Brasil, pois, enquanto a Alemanha desfruta de um excelente nível de bem-estar social, em nosso país, muitos ainda padecem sem condições mínimas de uma existência digna.⁶⁹

Todavia, seja no Brasil ou na Alemanha, independentemente do processo de desenvolvimento histórico, cultural e econômico de cada país, é inquestionável que os recursos financeiros são limitados, e o simples reconhecimento de direitos não gera, automaticamente, os meios necessários para sua implementação. Segundo Sarmento (2008), a crítica de Andreas Krell e Dirley Júnior mostra-se, inclusive, contraditória, pois, em um estado extremamente carente de recursos financeiros, aí é que se deve observar a reserva do possível com mais atenção.⁷⁰

Em contraponto à cláusula da reserva do possível, encontra-se a garantia do mínimo existencial, que consiste em um núcleo de condições materiais mínimas e essenciais para a garantia de uma vida digna. O mínimo existencial apresenta, ao mesmo tempo, *status* negativo, de sorte que deve ser protegido contra uma intervenção estatal, e um aspecto

67 SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais**: Leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007, p. 182 - 183.

68 Id., p. 183.

69 JÚNIOR, op. cit., p. 621.

70 SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético- Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 550.

positivo, exigindo prestações do Poder público a fim de preservar-lhe seu conteúdo intangível.⁷¹

Alexy (2012) concebe o mínimo existencial como decorrência da própria dignidade da pessoa humana. Pela técnica da ponderação, observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é confrontado com outros três princípios, a saber, o da separação dos poderes, aí inclusa a competência de vinculação orçamentária; o da competência do legislador democrático definidor de políticas públicas; e o do limite imposto por direitos de terceiros.⁷²

De início, nota-se que o princípio da separação dos poderes e a competência para compor os orçamentos não são fins em si mesmos, mas são meios para controlar o Estado a fim de garantir os direitos fundamentais, não sendo razoável dar preferência ao meio em detrimento do fim, que é a dignidade da pessoa humana. Ademais, impende ressaltar que o princípio da competência do legislador democrático também não é absoluta, tendo em vista que encontra limitação em certos vetores constitucionais, como é o caso das cláusulas pétreas.

Deixar de considerar o mínimo existencial ao tratar de direitos de segunda geração seria comprometer o *status* de cidadão do indivíduo e o próprio exercício da democracia, que exige certo grau de independência e segurança para todos.⁷³ Cumpre dizer que o funcionamento do diálogo democrático pressupõe a existência de condições básicas de existência digna.⁷⁴ Assim, seria possível ao Poder Judiciário intervir na implementação dos direitos sociais quando houvesse flagrante afronta ao mínimo existencial.

Em se tratando da garantia do mínimo existencial na saúde, essa intervenção seria cabível no intuito de obrigar o Poder Público a fornecer medicamentos, tratamentos de saúde ou realizar procedimentos cirúrgicos que se revelarem imprescindíveis à sobrevivência de alguém.

No entanto, é preciso ter cautela quando, sob o argumento de garantir o mínimo existencial de pessoas que recorrem ao Poder Judiciário,

71 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Rev. Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro, v. 42, 1990.

72 SILVA, Sandoval Alves da. op. cit., p. 187.

73 Id., p. 187.

74 BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 607 - 608.

conferindo-lhes direitos que demandam do Estado altíssimos custos, são deslocados recursos do orçamento da saúde, comprometendo, assim, o mínimo existencial de toda uma coletividade.

4.3. OUTRAS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Conforme ressaltado no tópico anterior, uma das críticas feitas à judicialização da saúde está na constatação de que um olhar pontual do juiz sobre casos concretos prejudica uma observação global das políticas de saúde como um todo.

Barcellos (2007) destaca que deslocar recursos públicos para beneficiar um indivíduo determinado é, ao mesmo tempo, gerar implicações na gestão das políticas públicas que beneficiam um número indeterminado de pessoas. Em outras palavras, são retirados recursos destinados a atender um número maior de necessitados para entregá-los nas mãos daqueles que recorrem ao Poder Judiciário. Fato é que o magistrado não tem condições para avaliar as distorções que a solução de casos concretos (microjustiça) engendrará em uma perspectiva mais ampla (macrojustiça).⁷⁵

Para uma melhor percepção do que isso representa em termos práticos, tomemos como exemplo o estado de São Paulo. Em estudo realizado no ano de 2005, Appio (2005) registra que, naquele ano, 10 mil pacientes obtiveram tratamento de saúde por meio de ordem judicial, sendo que os custos dessas ações judiciais somaram cerca de 40 milhões de dólares, custo que representou 30% do orçamento da saúde.⁷⁶

Em virtude disso, Santos (2006) chama a atenção para o risco do ativismo judicial desmesurado.⁷⁷

Entender a saúde pública como um serviço que assegura serviços *latu sensu*, sem nenhuma regulamentação, planejamento, previsão dos recursos financeiros, epidemiologia é um despropósito e uma utopia que poderá levar a sua falência.

75 BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 615.

76 APPIO, Eduardo. O direito e a indústria. Revista Consultor Jurídico. nov. 2005, apud SANTOS, Lenir. SUS: Contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. **Revista do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS)**. Ano II, n. 19, Brasília, set/out, 2006.

77 SANTOS, Lenir. SUS: Contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. **Revista do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS)**. Ano II, n. 19, Brasília, set/out. 2006, p. 46.

Barroso registra crítica à proliferação de decisões judiciais extravagantes ou emocionais que, em vez de dar efetividade à Constituição, impedem o funcionamento das políticas de saúde à medida que prejudicam a alocação dos escassos recursos públicos.⁷⁸

Há críticas também concernentes ao ativismo judicial e o princípio democrático. Em um Estado democrático, a elaboração e execução de políticas públicas de saúde devem ser de competência dos poderes Executivo e Legislativo, pois, sobre os seus membros repousa a representação popular advinda do voto, o que não ocorre com os membros do Poder Judiciário, que são recrutados por critérios técnicos, e não democráticos.⁷⁹

Uma última crítica que merece observação é o fato de que a escolha dos medicamentos que devem ser fornecidos pelo SUS envolve uma análise aprofundada acerca da eficácia e do custo-benefício desses fármacos, e os magistrados não dispõem de conhecimento técnico específico para tanto.⁸⁰

5 OS LIMITES DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Em análise do que foi apresentado até o presente instante, percebe-se que o excesso de ativismo judicial é prejudicial em diferentes aspectos e que, todavia, a ausência de controle judicial das atividades políticas relacionadas à saúde, poria em risco a própria eficácia desse direito fundamental. O que ocorre é que, por um lado, não se pode conceber um intervencionismo judicial exacerbado, mas, de outra banda, não é possível excluir totalmente a possibilidade de controle judicial das políticas públicas de saúde.⁸¹

Portanto, passamos a expor, com fundamento da doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as hipóteses de legitimidade da interferência judicial na implementação da saúde pública e, uma vez legitimado, quais os parâmetros norteadores e limitadores da sua atuação.

78 BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015.

79 Ibid., p. 24.

80 Ibid., p. 27 - 28.

81 BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., p. 609-610.

5.1 PARÂMETROS DOUTRINÁRIOS

Em importante monografia elaborada por solicitação da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Barroso⁸² traça parâmetros bastante concretos que devem orientar a atuação judicial nas ações que envolvem as políticas de distribuição de medicamentos.

Seu trabalho parte de uma análise sobre a colisão e ponderação entre princípios constitucionais. Afirma que, de um olhar mais superficial, poder-se-ia cogitar que a questão envolve apenas a colisão do direito à vida e à saúde com os princípios da separação dos poderes, orçamentários e a cláusula da reserva do possível. No entanto, a realidade se mostra bem mais dramática, pois, por vezes, o direito à vida e à saúde de alguém colidem com o direito à vida e à saúde de outrem.

A ponderação em abstrato feita pelo legislador, por ocasião da elaboração de políticas de saúde, por ser feita por órgão de representação popular, deve ser respeitada pelo intérprete judicial, a não ser que este esteja plenamente convicto e seja capaz de demonstrar uma incompatibilidade com a Constituição.

Se um determinado medicamento não está previsto na relação de fármacos para disponibilização, não se pode afirmar que o Poder Público foi omissos ou inerte. Pelo contrário, as listas de medicamentos de cada ente revelam as opções tomadas diante das possibilidades financeiras.

Barroso diz que se deve dar prioridade à gestão da saúde realizada pelo Executivo, que tem uma visão global tanto dos recursos existentes como das necessidades a serem supridas, de sorte que se há leis e políticas públicas de saúde sendo regularmente implementadas, a interferência judicial deve ser evitada. Uma intervenção judicial se justificaria no caso de inexistência de uma atuação legislativa e/ou administrativa, ou no caso de, embora havendo leis ou atos administrativos, estes não estivessem sendo devidamente cumpridos.⁸³

O primeiro parâmetro sugerido por Barroso é relacionado às ações individuais de medicamentos. Nesse caso, o Poder Judiciário não estaria autorizado a criar políticas de saúde, devendo ater-se somente à determinação de distribuição de medicamentos que já se encontrem nas listas do ente. Esse primeiro parâmetro parte da premissa de que o Estado

82 BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 28-37.

83 Ibid., p. 22-23.

é o Poder mais habilitado para gerir as políticas de saúde tanto por ter uma visão geral da aplicação dos recursos públicos como por ter o peso da representação democrática.

O segundo parâmetro é aplicável às ações coletivas. Nesses casos, seria possível a discussão sobre a inclusão de novos medicamentos às listas dos entes. Desse modo, se, nas ações individuais, o juiz deve limitar-se a observar a lista de medicamentos já fornecidos pelo sistema público de saúde, nas ações coletivas, voltadas a resguardar direitos individuais e coletivos, e nas ações abstratas de controle de constitucionalidade, torna-se possível requerer a incorporação de outros fármacos ao SUS. Isso porque, as decisões proferidas nessas ações possuem efeito *erga omnes*, o que preservaria os princípios da igualdade e da universalidade no atendimento.

Dentro deste parâmetro, pode-se elencar outros quatro subparâmetros, a saber:⁸⁴ a) o Judiciário não deve determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de tratamento alternativo ou aqueles que ainda estão em fase experimental, cuja eficácia não foi ainda devidamente comprovada; b) a eventual inclusão de novo medicamento deve dar preferência a substâncias disponíveis no mercado brasileiro; c) deve-se dar preferência ao medicamento genérico, de menor custo; d) por fim, deve-se dar preferência a medicamentos essenciais à sobrevivência em detrimento de medicamentos que apenas melhorem a qualidade de vida.

O último parâmetro apresentado por Barroso diz respeito à legitimação ativa nas ações judiciais de medicamentos. Pautados no artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece a competência comum de todos os entes da Federação para cuidar da saúde, os juízes têm entendido ser possível a responsabilização solidária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Todavia, a atribuição de competência comum não implica a responsabilidade pelas mesmas tarefas, como se percebe pelo trecho abaixo:⁸⁵

Como todas as esferas do governo são competentes, impõe-se que haja *cooperação* entre elas, tendo em vista o “*equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

84 Ibid., p. 33-35.

85 Ibid., p. 15.

Por esse motivo, em vez de permitir a pluralidade de entes figurando no polo passivo das ações, essa posição deve ser ocupada pelo ente que estaria responsável pelo fornecimento do medicamento objeto da demanda em virtude de uma vinculação a uma decisão política.

Partindo do conceito de “integralidade da assistência à saúde”, prevista no artigo 198, inciso II, da CF, bem como no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 8.080, Santos (2006) também traça alguns parâmetros limitadores do ativismo judicial, os quais denomina “contornos ou limitações à integralidade”.⁸⁶ Para ela, a integralidade da assistência à saúde não pode ser entendida como uma garantia de que todos têm direito a tudo na saúde, podendo demandar irrestritamente o Poder Público, pois isso levaria ao próprio colapso do sistema de saúde. A autora chama a atenção para o problema da alocação de recursos públicos desvinculada de prévio planejamento técnico e orçamentário.

Nesse contexto, o primeiro contorno ou delimitação que é apresentada refere-se à legitimidade para pleitear medicamentos frente ao Sistema Único de Saúde.⁸⁷ Quem são os legitimados a exigir parcela da assistência pública à saúde? A Constituição, em seu artigo 196, consagrou a universalidade e a igualdade da assistência à saúde. Isso significa que todos têm direito de ingressar no SUS sem qualquer tipo de barreira ou preconceito de qualquer espécie. Porém, para fazer jus à integralidade, é preciso que o paciente tenha optado pelo sistema público. Não é possível que alguém que tenha ingressado no setor privado exija apenas parcela do seu tratamento de saúde pelo sistema público. Assim, os medicamentos exigíveis judicialmente devem ser prescritos exclusivamente por médicos vinculados ao SUS.

O segundo contorno ou delimitação diz respeito à quantidade de recursos financeiros aplicados na saúde.⁸⁸ Devem ser observados os percentuais previstos no art.198, § 2º, da CF, caso contrário o orçamento violaria frontalmente o texto constitucional, legitimando o Poder Judiciário a efetuar o controle. Por outro lado, este mesmo aspecto remete à limitação dos recursos públicos frente às ilimitadas necessidades sociais relacionadas com a saúde, fazendo-se inferir que, nas ações judiciais, é necessário que os juízes levem em conta o planejamento e o orçamento.

86 SANTOS, Lenir, op. cit.

87 Id., p. 47-54.

88 Id., p. 54.

Outra limitação diz respeito à necessidade de regramentos técnicos e científicos capazes de averiguar a real eficácia dos medicamentos.⁸⁹ A autora chama a atenção para o fato de que nem sempre a indústria farmacêutica é movida por razões tão humanitárias. Busca-se vender o medicamento mais caro, mesmo havendo outro mais barato e de igual eficácia. Note-se que, por diversas vezes, busca-se, em demandas judiciais, medicamentos mais caros, mesmo sendo disponibilizado pelo SUS medicamentos com o mesmo potencial terapêutico.

Um outro parâmetro que deve ser observado pelos magistrados ao enfrentarem causas que versem sobre o direito à saúde é apresentado por Sarmiento (2008). Levando em consideração a cláusula da reserva do possível e o direito à igualdade, o juiz não deve se questionar se aquilo que é pleiteado pelo demandante pode ser suportado pelo Estado. A indagação que deve ser feita é se aquilo que for deferido a uma pessoa determinada pode ser concedido a todas as pessoas que se encontrem em situação similar. Por exemplo, antes de condenar o Poder Público a custear o tratamento de alguém no exterior, o magistrado deve se perguntar se é possível que os recursos públicos custeiem o tratamento no exterior de todas as pessoas portadoras daquela mesma enfermidade.⁹⁰ Caso contrário, estar-se-ia privilegiando uma seleta parcela de pessoas detentoras dos meios de ingresso ao Judiciário.

A partir do conceito de mínimo existencial, outro parâmetro pode ser traçado. E esse não é um conceito que pode ser apresentado em abstrato, pois os elementos que compõem o mínimo existencial de um determinado indivíduo não são os mesmos para outra pessoa. Analisando cada caso concreto, o juiz deve averiguar se o demandante possui meios e condições financeiras para a aquisição do medicamento requerido. Dependendo de cada caso, a denegação da pretensão imporá um sacrifício ou sobre a vida do paciente ou apenas sobre seu patrimônio.

Noutro giro, com o objetivo de superar a falta, por parte dos magistrados, de conhecimentos técnicos e científicos necessários para julgar as complexas causas que envolvem o direito à saúde, Daniel Sarmiento sugere que exista a possibilidade de consulta a órgãos *expertise* bem como de uma maior participação de terceiros no processo, como, por exemplo, a intervenção dos *amici curie*.

89 Id., p. 54-56.

90 SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético- Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 556.

5.2 PARÂMETROS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

A indiscutível relevância da questão constitucional envolvendo o direito à saúde e sua implementação tem levado o Supremo Tribunal Federal a debruçar-se por reiteradas vezes sobre o tema. Assim é que, analisando sua jurisprudência, é possível reconhecer pelo menos três momentos distintos no posicionamento da Corte.⁹¹

Pode-se afirmar que até o ano de 2007, o STF entendia que as questões envolvendo a possibilidade financeira do Estado, lastreada na cláusula de reserva do possível, não poderiam, de forma alguma, relativizar os direitos fundamentais à vida e à saúde. Esse entendimento se consubstanciou no julgamento da Petição 1246 (SC), que teve como relator o Ministro Celso de Mello e que serviu como paradigma para diversas outras decisões da Corte.⁹² Tratava-se do caso de um menor portador da distrofia muscular de Duchene, em que o Estado de Santa Catarina foi condenado a custear o tratamento, no valor de 63 mil dólares, em uma clínica dos Estados Unidos. Nas palavras do Ministro relator:

A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls.2/30). [...] Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.⁹³

91 FARIA, Luzardo. **Limites jurídicos da legitimidade do Poder Judiciário para a concessão de prestações individuais de saúde**, In: 22º Evento de Iniciação Científica (EVINCI) da UFPR. Paraná: UFPR, 2014, p. 152-155.

92 MIRANDA, Ciro Carvalho. O direito subjetivo à assistência médica gratuita. **Rev. Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, ano 2, out. 2008. ISSN 1982-4564.

93 BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Pet: 1246 SC, Relator: Min. CELSO DE MELLO. **Diário da Justiça**, 13 fev. 1997. Data de Julgamento: 31 jan. 1997.

No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio (2000) se manifestou em trecho de um julgado a seguir transcrito:

[...] No caso, restou constatada enfermidade rara e que alcança cerca de vinte crianças em todo o Estado do Rio Grande do Sul com sérios riscos para a saúde e o desenvolvimento das mesmas. O Estado deve assumir as funções que lhes são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.⁹⁴

Foi com o julgamento do ADPF 45/DF⁹⁵, que o Supremo Tribunal Federal começou a levar em conta outros aspectos relacionados à judicialização dos direitos sociais. Passou-se a admitir que, em um primeiro momento, não cabe ao Poder Judiciário a implementação de políticas públicas, pois essa seria tarefa de incumbência dos Poderes Legislativo e Executivo. Entretanto, seria permitido ao Poder Judiciário interferir, quando os poderes originalmente legitimados para tanto, revelarem comportamento abusivo, comprometendo a eficácia das normas constitucionais programáticas.

Dessa forma, compreendeu-se que a prestação dos direitos de segunda geração ocorre de acordo com a possibilidade econômico-financeira do Estado, levando-se em consideração a reserva do possível. Todavia, não poderia o poder estatal utilizar-se desse argumento para se esquivar de fornecer aos indivíduos um conjunto de condições mínimas para uma vida digna. Nas palavras do Ministro Celso de Mello (2000), vê-se que:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação,

94 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 195.192-3 (RS). Min. Rel. Marco Aurélio. **Diário da Justiça**, 31 jan. 2000. Data de Julgamento: 22 fev. 2000.

95 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 (DF). Min. Rel. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, 04 maio de 2004. Julgado: 29 abril 2004.

em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.⁹⁶

Em 2009, tendo em vista as incessantes divergências em torno do assunto, o Ministro Gilmar Mendes, à época Presidente do STF, convocou a realização da Audiência Pública nº 4, que tratou do tema da saúde. Esse evento contribuiu sobremodo para uma análise mais abrangente e aprofundada da prestação do direito à saúde, à medida que contou com a participação não só de juristas, mas de diferentes setores da sociedade civil.⁹⁷

Logo depois, a Suprema Corte buscou traçar parâmetros mais sólidos para a solução judicial de conflitos envolvendo o direito à saúde, o que foi explanado detalhadamente no julgamento do AgRg em STA 175/CE.⁹⁸

Inicialmente, o Ministro Gilmar Mendes revela que grande parte dos casos não se trata de intervenção do Judiciário na criação e implementação de políticas públicas de saúde. O que ocorre é a determinação judicial para o cumprimento de políticas estatais que já existem. Assim, a primeira tarefa do magistrado é verificar se já existe uma política de saúde que ofereça aquilo que é pleiteado pelo demandante.

Caso a prestação pretendida pela parte não esteja incluída entre as políticas de saúde do SUS, isso pode decorrer de três possíveis situações:⁹⁹

- (1) uma omissão legislativa ou administrativa,
- (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou
- (3) de uma vedação legal de sua dispensação.

Na terceira hipótese, o juiz deve verificar se o fármaco pleiteado é validamente registrado na ANVISA, tendo sua eficácia e segurança comprovadas pelo Ministério da Saúde; em caso negativo, não deve o magistrado determinar a dispensação do medicamento.

96 Id.

97 MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. *Rev. bioética* (Impr.). 2014; 22 (3): 561-8. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n3/v22n3a20.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

98 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STA: 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça eletrônico*, 16 jun. 2009. Data de Publicação: 25 jun. 2009.

99 Id.

Observando a segunda hipótese, pode ocorrer de um determinado medicamento não ser incluído nas políticas de saúde do SUS por uma decisão do Poder Público de não fornecê-lo, posto que existem critérios técnicos e científicos para que um fármaco ser disponibilizado. O SUS obedece a protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas que orientam o diagnóstico de patologias e o respectivo tratamento. Ademais, não seria razoável exigir que o sistema público fornecesse todo e qualquer tipo de prestação de saúde.

Diante disso, caso o SUS forneça um tratamento diverso do pretendido pelo paciente, mas que se mostre eficaz, deve-se dar preferência ao oferecido pelo Sistema Único de Saúde. No caso de o tratamento oferecido pelo SUS ser ineficaz para determinado paciente, deve-se decidir qual medida diferente deve ser custeada.

Estaremos, entretanto, diante de uma omissão, quando não houver protocolo clínico para tratar determinada patologia, seja porque o tratamento ainda encontra-se em fase experimental, ou seja porque o tratamento ainda não foi testado pelo SUS. No primeiro caso, não pode o Judiciário compelir o Poder Público a custear tratamento experimental, porquanto não há comprovação de sua eficácia. Outrossim, se o tratamento ainda não foi testado pelo SUS, mas já teve sua eficácia comprovada no setor privado, é possível adentrar no mérito sobre sua incorporação ao sistema público, desde que haja ampla produção probatória.

Desse modo, o julgamento da Suspensão da Tutela Antecipada 175/CE, fundamentado nas informações produzidas durante a Audiência Pública nº 4, foi essencial para traçar contornos concretos a orientar uma possível interferência judicial na implementação de políticas de saúde.

6 CONCLUSÃO

A intervenção judicial na implementação de políticas públicas de saúde implica em uma necessária e delicada ponderação entre diferentes princípios constitucionais. O direito à vida, à saúde bem como a dignidade da pessoa humana, base de um mínimo existencial, confrontam-se com a cláusula de reserva do possível, com o princípio da separação dos poderes, com a legitimidade democrática do Executivo e do Legislativo e com direitos de terceiros.

Ao realizar essa ponderação, o magistrado deve levar em conta a escassez dos recursos públicos e a possibilidade financeira do Estado, o

que, todavia, não pode ser obstáculo à prestação de condições mínimas essenciais a uma existência digna. Necessário frisar também que a garantia do mínimo existencial de um determinado indivíduo deve estar em harmonia com a preservação do direito à vida, à saúde e à dignidade de terceiros.

O Poder Judiciário não deve ter apenas um olhar pontual sobre os casos concretos que lhes são apresentados, mas precisa ter uma visão ampla do que suas decisões podem acarretar de um modo geral nas políticas estatais de saúde.

A princípio, é indiscutível a competência dos Poderes Legislativo e Executivo para a criação e implementação de políticas públicas. No entanto, essa competência não excluiu a possibilidade de um controle judicial, desde que se verifique uma omissão ou uma atuação abusiva por parte do Poder Público.

Em uma demanda judicial em que se pleiteia medicamentos, faz-se necessário, inicialmente determinar quem são os legitimados a figurar nos polos passivo e ativo. Nesse contexto, apenas os pacientes do próprio SUS têm o direito de exigir judicialmente uma prestação do sistema público em seu favor. Por outro lado, apenas o ente federativo que tinha o dever de fornecer o medicamento deve figurar no polo passivo da ação, devendo-se afastar o litisconsórcio dos entes nessas demandas.

Também deve-se verificar se o medicamento pretendido está previsto na lista de dispensação do ente. Caso esteja, trata-se simplesmente de uma determinação judicial para o cumprimento de uma política pública já existente e não de judicialização.

Ainda, caso o medicamento não esteja previsto entre os fármacos para fornecimento, o juiz deve proceder com cautela, não devendo determinar a prestação de medicamentos que não foram regularmente registrados na ANVISA nem de tratamentos alternativos ou experimentais que não tenham sua eficácia e segurança comprovadas.

Precisa, ainda, verificar se existe outro tratamento disponível na rede pública que proporcione os mesmos resultados do tratamento pleiteado. Se houver, deverá ser prestigiado o tratamento já fornecido, pois, muitas vezes, o demandante apenas busca o medicamento mais caro, embora não seja o mais eficaz.

Caso diverso ocorre quando se verifica a inexistência de tratamento previsto para determinada doença dentre os protocolos do SUS. Nesse caso, outros parâmetros devem ser observados pelo Poder Judiciário.

Verificar se determinado medicamento deve ou não ser fornecido pelo SUS requer farta instrução durante o processo, devendo ser permitido ao juiz a consulta a órgãos técnicos especializados, pois nem sempre o magistrado possui o conhecimento científico necessário para o julgamento dessas lides.

Em nome do princípio da isonomia, a discussão sobre a incorporação de determinado medicamento ao Sistema Único de Saúde deve, em regra, acontecer no âmbito das ações coletivas e das ações do controle abstrato de constitucionalidade, tendo em vista seu efeito *erga omnes*. Excepcionalmente, em ações individuais, pode o juiz impor ao ente a disponibilização de um medicamento que não esteja em lista, desde que, também em prestígio à isonomia, o magistrado verifique que o custeio do tratamento de determinada pessoa poderia ser estendido a todas as pessoas que se encontrassem em igual situação sem que isso trouxesse maiores prejuízos ao Estado.

Por último, há a necessidade de se observar a condição financeira do demandante, pois, se tiver poder econômico para adquirir o que pugna em face do poder estatal, o indeferimento da pretensão não incidirá sobre sua vida ou saúde, mas tão somente sobre seu patrimônio.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1996, p.6. apud NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 396.

ARAGÃO, João Carlos M. de. **Judicialização da Política no Brasil: Influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

ARISTÓTELES. Política. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.) **A constitucionalização do direito**: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Pet: 1246 SC, Relator: Min. CELSO DE MELLO. **Diário da Justiça**, 13 fev. 1997. Data de Julgamento: 31 jan. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 195.192-3 (RS). Min. Rel. Marco Aurélio. **Diário da Justiça**, 31 jan. 2000. Data de Julgamento: 22 fev. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 (DF). Min. Rel. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, 04 maio 2004. Julgado: 29 abril 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA: 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário da Justiça eletrônico**, 16 jun. 2009. Data de Publicação: 25 jun. 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. Revista Trimestral de Direito Público 13:135/6, 1996, apud BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, in SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.) **A constitucionalização do direito**: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2010.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2007.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2004.

COSTA, Nelson Nery. **Constituição Federal anotada e explicada**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3, nov. 2008/fev. 2009.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Associação dos procuradores do Estado de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 2. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf> Acesso em: 28 set. 2015.

FARIA, Luzardo. **Limites jurídicos da legitimidade do Poder Judiciário para a concessão de prestações individuais de saúde**. In: 22º Evento de Iniciação Científica (EVINCI) da UFPR. 2014.

JÚNIOR, Dirley Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. **Rev. bioética** (Impr.). 2014; v. 3, n. 22, p. 561-568. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n3/v22n3a20.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos. **Revista Jurídica 9 de julho**, n. 2, p. 05, jul. 2003.

MARTINS, Wal. **Direito à saúde: compêndio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Ciro Carvalho. O direito subjetivo à assistência médica gratuita. **Rev. Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, ano 2, out. 2008. ISSN 1982-4564.

MONTESQUIEU, Baron de Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**, Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 164.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, nº 103. p. 13. Brasília: Senado, 1989.

NETO, João Pedro Gebran. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais**. São Paulo: RT, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

PANIZ, Vera Maria Vieira. **Acesso a medicamentos em população assistida por diferentes modelos de atenção básica nas regiões Sul e Nordeste do Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Epidemiologia). Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Pelotas, RS.

SANTOS, Lenir. **Conhecendo seus direitos na saúde pública**. Campinas: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2006.

SANTOS, Lenir. SUS: Contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. **Revista do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS)**. Ano II, n. 19, Brasília, set/out. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set/out/nov. 2007, p. 4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 15 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético- Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHWARTZ, Germano. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica, p. 108, apud MARTINS, Wal. **Direito à saúde: compêndio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 72.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais**: Leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

SCHWABE, Jürgen (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Rev. Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, v. 42, 1990.

DILEMA CONSTITUCIONAL E VOLUNTARISMO JUDICIAL

Carlos Odon Lopes da Rocha¹

RESUMO: O presente artigo busca demonstrar, a partir das lições doutrinárias de Lorenzo Zucca, a existência de eleições trágicas ou dilemas constitucionais ao lado dos “casos fáceis” e “casos difíceis”. Com a delimitação teórica da ideia de dilema constitucional, fica evidenciada a insuficiência da teoria da decisão judicial de Robert Alexy para dirimir tais conflitos, sendo certo que a interpretação a ser feita dar-se-á de maneira voluntarista ou discricionária. A interpretação, nessas situações extremas, ensejará uma criação do Direito com aplicação retroativa ao caso concreto, não sendo possível extrair a melhor opção dentre as existentes através da técnica da ponderação.

Palavras-chave: Dilema constitucional. Interpretação. Voluntarismo. Ato discricionário.

CONSTITUTIONAL DILEMMA AND JUDICIAL VOLUNTARISM

ABSTRACT: This article seeks to demonstrate from the doctrinal lessons Lorenzo Zucca, the existence of tragic election or constitutional dilemmas side of the “easy cases” and “hard cases”. With the theoretical definition of the idea of constitutional dilemma is evident the inadequacy of theory of judicial decision of Robert Alexy to resolve such conflicts, being certain that the interpretation to be made of voluntarist occur or discretionary manner. The interpretation in these extreme situations cause a creation of law with retroactive application to this case, it is not possible to extract the best option among the existing through the technique of weighting.

Key words: Constitutional dilemma. Interpretation. Voluntarism. Discretionary act.

1 Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Procurador do Distrito Federal. Advogado. E-mail: carlosodon@bol.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Em que pese a doutrina majoritária diferenciar apenas os “casos fáceis” (*easy cases*) dos “casos difíceis” (*hard cases*), faz-se necessário também a conceituação e o desenvolvimento teórico dos chamados “dilemas” ou “tragédias” constitucionais a partir das ideias do jurista Lorenzo Zucca.

Como exemplo de dilema constitucional, pode-se citar a decisão do Pleno do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ocorrida em 17 de abril de 2007. Em 12 de julho de 2000, a Sra. Evans junto com seu marido, Johnston, iniciou um procedimento para fertilização *in vitro*. Pouco tempo depois, a Sra. Evans foi diagnosticada com sérios tumores pré-cancerígenos em ambos os ovários, o que significava que deviam ser extraídos. O hospital a aconselhou que seria possível coletar seus óvulos antes da operação, realizar a fertilização com os espermatozoides de seu marido e congelá-los, com o objetivo de manter viva sua esperança de ser mãe biológica no futuro.

No Reino Unido, este procedimento está estritamente regulamentado pela legislação. A característica primordial da referida legislação é permitir a ambas as partes revogarem seus respectivos consentimentos em qualquer momento anterior à implantação dos óvulos no útero. Inicialmente, o Sr. Johnston confirmou à Sra. Evans seu compromisso de ter um filho com ela. Porém, dois anos mais tarde, a relação afetiva terminou. Como resultado, o Sr. Johnston pediu ao hospital que destruísse os óvulos fertilizados e congelados, colocando fim às esperanças da Sra. Evans de ter um filho geneticamente seu. A Sra. Evans, então, solicitou um mandado judicial ao Alto Tribunal exigindo que seu marido restabelecesse seu consentimento, argumentando que ele não podia, de acordo com o Direito inglês, modificá-lo validamente. Ademais, argumentou que a legislação inglesa era incompatível com a Lei de Direitos Humanos de 1998. O Alto Tribunal, a Corte de Apelação e o Pleno do Tribunal Europeu de Direitos Humanos rejeitaram, todos eles, a solicitação da Sra. Evans (ZUCCA, 2011, p. 10).

Cuida-se, no exemplo acima, de verdadeiro dilema constitucional, pois o interesse de cada pessoa é completamente irreconciliável entre si. De um lado, o direito da mulher de ser mãe biológica; de outro, o direito do homem de não ser pai. Se se permite à mulher usar os embriões, o homem será forçado a ser pai contra sua vontade; se se permite ao homem a retratação ou revogação do consentimento, se negará à mulher a oportunidade de ser mãe biológica. Deve o Tribunal negar a maternidade à Sra. Evans ou deve forçar a paternidade do Sr. Johnston? Eis, aqui, um dilema constitucional, ou seja, uma situação que não pode ser solucionada satisfatoriamente pela argumentação moral.

Diante de tal contexto, portanto, torna-se relevante desenvolver uma nova concepção teórica ao lado dos “casos fáceis” e dos “casos difíceis”.

“CASOS FÁCEIS”, “CASOS DIFÍCEIS” E DILEMAS CONSTITUCIONAIS

Nos denominados “casos fáceis” (*easy cases*), o intérprete funciona como mero revelador da norma, sendo aplicada a técnica interpretativa de subsunção (fato e texto) para a solução do caso. É o que Herbert Hart chama de “zona clara de aplicação do Direito”. Os casos que recaem na zona clara são aqueles em que as questões nominais parecem não cobrar uma interpretação mais detalhada ou aprofundada. Na zona clara, há uma aplicação mecânica da lei, sem uma maior especulação (SGARBI, 2006, p. 133).

Por sua vez, “casos difíceis” (*hard cases*), na linguagem comum, são aqueles casos de difícil resolução ou compreensão. Porém, a partir da concepção teórica de Dworkin, “caso difícil” é aquele em que, dadas as particularidades dos “fatos apresentados em juízo e das disposições legislativas, não é trivial identificar a regra que os solucione ou, mesmo, atestar que elas estejam disponíveis” (apud SGARBI, 2006, p. 155).

Em outras palavras, existe um “caso difícil” quando não for possível subsumir claramente a questão fática apresentada a uma regra pré-estabelecida pelo órgão competente (p.ex, Poder Legislativo).

Os *hard cases*, para Dworkin, também ocorrem nos enfrentamentos entre argumentos de política e argumentos de princípio. Aqueles justificam uma decisão política com vistas a proteger um objetivo coletivo da comunidade. Estes, por sua vez, justificam uma decisão garantidora de um direito fundamental do indivíduo ou de determinado grupo. Entre estes argumentos, o juiz deve decidir com base em princípios. Ao legislador cabe a decisão com base em argumentos de política.

A colisão entre princípios ou direitos fundamentais também configuraria um “caso difícil”, pois a solução seria encontrada não através da simples subsunção, mas da aplicação da ponderação ou balanceamento entre valores e interesses em jogo. Somente depois de definir o princípio de maior peso relativo diante das circunstâncias jurídicas e fáticas e, por conseguinte, a regra a ser aplicada no caso concreto, o “caso difícil” poderia ser solucionado (ALEXY, 2012).

Além dessas breves considerações, faz-se mister tecer alguns comentários sobre a ideia de “dilema constitucional” a partir do escólio de Lorenzo Zucca.

O dilema constitucional envolve dois elementos: a) uma eleição entre dois bens distintos e salvaguardados por direitos fundamentais; b) a perda total e irreversível de um bem protegido por um direito fundamental, independentemente da decisão judicial a ser tomada. O dilema representa, então, uma situação mais grave que o chamado “caso difícil” (ZUCCA, 2011, p. 11).

Além do exemplo já citado de dilema constitucional, acrescenta-se o caso das irmãs siamesas Jodie e Mary. A vida de Mary foi definida como parasitária da vida de sua irmã. O direito à vida de Jodie competia contra o direito à vida de Mary. Uma devia ser sacrificada para salvar a outra. Caso não se fizesse nada, ambas morreriam. O médico sustentava que a única maneira de salvar Jodie era matando Mary. Contudo, seus pais rejeitaram aceitar a morte de uma para salvar a outra baseando-se em razões religiosas. Então, o Tribunal concluiu que Mary devia ser sacrificada com o escopo de salvar Jodie.

A maioria dos juízes insistia que não estavam avaliando a qualidade de vida das crianças. Contudo, eles estavam, segundo Zucca (2011, p. 15), avaliando a qualidade de vida de ambas destacando a anormalidade e não naturalidade da união das gêmeas.

Outro exemplo de dilema constitucional é a famosa “escolha de Sofia”. Sofia tem dois filhos, que estão em um campo de concentração nazista. Um oficial pede a Sofia que escolha um dos filhos para viver, pois o outro morrerá. Se ela não escolhe nenhum, ambos morrerão. Neste caso, a definição de um dilema não pode ser mais clara, pois implica a eleição entre dois bens incomensuráveis e, por outro lado, a eleição de determinado bem implicará a perda fundamental do outro (ZUCCA, 2011, p. 15).

Nessas situações (dilemas), não há uma melhor resposta, razão pela qual não se torna possível afastar a discricionariedade judicial. Não há uma argumentação razoável capaz de resolver tais dilemas, sendo a decisão uma escolha puramente discricionária. Aqui, portanto, resta válida a lição de Hans Kelsen, na festejada obra “Teoria Pura do Direito” (capítulo VIII), para quem a decisão é um ato de vontade, uma escolha subjetiva do julgador. Não há uma solução racionalmente controlável para esses casos. A maioria dos juízes afirmou que o pleito da Sra. Evans

merecia forte simpatia, embora tal circunstância não tenha sido suficiente para lograr êxito no âmbito judicial.

Com efeito, apenas poucos casos são tidos como dilemas constitucionais. São hipóteses de conflitos genuínos entre direitos fundamentais (dilemas) aqueles conflitos totais intradireitos, isto é, quando existem pretensões simétricas que são mútua e totalmente excludentes. Se se favorece uma das pretensões, elimina-se a outra definitivamente. Um nítido exemplo, como já descrito, é o caso das gêmeas siamesas Jodie e Mary, cujo conflito total intradireitos envolve o direito (antagônico) à vida de duas pessoas.

A eleição trágica (dilema) entre direitos fundamentais, portanto, carece de justificação moral válida.

De igual modo, a técnica ou procedimento da ponderação oferece, para alguns, um suspiro de racionalidade ao intérprete, mas apenas nos “casos difíceis”. Ela é inadequada para resolver os dilemas constitucionais. Em relação aos direitos fundamentais, a ponderação é útil para determinar o alcance e a força dos direitos em determinadas circunstâncias específicas. Contudo, não ajuda na resolução de todos os casos, especialmente nos dilemas constitucionais. Como ferramenta, ela tem um âmbito de aplicação limitado aos “casos difíceis”.

Em suma, nos dilemas constitucionais, há eleições trágicas a serem feitas pelo intérprete/aplicador sem qualquer critério mínimo de racionalidade jurídica. A argumentação diante dos dilemas não é capaz de fornecer a melhor resposta (Alexy), o que será demonstrado mais adiante.

O QUE É UM DILEMA CONSTITUCIONAL?

Como dito anteriormente, o dilema constitucional abrange dois elementos essenciais, segundo Zucca (2011, p. 11): uma escolha entre dois bens jurídicos distintos e protegidos por direitos fundamentais e a perda completa do bem protegido por um dos direitos fundamentais em tensão, independentemente da decisão judicial a ser proferida.

Para o autor (2011, p. 12), os direitos fundamentais expressam um pluralismo valorativo fundacional. Em outras palavras, não há qualquer argumento convincente a favor de uma tese que ordene esses direitos em termos de um único valor superior. Ademais, diante dos dilemas constitucionais, nem o Parlamento nem a Corte Constitucional estão em posições razoáveis para resolvê-los.

Segue afirmando o referido doutrinador (2011, p. 17) que o conflito entre direitos fundamentais pode ser genuíno ou espúrio. A diferença entre ambos é que os conflitos genuínos (dilemas) implicam inconsistências normativas.

Algumas críticas devem ser desenvolvidas, sem que, com isso, se retire o mérito doutrinário de Zucca no sentido de revelar a existência de verdadeiros dilemas ou “tragédias” constitucionais. Ademais, as críticas suscitadas por alguns jusfilósofos espanhóis foram devidamente refutadas pelo próprio Zucca.

A primeira crítica é a de que a caracterização dos dilemas constitucionais não se dá apenas por ocasião da ocorrência de situações contrapostas de direitos fundamentais simétricos, afirma Lariguet (2011, p. 48). Podem existir, nos ordenamentos jurídicos, critérios de desempate, tais como *in dubio pro libertate*, *in dubio pro legislatore*, *in dubio pro homine*, etc. Assim, com maior ou menor dificuldade, os dilemas poderiam ser convertidos em “casos difíceis”, nos quais os conflitos são manipulados com critérios, escalas ou procedimentos que retratam uma ideia de presunção de prioridade refutável em favor de um dos direitos fundamentais em tensão. Por exemplo, a prioridade do direito à liberdade de imprensa, nos Estados Unidos, sobre o direito à intimidade ou privacidade (LARIGUET, 2011, p. 48).

Em que pese tal argumentação, resta evidente que, a partir de uma apropriada análise do caso concreto, não existe, obrigatoriamente, elementos de desempate. Não há, no caso das irmãs siamesas, como comparar o valor “vida” de uma em relação ao valor “vida” da outra. Há, então, uma incomensurabilidade forte entre os valores colidentes. Zucca, ao diferenciar “casos difíceis” e “dilemas constitucionais”, entende que existe apenas uma diferença de grau entre ambos: quando inexistir um critério de desempate para os casos difíceis, então serão tidos como “dilemas constitucionais”. Surgindo eventualmente algum fator de desempate, o dilema volta a ser um “caso difícil” (ZUCCA, 2011, p. 119).

Por sua vez, Álvarez (2011, p. 101-102) afirma que o fato de existir a perda fundamental de um direito constitucional em conflito não é apto a caracterizar o dilema constitucional. Isso porque a própria existência do direito como um sistema coercitivo implica uma perda a partir do ponto de vista da liberdade individual. Em suma, a noção de perda, no sentido de impossibilidade de realizar ou conseguir algo valioso, está presente em toda e qualquer solução jurídica a ser adotada em um conflito. Em verdade, Álvarez (2011, p. 126), admitindo a existência de dilemas constitucionais,

busca substituir a ideia de “perda fundamental” por “inexistência de qualquer razão moral para preferir uma opção sobre a outra”. Não se trataria, pois, da presença de uma escolha e, por conseguinte, de uma perda, mas da ausência de razões morais capazes de justificar a perda que ocorre naturalmente no processo decisório.

Contudo, como bem refutado por Zucca, para sustentar que um dilema acontece quando a justificação moral da perda está ausente, necessita-se, previamente, identificar a perda no processo decisório. E para poder afirmar a perda, faz-se mister postular a existência de uma eleição entre dois valores incomensuráveis. Assim, diz Zucca, a professora da Universidad Autónoma de Madrid parece coincidir com ele no sentido de que deveria existir uma eleição e uma perda (ZUCCA, 2011, p. 126).

Portanto, há de se ressaltar, uma vez mais, que os dilemas constitucionais não permitem uma solução argumentativa forte e convincente em favor de certo resultado.

INSUFICIÊNCIA DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL DE ROBERT ALEXY PARA RESOLVER OS DILEMAS CONSTITUCIONAIS

4.1 TÉCNICA DA PONDERAÇÃO (ALEXY, 2012)

A “ponderação de bens ou valores” há de ser vista como forma de solução de lacunas do direito em virtude da “tensão entre princípios”. Essa ponderação na colisão de normas é orientada por uma pauta valorativa.

A jurisprudência dos valores, sem dúvida, contribuiu para a inauguração de uma nova fase da ciência jurídica, qual seja, o pós-positivismo. A partir dela, ganhou relevo as ideias de “força normativa da Constituição”; aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, inclusive nas relações entre particulares; constitucionalização do Direito, que nada mais é que a irradiação de regras e princípios constitucionais para todos os ramos do Direito (Direito Civil, Penal, etc).

Por fim, outra importante contribuição da jurisprudência dos valores foi a instituição da técnica ou procedimento da ponderação. Segundo Abboud, Carnio e Oliveira (2013, p. 345),

Tais valores, por serem plurais, no mais das vezes, encontram-se em rota de colisão. Isto é, as circunstâncias concretas sob as quais se assenta o caso a ser decidido podem fazer com que dois valores, igualmente

amparados por princípios constitucionais, estejam agindo como forças opostas para solução do caso. Assim, é necessário que haja um procedimento para apurar qual deles possui mais força para reger a relação estabelecida naquele dado caso. Esse procedimento é a chamada ponderação que o tribunal afere segundo critérios de proporcionalidade.

Os princípios possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*) e, por esse motivo, quando dois princípios entram em tensão na análise concreta, aquele que possuir o maior peso no caso concreto prevalecerá sem que, com isso, o princípio de menor peso relativo se torne inválido. Pertinente aos “casos difíceis”, a ponderação, contudo, não será ferramenta útil para a solução dos dilemas constitucionais.

No sopesamento entre princípios, valores, bens e interesses em tensão nos “casos difíceis”, aplica-se a técnica interpretativa da ponderação ou balanceamento. Na esteira da lição de Barroso (2001, p. 68),

A ponderação de valores é a técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.

Cuida-se, pois, (a ponderação) de uma técnica que visa atribuir pesos a bens, valores e interesses. Nunca demais lembrar que os valores, segundo a corrente pós-positivista, configuram a vertente axiológica das normas, devendo ser promovidos pelos princípios.

Assevera Alexy (2012, p. 93) que:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa (das regras). Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto

que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Assim, ao menos nos casos difíceis, ou seja, nos casos em que princípios competem pela primazia na regulamentação de determinada situação, o balanceamento ou ponderação de valores ou princípios é inevitável (BRANCO, 2009, p. 111).

Como salienta Gonet Branco (2009, p. 114),

O juízo de ponderação, desse modo, encontra apoio em distintas motivações filosóficas e é, de modo geral, adotado segundo uma impressão de sua inevitabilidade – ao menos, diante de casos difíceis, que envolvem juízos morais colidentes e demandam solução de conflitos de interesses, bens e valores não previamente submetidos a hierarquização absoluta.

A ponderação, para o juiz da Suprema Corte de Israel Aharon Barak, seguindo esse viés, expressa uma técnica inescapável, que reflete a própria complexidade de valores que compõem o Direito, construindo pontes entre o direito e a vida pluralística, já que “exige do juiz identificar os valores relevantes, enfrentar o tema da importância social desses valores, além de exigir que revele o seu pensamento para os seus confrades e para as demais pessoas, facilitando a crítica e a autocritica”.

Portanto, na tensão entre princípios que retratam um “caso difícil”, o intérprete/aplicador deve utilizar a técnica da ponderação com vistas a definir o princípio que detém o maior peso no caso concreto difícil. Diante das possibilidades fáticas e jurídicas de realização de um princípio, há uma restrição no que tange às possibilidades fáticas e jurídicas de realização de outro princípio. E a solução de tal tensão dá-se mediante a fixação de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com fulcro nas circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2012, p. 96).

Em outras palavras, a ponderação é útil para determinar o alcance e os limites dos direitos fundamentais em relação a certas circunstâncias jurídicas e fáticas. Entretanto, não é capaz de ajudar na resolução dos dilemas constitucionais, ou seja, de conflitos entre direitos fundamentais simétricos (direito à vida de Jodie x direito à vida de Mary).

Por envolver direitos fundamentais colidentes e simétricos, o dilema constitucional retrata a noção de incomensurabilidade forte. Nesse sentido, Zucca (2011, p. 23) esclarece que:

Cuando dos valores inconmensurables se encuentran ínsitos en los derechos en conflicto, como es posible forzarlos a una medición de su peso o importancia? Jeremy Waldron sugiere una distinción entre la inconmensurabilidad fuerte y débil. Argumenta que la inconmensurabilidad fuerte es asunto de las elecciones trágicas: Agamenón enfrentándose a la elección entre su hija e su misión. La inconmensurabilidad fuerte conduce a la agonía e la parálisis, y no ofrece ningún criterio de elección al margen de la preferencia personal. La inconmensurabilidad débil, por el contrario, es simplemente expresada en términos de una 'simple o directa regla de prioridad'. Esto significa que, en lugar de un balance cuantitativo de tipo utilitarista, las decisiones son tomadas 'matando con un triunfo', o imponiendo una prioridad. Sin embargo, a veces será necesario elegir entre triunfos. En este punto recurriremos a la ponderación, aunque a un tipo cualitativo de ponderación, que intenta elaborar la relación interna de los valores en juego, a través del razonamiento filosófico.

Portanto, a ponderação, ao buscar sacrificar o mínimo de cada um dos direitos fundamentais em oposição, não é idônea para resolver os dilemas ou eleições trágicas constitucionais, uma vez que a escolha de um dos direitos em colisão acarreta, invariavelmente, a perda total e definitiva do outro bem jurídico contraposto.

Da decisão judicial nos dilemas constitucionais como hipótese de discricionariedade do juiz

5 DA DECISÃO JUDICIAL NOS DILEMAS CONSTITUCIONAIS COMO HIPÓTESE DE DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ

5.1 DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO ATO DE VONTADE

Preocupado com o desenvolvimento da jurisprudência dos interesses - que privilegiava argumentos ideológicos e políticos na interpretação do direito -, Kelsen busca reforçar o método analítico presente na jurisprudência dos conceitos. O autor austríaco procura aperfeiçoar o rigor lógico-jurídico dentro do contexto positivista, ou seja, a ciência jurídica deve ser estudada sem interferências valorativas. Deve se manter limitada ao estudo do caráter descritivo das normas.

Em sua obra "Teoria Pura do Direito" (Capítulo VIII), ele assevera que o problema da interpretação do Direito é mais semântico do que

sintático. Diante desse quadro, a interpretação, para Kelsen, é um ato de vontade, com a criação, pelo juiz, de uma norma individual para o caso concreto. Haveria, portanto, uma discricionariedade ou subjetivismo por parte do juiz que se movimentaria dentro de uma moldura semântica da norma.

O juiz deve obediência à moldura da norma, mas dentro dela a interpretação a ser realizada é relativamente livre. Como diz o referido autor (2012, p. 388-391),

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação [...]. Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer [...]. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis. [...] O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Em resumo, não se pode extrair das leis uma única interpretação correta ou adequada, tendo em vista a pluralidade de significações das palavras ou expressões. Esta pluralidade de significações proporciona uma “moldura” ou “quadro” da lei dentro da qual o intérprete (juiz) é livre para escolher (ato de vontade) entre as possibilidades interpretativas existentes. A escolha, portanto, desde que dentro da moldura, decorre do puro voluntarismo ou subjetivismo do juiz.

Dessa forma, a interpretação judicial, segundo Kelsen, é um ato de escolha ou um voluntarismo em qualquer situação. A amplitude de tal assertiva, porém, não deve merecer acolhida. Isso porque os “casos fáceis” ou “zonas claras de aplicação do Direito” podem ser resolvidos mediante a técnica da subsunção. Por seu turno, os “casos difíceis” podem ser resolvidos mediante a técnica da ponderação, não obstante haja críticas significativas no sentido de que esta técnica não passaria de uma fórmula retórica para justificar decisões arbitrárias. Para os críticos (p.ex, Habermas), o sopesamento ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Contudo, a ponderação traz consigo um mínimo de racionalidade, já que o enunciado de preferência, resultado do sopesamento, pode ser fundamentado de forma analítica. Um de seus fundamentos é a ideia de que a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de relevância da satisfação do outro (ALEXY, 2012, p. 164-167).

A assertiva kelseniana permanece válida, porém, para as situações concernentes aos dilemas constitucionais.

CONCLUSÃO

Portanto, diante de uma eleição trágica ou dilema constitucional, tem-se que o juiz, ao proferir sua decisão, produzirá uma interpretação voluntarista ou solipsista. Será um ato de vontade, com a consequente criação do direito para aplicação retroativa ao caso concreto. O juiz estará livre para eleger, discricionária e subjetivamente, entre as possibilidades existentes.

A teoria da decisão judicial desenvolvida por Alexy é, como visto, insatisfatória para resolver a questão dos dilemas. Estes conflitos genuínos não podem ser solucionados de forma a sacrificar o mínimo de cada um dos direitos fundamentais em oposição.

Conquanto expostas em outro contexto, lúcidas são as palavras de Hart (2012, p. 351-352) se aplicadas especificamente aos dilemas constitucionais:

[...] sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. [...]. Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito.

Em resumo, os dilemas constitucionais não permitem uma solução racional para os conflitos apresentados, recaindo a decisão eventualmente a ser tomada em voluntarismo ou subjetivismo do juiz. Mesmo sendo os dilemas situações de pouca frequência fática, eles não nos deixam esquecer que o direito sempre será um projeto inacabado de racionalidade prática.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: RT, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**: uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005.

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

VILAJOSANA, Josep M. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ZUCCA, Lorenzo et al. **Dilemas constitucionales**: un debate sobre sus aspectos jurídicos y Morales. Madrid: Marcial Pons, 2011.

PRECEDENTES JUDICIAIS: A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA E A SUA ADOÇÃO NO BRASIL

Evaldo de Souza da Silva¹

RESUMO: O objeto deste estudo é o instituto do precedente judicial e a sua importância no cenário do controle de constitucionalidade no Brasil. A investigação toma em consideração o precedente judicial tal qual como visto no direito estadunidense e utilizado no *stare decisis*. A pesquisa trabalha conceitos como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*. A sindicância enfrenta o instituto do precedente enquanto signo, firmando a diferenciação entre *precedente* e *jurisprudência*, para, ao depois, indicar as diferenciadas classes e os meios através dos quais se opera a sua aplicação.

Palavras-chave: Precedente Judicial. Controle de constitucionalidade. Controle Difuso – Brasil.

JUDICIAL PRECEDENT: THE AMERICAN EXPERIENCE AND APPLICATION ON BRAZIL

ABSTRACT: The object of this study is the institute of the precedent judicial and its importance in the scenario of constitutionality control in Brazil. The research takes into consideration the institute of precedent judicial as it is known in the american law or the so called *stare decisis*. The research works concepts such as *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* and *overruling*. The work faces the precedent judicial institute as a sign, signaling the difference between precedent judicia and the jurisprudence and then indicating the differentiated classes and the ways to operate them.

Key words: Precedent. Control. Constitutionality. Diffuse. Brazil.

1 Mestre em Constituição e Sociedade (IDP/DF), Doutorando em Direito Constitucional (PUC/SP), Pós-Graduado em Direito Público (IDP/DF), Direito Tributário e Direito Processual Civil (ICAT/DF), Subprocurador-Geral do Distrito Federal, Advogado e Professor do IBMEC/DF. E-mail: evaldunip@yahoo.com.br

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Pretende-se abordar neste Estudo o instituto do *precedente*, nas suas variadas facetas, com o fito de demonstrar como esse instrumento jurídico, largamente utilizado pelo Poder Judiciário estadunidense, para não citar outros, como o inglês, foi capaz de influenciar decisivamente na formação do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil².

Fincado o objetivo da presente investigação científica, importa assentar que seu desenvolvimento tomará como parâmetro o instituto do *precedente* tal como aplicado e estudado nos Estados Unidos, vale dizer: tendo como guia-mestre o modelo do *stare decisis*. Seguindo essa trilha de investigação, locuções como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, entre outras, serão empregadas à luz de sua utilização no modelo estadunidense, sem prejuízos das adaptações necessárias ao modelo do controle difuso de constitucionalidade brasileiro.

Feitas as advertências iniciais, resta assinalar que a pesquisa será iniciada com a indicação da origem do instituto do *precedente*, para, mais à frente, estudando-o como signo, partir-se para a sua definição, sem não antes demonstrar-se qual o seu *significante* e qual o seu *significado*. Ao depois, far-se-á a devida diferenciação entre *precedente* e *jurisprudência*, seguindo-se, mais adiante, à classificação do primeiro (*precedente*) sob diferenciadas óticas. Superadas essas etapas, ingressar-se-á no estudo dos meios de formação, de aplicação, de distinção (*distinguishing*) e de revogação (*overruling*) dos *precedentes*.

2 O QUE É UM PRECEDENTE: ORIGEM, SIGNIFICANTE, SIGNIFICADO, DEFINIÇÃO

2.1 ORIGENS

Estar colocado imediatamente antes, ter existido antes ou mesmo anteceder algo são as definições primeiras que se pode encontrar para o

2 Por voltar-se o presente Estudo para o Controle de Constitucionalidade Difuso no Brasil, não foram abordados os novos regramentos trazidos pelo Código de Processo Civil que entrou em vigor em março de 2016, entre os quais o Indeferimento Liminar da Petição Inicial (art. 332), Incidente de Assunção de Competência (art. 947), o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976) e o Rito para Julgamentos dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos (art. 1036), institutos tais que serão objeto de outras pesquisas.

termo *precedente* na Língua Portuguesa³. Tomada assim, por um ângulo puramente semântico, não surgem maiores turbulências para se encaixar as situações cotidianas da vida no conceito atribuído a expressão *precedente*.

Transportando-se a palavra *precedente* para a linguagem jurídica, contudo, tem-se que tratá-la não mais como uma mera expressão ou como um simples termo, antes como um signo⁴, entendido esse como unidade linguística que contém um *significante* e um *significado*⁵. Neste sentido, faz-se mister saber qual é a forma, qual o sinal que caracteriza um *precedente* (*significante*) e, mais que isso, qual o seu conceito, qual o juízo que se deve dele extrair (*significado*), isso para que se possa desenvolver o seu estudo a partir da projeção da sua imagem sobre o mundo dos fatos e, bem assim, da subsunção dos conflitos de interesses diuturnos ao seu juízo.

Aceita a ideia geral de que o *precedente*, sob à ótica jurídica, deve ser estudado como um signo, coloca-se a questão de saber-se, com maiores detalhes, qual o seu *significante* e qual o seu *significado*, para o que se faz necessário identificar a sua origem e a evolução desse instituto (*precedente*) ao longo dos tempos, bem como as influências das diferentes escolas e ramos do Direito na sua formação.

Pois bem, as pesquisas históricas demonstram que o signo *precedente* tem origem no Inglaterra do Século XVIII⁶, nascendo com a

3 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Brasil: Positivo, 2009. p. 370.

4 O Dicionário Lexikon de Filosofia define signo “como uma expressão capaz de veicular um sentido, e um conceito, como uma representação ideal, através da qual o espírito visa um segmento do mundo real ou do mundo ideal (quer se trate de um indivíduo, quer de uma classe), ou uma propriedade, individual ou relacional, suscetível de se reportar a uma entidade real ou ideal. Devemos tentar apreender o modo de intervenção dos signos e dos conceitos nas diferentes ciências.”

Disponível em: <<http://www.filoinfo.bem-vindo.net/filosofia/modules/lexico/entry.php?entryID=644>>.

5 O Dicionário Lexikon de Filosofia define significado como sendo “o que marca claramente um sentido. — A fenomenologia se define como uma descrição dos significados, dependente de qualquer juízo de existência. Por exemplo, analisa-se o sentido de uma religião independentemente de qualquer tomada de posição em relação a seu valor ou à existência do deus que cultua. Desse ponto de vista, o princípio da fenomenologia como análise dos significados é de tudo compreender e nunca julgar; uma tal atitude implica na “epoche”, isto é, na dúvida. A noção de puro significado contrapõe-se à da existência”.

Disponível em: <<http://www.filoinfo.bem-vindo.net/filosofia/modules/lexico/entry.php?entryID=644>>

6 Didier JR.; Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira informam que na prática “foi definitivamente reconhecida em 1898, no caso *London Tramways Company v. London County Council*, oportunidade em que a Câmara dos Lordes inglesa não só tratou do efeito auto-vinculante do *precedente*, como também estabeleceu a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízes de grau inferior (a chamada

missão de emprestar maior estabilidade às decisões judiciais e assim fortalecer a credibilidade e o reconhecimento do trabalho realizado pelos juízes.

Com a declaração de Independência dos Estados Unidos das Américas do Norte, esse novo País começou a compreender o Direito sob uma nova perspectiva, culminando, ao depois, por adotar o *precedente* como Fonte de Direito. Precisamente em 1814, na oportunidade do julgamento do caso *Hepburn v. Griswold*, é que se passou a adotar os *precedentes* como técnica decisória no Direito estadunidense. Surge, a partir desse julgado, portanto, o que hoje se conhece como *stare decicis*, pelo que se passou a adotar a prática, até hoje mantida, de exigir-se a demonstração do equívoco do *precedente* para admitir-se a sua revogação⁷.

A experiência do ordenamento jurídico brasileiro com algo similar ao que hoje se conhece como *precedente* remonta ao período imperial, no qual foram adotados assentos⁸ - firmados em Portugal e construídos pela Casa de Suplicação do Brasil - como forma compositiva de conflito de interesses surgidos nestas bandas⁹. Ao tempo de vigência da Constituição de 1824¹⁰, mais precisamente em 1875, veio ao mundo jurídico pátrio o Decreto nº 2.684, de 23.10.1875, por força do qual foi emprestado aos referidos assentos a força de lei¹¹. Com a proclamação da República, os precitados assentos foram abandonados pelo ordenamento jurídico

eficácia vertical do *precedente*. [DIDIER JR, Fredie.; BRAGA, Paula Sarno.; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Brasil: JusPODIVM, 2009. p. 885.]. Vale o registro de que Appio também refere-se ao Século XVIII como sendo o de surgimento da técnica do *precedente* [APPPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*. Curitiba: Juruá editora, 2008.].

7 Ibid.

8 Nunes destaca que os assentos portugueses, originários das Ordenações, “são a primeira modalidade de efeito vinculante que se conheceu no direito luso-brasileiro”, para, ao depois, afirmar que “a interpretação, uma vez realizada pelo monarca, era dotada de efeito vinculante, cujo desapreço implicava severas sanções para o desobediente”. [NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107-111.].

9 Vale consultar sobre o tema

Tucci: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 233.

10 Esse período do Direito Constitucional brasileiro foi estudado no Capítulo 2, item 2.2, desta Dissertação.

11 Ibid.

brasileiro¹², introduzindo-se, a partir daí, dada a criação do Supremo Tribunal Federal, seguindo-se os ensinamentos do Direito estadunidense, o modelo marcado pelo recurso extraordinário.

Não se deve esquecer que, relativamente à história dos *precedentes* no Brasil¹³, em 1923, via do Decreto 16.273, de 20.12.23, foi criado o mecanismo do *prejulgado*, considerado esse como resultado de decisão proferida pelo plenário da Corte de Apelação do Distrito Federal, único órgão autorizado a emití-lo. Esse modelo foi revogado em 1926 e reintroduzido em 1930¹⁴. Os *prejulgados* foram também utilizados no Direito do Trabalho e no Direito Eleitoral, sendo, de igual modo, reafirmados pelo art. 891 do Código de Processo Civil de 1939, agora como meio de uniformização de jurisprudência, método que, ao depois, foi englobado pela competência conferida ao Supremo Tribunal Federal para expedir súmulas¹⁵.

A primeira constatação que se pode extrair do estudo da origem do signo *precedente*, portanto, é a de que ele nasceu carimbado pelas tradições do sistema *common law* de Direito, o qual está baseado na força das decisões anteriores. E é justamente em razão de o signo *precedente* ter origem no sistema inglês de Direito (*common law*) que se tem encontrado tantas resistências à aceitação dessa prática pelos operadores do Direito brasileiro, fato esse que vem sendo superado paulatinamente pela evolução legislativa que mais adiante será demonstrada.

2.2 SIGNIFICANTE

Fixada a origem do signo *precedente*, não surgem dificuldades para então indicar-se o seu *significante*, porquanto a projeção da imagem de um *precedente* deve estar ligada a princípios que informam o Direito enquanto Ciência Social voltada para a prevenção e para a composição de conflitos de interesses, notadamente os princípios da força normativa da Constituição¹⁶, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da

12 Pontes de Miranda entendia os assentos como uma forma autoritária de elaboração de lei. [CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *Fontes e evolução do direito brasileiro*. Brasil: Forense, 1928. p. 94].

13 TUCCI, op. cit., p. 237.

14 Tucci ressalta que, em “plena época de dualismo processual, o Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo também acolheu o *prejulgado*, no art. 1.126, com o mesmo escopo de evitar interpretação divergente”, e lembra que 1936 o *prejulgado* foi estendido a todo o território nacional por meio da lei 319, de 25.11.36 [TUCCI, op. cit., p. 238].

15 Id., 2004. p. 239-246.

16 A supremacia da Constituição foi estudada no Capítulo 1, item 1.3, desta Dissertação.

eficiência, esse último enfrentado sob a lente dos princípios processuais da economicidade e da celeridade.

Quando se fala em força normativa da Constituição em ambiente de controle difuso de normas no Brasil, tem-se que ter em mira que a formação de um *precedente* pelo Supremo Tribunal Federal relativamente a um dispositivo da Carta Política importa pronúncia sobre aquele tema e, como consequência, criação de parâmetro para a composição de outros casos concretos idênticos¹⁷.

No que diz com os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, tem-se como certo que um *precedente* deve refletir a imagem de que todos os demais casos idênticos àquele que lhe deu causa (*precedente*), quando submetidos a julgamentos, devem ter o mesmo destino alcançado pelo caso paradigma. Segurança jurídica quer aqui significar segurança quanto ao que vier a ser decidido, certeza de que determinada conduta pode ser adotada, confiança em que o Poder Judiciário não mudará abruptamente de posição¹⁸. Já o princípio da proteção da confiança, encontra suporte na crença e na previsibilidade dos atos que serão praticados pelo poder público, querendo isso significar racionalidade e transparência que conduzam à efetiva segurança de que não será o cidadão surpreendido por outra conduta do mesmo poder público¹⁹.

17 Ao tecerem comentários sobre o tema, Mendes, Coelho e Branco assinalam que a considerar que “que toda norma jurídica – e não apenas as normas da Constituição –, precisa de um mínimo de eficácia, sob pena de perder ou sequer adquirir a vigência de que depende a sua aplicação, impõe reconhecer que, ao menos sob esse aspecto, o *princípio da força normativa da Constituição* não encerra nenhuma peculiaridade da interpretação constitucional, em que pese a sua importância nesse domínio hermenêutico, um terreno onde, sabidamente, em concreto, projeta-se sobre o restante do ordenamento e passa a orientar a sua interpretação”. [MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111].

18 Vale conferir sobre o tema o que escreveu Robert Alexy [ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. ed. Brasil: Forense, 2011. p. 260.].

19 Focando o tema, Canotilho (2003), registra que o “homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito. [...] Estes dois princípios - *segurança jurídica* e *protecção da confiança* - andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da *protecção da confiança* como um subprincípio ou como uma dimensão específica da *segurança jurídica*. Em geral, considera-se que a *segurança jurídica* está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, *segurança de orientação* e *realização do direito* - enquanto a *protecção da confiança* se prende mais com as componentes subjectivas da *segurança*, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A *segurança* e a *protecção da confiança* exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a

Ao confronta-se um *precedente* com o princípio constitucional da eficiência - entendido este como boa prática administrativas, pautada em redução de custos e, sobretudo, em resultados -, há que se trazer para o debate o princípio processual da celeridade, certo que, em consonância com esse princípio, um *precedente* deve passar para o jurisdicionado a certeza de que não terá despesas exacerbadas e demora em obter uma prestação jurisdicional sobre causa que já tenha sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. É dizer: o *precedente* deve passar o sentimento de garantia de que demandas que venham a debater tema já decidido pela Corte Maior não estarão sujeitas ao moroso trâmite processual ao qual se submetem todas as demais querelas ainda não enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal²⁰.

Pelo que foi colacionado neste tópico, já se está autorizado a afirmar que o *significante* de um *precedente* há que ser revelado pela segurança jurídica que o é capaz de espraiair. Em outras palavras: um *precedente* deve passar ao jurisdicionado a imagem de uniformidade e de resposta rápida, ou seja, de composição célere de eventuais conflitos de interesses cujo tema já tenha sido solvido no Tribunal local ou nos Tribunais Superiores.

2.3 SIGNIFICADO

Delimitado o *significante* de um *precedente*, impõe-se, como preliminar à sua definição, caracterizar o que se entende como seu *significado*, deixando-se desde logo claro que *significado* é parte integrante do conceito de signo, este engloba aquele, são coisas distintas, tanto assim é que a definição de *precedente* será feita no tópico seguinte²¹.

segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante 'qualquer acto' de 'qualquer poder' - legislativo, executivo e judicial" [CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Portugal: Almedina, 2003. p. 257.].

20 Algumas vezes pelo Tribunal Federal, pelo Estadual e Distrital, ou mesmo por outro Tribunal Superior que não o Supremo Tribunal Federal, tal como previsto nos arts. 557, § 1º-A e § 3º do art. 518.

21 "O fundador da linguística moderna chama-se Ferdinand de Saussure. Saussure trouxe novos caminhos para a linguística, graças ao seu estudo sobre a língua e a fala (langue e parole). Para Saussure a língua foi imposta ao indivíduo, enquanto a fala é um ato particular. [...] A soma língua + fala resulta na linguagem. [...] Outro aspecto básico da doutrina saussuriana é a do signo linguístico. O signo é o resultado de significado mais significante. [...] Toda palavra que possui um sentido é considerada um signo linguístico. Exemplo: "Livro" é um signo linguístico. Quando observamos o signo "livro" percebemos que ele é a união de som, conceito e escrita, ou seja, significado e significante." [LINGUÍSTICA: Signo, Significado e Significante. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6498593/Signo-Significante-e-Significado>>. Acesso em: 08 dez. 2010.].

Feitas essas observações introdutórias, é chegado o momento de passar-se a visualizar o *precedente* não mais pela imagem que ele projeta, mas sim pelo conteúdo que deve proclamar. Vale dizer: pela mensagem concreta que pode dele ser extraída enquanto instrumento jurídico capaz de orientar a composição célere de outros conflitos de interesses que veiculem a mesma controvérsia jurídica que levou à criação daquela decisão paradigmática.

O *significado* de um *precedente* resulta precisamente da força decisória que pode dele ser retirada. Dito de outra forma, o *significado* de um *precedente* deve espelhar o desejo social do momento em que ele foi criado, deve refletir o anseio da maioria dos juristas que vivem o momento de sua criação e deve, sobretudo, ser construído com base na maioria de votos do colegiado que gerou a sua formação, tudo isso para que não parem dúvidas sobre a correção do caminho interpretativo eleito para criação do *precedente*²².

Para se alcançar o *significado* de um *precedente*, deve-se ter em mente que nem tudo que está na decisão deve ser considerado como *significado*, pois que *precedente* em si mesmo será tão-somente o núcleo decisório, aquilo que se convencionou chamar de *ratio decidendi*²³, a qual deve ser vista como o núcleo fundamental da decisão proferida²⁴.

Cumprir não perder de vista, neste particular, que o acolhimento da pretensão de uma das partes não quer necessariamente significar a formação de um *precedente*, pois que o *precedente* não guarda relação direta com a pretensão, mas sim com o fundamento utilizado para a construção da decisão que resultou no acolhimento da pretensão buscada

22 As palavras de Appio são esclarecedoras sobre esse tema: “um precedente terá tanto mais força quanto mais a interpretação através dele executada se mostre plausível, esteja absorvida pela cultura jurídica local e não represente uma “surpresa” para os litigantes, bem como próxima do texto constitucional e, finalmente, que alcance o maior número de votos possível. Os verdadeiros precedentes possuem uma força vinculante e atrativa dos direitos a serem concretizados nas novas decisões”. [APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 64].

23 Em outras palavras: é a razão decisória que será tomada como situação fático-jurídica antecedente capaz mesma de compor um conflito de interesses que seja futuro a sua criação.

24 Tucci assenta que um *precedente* é composto por duas partes, a saber: as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e a tese ou princípio jurídico plasmado na motivação do provimento decisório, o que ele chama de *ratio decidendi*. (TUCCI, op. cit., p. 12).

pela parte litigante, fundamento esse que poderá ser aplicado a outras situações similares. Como exemplo, pode-se aqui citar uma decisão que reconhece que determinado imposto não pode ser cobrado no mesmo exercício financeiro em que foi instituído. A pretensão do contribuinte que impugnou individualmente tal exigência certamente é a de não recolher aquele tributo. A decisão tomada, contudo - por ter sido construída a partir do confronto da norma instituidora do tributo com a Constituição Federal -, além de decidir o caso, acolhendo ou rejeitando a pretensão, terá sua *ratio decidendi* (fundamento) certamente lançada sobre outros casos similares, mas cujas pretensões possam ser distintas, tal como um pedido de restituição do que foi recolhido em detrimento do não pagamento²⁵.

Não integram, de igual sorte, o *significado* do *precedente* os argumentos utilizados unicamente com o fito de reforçar a tese central que decidiu a demanda. Estamos aqui a falar dos chamados *obiter dictum*, ou seja, os fundamentos fáticos ou mesmo de direito que não são fundamentais para a formação do *precedente* que deu cabo ao conflito de interesses.

O *significado* de um *precedente*, portanto, deve ser compreendido como o núcleo essencial de uma determinada decisão, núcleo esse que, por sua consistência e uniformidade, é capaz de ser utilizado em outros casos similares, ainda que as pretensões veiculadas em cada um desses casos sejam diferenciadas²⁶.

2.4 DEFINIÇÃO

Em compasso com tudo exposto nos tópicos anteriores, pode-se, então, definir *precedente* como sendo o núcleo essencial de uma decisão judicial (*significado*) que, já uniformizada, seja capaz de irradiar segurança

25 . Nesse sentido o acórdão que segue: **Ementa:** CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CPMF. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. 1. A submissão da CPMF ao princípio da anterioridade nonagesimal (art. 195, § 4º, da CF/88) foi reconhecida pelo Plenário desta Corte no julgamento da ADI 1497, DJ de 13/12/2002. 2. Prorrogação da Lei 9.311/96 pela Lei 9.539/97. Legitimidade. Conforme assentado no julgamento pelo Plenário no julgamento da ADI 2.666 (DJ de 06/12/2002) “o princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente aos casos de instituição ou modificação da contribuição social, e não ao caso de simples prorrogação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE382470 AgR/MG. Relator: Ministra Ellen Gracie. Julgado em: 26 ago. 2003. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 19 set. 2003).

26 Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca registram que esse núcleo decisório encerra o *precedente*, o qual somente poderá ter a sua força medida com a aplicação a outros casos [PERELMAN, Chaïm.; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Galvão. Bruxelas: Wmf Martins Fontes, 2014. p. 404.]

e credibilidade aos jurisdicionados e que, ao mesmo tempo, possa ser utilizada para a composição de outros conflitos de interesses, preservando-se os direitos fundamentais²⁷ dos litigantes²⁸.

Nota importante a ser feita quando se define *precedente* está em sublinhar que, conquanto se admita a aplicação da *ratio decidendi* de uma demanda a outra similar, não se pode jamais ignorar ou mesmo violar os direitos fundamentais do jurisdicionado, ao qual deve ser sempre resguardado o direito de demonstra que a pretensão por ele buscada não se enquadra na hipótese cristalizada no *precedente*²⁹. Deve-se, pois, assegurar às partes o sagrado direito de estar em juízo e, sobretudo, de exercer plenamente a defesa de seus interesses.

3 JURISPRUDÊNCIA VERSUS PRECEDENTES

A prática diuturna da Advocacia no Brasil³⁰ acabou por equiparar *precedente* e *jurisprudência*. É muito comum, nas peças jurídicas e até mesmo em obras literárias de Direito, constatar-se a confusão que se faz entre o signo *precedente* e o termo *jurisprudência*.³¹ A frase recorrente a ser citada como ilustrativa dessa situação é a seguinte: “Existe farta jurisprudência sobre esse tema na Corte”.³²

27 Sobre o conceito de normas de direitos fundamentais recomenda-se a leitura de Alexy [ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. ed. Brasil: Forense, 2011. p. 50-76.].

28 Ao definir *precedente* Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira assim se manifestam: “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. [DIDIER JR, op. cit., p. 381.].

29 Essa hipótese e tratada nos Estados Unidos das Américas como *Overruling* e será objeto de estudo em tópico subsequente.

30 Assim também em outros Países como Portugal, tal qual anotado por Canotilho [CANOTILHO, op. cit., p. 968.].

31 Monteiro, ao versar sobre o valor da *jurisprudência*, utiliza esse termo como sinônimo de *precedente*, e afirma que “diversificam profundamente os sistemas jurídicos contemporâneos. Para o anglo-saxão, de direito costumeiro, considerável é a sua importância. A parte que tem em seu favor os *precedentes* judiciários ganhará certamente a demanda. [...] No sistema latino, entretanto, bem menos significativo é seu papel. Embora os *precedentes* constituam precisas fontes de consulta, nem por isso estão os juízes obrigados a segui-los. Por mais reiterada que seja a jurisprudência, não constitui norma imperativa, como fonte normal do direito positivo”. [MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 20.].

32 **EMENTA:** NÃO CABE CONDENAÇÃO EM HONORARIOS DE ADVOGADO NA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, NOS TERMOS DA SÚMULA 512, CUJA PREVALENCIA NÃO FOI AFETADA PELO ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JURISPRUDÊNCIA FARTA E REITERADA DAS DUAS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NESSE

Jurisprudência e *precedente*, contudo, não encerram a mesma mensagem jurídica, não são sinônimos, bastando, para iniciar-se esse debate, a assertiva de que o segundo é singular, solitário mesmo³³, indicador de um único comando decisório para uma determinada questão jurídica; ao passo que a primeira é plural, coletiva mesma, querendo isso significar a possibilidade de mais de um comando decisório para uma mesma questão jurídica.

Necessário, portanto, diferenciar-se, com mais profundidade, o signo *precedente* do termo *jurisprudência*, o que se passa doravante a fazer.

Não se vai aqui discorrer sobre *precedente*; até porque, o dito signo foi objeto de abordagem no tópico anterior. Limitar-se-á, pois, a relemburar a sua definição enquanto decisão judicial capaz de irradiar segurança e compor outros conflitos de interesses. Já no que toca à *jurisprudência*, tem-se que aprofundar o mergulho investigativo para, ao depois de sua definição, identificar-se qual é a sua posição na formação do ordenamento jurídico, especialmente para saber-se se esta é ou não é Fonte do Direito³⁴.

A definição mais simples de *jurisprudência* é a que lhe põe como o conjunto de decisões proferidas pelos tribunais³⁵. Reale define-a “como a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos

SENTIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE86655/RS. Relator: Ministra Xavier de Albuquerque. Julgado em: 11 out. 1977. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 31 out. 1977).

33 Nesse sentido as súmulas dos Tribunais, quais são únicas no que toca ao assunto versado, conquanto estejam baseadas em *jurisprudência* (conjunto de julgados) da Corte, sendo exemplo a súmula vinculante de nº 09 do Supremo Tribunal Federal: A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar. (STF-SV nº 09, aprovada em 11.06.2008 e publicada no Diário de Justiça do dia 20.06.2008).

34 Tucci aponta a importância de ter-se sempre presente que “a locução *fonte do direito*, no campo do discurso jurídico, tem dupla acepção, significando, por um prisma, a origem do direito objetivo e, por outro, o veículo de conhecimento do direito. Assim, pelo ângulo da história, fala-se em *fonte de cognição* para indicar tudo aquilo de que se pode valer o estudioso para reconhecer o direito de uma determinada experiência jurídica do passado ou o *locus* onde ele se revela. Tanto um texto epigráfico (inscrição em pedra) pode servir de fonte como um poema antigo ou mesmo uma epístola de cunho particular estampada em um papíro egípcio. [...] A ciência jurídica tradicional, por outro lado, designa como *fontes formas de produção do direito* os modos pelos quais o direito se manifesta, ou seja, as *formas de expressão do direito*” [TUCCI, op., cit., p. 20].

35 Neto, após aludir que a expressão “*jurisprudência*” comporta dois sentidos bem distintos (Ciência do Direito e Repetição de Decisões) define-a como “reiterada posição de uma dada solução judicial de casos análogos. [NETO. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. 6. ed. Brasil: Saraiva, 1988. p. 212].

tribunais³⁶". Pretendendo-se reduzir a definição às áreas específicas do Direito, pode-se então cunhar jurisprudência como sendo o conjunto de decisões judiciais relativas a um determinado tema de um dado ramo do Direito. Externada de outra forma a ideia, tem-se que jurisprudência é o conjunto coerente de decisões judiciais proferidas pelos tribunais³⁷ relativamente a certos temas que lhes foram levados várias vezes à apreciação.

O registro que deve ser feito quando se trata de *jurisprudência* é que esse termo encerra mais de uma decisão, vale dizer, conjunto de decisões sobre um determinado tema³⁸. Não fosse esse o entendimento, inexistiria a figura dos Embargos de Divergência³⁹, instrumento recursal esse que sabidamente pretende uniformizar as diferentes posições externadas por órgãos fracionários dos tribunais. Assim também o conhecido incidente de uniformização de jurisprudência⁴⁰, qual tem também por objetivo uniformizar o pensamento de uma determinada Corte. Há que se juntar ainda a esses instrumentos jurídicos os recursos extraordinários, especiais e de revista, os quais, entre outras, têm também como função primacial uniformizar a jurisprudência respectivamente relativa às matérias constitucional, infraconstitucional e trabalhista.

Relembre-se, por oportuno, que a alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal prevê explicitamente a hipótese de recurso especial quando a decisão recorrida der à lei federal interpretação

36 Importante referir que o citado autor, ao diferenciar Filosofia do Direito de Ciência do Direito, utiliza a expressão "*Jurisprudência*" grafando-a com letra maiúscula para equipará-la à última locução (Ciência do Direito). São estas as palavras do Mestre: "A Ciência do Direito, ou *Jurisprudência* – tomada esta palavra na sua acepção clássica –, tem por objeto o fenômeno jurídico como ele se encontra historicamente realizado. Vejam bem a diferença. A Ciência do Direito estuda o fenômeno jurídico tal como ele se concretiza no espaço e no tempo, enquanto que a Filosofia do Direito indaga das condições mediante as quais essa concretização é possível". [REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, Brasil: Saraiva, 2013. p. 16-167.].

37 Compreenda-se a expressão como abarcante de todos os seus membros, ou seja: desembargadores, nos Tribunais federais estaduais e distrital; e Ministros, nas hipóteses de Tribunais Superiores. Cabe aqui relembrar que sentença não pode ser vista como jurisprudência, pois é norma individual e concreta, aplicável a somente o caso composto. [NETO, op.cit.]

38 Ibid.

39 Tal recurso está previsto no art. 546 do Código de Processo Civil, sendo cabível quando a decisão da turma, em recurso especial, divergir do julgado de outra turma, da seção ou do órgão especial, e, em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário.

40 O procedimento de uniformização de jurisprudência está regulado pelo art. 476 do Código de Processo Civil, tendo lugar sempre que se verificar divergência de entendimento sobre o tema no Tribunal.

divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal⁴¹. O mesmo ocorre quando o recurso de revista tem suporte nas alíneas “a” e “b” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho⁴². Existe ainda a hipótese de recorribilidade prevista na alínea “b” do art. 276 do Código Eleitoral⁴³, via da qual se pode interpor recurso especial para o Tribunal Superior Eleitoral quando ocorrer divergência na interpretação⁴⁴ de lei entre dois ou mais Tribunais Regionais Eleitorais⁴⁵.

Ora, se é certo que existem recursos específicos para uniformizar a jurisprudência dos tribunais e de igual modo fazer prevalecer a força normativa da Constituição, especialmente no Direito pátrio, como acima

41 “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...] c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal [...]”. [BRASIL. Constituição (1988). *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 nov. 2010.]

42 Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte; b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a; [...]. [BRASIL. Lei federal nº 5.452. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 1º de maio 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 nov. 2010.]

43 “Art. 276. As decisões dos Tribunais Regionais são terminativas, salvo os casos em que cabe recurso para o Tribunal Superior: I – especial: a) quando forem proferidas contra [...]; b) quando ocorrer divergência na interpretação de lei entre 2 (dois) ou mais tribunais eleitorais; [...]” [BRASIL. Lei federal nº 4.737. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 15 jul. 1965. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 nov. 2010.]

44 Discorrendo sobre a Proposta do Novo Código de Processo Civil o Ministro Luiz Fux deixa claro que somente a jurisprudência consolidada deve ser utilizada como precedente: Veja-se: “**A Força da Jurisprudência** adquiriu notável relevo em todos os graus de jurisdição, viabilizando a criação de filtros em relação às **demandas ab origine**, autorizando o juiz a julgar a causa de plano consoante a jurisprudência sumulada e oriunda das teses resultantes dos recursos repetitivos, sem prejuízo de tornar **obrigatório para os tribunais das unidades estaduais e federais, a adoção das teses firmadas nos recursos representativos das controvérsias**, previstos no artigo 543-C do CPC, evitando a desnecessária duplicação de julgamentos, além de fortalecer uma das funções dos Tribunais Superiores, que é a de uniformizar a jurisprudência do país.

45 Leia-se a redação do dispositivo citado.

demonstrado⁴⁶, mais certo ainda é afirmar que o conceito de jurisprudência admite mais de um núcleo decisório sobre um mesmo tema - caso contrário inexisteriam esses recursos -, emergindo daí, precisamente, a diferença entre o termo *jurisprudência* e o signo *precedente*⁴⁷.

Como se vê, o termo *jurisprudência* não se confunde com o signo *precedente*, modo pelo qual se pode afirmar que somente o segundo (*precedente*) deve ser visto como Fonte do Direito⁴⁸, porquanto a primeira (*jurisprudência*) não encerra a manifestação última da Corte⁴⁹. E isso porque a *jurisprudência*, por não ser singular, mas sim coletiva, antes que seja uniformizada, antes de extraí-se dela (jurisprudência) o seu núcleo essencial decisório, não pode ser vista como *precedente*, ou seja, núcleo decisório único capaz de ser aplicado, com segurança jurídica⁵⁰, a outros casos similares. Reafirma-se: o termo *jurisprudência* não espelha uma

46 Rememore-se que no Direito Espanhol existe o recurso de amparo, tal como previsto no art. 53, item 2, da Constituição Espanhola. Esclarecedoras são as palavras expostas sobre esse instrumento jurídico por Francisco Fernández Segado [*La jurisdicción constitucional en España*, p. 81-83]. No Direito alemão conhecesse a figura do *Verfassungsbeschwerde*.

47 Ferraz Jr. não vê diferenças entre o termo jurisprudência e o que se chama aqui de signo *precedente*, preferindo estudar a primeira partindo do conceito de costumes. [FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 9. ed. Brasil: Atlas, 2016. p. 206-211.].

48 Sobre a jurisprudência como fonte de direitos, escreve Ferraz Jr.: “Em suma, a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, “fonte” *interpretativa* da lei, mas não chega ser fonte do direito. No caso da criação normativa *praeter legem*, quando se suprem lacunas e se constituem normas gerais, temos antes um caso especial de *costume*. Restariam, talvez, como exemplos de fonte genuinamente jurisprudencial, alguns casos de decisões *contra legem* que existem sobretudo na área do Direito do Trabalho; este, por sua natureza específica, voltado não tanto à regulação dos conflitos, mas a uma verdadeira proteção ao trabalhador, permite a constituição de normas gerais com base na *equidade*”. [Ibid., p. 211.].

49 Reale não deixa dúvidas quando reconhece a jurisprudência como fonte do Direito. São suas essas letras: “se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de *fonte* de Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser “de direito” no caso concreto. O magistrado, em suma, interpreta a norma legal situado numa “estrutura de poder”, que lhe confere competência para converter em sentença, que é uma *norma particular*, o seu entendimento da lei [...] Numa compreensão concreta da experiência jurídica, como é a teoria tridimensional do Direito, não tem sentido continuar a apresentar a Jurisprudência ou o costume como fontes acessórias ou secundárias. [REALE, op. cit., p. 169]. No mesmo sentido, Neto: NETO, op. cit., p. 212-214.

50 Sobre segurança jurídica sugere-se a leitura dos apontamentos feitos por Jorge Amaury Maia Nunes. [NUNES, op. cit., p. 77-126].

imagem ou um comando decisório único⁵¹, mas sim várias imagens e diferentes comandos decisórios⁵².

Para definitivamente diferenciar-se *jurisprudência* de *precedente*, há que ser reafirmado que o conjunto de decisões de um Tribunal (*jurisprudência*) somente deve servir como referência para a composição de conflitos de interesses quando for uniformizado pela respectiva Corte. Ocorre que, em se verificando tal situação, a *jurisprudência* deixa o seu espaço de atuação para ingressar no campo de domínio do *precedente*, sendo certo que, já nesse instante, está-se autorizado a reconhecer na uniformização daqueles antigos julgados (*jurisprudência* como conjunto) as erupções de um *significante* (credibilidade) e de um *significado* (núcleo decisório único), passando, então, a uniformização daqueles julgados - que antes eram tidos tão-somente como *jurisprudência* -, a ser vista como um *precedente*.

Seguindo-se esse raciocínio, pode-se afirmar que *jurisprudência* não é Fonte de Direito⁵³, mas sim meio para se alcançar a Fonte. O que

51 Reale, ao discorrer sobre a uniformização da jurisprudência, salienta a importância do *precedente* firmado pelo Supremo Tribunal Federal, com o que - pensa-se - acaba, talvez sem perceber, estabelecendo a diferença que ora se acentua entre jurisprudência e *precedente*, veja-se: “O Supremo Tribunal Federal, [...] pronuncia-se, em caráter ordinário e extraordinário, sobre as decisões dos tribunais locais. Quando, porém, uma decisão do Supremo Tribunal passa em julgado, não comportando qualquer espécie de recurso, atingimos o ápice da atividade jurisprudencial. [...] Há uma diferença de grau entre as jurisprudências. As jurisprudências dos dois tribunais supra-referidos têm mais força, porquanto, aos poucos, os juízes vão se ajustando aos julgados dos órgãos superiores”. Mais adiante assenta: “Os recursos ordinários e extraordinários ao Supremo Tribunal, por exemplo, vão estabelecendo a possível uniformização das decisões judiciais, tendo partido de nossa mais alta Corte de Justiça a iniciativa de coordenar ou sistematizar a tese consagradas em reiteradas decisões. São as “súmulas” do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que periodicamente vêm sendo atualizadas, constituindo, não um simples repertório de ementas e acórdãos, mas sim um sistema de normas jurisprudências a que as Cortes, em princípio, subordinam os seus arestos”. E prossegue: “Podemos dizer que as súmulas são como que uma sistematização de prejulgados, ou numa imagem talvez expressiva, “o horizonte da jurisprudência”, que se afasta ou se alarga à medida que se aprimoram as contribuições da Ciência Jurídica, os valores da doutrina, sem falar, é claro, nas mudanças resultantes de novas elaborações do processo legislativo. [REALE, op. cit., p. 174-175].

52 Os diferentes comandos que por vezes emanam da jurisprudência de um determinado tribunal são as justificativas para o cabimento dos Embargos de Divergências, tais como previstos no art. 546 do Código de Processo Civil. Colaciona-se ainda como demonstrativa da diferença entre jurisprudência e *precedente* o chamado incidente de uniformização de jurisprudência previsto no art. 476 do mesmo Código.

53 Neto tem posição totalmente oposta a que aqui se defende, afirmando, nesse sentido, que “A palavra jurisprudência tem, pelo menos, dois sentidos fundamentais. Num deles ela é sinônimo de ciência do direito ou dogmática jurídica. Nesse sentido, é frequente o seu uso nos autores de língua inglesa. Não é, evidentemente, nesse sentido, que aqui utilizamos o termo. [...] Num segundo e mais frequente

verdadeiramente é Fonte do Direito não é a *jurisprudência* em si, antes o resultado da sua uniformização, da transformação das várias decisões em um único núcleo decisório. A verdadeira Fonte de Direito - enquanto resultado de decisões judiciais - não está, pois, na *jurisprudência* de uma determinada Corte, mas sim nos *precedentes* que esta (Corte) forma, visto que esses (*precedentes*), ao contrário daquela (*jurisprudência*), espelham o resultado final de todas as interpretações jurídicas feitas pelo Tribunal sobre um determinado tema ou sobre uma dada norma jurídica⁵⁴.

Para comprovar a assertiva antes enunciada, traz-se à colação *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal que funcionaram como verdadeiras Fontes de Direitos novos, quais sejam: (1) a decisão plenária que cuidou da fixação do número de cadeiras nas Câmaras de Vereadores, conhecido como caso Mira Estrela, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, no qual o Supremo Tribunal Federal, à míngua da atuação do Congresso Nacional, definiu as regras para a fixação do número de vereadores de acordo com a sua população⁵⁵; (2) o acórdão do plenário que decidiu a questão da Raposa Serra do Sol, relatado pelo ministro Ayres Britto, via pela qual foram definidas regras para demarcações futuras de terras indígenas⁵⁶; (3) o julgado do plenário que decidiu sobre a utilização de células-tronco nas pesquisas científicas, relatado pelo ministro Ayres Britto, com destaque para o voto proferido pelo saudoso ministro Menezes Direito, no qual também foram definidas regras para a realização dos trabalhos científicos⁵⁷; (4) o acórdão do plenário que decidiu a questão do direito de greve dos servidores públicos, relatado pelo ministro Eros

sentido, a palavra jurisprudência refere-se a reiterada repetição de uma dada solução judicial de casos análogos. É óbvio que apenas nesse último sentido pode-se entender jurisprudência com fonte de direito". [NETO, op. cit., p. 212].

54 A jurisprudência - pensa-se - somente poderia ser considerada como fonte do Direito se fosse classificada em *lato e stricto sensu*, passando-se, então, a considerar o *precedente* como jurisprudência *stricto sensu*, vale dizer: decisões judiciais reiteradas e já uniformizadas. Assim, ter-se-ia como *jurisprudência lato sensu* aquelas decisões judiciais que, embora reiteradas, ainda não tenham sido uniformizadas.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 5197917/SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julgado em 06 jun. 2002. *Diário de Justiça, Brasília, DF, 07 de maio 2004*.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388/RR. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em 19 mar. 2009. *Diário de Justiça, Brasília, DF, 24 set. 2009*.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em 29 maio 2008. *Diário de Justiça, Brasília, DF, 29 maio 2008*.

Grau⁵⁸ e, finalmente, (5) o acórdão relatado pela ministra Ellen Gracie, que definiu a necessidade de observância ao princípio da anualidade eleitoral, mesmo em hipótese de edição de Emenda Constitucional ⁵⁹.

Diante de tudo o que foi colocado, há de ficar, como importante assento, que, para fins da presente pesquisa científica, não se reconhece a jurisprudência como Fonte de Direito⁶⁰, mas sim como semente que dá vida aos *precedentes*⁶¹, esses, sim, verdadeiramente Fontes de Direitos⁶².

4 CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Enquanto elemento resultante de interpretações uniformes e constantes⁶³ capazes de emprestar sentido geral e orientação para a composição de conflito de interesses que guardem similaridade, os *precedentes* podem ser formados a partir de diferentes motivações bem como ingressarem no mundo jurídico com díspares finalidades. Daí falar-se em classificação de *precedentes*, classificação essa que tem finalidade eminentemente didática, mais que em muito facilitará o desenvolvimento da presente pesquisa científica.

Em linhas gerais, os *precedentes* podem ser classificados quanto ao seu conteúdo e quanto aos seus efeitos. Os primeiros subdividem-se em declarativos e criativos; os segundos, em persuasivos, obstativos

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 25 out. 2007. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 25 out. 2007.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3685/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em: 22 mar. 2006. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 10 mar. 2006.

60 Ressalvada a hipótese de sua classificação em *lato e stricto sensu*, como assentado anteriormente.

61 Streck expressa pensamento completamente diverso quando assenta ser “induidoso que a jurisprudência no Brasil se constitui, além de fonte de normas jurídicas gerais, em uma fonte subsidiária de informação e alimentação ao sistema de produção de normas jurídicas” [STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro*: eficácia, poder e função. Brasil: Livraria do Advogado, 1998. p. 86.].

62 Relembre-se que Neto entende que a jurisprudência é sim fonte de direito, com já salientado em nota anterior. [NETO, op. cit., p. 212].

63 Referindo-se à jurisprudência, Ferraz Jr. registra que não se pode desconhecer a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação [FERRAZ JR., op. cit., p. 211].

de recursos e vinculativos⁶⁴. Ousa-se ainda classificar os *precedentes* - tomando-se em linha de princípios o ordenamento jurídico brasileiro -, quanto à sua formação, em infraconstitucionais e constitucionais; quanto à sua origem, em estaduais, regionais e nacionais, e quanto ao seu alcance, em horizontais e verticais.

Vejamos cada um dos tipos de *precedentes*, iniciando-se pela classificação quanto à formação e quanto à origem que por ora se lhe dá.

4.1 QUANTO À ORIGEM: *PRECEDENTES* ESTADUAIS, REGIONAIS E NACIONAIS

Foi dito, linhas passadas, que, quanto à origem, os *precedentes* podem ser estaduais, regionais e nacionais. Tal classificação decorre da própria estruturação do Poder Judiciário brasileiro, que, segundo o art. 92 da Constituição Federal, é exercício nessas três esferas, vale dizer: pelos tribunais estaduais e do Distrito Federal, pelos tribunais eleitorais, pelos tribunais regionais federais e regionais do trabalho e pelos Tribunais Superiores. Ou seja: o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal Militar, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Seguindo-se essa luz de pensamento, pode-se afirmar que o *precedente*, quando é formado por um Tribunal Regional, seja do trabalho, seja federal, será classificado como um *precedente* regional; será tido como estadual ou distrital o *precedente* que resultar das atuações dos tribunais estaduais, incluídos aqui os tribunais eleitorais dos Estados ou do Distrito Federal, respectivamente; será classificado como nacional o *precedente* que tiver origem em um Tribunal Superior.

Em conclusão, deve-se estar sempre atento para o fato de que os *precedentes* regionais, estaduais e distritais estarão sempre sujeitos ao controle do Supremo Tribunal Federal quando veicularem tema constitucional⁶⁵ e estarão jungidos aos respectivos tribunais especializados (TST, STJ, TSE e STM) quando versarem temas infraconstitucionais.

64 Classificação essa tomada por empréstimo da obra de autoria conjunta de Didier Jr et al [OLIVEIRA et al, op. cit., p. 387-391].

65 Desde que cabível recurso extraordinário. Também poderá o tema chegar ao Supremo Tribunal Federal mediante ação de descumprimento de preceito fundamental. Anote-se também que a questão constitucional debatida pelos tribunais estaduais poderá ser alçada à Corte Maior pela via do controle abstrato, vale dizer: mediante ações direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade. Em quaisquer dessas hipóteses, o *precedente* será classificado como nacional.

4.2 QUANTO À FORMAÇÃO: *PRECEDENTES* INFRACONSTITUCIONAIS E CONSTITUCIONAIS

Como decorrência lógica da classificação anterior, os *precedentes* poderão ser tidos como infraconstitucionais ou constitucionais. Esses haverão sempre que versar tema constitucionais; aqueles temas não constitucionais.

Nota importante a ser feita quanto a essa classificação é a de que, em tema de *precedentes* constitucionais, haver-se-á sempre que se observar a regra da reserva de plenário e a instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade sempre que a construção dos *precedentes* for derivada da declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público. Nestas hipóteses, a matéria poderá chegar ao Supremo Tribunal Federal mediante recurso extraordinário interposto com amparo na alínea “b” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal⁶⁶.

Quando os *precedentes* constitucionais versarem matéria que não tenha sido objeto de declaração de inconstitucionalidade, poderão eles, ainda assim, ser confirmados ou superados pelo Supremo Tribunal Federal, bastando, para tanto, que sejam impugnados mediante recursos extraordinários interpostos com suporte nas alíneas “a” ou “c” ou “d” do imperativo constitucional antes declinado, tudo depender do caso concreto.

No concernente aos *precedentes* infraconstitucionais, sobreleva ressaltar que, quando firmados por tribunais estaduais, eleitorais, distrital ou federais poderão vir a ser reexaminados pelos respectivos Tribunais Superiores (STJ, STM, TST, TSE), desde que aviados os respectivos recursos próprios, podendo, assim, ser confirmados, tornando-se nacionais; ou revogados, cassando-se-lhes os efeitos.

4.3 QUANTO AO CONTEÚDO: *PRECEDENTES* DECLARATIVOS E CRIATIVOS

Precedentes declarativos são aqueles formados a partir de interpretações literais de normas jurídicas. Neles não se faz mister a construção de um entendimento jurídico novo que venha a suprir eventual

⁶⁶ Ressalvada a hipótese de questionamento da constitucionalidade da norma diretamente ao Supremo Tribunal Federal mediante controle abstrato.

lacuna legal, sendo essa última característica própria dos *precedentes* criativos⁶⁷.

Assim é que, nos *precedentes* declarativos, o Tribunal diz qual é a interpretação que deve ser emprestada a um determinado comando legal preexistente⁶⁸, ao passo que, nos *precedentes* criativos, o Tribunal avança e, mediante processo também interpretativo, constrói um entendimento jurídico que preencha eventual vazio legislativo. Exemplo de *precedente* criativo pode ser extraído do mandado de injunção aqui já citado que resolveu o problema do exercício do direito de greve dos servidores públicos⁶⁹; podendo ser citado como exemplo de *precedente* declarativo aquele cristalizado na súmula 660 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto⁷⁰.

Ao fim, deve ser colacionado que, mesmo nos *precedentes* declarativos, existem margens para a criação, pois o processo interpretativo do qual resulta a diferença entre lei e norma - essa como resultado da interpretação daquela - conduz o aplicador da lei, muitas das vezes, ou mesmo na maioria delas, a extrair da lei a norma que lhe parece mais adequada dentre as possíveis para a composição daquele conflito de interesses específico⁷¹. Didier Jr et al bem asseveram essa possibilidade quando escrevem que “o fato de ser declarativo o *precedente* não descaracteriza a criatividade judicial”⁷².

4.4 QUANTO AOS EFEITOS: *PRECEDENTES* PERSUASIVOS, *PRECEDENTES* VINCULATIVOS, *PRECEDENTES* OBSTATIVOS DE RECURSOS, *PRECEDENTES* ANTECIPATÓRIOS DE DECISÕES RECURSAIS

67 Importante consultar sobre essa classificação o que foi lançado por Souza: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Paraná: Juruá, 2006. p. 51.

68 Vale conferir o que foi dito no Capítulo 1, item 1.4.3.2 sobre interpretação conforme a Constituição.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 25 out. 2007. *Diário de Justiça, Brasília, DF, 25 out. 2007*.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 173873/SP. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 08 set. 2009. *Diário de Justiça, Brasília, DF, 15 out. 2009*.

71 Impende rememorar que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto foi estudada no Capítulo 1, item 1.4.3.1, desta Dissertação.

72 DIDIER JR. et al, op. cit., p. 387.

A classificação dos *precedentes* quanto aos seus efeitos é a que mais interessa para a presente pesquisa científica, porquanto é justamente através do alcance de cada um deles (*precedentes*) que se vai constatar verdadeiramente a edificação de um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Pois bem, como *precedentes* persuasivos são reconhecidos aqueles que não têm força obrigatória e não servem como obstáculo ao curso processual, estando, pois, restritos a lançarem uma orientação sobre a composição de uma determinada questão infraconstitucional ou constitucional, à luz do que já decidido pelo Tribunal⁷³. Tomem-se como exemplos de *precedentes* persuasivos⁷⁴ aqueles que podem autorizar, por exemplo, a interposição de recursos extraordinário, especial ou de revista⁷⁵. Relembre-se, por oportuno, que as decisões judiciais que ainda não foram uniformizadas no seio da Corte, ou seja, aquelas que ainda comportem recursos internos ou que não tenham sido submetidas, quando cabível, à uniformização de jurisprudência, não podem ser vistas como *precedentes*, mas tão somente como jurisprudência⁷⁶.

Precedentes vinculativos são aqueles que o legislador tornou obrigatório para os demais operadores do Direito. Dito de outra forma, são aqueles que os magistrados inferiores não podem ignorar e que os administradores públicos têm de seguir, sob pena de reforma sumária. No ordenamento jurídico brasileiro, aparecem como exemplos de *precedentes* vinculantes as decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade, nas

73 Sobre o tema, amparados nas lições de Tucci, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira escrevem que *precedente* persuasivo (*persuasive precedent*) não tem eficácia vinculante; possui apenas força persuasiva (*persuasive authority*), na medida em que constitui “indício de uma solução racional e socialmente adequada”. [DIDIER JR. et al. op. cit., p. 391].

74 *ibid.*

75 Moreira vaticina que a decisão do plenário ou do órgão especial que dê pela inconstitucionalidade ou pela constitucionalidade é tão-somente vinculativa para o órgão fracionário naquele caso concreto, defendendo ainda que nenhuma regra existe que torne obrigatória a adoção da decisão anteriormente tomada para um caso futuro [MOREIRA, op. cit., p. 183]. Registre-se, desde logo, que, mais adiante, será defendida a vinculação dessas decisões como uma das premissas para a formação do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

76 Neste ponto, discorda-se dos demais exemplos citados por Didier Jr et al. [DIDIER JR. et al. op. cit p. 391].

ações de descumprimento de preceitos fundamentais e nos conteúdos das súmulas vinculantes⁷⁷.

Precedentes obstativos de recursos são aqueles que impedem os regulares trâmites de peças recursais que veiculem teses já sumuladas ou pacificadas pelo Tribunal recorrido. Assim são chamados esses *precedentes* porque os relatores designados para o exame dos recursos podem negar-lhes seguimento por despachos monocráticos sempre que se verificar que a questão que se pretenda debater já tenha sido decidida pela Corte para a qual se recorre⁷⁸. O mesmo pode ser feito pelos Presidentes de tribunais por ocasião da análise prévia de recursos especiais e extraordinários⁷⁹. O procedimento obstativo também pode ser adotado pelo juiz sentenciante⁸⁰, sendo também utilizado para a dispensa da remessa necessária em casos especiais⁸¹.

Existem, por fim, aqueles *precedentes* que podem ser reconhecidos como antecipatórios das decisões finais a serem proferido nos recursos. Está-se aqui a falar daquelas hipóteses nas quais o relator do recurso pode dar-lhe provimento sempre que a decisão do Tribunal recorrido estiver em confronto com o entendimento já assentado no Tribunal para o qual se recorre. Como se vê, nestas hipóteses, em lugar de obstar-se o seguimento do recurso, tem-se a antecipação da decisão que nele viria a ser proferida, decisão essa que, vale frisar, será prolatada monocraticamente⁸².

77 Mais adiante será defendido que as decisões proferidas em incidente de arguição de inconstitucionalidade também são vinculantes para os órgãos fracionários do Tribunal pronunciante. Também será defendido que as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal possuem caráter vinculativo relativamente aos tribunais infraconstitucionais.

78 Assim a cabeça do art. 557 do Código de Processo Civil.

79 Nesse sentido o art. 544 do Código de Processo Civil.

80 Tal com previsto no § 3º do art. 518 do Código de Processo Civil.

81 A regra está posta no § 3º do art. 475 do Código de Processo Civil.

82 Sobre o assunto, vale conferir o que, amparados nas lições de Tucci [TUCCI, op. cit.] escreveu Didier Jr et al [DIDIER JR. et al. op. cit., p. 390].

83 Essa orientação normativa pode ser extraída da leitura dos §§ 3º e 4º do art. 544, do § 1º-A do art. 557, ambos do Código de Processo Civil.

84 Para maiores esclarecimentos, confira-se as lições de Tucci [TUCCI, op. cit.] e Didier Jr, et al. [DIDIER JR. et al. op. cit., p. 390].

Questão de suma importância que não pode deixar de ser aqui referida diz com o comando do *precedente* que se torna obrigatório e que deve ser observado pelos magistrados inferiores no julgamento de demandas similares. Isso porque somente a norma interpretada, o *significado*, a *ratio decidendi*, é que se torna obrigatória para aplicação em questão futuras⁸⁵. Os demais fundamentos utilizados no julgado, próprios da composição daquele caso concreto⁸⁶ e que não constituem o núcleo decisório essencial que levou à composição da lide, não são *enem* podem ser tidos como obrigatórios. Vale repetir: o que efetivamente torna-se vinculante é o *significado* da decisão, o seu núcleo decisório essencial, a sua *ratio decidendi*⁸⁷.

4.5 QUANTO AO ALCANCE: HORIZONTAIS E VERTICAIS

Tucci classifica como *precedente* vertical aquele que deriva de Tribunal de hierarquia superior, tendo como horizontal o *precedente* que tenha sido firmado em órgão jurisdicional que ocupe o mesmo nível hierárquico do Tribunal no qual se pretende fazê-lo valer⁸⁸.

Com as mais respeitadas vênias, impõe-se sejam feitas algumas considerações relativas ao modo como o citado autor define o que seja, respectivamente, *precedente* vertical e *precedente* horizontal⁸⁹.

No que toca ao *precedente* horizontal, sublinha-se que, ao contrário do afirmado por Tucci, ressalvada a hipótese de reiteração pelo próprio

85 Ressalve-se que mais adiante serão tecidos comentários sobre a transcendência dos fundamentos determinantes. Registre-se também que Gilmar Ferreira Mendes, ao versar sobre ação declaratória de constitucionalidade, defende que não apenas a parte dispositiva da decisão é de obrigatória observância, antes também os seus fundamentos determinantes [MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In: Ação declaratória de constitucionalidade. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1984].

86 Não cabe aqui confundir núcleo essencial decisório com o dispositivo da decisão proferida, pois que esse (dispositivo) é norma individual e concreta. Sobre o assunto consulte Didier Jr et al. [DIDIER JR. et al. op. cit., p. 388].

87 Ibid.

88 TUCCI, op. cit., p. 17.

89 Appio assevera que no âmbito do *stare decisis* a eficácia horizontal significa vinculação posterior de todos os juízos de mesma hierarquia ou de uma mesma Corte e que eficácia vertical é a vinculação dos juízos inferiores ao julgado eleito como *precedente*. Lembra ainda que decisões inferiores não vinculam órgãos superiores. [TUCCI, op. cit., p. 60].

órgão que o firmou⁹⁰, o *precedente* haverá que ser sempre vertical, uma vez que *precedente* mesmo é tão somente a decisão judicial que já tenha sido definitivamente uniformizada e da qual se tenha extraído um núcleo decisório único. Se assim é, não há como compreender-se como *precedente* uma decisão judicial que possa ainda vir a ser debatida⁹¹, e, eventualmente, modificada pelo plenário ou por órgãos especiais do próprio Tribunal⁹². Nesse rumo, não se pode ter como *precedentes* as decisões proferidas por órgãos fracionários dos tribunais. Assim também as decisões prolatadas pelos plenos ou órgãos especiais dos tribunais estaduais, quando essas forem aplicadas fora de suas respectivas bases de competência, porquanto ditas decisões, sendo eventualmente acolhidas por outro(s) Tribunal(ais) estadual(ais) ou federal(ais), poderão, naqueles processos específicos, ser levadas ao conhecimento de Tribunais Superiores e eventualmente reformadas. O mesmo se diga quanto ao aproveitamento de decisões proferidas pelos tribunais regionais federais e pelos tribunais regionais do trabalho.

Feitas as advertências, segue-se que a classificação de *precedente* em horizontal somente poderá ser admitida na hipótese de a decisão, já uniformizada, ser reiterada pelo próprio Tribunal que a firmou. Afora isso, não há como reconhecer-se que um precedente possa ter eficácia horizontal.

Tomados esses fundamentos em consideração, ressurge a permissão para reafirmar-se que decisão judicial que comporte alteração

90 Só assim se pode admitir a existência de *precedente* horizontal.

91 No Superior Tribunal de Justiça, as respectivas Seções e a Corte Especial detêm competências específicas para uniformizarem decisões divergentes das Turmas ou Seções, ou destas com aquelas, à luz do que preceitua o art. 546 do Código de Processo Civil c/c os arts. 266/267 do Regimento Interno do citado Tribunal, imperativos tais que regulam os Embargos de Divergência: Art. 266. Das decisões da Turma, em recurso especial, poderão, em quinze dias, ser interpostos embargos de divergência, que serão julgados pela Seção competente, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, competirá a esta o julgamento dos embargos. [...]. (STJ-RI). [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 nov. 2010.].

92 No Supremo Tribunal Federal, a competência para uniformizar decisões divergentes das Turmas ou destas com o Plenário é do Plenário, à luz do que preceitua os arts. 546 do Código de Processo Civil c/c os arts. 330/332 do Regimento Interno da Corte, imperativos tais que regulam os Embargos de Divergência: Art. 6º. Também compete ao Plenário: [...] IV – julgar, em grau de embargos, os processos decididos pelo Plenário ou pelas Turmas, nos casos previstos neste Regimento; [...]. Art. 330. Cabem embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal. [...]. [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 nov. 2010.].

pelo próprio Tribunal ou ainda por Tribunal Superior não se reveste da qualidade de *precedente*, havendo, pois, que ser classificada tão somente como jurisprudência⁹³.

5 FORMAÇÃO DO PRECEDENTE

Em tópico anterior, foi consignado⁹⁴ que um *precedente* deve ser compreendido como o núcleo essencial de uma decisão judicial já uniformizada e que seja capaz de irradiar segurança e credibilidade aos jurisdicionados em ordem a poder ser utilizado para a composição de outros conflitos de interesses (*significante*), preservando-se os direitos fundamentais dos litigantes.

Também foi colacionado que o *significado* de um *precedente* não engloba tudo que compõe a decisão que o gerou, mas tão somente o núcleo decisório uniformizado (*ratio decidendi*), dispensando-se os argumentos utilizados unicamente com o fito de reforçar a tese central, ou seja, os fundamentos fáticos ou mesmo de direito que não foram fundamentais para a composição do conflito de interesses (*obiter dictum*)⁹⁵.

Restou ainda assentado que *precedente* não se confunde com jurisprudência, à razão de que aquele deve ser resultado da uniformização desta dentro de uma determinada Corte⁹⁶, destacando-se que uma Corte, estadual ou federal, pode formar um *precedente*, mas que esse núcleo decisório uniformizado só pode ser visto como tal (*precedente*) na base de competência da Corte que o firmou⁹⁷, sobretudo porque sujeito a recursos para os Tribunais Superiores, quais poderão confirmá-lo ou reformá-lo.

Feitas essas considerações, convém somente agora concluir, fazendo-o, de um lado, com a assertiva de que a formação de um *precedente* pressupõe a eleição de um núcleo decisório único, obtido com a uniformização da jurisprudência no Tribunal que o elegeu (*precedente*); e, de outro, com a observação de que não se pode reconhecer como *precedente* a decisão judicial que ainda comporte recursos ou uniformização de jurisprudência na própria Corte.

93 Confira-se tópico anterior com o título Jurisprudência *versus* Precedente.

94 Deve ser consultado o tópico 2.4, no qual se definiu *precedente*.

95 Tais observações podem ser encontradas no item 2.3.

96 Assim o tópico 3 que difere *precedente* de jurisprudência.

97 Essa demonstração foi feita nos tópicos 4.4, quando se versou sobre *precedentes* persuasivos e verticais.

Forma-se, portanto, um *precedente* mediante a uniformização das diferentes posições jurisprudenciais existentes sobre um determinado tema no âmbito de competência de um dado Tribunal⁹⁸.

6 APLICAÇÃO DO PRECEDENTE

Num primeiro lançar de olhos, parece que não há dificuldades para aplicar-se um *precedente*. A noção inicial que se tem é a de tratar-se de simples operação de encaixe. Contudo, não é disso que se trata⁹⁹.

Lembrando-se de exemplo ofertado pelo Professor Inocêncio Mártires Coelho, ao discorrer sobre a efetividade da Constituição, em suas inesquecíveis e insuperáveis aulas de Interpretação Constitucional¹⁰⁰, impende aludir que a aplicação da norma jurídica não pode ser comparada à operação realizada por um bombeiro hidráulico quando instala uma torneira, visto que, nesta hipótese, o encaixe será sempre perfeito.

O exemplo trazido à colação veio a calhar, pois, como já salientado alhures, a operação que leva à aplicação de um *precedente*, tomando-se como exemplo o modelo estadunidense, não é de simples encaixe, visto que exige do intérprete e operador do Direito a superação de etapas, tais quais: a identificação do grau de determinação material; a precisão de sentido¹⁰¹ do *precedente* que se pretende aplicar e a adequação da situação concreta examinada à *ratio decidendi*¹⁰² nele (*precedente*) veiculada.

98 Para maiores esclarecimentos sobre o assunto, sugere-se a leitura de Tucci, em especial o capítulo VIII: TUCCI, op. cit., p. 247-287.

99 Confira-se Jorge Amaury Maia Nunes: NUNES, op. cit., p.119-128.

100 Aulas tais proferidas no Curso de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP - no ano de 2009. Sobre o Instituto, confira-se o seguinte [Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br>>. Acesso em: 24 nov. 2010.]. Sobre o Professor Inocêncio Mártires Coelho, confira-se Obras de sua autoria citadas nesta bibliografia, a partir das quais poderão ser acessadas outras produções.

101 Perscrutando sobre a aplicação da Constituição, Coelho deixa a seguinte lição: “Com efeito, enquanto a lei ostenta um grau relativamente alto de determinação material e de precisão de sentido, podendo, por isso, ser diretamente aplicável, a Constituição – pela sua natureza, estrutura e finalidade – apresenta-se como um sistema aberto de regras e princípios que necessitam da mediação de legisladores e juízes para lograr efetividade”. [apud BARROSO, op. cit., p. 08.].

102 Didier JR., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira registram que assim “como o juiz precisar interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o *precedente* para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi* [DIDIER JR. et al. op. cit., p. 394].

Pois bem, transportando para o sistema brasileiro as experiências hauridas do modelo norte-americano¹⁰³, ao deparar-se com um caso concreto e pretendendo compô-lo mediante aplicação de um *precedente*, o operador do Direito tem primeiramente que estar certo de que o *precedente* eleito como paradigma veicula comando decisório uniformizado (*significado*), em princípio, bastante a resolver o conflito de interesses que lhe foi posto (precisão de sentido). Em um segundo momento, cabe-lhe cotejar os casos, de modo a identificar se esses possuem as mesmas características fáticas e iguais elementos objetivos (determinação material)¹⁰⁴. Superadas essas duas fases, certificado que a *ratio decidendi* do caso pretérito se amolda ao caso presente, será possível, então, a aplicação do *precedente*.

Note-se que, na parte final do parágrafo anterior, utilizou-se a expressão *possível* em lugar de *certo*, isso porque, depois da superação das três fases anteriores, pode o operador do Direito identificar fatos específicos que diferencie um caso do outro, impedindo a imediata aplicação do *precedente* anteriormente eleito. Está-se aqui a falar em *distinguishing*, termo utilizado no modelo americano justamente para obstar a aplicação de um *precedente* quando houver similitude de situações, mas forem essas (situações) temperadas por especificidades capazes de implicar ofensa a direitos fundamentais dos litigantes, tal qual o exercício do direito de defesa ou mesmo o constrangimento ilegal.

Presente essa situação (*distinguishing*), cabe ao aplicador da norma optar entre interpretar o *precedente* restritiva ou ampliativamente. Se escolher a interpretação restritiva, deve negar aplicação ao *precedente* (*restrictive distinguishing*) e decidir a demanda criando para a hipótese uma norma individual e concreta¹⁰⁵. Se acolher a interpretação ampliativa (*ampliative distinguishing*) e aplicar o *precedente*, mesmo diante das

103 Appio recorda que o modelo estadunidense “baseia-se na observância das decisões proferidas pelas cortes superiores. Não existindo corte superior em relação à Suprema Corte dos Estados Unidos, este órgão assume responsabilidade política de ser o intérprete final do conteúdo da Constituição” [APPIO, op. cit., p.58].

104 [DIDIER JR. et al. op. cit., p. 392].

105 Tenha-se presente que no modelo americano, verificado o *distinguishing*, a Corte Maior pode obstar a aplicação do *precedente* ou “deferir o pedido da parte, sobre o fundamento de que, tratando-se de um caso totalmente novo, cabe à Suprema Corte enunciar este novo direito a partir da interpretação de cláusulas genéricas da Constituição, como fez, por exemplo no caso *Roe v. Wade* (1973)”. [APPIO, op.cit., p. 64.].

especificidades do caso concreto, vale dizer, da distinção existente entre este e o paradigma¹⁰⁶, deve fazê-lo tendo presente que a adoção desse caminho não pode levar à violação de direitos fundamentais das partes¹⁰⁷.

Questão interessante relativa ao *distinguishing* veio à baila no Supremo Tribunal Federal na oportunidade em que foi debatida a possibilidade de concessão de *habeas corpus* cuja interposição ocorreria em face de constrangimento ilegal perpetrado por ministro do Superior Tribunal de Justiça que indeferira liminar em pedido de igual ordem que lhe fora dirigido. A discussão foi suscitada pelo ministro Sepúlveda Pertence, mediante Questão de Ordem, ainda na Turma, oportunidade na qual ressaltou que o tema deveria ser levado ao plenário para que se decidisse sobre a ainda propriedade da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁸, à conta de que a sua mitigação pela locução “flagrante ilegalidade” poderia ser vista como sua revogação. Disse o ministro Sepúlveda Pertence: “restringir o alcance de uma súmula vale por cancelá-la”. Mais adiante, lembrando Victor Nunes Leal, assentou o ministro que “quando se discute se determinada súmula merece interpretação ampliativa ou restritiva ela já não cumpre o seu papel, que é o de encerrar discussões que o Tribunal tem por ociosas à vista dos *precedentes* e na extensão deles extraída”. Quando o debate aportou no plenário da Corte, o ministro Cezar Peluzo propôs a revogação da súmula. Depois de caloroso debate na assentada, o ministro Gilmar Mendes propôs substituir-se a revogação (*overruling*) da súmula, posição mais radical, pela adoção de uma fórmula intermediária, aplicando-se o instituto do *distinguishing* previsto no modelo estadunidense. A questão de ordem foi resolvida com a manutenção da precitada súmula, vencida a proposta de *distinguishing*

106 Nunca se deve esquecer que no sistema brasileiro, ligado ao modelo romano-germânico (*civil law*), o *precedente* procede da aplicação da norma infraconstitucional ou constitucional, diferentemente do modelo norte-americano, ligado sistema inglês (*common law*), no qual a criação do *precedente* deriva da aplicação de princípios extraídos inclusive da Constituição. [APPIO, op.cit., p. 58].

107 Escrevendo sobre o *precedente* do sistema americano e lembrando o *distinguishing*, Appio salienta que a “vinculação ao precedente impõe à Suprema Corte o dever de revogá-lo, expressamente, sempre que venha a alterar a sua posição sobre o assunto, ao invés de optar pela manutenção do precedente, sob o argumento de que não é aplicável ao caso (técnica do *distinguishing* [APPIO, op. cit., p. 25]. Ainda sobre esse tema, vale consultar [TUCCI, op. cit., p. 171. DIDIER JR. et al. op. cit., p. 392-395. NUNES, op. cit., p. 126-128].

108 NÃO COMPETE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONHECER DE “HABEAS CORPUS” IMPETRADO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE, EM “HABEAS CORPUS” REQUERIDO A TRIBUNAL SUPERIOR, INDEFERE A LIMINAR. [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 691. Disponível em: <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010].

trazida pelo ministro Gilmar Mendes. No caso, o *habeas corpus* foi deferido de ofício¹⁰⁹.

O que importa reter, para a perfeita compreensão das técnicas de aplicação de *precedentes*, tomando-se como exemplo o sistema norte-americano, é que esse modelo não significa um simples encaixe de peças, antes um processo interpretativo de normas e, tal como lembrado por Jorge Amaury Maia Nunes¹¹⁰, aplicar “um *precedente* não é uma tarefa automática, a ser exercida mecanicamente”[...] posto que a “existência do *precedente* significa, mal comparando, a existência de uma lei - ou de um princípio dotado de alta densidade normativa”.

Certo mesmo é que, das afirmações até aqui lançadas, decorre a inevitável advertência de que, para a efetiva edificação de um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil, fundado, entre outras, na adoção da técnica de prevalência dos *precedentes*, não se poderá prescindir da aplicação dos vários institutos já experimentados pelo sistema estadunidense, dentre os quais se destaca o *distinguishing*, sobretudo porque instrumentos como esses facilitam o avanço da prestação jurisdicional e aceleram a proteção dos direitos fundamentais, sem que para isso seja necessária a revogação de *precedentes* já sedimentados.

7 REVOGAÇÃO DO PRECEDENTE

Assim como pode ser novamente interpretado para ajustar-se ao momento social em que está sendo utilizado, o *precedente* pode,

109 Sobre eventual ofensa a direitos fundamentais e aplicação da técnica do *distinguishing*, vale conferir o debate travado no julgamento *Habeas Corpus* 85185/SP, cuja ementa é a seguinte: EMENTA: 1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Habeas corpus. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em habeas corpus. Rejeição de proposta de cancelamento da Súmula 691 do Supremo. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. O enunciado da Súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de habeas corpus contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar. 2. AÇÃO PENAL. Tributo. Crime contra a ordem tributária, ou crime tributário. Procedimento administrativo não encerrado. Pendência de recurso administrativo. Lançamento não definitivo. Delito ainda não tipificado. Jurisprudência assentada do Supremo. Constrangimento ilegal caracterizado. Extinção do processo. HC concedido de ofício para esse fim. Pedido prejudicado. Crime contra a ordem tributária não se tipifica antes do lançamento definitivo de tributo devido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 85185/SP. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Julgado em: 10 ago. 2005. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 01 set. 2006). Também sobre o assunto, as seguintes reclamações: [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4138 MC/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes Julgado em: 24 abr. 2006. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 28 abr. 2006. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4005 MC/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 15 dez. 2005. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 03 fev. 2006.].

110 NUNES, op. cit., p. 125.

de igual modo, ser revogado, acontecendo tal hipótese sempre que o conteúdo por ele veiculado torna-se inapropriado e insuscetível de novas interpretações¹¹¹.

Tendo-se sempre presente o sistema do *common law* e, sobretudo, o modelo do *stare decisis* norte-americano, verifica-se que o *precedente* pode deixar de ser observado com a aplicação da técnica do *overruling*¹¹², mediante a qual a Corte substitui o conteúdo decisório uniformizado de um *precedente* por outro enunciado, mais harmonizado com os ideais de justiça do momento em que foi editado¹¹³.

Importante que fique desde já esclarecido que a revogação de um *precedente* não é operação simples e que possa dar-se ao sabor daquele que não mais vê no conteúdo decisório orientador convergência com a realidade social¹¹⁴. Ao contrário, o procedimento de revogação de um *precedente* pressupõe profunda fundamentação e deve ser operado mediante um debate metucioso do tema. Isso porque a mudança constante

111 Sobre o tema, Appio consigna que o *overruling* “permite a evolução da jurisprudência [...] mas que não pode ser invocado por uma Corte ou juízos inferiores com a finalidade de revogar uma decisão de uma Corte Superior e que os *precedentes* da Suprema Corte dos Estados Unidos - porque órgão máximo do Judiciário norte-americano - somente podem ser revogados pela própria Suprema Corte (ou pelo Congresso)”. [APPIO, op.cit., p. 60.].

112 Quando proferiu Voto de Vista na Ação Direta de Inconstitucionalidade que versou sobre a criação de Municípios em situação excepcional consolidada, o Ministro Gilmar Mendes, tocando o tema da evolução da doutrina America no respeitante ao *precedente*, deixou a seguinte lição: “Segundo a doutrina, a jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem. Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente para o futuro”. [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-2244/BA. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em: 09 de maio de 2007. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 02 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.].

113 Assim Jorge Amaury Maia Nunes anota que, “a corte de justiça, tanto nos Estados Unido quanto na Inglaterra, está autorizada a não aplicar o precedente, seja porque realmente não se ajusta ao caso concreto (*distinguishing*), seja porque o precedente não mais satisfaz aos ideais de justiça da época e merece ser revogado (*overruling*) [NUNES, op. cit., p. 126].

114 Perelman & Olbrechts-Tyteca assinalam que a orientação firmada em um precedente deve ser respeitada em decisões futuras, não cabendo o seu abandono sem a devida fundamentação [PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, op. cit., p. 120].

de entendimento da Corte Maior compromete a sua credibilidade, interferindo negativamente na legitimidade de suas decisões¹¹⁵.

A experiência estadunidense sobre o *precedente* vem demonstrando que o que efetivamente determina a sua revogação é a sua inadequação ao momento social, querendo isso significar que eventuais mudanças na composição da Suprema Corte não são, nem de longe, indicativos de que alguns *precedentes* poderão ser alterados. Isso porque é tradição naquela Corte que os novos Membros se sintam também vinculados aos *precedentes* anteriores¹¹⁶. Ao pronunciar-se sobre a importância do *precedente* no modelo norte-americano do *stare decisis*, Appio faz questão de cunhar que a “força de um *precedente* deriva da distinção entre Direito e Política, já que os julgamentos não são resultado de uma vontade pessoal do interprete constitucional, mas, antes, a racionalização do poder através dos princípios vinculantes”¹¹⁷.

Traga-se à baila o fato de que, ao propor a revogação de um *precedente*, o proponente tem de fundamentar profundamente o seu

115 Tushnet, escrevendo sobre o ceticismo que reveste o *judicial review* sublinha que os “primeiros lampejos de um sistema sério de *judicial review* baseados em normas de direitos humanos não relacionados à propriedade poderiam ser vistos nas primeiras décadas do séc. XX [...]. Focalizando leis de liberdade de expressão, o panorama é basicamente este: inicialmente, a Suprema Corte interpretou a Primeira Emenda de forma a proteger dissidentes políticos que não fossem vistos como sérias ameaças à ordem estabelecida. [...] À medida que retrocedia a ameaça percebida do comunismo interno, a Corte tornava-se mais generosa na proteção dos direitos dos comunistas. [...] A doutrina da liberdade de expressão fornece agora grande proteção contra esforços de aprimoramento de dissidentes políticos, e, provavelmente, isso tem contribuído para a formação de uma cultura na qual argumentos contra a supressão da liberdade de expressão têm bastante peso”. [TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o *judicial review*: uma perspectiva dos Estados Unidos. In: Limites do controle de constitucionalidade. BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 226.].

116 “O Ministro Cezar Peluso, ao proferir voto no Agravo Regimental na Reclamação que discutiu a extensão dos efeitos vinculante da decisão decisiva de mérito nas ações declaratória de constitucionalidade, valendo-se das lições de Rui Medeiros (*A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 199, p. 827), assentou que a “consequência é particularmente grave: as constituições, enquanto planos normativos voltados para o futuro, não podem de maneira nenhuma perder a sua flexibilidade e abertura. Naturalmente e na medida do possível, convém salvaguardar a continuidade dos *standards* jurisprudenciais: alterações de rota, decisões *overruling* demasiado repentinas e brutais contrastam com a própria noção de jurisdição. A percepção da continuidade como um valor não deve, porém, significar uma visão petrificada da jurisprudência ou uma indisponibilidade dos tribunais para atender às solicitações provenientes do ambiente”. [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 2617/MG. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 23 fev. 2005. *Diário de Justiça, Brasília, DF, 02 de maio de 2007*. Disponível em: <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.].

117 APPIO, op.cit., p. 68.

pleito¹¹⁸, indicando, em algumas vezes, o equívoco presente no conteúdo decisório que pretende superar, e, em outras, as razões que levam ao impedimento de reinterpretá-lo (*distinguishing*) para aplicação a um novo caso¹¹⁹.

Não se deve ignorar, de outra parte, que a revogação de um *precedente* implica consequências inevitáveis quanto aos conflitos de interesses pretéritos compostos a partir do conteúdo orientador revogado. Isso porque a revogação, não sendo modulada, atingirá os casos passados, podendo levar a consequências não muito agradáveis¹²⁰. Assim é que a Suprema Corte dos Estados Unidos tem adotado soluções distintas para cada uma das hipóteses previstas de declaração de inconstitucionalidade. Appio relembra que as decisões proferidas pela Corte Maior estadunidense em controle difuso podem resultar da *Common Law*, da análise de leis (*statutes*) ou da análise da própria Constituição. E diz mais: somente nos casos pertinentes às leis é que se verifica a retroatividade da decisão, à razão de que nas decisões relacionados com o *common law* e com a Constituição norte-americana a Corte entende que a interpretação importa reconhecimento de Direito novo, insuscetível, portanto, à retroatividade¹²¹.

Rememore-se que o chamado *overruling*, entendido esse como mudança de *precedente*, de entendimento já assentado na Corte, já teve lugar no Supremo Tribunal Federal. Exemplo capaz de retratar essa circunstância colhe-se do acórdão proferido no julgamento do *Habeas*

118 Abellán anota que a mudança de um *precedente* pressupõe fundamentação clara e bastante a informar a revogação do entendimento firmado no passado [ABELLÁN, Marina Gascón. *La técnica del precedente y La argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 40.].

119 No sistema brasileiro, o procedimento para revogar-se uma súmula segue esse mesmo rigor, tomando-se como exemplo o debate travado em torno da possível revogação da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal proposta pelo Ministro Cezar Peluzo no julgamento do *Habeas Corpus* e que acabou derrotada. [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 85185/SP. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Julgado em: 10 ago. 2005. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 01 set. 2006.]. Mais adiante, com mais vagar, será visto que a Constituição Federal previu a possibilidade de revisão ou de revogação de súmulas vinculantes, tal com escrito no art. § 2º do art. 102-A.

120 Outro exemplo a ser citado no Supremo Tribunal Federal diz com o julgamento que redefiniu a progressão de regime no sistema penal brasileiro, cujos efeitos tiveram que ser modulados para que se não alcançasse hipóteses pretéritas.

121 Appio, além de informar sobre os tipos de pronúncias da Suprema Corte, observa que a “abrupta e irregular revogação dos precedentes é compreendida pelos juristas norte-americanos como um indício de irracionalidade e não de progresso na Corte. [APPIO, op.cit, p. 67-70.].

Corpus 82959/SP¹²², oportunidade na qual a Corte Maior passou a considerar inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, com o que permitiu a progressão de regime para os crimes classificados como hediondos, antes vedada pelo imperativo legal tido por incompatível com a Constituição Federal. Neste caso paradigmático, sem margens a tergiversações, o Supremo Tribunal Federal abandonou *precedente* anteriormente firmado¹²³, fazendo-o, contudo, arrimado em profundo debate sobre o tema e, mais que isso, limitando os efeitos da decisão proferida para que fossem evitados eventuais pedidos de indenizações por aqueles que tiveram a progressão de regime obstada justamente com amparo no comando legal cuja eficácia fora suprimida posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal¹²⁴.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal já está adotando as cautelas necessárias para proceder à revogação ou à nova interpretação de um *precedente* e o está fazendo com amparo nas lições hauridas no sistema norte-americano do *stare decisis*, o qual adota todas as precauções de estilo para praticar o *overruling* ou o *distinguishing*, sendo certo que em algumas dessas situações os efeitos da decisão são modulados para se evitar eventuais reexames das decisões pronunciadas com suporte no *precedente*

122 **Ementa:** PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC82959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 23 fev. 2006. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 01 set. 2006. Disponível em: <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.].

123 **Ementa:** EMENTA: - CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. CRIME HEDIONDO. REGIME FECHADO. LEI 8.072/90, ART. 2º, § 1º. CONSTITUCIONALIDADE. I. - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. C.F., art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC 69.657/SP, Rezek, RTJ 147/598; HC 69.603/SP, Brossard, RTJ 146/611; HC 69.377/MG, Velloso, "DJ" de 16.4.93; HC 76.991/MG, Velloso, "DJ" de 14.8.98; HC 81.421/SP, Néri, "DJ" de 15.3.02; HC 84.422/RS, Joaquim Barbosa, Relator para acórdão, julgado em 14.12.2004. II. - Agravo não provido. [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 405814 AgR/M. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 02 ago. 2005. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 28 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.].

124 Mais adiante, com maior vagar, o julgado voltará a ser debatido.

revogado e, sobretudo, para garantir a credibilidade e a legitimidade da Corte Maior¹²⁵.

Para comprovar essa tendência (*overruling e distinguishing*), cada dia mais forte no Supremo Tribunal Federal, vale relembrar que o art. 27¹²⁶ da Lei Federal nº 9.868/99¹²⁷ prevê a possibilidade de modulação dos efeitos da sentença, e que o parágrafo único do art. 28¹²⁸ dessa mesma lei oferta ao julgador métodos decisórios distintos da pura e simples declaração de inconstitucionalidade, técnicas essas (métodos decisórios) que estão sendo também aplicadas ao controle difuso de constitucionalidade, consoante se pode apurar pelos votos proferidos pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento do *Habeas Corpus* 85185/SP - no qual, além da referência explícita ao *overruling*, foi proposta, mas não aceita, a aplicação do *distinguishing* - e no recurso extraordinários nº 197917/SP¹²⁹ - no qual os efeitos da decisão foram modulados.

125 Appio dá como exemplo o julgamento do caso *Linkletter*, oportunidade na qual a Suprema Corte Americana foi conclamada a decidir sobre a aplicação do princípio firmado em *Mapp v. Ohio* aos casos já definitivamente julgados no âmbito estadual, concluindo que as partes teriam o processo julgado de acordo com o Direito vigente na data da sua conduta, negando, pois, a retroatividade [APPIO, op.cit, p. 73-74].

126 Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado

127 A íntegra da referida lei [BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 10 jan. 2010.].

128 Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal

129 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. [...] INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. [...] 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos para o futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. [BRASIL. Supremo

Ainda sobre essa temática, deve-se trazer à colação os despachos proferidos pelo ministro Gilmar Mendes na Pet 2859/MC/SP e na AC 189 MC/SP, nos quais o referido ministro faz alusões diretas aos métodos decisórios estadunidenses¹³⁰, entre os quais o *overruling*, assentando a necessidade da aplicação dessa técnica para a propriedade de uma viragem jurisprudencial.

Como se pode extrair de tudo o que foi até aqui exposto, o Supremo Tribunal Federal está evoluindo quanto aos métodos decisórios até então aplicados nos julgamentos efetuados naquela Corte Maior, especialmente quanto à aplicação, em controle difuso de constitucionalidade, de técnicas antes privativas do controle concentrado¹³¹.

8 CONCLUSÕES

O feixe de luz que se deve extrair das observações lançadas neste artigo é precisamente o de que os *precedentes* devem ser vistos como núcleos essenciais de decisões judiciais reiteradas, uniformizadas e capazes de comporem outros conflitos de interesses, irradiando

Tribunal Federal. RE 197.917. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julgado em: 06 jun. 2002. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 07 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em: 10 fev. 2011.].

130 Seguem partes dos aludidos Votos: A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem [...]. Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente para o futuro [...]. De resto, assinale-se que, antes do advento da Lei nº 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica da limitação de efeitos (Cf. v.g. Corte Constitucional austríaca (Constituição, art. 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade [...]), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (art.174, 2 do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos [...]). [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 2859-MC/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 06 abr. 2004. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 16 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em: 10 fev. 2011.].

131 Vale conferir, nesse sentido, o valiosíssimo debate presente nos votos até então proferidos no julgamento da reclamação nº 4335/AC. Disponível em: <<http://www.STF.JUS.br>>.

segurança e credibilidade aos jurisdicionados. Ficou ainda a lição de que os *precedentes* podem se manifestar de diferentes formas: às vezes como simples declarações; noutras, como instrumentos obstativos de recursos; em algumas oportunidades, com cunhos persuasivos; noutras, com força vinculante.

Soou ainda como aviso a observação de que o signo *precedente* não pode ser confundido com o termo *jurisprudência*, sendo certo afirmar que aquele tem muito mais força e representatividade que esta, sendo ainda mais correto asseverar, com as letras de Appio, que um “*precedente* terá tanto mais força quanto mais a interpretação através dele executada se mostre plausível, esteja absorvida pela cultura jurídica local e não represente surpresa para os litigantes, bem como próxima do texto constitucional e, finalmente, que alcance maior número de votos passível”¹³².

Certo mesmo é que, de tudo o que foi lançado neste artigo, surge a insuperável ilação segundo a qual a credibilidade e a legitimidade do Supremo Tribunal Federal passam necessariamente pela correção, pela fundamentação e, sobretudo, pela prevalência das suas decisões como *precedentes*.

Fica, portanto, a advertência de que, no processo de formação de um *precedente*, deve-se emprestar especial atenção ao *significado* que se lhe vai conferir, pois é precisamente deste conteúdo decisório uniformizado que haverá de emergir o seu *significante*, a sua expressão e a sua força vinculativa enquanto apanágio maior das honras que devem sempre ser prestadas às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

132 MENDES, op. cit., p. 64.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle constitucional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Maleiros, 2006.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Portugal: Almedina, 2003. p. 257).

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 9. ed. Brasil: Atlas, 2016.

HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. 3. ed. Coimbra: Armênio Machado Editora, 1974.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In: *Ação declaratória de constitucionalidade*. MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

_____. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, n. 134, abr./jun. 1997. p. 11.

MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 20.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERELMAN, Chaim.; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Galvão. Bruxelas: Wmf Martins Fontes, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vícios e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SEGADO, Francisco Fernández. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 4, jul./dez. 2004. p. 145-208.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 3 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o *judicial review*: uma perspectiva dos Estados Unidos. In: *Limites do controle de constitucionalidade*. BIGONHA, Antônio Carlos Alpino.; MOREIRA, Luiz. (Coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAVASCKI. Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único, do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 125, jul. 2005. p. 79-91.

DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO: FINALIDADES, CONSEQUÊNCIAS ORIUNDAS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO E A FRUSTRAÇÃO DA EFICÁCIA ORIGINALMENTE PERSEGUIDA

Vanessa Huckleberry Portella Siqueira¹

Este artigo tem por escopo tecer breve análise sobre o excessivo engessamento orçamentário oriundo da desmesurada inserção de exceções constitucionais ao princípio da não vinculação de impostos a fundo, órgão ou despesa – consubstanciado no art. 167, inciso IV, da Constituição da República – e, ato contínuo, a consequência produzida pelo aludido engessamento na sistemática de separação de Poderes. Nesta ordem de ideias, será abordada a solução orquestrada para contemporizar a exagerada rigidez orçamentária, representada pelo mecanismo denominado Desvinculação de Receitas da União. Por fim, trar-se-á à baila o questionamento acerca da efetiva eficácia do mecanismo em questão diante do intermitente déficit que acomete a Previdência Social.

Palavras-chave: Art. 167, IV, da Constituição. Princípio da não vinculação de impostos. Princípio da separação de Poderes. Cláusula pétrea. Desvinculação de receitas da União. Orçamento público. Rigidez orçamentária. Déficit previdenciário.

Falta Título em Inglês

1 Advogada, Procuradora do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), Professora de Direito Financeiro e Tributário da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Professora da Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), Professora de Pós-Graduação em Direito Tributário da Universidade Federal Fluminense (UFF), Professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Professora de Pós-Graduação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Professora da ESAFI (Escola de Capacitação do Servidor Público), Professora da EBEJI (Escola Brasileira de Ensino Jurídico pela Internet), Professora do Curso Ênfase, Professora do Curso Alcance e Professora do Curso CEJ (Centro de Estudos Jurídicos). Pós-graduada em Direito Empresarial pelo Ibmec. Mestre em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho. E-mail: vanessahps@gmail.com

ABSTRACT: The article aims to make a brief analysis about excessive budget rigidities arising from the disproportional inclusion of constitutional exceptions to the principle of not linking taxes to fund, organ or expense - embodied in art. 167, item IV, of Brazil's Constitution – and, immediately, the result produced by that rigidity in the system of separation of Powers. In this connection, it will be addressed the solution built to temporize the excessive budget rigidity, represented by the mechanism called Untying Union's Revenues. Finally, it will bring up the question about the effectiveness of the mechanism under discussion before the intermittent deficit that affects Social Security.

Key words: Art. 167, item IV, of Brazil's constitution. Principle of non tax binding. Principle of separation of powers. Fundamental clause. Untying union's revenues. Public budget. Budget rigidity. Security deficit.

1 INTRODUÇÃO

O modelo orçamentário brasileiro está estruturado nos arts. 165 a 169 da Constituição da República e ostenta como signo formal três leis ordinárias, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

A preocupação da Assembleia Constituinte de 1988 centrou-se em vincular os processos de planejamento e de orçamento – consoante se pode depreender da letra dos arts. 165, § 4º, e 167, § 1º –, sendo certo que a confecção da peça orçamentária passa a ser concebida como modalidade de intervenção no domínio econômico pela via do planejamento².

Sem embargo, vale averbar que, no sentido clássico, o Orçamento era tido como mera peça contábil, de conteúdo financeiro, no qual havia a previsão de receitas e a autorização de despesas, sem que se cogitasse acerca das reais necessidades da Administração Pública ou dos anseios

2 Sobre o assento constitucional do princípio do planejamento: [...] a Carta Política de 1988 alberga o “princípio do planejamento” – também alcunhado de ‘princípio da programação’. [...] No Brasil, em virtude da influência advinda da Constituição alemã, o planejamento orçamentário espalha-se por uma tríade de leis – PPA (artigo 165, parágrafo 1º), LDO (artigo 165, parágrafo 2º) e LOA (artigo 165, parágrafo 5º) –, cuja integração harmoniosa é a pedra de toque, devendo tais leis, ainda, se coadunar com o planejamento global preconizado pelo artigo 165, parágrafo 4º, da Carta Magna. As receitas públicas e as despesas devem realizar-se seguindo os moldes preconizados em planos anuais e plurianuais, resultado do que propugna o “princípio do planejamento ou programação”. [SIQUEIRA, Vanessa Huckleberry Portella. **A Rigidez Orçamentária e a Perda de Discricionariedade do Chefe do Poder Executivo: uma Realidade?** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 52.].

da população, tampouco dos objetivos econômico-sociais que porventura poderiam ser atingidos com a sua execução.

O orçamento, é de se ver, costumava apresentar neutralidade em face da economia.

Nos dias atuais, entretanto, o orçamento não mais é concebido como mero documento de caráter administrativo e contábil, tendo assumido as vezes de instrumento por intermédio do qual o Estado intervém no domínio econômico, razão porque os objetivos almejados pelo Governo passam a figurar nessa peça de programação³.

Governo. Semelhante concepção adveio após a Segunda Guerra Mundial, como forma, sobretudo, de impulsionar a recuperação das economias de diversos países, dando azo à ideia de Orçamento moderno, em relação ao qual os representantes dos contribuintes condicionavam a sua aprovação ao emprego dos fundos aos fins que mais interessavam à população.

De acordo com a linha de pensamento ora explicitada, o O passa a representar o compromisso político de cumprimento de promessas levadas à população por ocasião da campanha eleitoral.

A peça orçamentária passa, doravante, a ser encarada como verdadeiro instrumento vinculativo das ações do Estado, um verdadeiro atestado de compromisso. Por seu turno, o Estado, por intermédio do Orçamento, não mais remanesce autorizado a estabelecer previsões irreais com vistas apenas a se cumprir uma formalidade constitucional.

Em compasso com o modelo emergente, fulgura a discricionariedade do Chefe do Executivo no que toca à elaboração dos projetos de leis orçamentárias.

É nessa seara que se torna interessante destacar a relevância do princípio da não afetação dos impostos, cuja concepção imbuí-se do desiderato de aplainar o terreno propício à manifestação da discricionariedade de que restou dotado o Chefe do Executivo em matéria orçamentária.

Encampando-se tal raciocínio, é de se concluir que restrições excessivas à materialização do princípio em tela implicam inaceitável afronta

3 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 346-347.

ao princípio da separação de Poderes, cláusula pétrea consubstanciada no art. 2º da Constituição da República.

Malgrado a gravidade do que representariam eventuais restrições à não vinculação dos impostos, fato é que elas existem e em elevadíssimos número e grau. Confirmamos.

2 PRINCÍPIO DA NÃO VINCULAÇÃO DE IMPOSTOS A FUNDO, ÓRGÃO OU DESPESA

O princípio da não vinculação ou da não afetação, plasmado no art. 167, IV, da Constituição da República, tem a ver com o elemento finalístico dos impostos.

Como se sabe, o imposto é espécie de tributo desvinculado nas duas “pontas”. Explica-se: nos impostos, não há vinculação quanto ao fato gerador, o qual não se origina de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte; tampouco há vinculação no que se refere ao produto arrecadado, já que a receita oriunda dos impostos deve ser vertida para as despesas genéricas do Estado, notadamente as despesas relacionadas aos serviços públicos *uti universi*.

Neste sentido, o princípio da não vinculação diz respeito àquilo que se deve fazer com o produto arrecadado a título de impostos.

De feito, não se pode perder de vista que está-se diante de ordem dirigida ao legislador, que, de pronto, se vê impedido de atrelar a receita proveniente dos impostos a fundo, órgão ou despesa.

O princípio se justifica na medida em que reserva, ao Orçamento e à própria Administração – em sua atividade discricionária na execução da despesa pública –, espaço para determinar os gastos com investimentos e políticas sociais. No entanto, o princípio em tela tem pouca aplicação, já que as normas do Direito Administrativo e do Direito Econômico, conforme adiante explicitar-se-á, vinculam grande parte das receitas.

Dessume-se do esposado a impossibilidade de ser editada lei dispondo acerca da vinculação da receita de determinado imposto a fundo, órgão ou despesa específica, ressalvadas algumas exceções a que faz alusão o texto constitucional.

3 AS EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA NÃO VINCULAÇÃO DE IMPOSTOS A FUNDO, ÓRGÃO OU DESPESA

Nada obstante a determinação constitucional no sentido de que a receita oriunda dos impostos não pode estar atrelada a fundo, órgão ou despesa específica, o princípio em debate comporta oito exceções. Aliás, o princípio da não afetação é o princípio constitucional orçamentário que comporta o maior número de exceções, registre-se.

Isso quer significar que o legislador constituinte ora vinculou a receita oriunda de imposto a uma despesa específica, ora permitiu fosse vinculada a receita de imposto a uma despesa específica.

Não custa salientar que, entre as exceções, duas delas advieram pela mãos do constituinte originário, isto é, por ocasião da promulgação da Constituição da República de 1988. São elas: a exceção concernente às transferências constitucionais (repartição obrigatória de receitas) – técnica integrante da discriminação de rendas e que encontra guarida nos arts. 157 a 162 da CRFB – e, igualmente, aquela referente à manutenção do ensino, cuja previsão vem plasmada no art. 212 da Constituição.

As demais exceções foram enxertadas na Constituição por obra do constituinte derivado e encontram-se espalhadas pelo texto constitucional, muito embora reunidas, em remissão, no art. 167, inciso IV, parte final, e no parágrafo quarto do mesmo artigo.

Assim é que, em apertada síntese, a receita oriunda dos impostos não será vinculada, excetuadas as oito situações abaixo listadas, quais sejam:

a) repartição constitucional das receitas, consoante prescreve a Constituição da República, nos arts. 157 a 162. Trata-se a distribuição intergovernamental de receitas de instrumento financeiro que cria para os entes políticos menores o direito a uma parcela do produto arrecadado pelo ente político maior, o qual, ressalvadas duas hipóteses, se encontra impedido de apor condicionamentos à aludida transferência, de acordo com o que preceitua o art. 160 da Constituição;

b) manutenção do ensino, nos termos do art. 212 da Constituição da República, o qual determina que a União nunca aplique menos que 18% da receita dos impostos em Educação, e os Estados e Municípios, nunca menos que 25%;

c) oferecimento de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, ao celebrarem contrato de empréstimo com a União, precisam garanti-lo, de molde que, após a EC n.º 3/93, adveio a possibilidade das receitas tributárias constituírem objeto desta garantia;

d) implementação da saúde, conforme estabeleceu a EC n.º 29/00, nos percentuais definidos pela LC n.º 141/12, no tange aos Estados e Municípios, e, no que se refere à União, nos termos definidos pela EC n.º 86/15;

e) vinculação de verbas federais, estaduais e municipais a Fundos de Combate e Erradicação da Pobreza, consoante rezam os arts. 81 e 82 do ADCT (EC n.º 31/00);

f) realização de atividades da administração tributária (EC n.º 42/03), suplementando a norma disposta no art. 37, inciso XXII, da Lei Maior;

g) vinculação de verbas estaduais a programas de apoio à inclusão e promoção social, até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, consoante preconiza o parágrafo único do art. 204 da Carta Magna (EC n.º 42/03);

h) vinculação de verbas estaduais a fundo estadual de fomento à cultura, até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para fins de financiar programas e projetos culturais, nos moldes do consubstanciado no art. 216, § 6.º, da Carta Magna (EC n.º 42/03).

4 O MECANISMO CONTEMPORIZADOR DAS EXCEPCIONAIS VINCULAÇÕES: A DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO

Ante o exagerado número de exceções, é intuitivo concluir que o nosso Orçamento tornou-se absolutamente rígido, porquanto, muito embora a Constituição – em tese – propugne pela não vinculação, o que existe, à luz das exceções constitucionais, é verdadeira vinculação, posto que a receita oriunda dos impostos encontra-se, em sua quase totalidade, vinculada, nos termos lá consubstanciados.

Destarte, uma vez caracterizada a excessiva rigidez orçamentária ditada pelas inúmeras vinculações, precisou-se criar um instrumento de modo a que se promovesse a necessária e imperiosa desvinculação.

Isso se deveu ao fato de que, ao Presidente da República, no momento da confecção da peça orçamentária, não restava margem de manobra suficiente ao exercício da discricionariedade que lhe é inerente quando o assunto concerne à confecção da peça orçamentária, fato que, ao fim e ao cabo, resvalava na própria sistemática da separação de Poderes.

Noutros termos, o Chefe do Executivo quedava-se obstaculizado de dizer onde e como se devia gastar, sendo certo que o Presidente da República, em virtude das inúmeras vinculações, passou a contar, apenas, com cerca de 10% (dez por cento) de discricionariedade para elaborar o Projeto de Lei Orçamentária (PLOA), lembrando, neste particular, que, nos termos precisos do parágrafo 1º do art. 165 da Constituição, pertence ao Chefe do Executivo a iniciativa da confecção dos projetos de leis orçamentárias.

Na prática, pois, há genuína vinculação, e, em tese – somente em tese, repise-se –, é que se tem a originalmente almejada desvinculação.

Nesta ordem de ideias, o constituinte derivado procurou envidar esforços no sentido de contemporizar essa excessiva rigidez orçamentária, pelo que concebeu um instrumento de sorte a promover a desvinculação, atualmente denominado Desvinculação de Receitas da União (DRU), que nada mais é do que um fundo integrado por 20% de tudo o quanto a União vier a arrecadar a título de impostos, contribuições sociais e contribuições de intervenção do domínio econômico, nos moldes tais como preconiza o art. 76 do ADCT.

A DRU, consoante alerta Torres (2000), surgiu tecnicamente com a inversão dos sinais das anteriores emendas vinculantes⁴.

A par de amainar o excessivo engessamento orçamentário, a DRU, a um só tempo, abre espaço à geração de superávit primário – dinheiro que o Governo economiza para pagar os juros da dívida pública –, o que não deixa de ser importante no combate ao descontrole inflacionário, bem como intenta recrudescer o nível de flexibilidade a que o Governo está submetido, fomentando a utilização dos recursos orçamentários em consonância com as prioridades do momento.

De molde a que se possa dotar o presente estudo de arcabouço histórico necessário à compreensão das finalidades para as quais a DRU fora concebida, faz-se necessário discorrer sobre as diversas facetas que, ao longo dos anos, caracterizaram o mecanismo em tela.

4 TORRES, Ricardo Lobo. O Orçamento na Constituição. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 5, 2000, p. 355.

A DRU adveio sob o codinome de Fundo Social de Emergência (FSE), por intermédio da Emenda Constitucional de Revisão n.º 1, a qual, em verdade, enfraqueceu o princípio da não vinculação, ao criar, nos exercícios de 1994 e 1995, o referido fundo, contando com os recursos oriundos da arrecadação do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), do Imposto de Renda (IR), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), bem como de 20% da arrecadação de todos os tributos da União.

Curiosidade que não se pode deixar de registrar é que, em sua origem, nos idos do ano de 1994, a desvinculação produzia a consequência de deixar de transferir recursos aos governos estaduais e municipais decorrentes de aumentos de carga tributária⁵.

As seis prorrogações seguintes, levadas a cabo por Emendas Constitucionais, não só lograram alterar a denominação como também a abrangência e, até mesmo, a eficácia da desvinculação, porquanto seus efeitos restaram concentrados nas contribuições sociais – tirante a previdenciária – e nas de intervenção no domínio econômico. Vejamos.

Dois anos depois de sua criação, o fundo foi prorrogado pela EC n.º 10/96 e, em seguida, pela EC n.º 17/97, passando a ostentar a denominação de Fundo de Estabilização Fiscal (FEF).

Por obra da EC n.º 27/00, a nomenclatura tornou a sofrer modificação, passando o fundo a se chamar Desvinculação da Receita da União (DRU), que, por sua vez, desvinculou de órgão, fundo ou despesa, no período de 2000 a 2003, 20% (vinte por cento) da receita provinda da arrecadação de impostos, contribuições sociais e contribuições de intervenção no domínio econômico.

Ato contínuo, com a promulgação da EC n.º 42/03 – responsável pela Reforma Tributária –, houve nova prorrogação, nos termos do art. 76 do ADCT.

Posteriormente, a EC n.º 56/07 levou a efeito, nos mesmos moldes da EC n.º 42/03, outra prorrogação.

Finalmente, a EC n.º 68/11 conferiu novo fôlego à desvinculação, prorrogando o aludido mecanismo até o dia 31 de dezembro do ano de 2015.

5 AFONSO, José Roberto; TOLLINI, Hélio M. Uma falácia orçamentária. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 07 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.joserobertoafonso.ecn.br/>>. Acesso em: mar. 2016.

Destaque-se que, no mês de julho do ano de 2015, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional mais uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), a de n.º 87/15, objetivando estender o mecanismo até o ano de 2023.

A PEC em questão aumenta de 20% para 30% a alíquota de desvinculação sobre a receita de contribuições sociais e econômicas, incluindo as taxas, fundos constitucionais e compensações financeiras pela utilização de recursos hídricos para geração de energia elétrica e de outros recursos minerais. De outra parte, retira do espectro da desvinculação os impostos federais.

5 DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO: UMA FALÁCIA?

Conforme se observou, a Desvinculação de Receitas da União fora concebida sob o mote de proporcionar melhoria à gestão fiscal, incrementando a flexibilidade orçamentária, ao desatrelar 20% (vinte por cento) oriundos da arrecadação de impostos e de algumas contribuições parafiscais.

Não obstante tal constatação, uma criteriosa e detida análise sobre o comportamento das contas públicas joga por terra a ideia de que a Desvinculação de Receitas da União antepõe-se como fundamental à implementação do ajuste fiscal pela via da diminuição da excessiva rigidez orçamentária.

Exemplo revelador do quão inócua pode ser a desvinculação traduz-se pelo desempenho do desatrelamento no que concerne às contribuições sociais. Explica-se: no ano de 2015, o Orçamento da Seguridade Social amargou um déficit de R\$ 72,8 bilhões. Contribuiu para o arrefecimento da arrecadação, entre outros fatores, as desonerações tributárias afetas à folha de pagamento, bem como a ampliação de setores da economia abarcados pelo Simples⁶.

Do total da arrecadação a título de contribuições sociais, registre-se que a DRU abocanha 20% (vinte por cento), sendo certo que seria mantida a necessidade de um aporte que ultrapassaria R\$ 15 bilhões do Orçamento Fiscal apenas de sorte a que se financiasse o Orçamento da Seguridade Social.

Debalde, análises talhadas por economistas demonstram, por outro lado, que o Governo não mais necessitaria da DRU exatamente por conta do déficit que assola a Seguridade Social.

6 AFONSO; TOLLINI, op. cit.

A questão assume faceta ainda mais drástica quando se constata a inclusão no Orçamento da Seguridade Social das despesas afetas aos benefícios previdenciários pagos aos servidores públicos aposentados e pensionistas⁷ – pagamentos estes que deveriam integrar o Orçamento Fiscal –, o que é vedado, porquanto a Constituição é inequívoca ao explicitar que as receitas oriundas das contribuições sociais da Seguridade Social tão somente poderão ser utilizadas, como o próprio nome está a acusar, para garantir a manutenção ou a expansão da Seguridade Social – a abarcar a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde –, o que é referendado pelo Supremo Tribunal Federal quando reafirma a ideia de que o elemento caracterizador das contribuições para-fiscais é a afetação de sua arrecadação a uma específica finalidade.

O Governo, ao seu alvedrio, permanece desvinculando as receitas dos respectivos gastos consoante definidos em lei e na Constituição. E, nessa ciranda, segue transferindo recursos integrantes do Orçamento da Seguridade Social de sorte a tapar os rombos do Orçamento Fiscal. Entretanto, em termos práticos, o estratagema em questão vem se revelando falacioso, porque absolutamente inócuo, conforme acima constatado.

De parte isso, imperioso atentar ao fato de que, desde 2009, em virtude de lei, o superávit financeiro do Tesouro não obedece às vinculações dos recursos que lhe deram origem.

Seguindo essa linha de pensamento, as parcelas não gastas durante o exercício financeiro mantêm-se desvinculadas no exercício seguinte, sendo chancelada a sua utilização para amortizar a dívida pública federal.

6 CONCLUSÃO

É de se concluir, considerados os dados acima explicitados, que, na prática, é absolutamente inócua a desvinculação sob o prisma aqui evidenciado, porquanto o que se está a subtrair da Seguridade Social acaba retornando como transferência fiscal.

Muito infelizmente, todas as medidas até o presente momento implementadas nada mais são do que verdadeiros tapa-buracos, porquanto a higidez das contas públicas, com espeque no ideal de responsabilidade na gestão fiscal, não mais pode prescindir de um acerto permanente e eficaz, a perpassar pela aprovação da nova lei complementar de finanças

7 OLIVEIRA, Ribamar. Análise: Sem a DRU, as contas não fecham. In: **Valor Econômico**, 09 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.joserobertoafonso.ecn.br/>>. Acesso em: mar. 2016.

públicas atrelada à imposterável implementação da tão aguardada reforma tributária.

À luz desse específico aspecto, convém asseverar que vem tramitando, há alguns anos, no Congresso Nacional, projeto de lei complementar tendente a imprimir concretude ao comando inserido no art. 165, § 9º, da Constituição da República. Com efeito, esse dispositivo propugna seja editada lei complementar que verse sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização das leis orçamentárias; em suma, uma lei complementar cujo desiderato seja o de estruturar o Sistema Orçamentário Brasileiro. Difícil crer, mas a lei complementar em comento, a despeito de sua inegável relevância, ainda não existe, motivo porque, enquanto a mesma não advier, a Lei n.º 4.320/64 vem se encarregando de suprir esta inaceitável lacuna.

Entretanto, os esforços do Congresso Nacional, no sentido de preencher o comando inserto no parágrafo 9º do art. 165, são alvissareiros, relevando destacar a existência de projeto de lei em estágio avançado – cuja iniciativa atribui-se ao à época senador Tasso Jereissati –, o qual chegou a ser unificado com o projeto de outro ex-senador, Renato Casagrande.

Não custa aclarar que os projetos – então unificados –, após a aprovação, culminarão no que já vem sendo chamado de Lei de Responsabilidade Orçamentária (LRO). Sendo assim, a Lei de Responsabilidade Orçamentária revogará a vetusta Lei n.º 4.320/64, imprimindo, vez por todas, concretude ao comando inserido no parágrafo 9º do art. 165 da Lei Maior.

De todo modo, espera-se que, imbuído do propósito de restabelecer a saúde financeira brasileira, permitindo que o recurso à emissão da dívida pública não seja concebido como força motriz principal dos investimentos – fazendo, de fato, as vezes de genuíno complemento da receita pública –, semelhante projeto venha, ao fim e ao cabo, merecer o necessário apoio do Executivo, de sorte a que a sua tramitação possa, enfim, evoluir, pavimentando o terreno para que o país atinja o nível de responsabilidade orçamentária condizente com o ideal de responsabilização na gestão fiscal há anos perseguido em terras brasileiras.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto; TOLLINI, Hélio M. Uma falácia orçamentária. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 07 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.joserobertoafonso.ecn.br/>>. Acesso em: mar. 2016.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Ribamar. Análise: Sem a DRU, as contas não fecham. In: **Valor Econômico**, 09 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.joserobertoafonso.ecn.br/>>. Acesso em: mar. 2016.

SIQUEIRA, Vanessa Huckleberry Portella. **A Rigidez Orçamentária e a Perda de Discricionariedade do Chefe do Poder Executivo: uma Realidade?**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O Orçamento na Constituição. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 5, 2000.

IR OU NÃO IR DE TÁXI: UMA ESCOLHA LOCAL

Luciano Araújo de Castro¹

RESUMO: A legislação federal que concede exclusividade aos taxistas para a realização do transporte individual remunerado de passageiros invadiu a competência constitucionalmente reservada aos Municípios para legislar sobre interesse local (art. 30, I) e para organizar os serviços públicos de interesse local (art. 30, V). Com efeito, de acordo com a Constituição, tratando-se de interesse predominantemente local, é o Município que, atento às suas peculiaridades, tem o poder para disciplinar os serviços de táxi, de modo que pode o ente local qualificar a atividade como “serviço público”, concedendo ou não exclusividade aos taxistas, como “serviço de utilidade pública”, o que importa sujeitar a atividade à livre iniciativa, embora sob intensa regulação estatal, ou ainda como uma simples atividade econômica em sentido estrito, submetida à regulação comum.

Palavras-chave: Táxi. Competência. Serviço público. Serviço de utilidade pública.

TO GO OR NOT TO GO BY TAXI: A LOCAL CHOICE

ABSTRACT: The federal legislation that grants exclusivity to taxi drivers for the realization of paid individual transport of passengers has invaded powers constitutionally reserved for municipalities to legislate on local interest (art. 30, I) and to organize public services of local interest (art. 30, V). Indeed, according to the Constitution, in the case of predominantly local concern, it is the municipality that, attentive to its peculiarities, has the power to regulate taxi services. So the municipality can qualify taxi services as a “public service”, granting or not exclusivity to taxi drivers, or as a “public utility”, which means that the activity is subject to free enterprise, although under intense regulation, or finally as a simple economic activity, subject to common regulation.

Key words: Taxi. Constitutional powers. Public service. Public utility.

1 Ex-Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça do Maranhão, ex-Promotor de Justiça do Estado do Maranhão, ex-Defensor Público do Estado do Maranhão, Procurador do Distrito Federal desde 2009. Mestrando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). E-mail: luciano3005@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O serviço de táxi entrou, recentemente, na pauta de discussão da população de importantes cidades brasileiras em virtude da rápida penetração, nos mercados dessas cidades, de um aplicativo de celular que viabiliza a conexão entre passageiros e motoristas particulares previamente cadastrados para a realização de itinerário desejado pelo passageiro, mediante pagamento. Fala-se do UBER.

A rápida aceitação do aplicativo e do novo serviço por significativa parcela da população fez com que questões como a qualidade dos serviços de táxi, a justeza do preço cobrado e a conveniência ou não da manutenção da exclusividade tradicionalmente conferida aos taxistas fossem debatidas intensamente nos mais diversos foros, dos botequins aos legislativos locais.

Como o serviço de táxi encontra fundamento normativo em diplomas de diversos níveis – conforme se verá adiante, em legislação municipal, federal e na própria Constituição –, a celeuma rapidamente aportou no meio jurídico, e nele manteve-se intensa. Há decisões judiciais, pareceres de procuradorias e de renomados doutrinadores sobre o palpitante tema.

Este artigo tem a pretensão de contribuir para o debate jurídico instaurado, o qual, avalia-se, ainda não está bem colocado por não ter atentado para aspectos normativos importantes, além de ter desaguado em questões que, salvo engano, são mais de cunho político que jurídico. Portanto, a contribuição que se pretende fornecer passa pela recondução da discussão para aspectos que, estima-se, são essenciais ao deslinde das questões jurídicas.

Assim, por exemplo, enquanto a disputa sobre a legitimidade ou não da exclusividade concedida aos taxistas tem sido travada nos Municípios e no Distrito Federal, com intensa pressão sobre os legislativos e os executivos locais, há lei federal vigente dispondo ser “atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros” (art. 2º da Lei n. 12.468/2011), a indicar que a discussão precisa ser nacionalizada. Por conseguinte, quanto ao aspecto normativo da polêmica, inevitavelmente há que se analisar a legislação federal, inclusive investigando-se se esta observa a repartição constitucional de competências.

Acredita-se também que definir se os serviços públicos de táxi ainda são necessários ou úteis no contexto atual das cidades brasileiras, ou se ainda

se justifica a exclusão de outros atores nesse mercado², embora possa contar com subsídios valorosos dos juristas, é tarefa particular de cada Município e do Distrito Federal; com efeito, são os executivos e os legislativos locais, que representam os seus cidadãos, o palco mais adequado para a avaliação e, principalmente, definição desses aspectos meritórios. Nessa perspectiva, tentar-se-á separar os aspectos eminentemente jurídicos relacionados aos serviços de táxi daqueles outros que estão mais diretamente relacionados às opções políticas a cargo de cada Município e do Distrito Federal.

Para atingimento do propósito de contribuição ao debate jurídico, o raciocínio será desenvolvido em três etapas: na primeira, será perscrutada a competência constitucional para criar e organizar os serviços de táxi, ou seja, será investigado a qual ente federativo a Constituição atribuiu essas missões; na segunda, será verificada se a legislação federal que trata dos serviços de táxi violou ou não, em algum ponto, a repartição de competências constitucionalmente fixada; por fim, na terceira, problematiza-se se o serviço de táxi é “serviço público” ou “serviço de utilidade pública”, abordando-se a distinção entre uma e outra categoria. Ao final, serão apresentadas as conclusões sobre o tema.

2 A COMPETÊNCIA PARA DISCIPLINAR OS SERVIÇOS DE TÁXI

A forma federativa de Estado adotada pela Constituição de 1988 implica a repartição de competências entre os entes componentes da Federação, ou seja, importa a divisão de Poderes entre eles, seguindo-se daí estar vedado que um se imiscua no feixe de competências dos outros, a não ser nas estritas hipóteses que a Constituição assim o permita. Conforme assinala Barroso (2006)³, “União, Estados e Municípios têm suas atribuições demarcadas pela Constituição Federal e estabelecem entre si relações que não têm a marca da hierarquia, mas a do desempenho por legitimação própria das funções constitucionalmente assinaladas”.

2 Nesse sentido, Marques Neto, em inciso artigo, sustenta que, nos casos dos serviços de táxi, não estão mais presentes quaisquer dos motivos de interesse coletivo que justificariam a instituição de um serviço público e sua consequente retirada da livre iniciativa (pretensão de universalização dos serviços, presença de características que impedem a competição ou a necessidade de regulação rigorosa). Sua conclusão é expressiva de sua incisiva opinião quanto ao suposto anacronismo da exclusividade concedida aos taxistas: “usar do argumento formal ‘a lei assegura que taxi é serviço público’ para impedir que oferta e demanda se encontrem num ambiente de livre mercado facilitado pelo aplicativo, faz lembrar os antigos monopólios reais sobre as rotas de comércio.” [MARQUES NETO, Floriano Peixoto. **Estado contra o mercado**: Uber e o consumidor. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI221670,91041-Estado+contra+o+mercado+Uber+e+o+consumidor> >. Acesso em: 15 set. 2015.].

3 BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo I, p. 142.

Silva (2014)⁴ professora que essa repartição de competências é norteada pelo princípio geral da predominância do interesse, “segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de *predominante interesse geral, nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de *predominante interesse regional*, e aos Municípios concernem os *assuntos de interesse local*” (grifos do autor). Além de útil para compreender a distribuição de competências levada a efeito pelo constituinte, o princípio da predominância do interesse revela-se indispensável para dirimir querelas surgidas entre as pessoas políticas quando em disputa os limites de suas competências.

Especificamente quanto aos Municípios, é indiscutível que a Constituição de 1988 atribuiu-lhes a condição de membros integrantes da Federação, conforme se pode extrair da simples leitura dos arts. 1^o⁵ e 18⁶, embora vozes autorizadas reputem equivocada a opção⁷. Conforme pondera Almeida (2013)⁸ lembrando lição de Durand, o federalismo brasileiro consagrado na Constituição é de duplo grau, “caracterizado pelo fato de que não só o Estado-membro, mas também o ente político local, possui competência e autonomia irredutíveis, salvo por emenda constitucional”.

Conferindo efetividade a essa condição de ente federativo, o constituinte de 1988 concedeu aos Municípios, além de competências a

4 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 479.

5 Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

6 Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

7 Para Silva, ainda que tenha recebido autonomia político-constitucional da Carta de 1988, o Município não seria essencial ao conceito de federação, pelo simples fato de não existir “federação de Municípios”. Seria apenas a união de Estados, que possuem territórios próprios, não compartilhados, que formariam uma federação; os Municípios seriam apenas “divisões político-administrativas dos Estados”. Para o autor, é sem sentido o art. 1^o da Constituição de 1988 proferir que a República Federativa do Brasil é formada da união indissolúvel dos Municípios, “porque, se assim fora, ter-se-ia que admitir que a Constituição está provendo contra uma hipotética secessão municipal. Acontece que a sanção correspondente a tal hipótese é a intervenção federal, que não existe em relação aos Municípios. A intervenção neles é da competência dos Estados, o que mostra serem ainda vinculados a estes”. Também seria prova de que os Municípios não integram a federação brasileira, mas antes continuam a ser divisões do Estado, o fato de sua criação, incorporação, fusão e desmembramento promoverem-se por lei estadual. (SILVA, op. cit., 2014, p. 479.).

8 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 97.

serem exercidas em comum com a União e os Estados (art. 23), um feixe de competências próprias que não podem ser suplantadas ou sequer sofrer interferências indevidas por parte dos demais entes, competências essas que reuniu, em sua maioria⁹, no art. 30¹⁰, importando mais de perto para o presente estudo aquelas previstas nos incisos I (“legislar sobre assuntos de interesse local”) e V (“organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”).

A partir de uma leitura sistemática da Carta Magna, tem-se que a disciplina dos serviços de táxi está inserida nas competências exclusivas dos Municípios previstas nos incisos I e V do art. 30. Consequentemente, interferências da União nessas matérias são inconstitucionais.

É certo que a Constituição disse competir privativamente à União legislar sobre “trânsito e transporte” (art. 22, inc. XI¹¹). Não se pode

9 Meirelles aponta que, além daquelas competências que explicitamente foram atribuídas aos Municípios, existem também reservas implícitas, assim entendidas as competências ou poderes que “resultam como consequência lógica e necessária de um poder explícito, ou dos princípios adotados pela Constituição”. Exemplifica apontando que “do poder explícito de instituir um tributo resulta o poder implícito de arrecadá-lo”. [MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal brasileiro**. 11. ed. Atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 128.].

10 Vale aqui a observação de Almeida de que nem todas as competências previstas no art. 30 são privativas dos Municípios. Consoante anota a autora, as competências para “manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental” (VI), “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população” (VII) e “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (IX), como deixam entrever a própria dicção dos dispositivos mencionados, traduzem competências materiais comuns de União, Estados e Municípios [Op. cit., 2013, p. 100-101]. Porém, é extrema de dúvidas que as competências para “legislar sobre assuntos de interesse local” (I) e para “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial” (V), são exclusivos dos Municípios, por dizerem respeito ao núcleo essencial da capacidade de auto-organização conferida, pela Constituição, a esses entes políticos.

11 O Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte, por exemplo, ao declarar a inconstitucionalidade de lei estadual que dispunha sobre a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança e proibia os menores de dez anos de viajar nos bancos dianteiros dos veículos que mencionava (ADI 2.960, rel. min. Dias Toffoli, j. em 11-4-2013, Plenário, DJE de 9-5-2013.), de lei distrital que tornava obrigatória a iluminação interna dos veículos fechados, no período das dezoito às seis horas, quando se aproximassem de blitz ou barreira policial (ADI 3.625, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 4-3-2009, Plenário, DJE de 15-5-2009), e de lei estadual que fixava valor máximo para pagamento de multas aplicadas em decorrência do cometimento de infrações de trânsito (ADI 2.644, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 7-8-2003, Plenário, DJ de 29-9-2003). Convém sublinhar, contudo, que nesses julgados, além de as matérias dizerem mais respeito a **trânsito** que a transporte, a verdade é que em todas elas não havia mesmo qualquer peculiaridade local que justificasse um tratamento regional ou municipal diferenciado, de modo que o interesse em

esquecer, porém, que a Constituição igualmente disse que, quanto aos transportes, caberia à União legislar sobre “diretrizes da política nacional de transportes” (art. 22, IX). E que, especificamente quanto aos transportes urbanos (e precisamente aqui se situam os táxis), a Constituição cingiu a competência da União à instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano (art. 21, XX).

Por conseguinte, a partir da leitura conjunta dos referidos dispositivos constitucionais, é razoável inferir que, ao menos no que se tange aos transportes, não pretendeu o constituinte conferir ao ente político federal poderes para exaurir normativamente o assunto, mas tão somente – o que não é pouco – para delinear as diretrizes a serem observadas nacionalmente.

E, fora dessas diretrizes, dessas linhas mestras, que são competência da União, está-se já na competência reservada aos Municípios para legislar sobre interesse local (art. 30, I) e para organizar os serviços públicos de interesse local (art. 30, V). Isso porque, na seara dos transportes urbanos, ressalvada a instituição de diretrizes, o interesse é predominantemente local.

Efetivamente, poucos assuntos parecem depender mais das peculiaridades locais para a definição das soluções mais adequadas ao interesse público do que as formas como a massa da população irá se deslocar no seio das cidades.

Deveras, pressupõe-se que as soluções quanto à mobilidade urbana devam ser diferenciadas a depender de a cidade ser planejada ou histórica, territorialmente grande ou pequena, acentuadamente verticalizada ou predominantemente horizontal, populosa ou não, densamente povoada ou não. A enumeração de variáveis ainda poderia se estender longamente,

jogo era, de fato, predominantemente nacional.

Maior atenção merecem as decisões do Supremo reputando inconstitucionais leis locais que criavam o serviço de moto-táxi ou assemelhados, também ao entendimento de violarem o art. 22, XI, da Constituição (ADI 3.135, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1º-8-2006, Plenário, DJ de 8-9-2006; ADI 3.679, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 18-6-2007, Plenário, DJ de 3-8-2007; ADI 3.610, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 1º-8-2011, Plenário, DJE de 22-9-2011). É que tais julgados poderiam sugerir, ao leitor incauto, que também a criação dos serviços públicos de transporte urbano seria da competência da União. Nada disso. O que ficou assentado, na verdade, nesses julgados, é que os Municípios e o Distrito Federal não poderiam criar os serviços de moto-táxi se o respectivo meio de transporte não estivesse autorizado, pela União, para funcionar como veículo de aluguel, e nesse ponto, admite-se, não há especificidade municipal que justificasse um tratamento diferenciado em cada localidade. Tanto é assim que, após a regulamentação, pela Lei Federal n. 12.009/2009, da atividade de moto-taxista, autorizando a utilização de motos como veículo de aluguel, os Municípios passaram a estar autorizados a disciplinar os serviços de moto-táxi.

mas o que se enunciou basta para evidenciar que, relativamente aos transportes urbanos, a supressão da autonomia municipal mediante imposição de decisões ou de modelos fechados de cima para baixo tende a ir na contramão do interesse público.

Sublinha-se que mesmo a questão antecedente à organização e prestação de um determinado serviço público de transporte urbano, ou seja, a decisão de criá-lo ou não, ou mesmo quando for de prestação compulsória (caso do serviço de transporte coletivo, de carácter essencial, a teor do art. 30, V, da Constituição), a decisão de qual serviço criar, é da competência exclusiva do Município, por depender necessariamente da peculiaridade local para a definição da melhor solução para atendimento do interesse público.

Assim, por exemplo, se a instituição de um serviço público municipal de transporte coletivo fluvial pode soar despropositada, hoje, na cidade de São Paulo, pode revelar-se indispensável em Municípios do país em que o tráfego de pessoas e bens seja unicamente realizado por esse meio. Atente-se bem para a sutileza do exemplo: mesmo que haja, por mandamento constitucional, a obrigatoriedade de a municipalidade prestar o serviço público de transporte coletivo, a decisão de qual **tipo** de transporte coletivo criar (o que importa, também, a decisão de não criar outros tipos), é exclusiva do Município, porque suas peculiaridades serão fundamentais para a escolha mais adequada ao interesse público. Por isso, o transporte público coletivo a ser obrigatoriamente prestado pelo Município pode ser o fluvial, o metroviário ou o rodoviário: tudo vai depender da realidade local que a impuser.

A decisão de instituir ou não um serviço público de transporte **individual** remunerado de passageiros segue a mesma lógica: também nesse setor há um nítido interesse predominantemente local, a atrair a competência reservada aos Municípios para legislar sobre interesse local (art. 30, I, da CF) e para organizar e prestar os serviços públicos de interesse local (art. 30, V, da CF).

Deveras, enquanto em alguns Municípios brasileiros a instituição de um serviço público individual remunerado de passageiros pode se revelar desnecessária, noutros pode se mostrar útil ou até mesmo indispensável.

É factível, por exemplo, que em alguma grande cidade, que esteja a enfrentar sérios problemas de mobilidade, pretenda-se estimular o transporte público individual de passageiros como estratégia para reduzir o número de carros particulares na rua de uma camada da população

resistente, por necessidade ou capricho, ao transporte coletivo, e que estudos comprovem a insuficiência da iniciativa privada, por qualquer motivo, para atender a esse propósito. Em sentido diametralmente oposto, é também factível que em outra grande cidade não haja interesse público algum em instituir um serviço público dessa natureza, por exemplo, em razão da excelência do transporte coletivo ou da plena capacidade da iniciativa privada em atender à demanda total existente para esse tipo de serviço. Também nessa seara tudo vai depender da realidade local.

Em arremate, pois: ressalvadas as diretrizes a serem fixadas pela União para os transportes urbanos, a competência para disciplinar os serviços de táxi, por se tratar de matéria de interesse predominantemente local, é municipal¹².

3 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO FEDERAL RELATIVA AOS SERVIÇOS DE TÁXI À LUZ DA REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS

Assentado que a competência para disciplinar os serviços de táxi é reservada aos Municípios, apenas devendo ser observadas as diretrizes para o transporte urbano fixadas pela União, passa-se a averiguar a conformidade, à luz da repartição constitucional de competências, das leis federais que versam sobre o tema.

O primeiro desses diplomas é a Lei n. 12.468, de 26 de agosto de 2011, a qual, ao tempo em que reconhece, “em todo o território nacional, a profissão de taxista” (art. 1º), também dispõe ser “atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros” (art. 2º).

Quer parecer que a lei federal invade competência municipal ao tentar cristalizar o modelo que até então se têm conferido, por força de legislações locais, aos serviços de táxi, consistente na proibição de particulares não taxistas concorrerem com taxistas. Ora, viu-se na seção antecedente, é reservado aos Municípios organizar o serviço público de transporte individual remunerado de passageiros, o que, por certo, inclui a prerrogativa de conferir à aludida atividade a formatação mais adequada ao interesse público, que pode ser baseado, ou não, em um regime de concorrência entre taxistas e não taxistas.

12 Por força do art. 32, §1º, da CF-88, [“Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”], as competências municipais previstas no art. 30 são, também, da esfera do Distrito Federal. Por conseguinte, para fins deste estudo, todo o raciocínio desenvolvido para os Municípios é aplicável ao Distrito Federal.

Acredita-se, pois, que sob o ponto de vista da repartição constitucional de competências, o equívoco da lei federal está em atribuir o transporte individual de passageiros exclusivamente aos taxistas, porque somente o Município poderia fazê-lo. Bem melhor teria andando a Lei n. 12.468/2011 se houvesse parado na instituição do rol do art. 3º¹³, ou seja, se apenas houvesse fixado os requisitos indispensáveis ao exercício do transporte individual remunerado de passageiros, sem atribuição de exclusividade do serviço a uma determinada categoria; nessa hipótese, a União teria corretamente exercido sua competência para legislar sobre trânsito e transporte e para estabelecer diretrizes sobre transporte urbano, sem invadir a competência reservada aos Municípios para legislar sobre interesse local e para organizar seus serviços.

Ainda se poderia argumentar que a exclusividade concedida aos taxistas é tão somente exercício da competência da União para regulamentar ofício ou profissão, tal como admitido pelo art. 5º, XIII, da Constituição¹⁴.

Ocorre que o Supremo, acertadamente, tem reconhecido limites a essa competência legislativa. Em suma, consolidou o entendimento de que o legislador federal ordinário, a título de regulamentar ofício ou profissão, não pode tudo, antes encontra limites na própria Constituição.

Assim, por exemplo, no Recurso Extraordinário n. 511.961¹⁵, a Corte entendeu ser indevida a exigência de diploma de jornalista para o exercício do jornalismo, em face das liberdades de expressão e de informação. E, no

13 Art. 3º A atividade profissional de que trata o art. 1º somente será exercida por profissional que atenda integralmente aos requisitos e às condições abaixo estabelecidos:

I - habilitação para conduzir veículo automotor, em uma das categorias B, C, D ou E, assim definidas no art. 143 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997;

II - curso de relações humanas, direção defensiva, primeiros socorros, mecânica e elétrica básica de veículos, promovido por entidade reconhecida pelo respectivo órgão autorizatário;

III - veículo com as características exigidas pela autoridade de trânsito;

IV - certificação específica para exercer a profissão, emitida pelo órgão competente da localidade da prestação do serviço;

V - inscrição como segurado do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, ainda que exerça a profissão na condição de taxista autônomo, taxista auxiliar de condutor autônomo ou taxista locatário; e

VI - Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, para o profissional taxista empregado.

14 XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 511961. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 17 jun. 2009. Plenário, *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 13 nov. 2009.

Recurso Extraordinário n. 414.426¹⁶, julgou indevida a obrigatoriedade de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil como condição para o exercício da profissão de músico, também por ferir a liberdade de expressão. Nos dois precedentes, exigências normativas para o exercício das profissões de jornalista e de músico sucumbiram diante de importantes direitos fundamentais constitucionais.

No caso da Lei n. 12.468/2011, a exclusividade que concede aos taxistas viola, frontalmente, a autonomia constitucionalmente atribuída aos Municípios, neste caso, encarnada na competência municipal para legislar sobre interesse local e para organizar seus serviços.

No ponto, vale ademais ressaltar ter ficado assentado no voto-condutor do RE n. 414.426 que, sendo a liberdade a regra, as eventuais limitações legais ao exercício de profissão ou ofício devem sempre estar direcionadas ao interesse público, “nunca aos interesses de grupos profissionais”. Não se identifica razão de interesse público, **relacionada à competência para disciplinar o exercício de profissão ou ofício**, para que a Lei n. 12.468/2011, no art. 1º, conceda a exclusividade do transporte individual remunerado de passageiros aos taxistas, quando, no seu art. 3º, já elencou as condições para o exercício regular e seguro da referida atividade, esgotando a competência da União. Insiste-se, pois, por se tratar de aspecto fundamental para a tese que se sustenta: a exclusividade concedida aos taxistas por lei federal invade a competência reservada aos Municípios para legislar sobre interesse local e para organizar seus serviços.

O outro diploma federal a ser analisado é a Lei n. 12.587, de 03 de janeiro de 2012, a denominada Lei da Mobilidade Urbana. No que interessa mais de perto aos fins deste estudo, destaca-se que essa lei dispunha originalmente no seu artigo 12:

Art. 12. Os **serviços públicos** de transporte individual de passageiros, prestados **sob permissão**, deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. (Grifo nosso).

Esse artigo, contudo, foi alterado pela Lei n. 12.865, de 09 de outubro de 2013, a qual ainda acrescentou à Lei de Mobilidade Urbana o art. 12-A. Eis o teor do dispositivo alterado (art. 12) e do dispositivo acrescentado (art. 12-A):

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 414.426. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgado em: 01 ago. 2011. Plenário, *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 10 out. 2011.

Art. 12. Os **serviços de utilidade pública** de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. (Grifou-se).

Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local.

§ 1º É permitida a transferência da outorga a terceiros que atendam aos requisitos exigidos em legislação municipal.

§ 2º Em caso de falecimento do outorgado, o direito à exploração do serviço será transferido a seus sucessores legítimos, nos termos dos arts. 1.829 e seguintes do Título II do Livro V da Parte Especial da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 3º As transferências de que tratam os §§ 1º e 2º dar-se-ão pelo prazo da outorga e são condicionadas à prévia anuência do poder público municipal e ao atendimento dos requisitos fixados para a outorga. (Grifo nosso).

Eis, então, as principais modificações promovidas pela Lei n. 12.865/2013 relativamente aos serviços de táxi: i) o transporte individual de passageiros deixa de ser “serviço público” e passa a ser “serviço de utilidade pública”; ii) permite-se que o beneficiário da outorga do serviço de táxi a transfira a terceiros, é dizer, que comercialize a outorga; iii) o direito à exploração do serviço transmite-se aos sucessores legítimos em caso de falecimento do outorgado; iv) as transmissões *inter vivos* e *causa mortis* valerão pelo prazo da outorga e dependem de “prévia anuência do poder público municipal” e do “atendimento dos requisitos fixados para a outorga”.

Não se adentrará, por ora, na discussão do que seja um serviço público ou um serviço de utilidade pública, o que será feito na próxima seção; no entanto, desde logo convém apontar que não caberia à lei federal dizer que o transporte individual de passageiros é uma coisa ou outra, ou ainda, que há transmissão *inter vivos* ou *causa mortis* do direito à exploração do serviço de táxi, ou, finalmente, o que já constava desde a redação original do art. 12 da Lei n. 12.587/2012 e foi mantido, que deve haver prévia fixação dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. É que todas essas questões dependem fundamentalmente das peculiaridades locais para serem adequadamente equacionadas e, por isso, estão inseridas nas competências do Município para legislar sobre interesse local e para organizar seus serviços.

Marrara (2014)¹⁷, em estudo sobre a Lei de Mobilidade Urbana, esclarece a intrínseca relação entre a cidade, a mobilidade e o exercício de direitos por parte dos seus habitantes. Segundo o autor, a mobilidade constitui fator essencial para que os habitantes de uma cidade satisfaçam suas necessidades. “É a capacidade de se deslocar pelo tecido urbano com facilidade, velocidade, segurança e a um custo razoável que permite ao cidadão extrair das cidades os benefícios que elas, em sua essência, devem oferecer à coletividade”. A real e eficaz movimentação de pessoas e cargas seria então instrumento indispensável para a cidade cumprir sua função social. A mobilidade, em suma, ainda segundo Marrara, é “requisito essencial para que se concretizem a liberdade de iniciativa, a liberdade de manifestação, o direito ao lazer e à cultura, o direito ao trabalho, o direito ao mínimo de bem-estar por meio do acesso a serviços públicos sociais e econômicos etc.”

Ocorre que, relativamente à mobilidade urbana, as soluções adequadas somente podem ser encontradas em cada municipalidade, a partir de suas especificidades. Atente-se, a propósito, que a Constituição, quando se referiu à solução de problemas atinentes às cidades, conferiu à União apenas a fixação de diretrizes (art. 21, XX¹⁸ e art. 182, *caput*¹⁹). É razoável que seja assim: cada Município tem suas particularidades e, assim, ninguém melhor que ele para conhecê-las e eleger as respostas mais adequadas para seus desafios.

Quando a Lei de Mobilidade Urbana diz que o serviço de transporte individual de passageiros é “serviço de utilidade pública” e não “serviço público”, que há transmissão *inter vivos* ou *causa mortis* do direito à exploração do serviço de táxi, ou, finalmente, que deve haver prévia fixação dos valores máximos das tarifas a serem cobradas, está a engessar soluções e impô-las indevidamente aos Municípios, desconsiderando, por completo, a realidade vivenciada em cada localidade. É invasão de competência, pura e simples.

17 MARRARA, Thiago. Transporte público e desenvolvimento urbano: aspectos jurídicos da política nacional de mobilidade. **Boletim de Direito Municipal (BDM)**. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, n. 12, dez. 2014. p. 887-889.

18 Art. 21. Compete à União:

[...]

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

19 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

A título de visualização da impropriedade do engessamento, veja-se, por exemplo, ser perfeitamente factível que, num Município de pequena dimensão e com poucos habitantes, o transporte individual remunerado de passageiros não assuma contornos nem de serviço público nem de serviço de utilidade pública, porque desnecessário naquela localidade, ou que, em situação diametralmente oposta, num Município grande e populoso, em face da precariedade do transporte coletivo ou por qualquer outro motivo, o transporte individual remunerado assuma, em uma determinada época, importância tal para a mobilidade urbana que justifique seu tratamento enquanto serviço público.

Também é factível que, em determinados Municípios, a iniciativa privada seja suficiente para atendimento do interesse público, e assim não seja necessário que o Município outorgue, muito menos onerosamente, qualquer “direito à exploração de serviços de táxi”, situação que, para além da questão da invasão da competência municipal para legislar sobre interesse local e organizar seus serviços²⁰, colocaria em xeque a própria utilidade da transmissão *inter vivos* ou *causa mortis* do “direito à exploração do serviço de táxi”²¹, assim como a determinação de prévia fixação dos valores máximos das tarifas a serem cobradas dos usuários, ambas previsões contidas na Lei de Mobilidade Urbana.

Os exemplos de peculiaridades locais possíveis de evidenciar a inadequação, quanto ao transporte individual remunerado de passageiros, de soluções finais formatadas pela União, ainda poderiam ser citados indefinidamente, mas já são suficientes para demonstrar que a Lei n. 12.587/2012, no particular, invadiu competência reservada aos Municípios para legislar sobre interesse local e organizar seus serviços.

20 Geraldo Guimarães (2013) bem resgata que a tentativa de permitir que o direito à exploração dos serviços de táxi fosse hereditário restou infrutífera no percurso legislativo que resultou nas Leis Federais n. 12.468/11 e n. 12.844/13, eis que a Presidência de República vetou os dispositivos veiculadores daquela tentativa ao argumento de usurpação da competência reservada aos Municípios no art. 30, V, da Constituição. Entretanto, assinala o autor, “os governantes finalmente sucumbiram às intensas pressões de entidades representativas de taxistas”, e a questão da competência municipal foi ignorada por ocasião da sanção da Lei n. 12.865/2013. [GUIMARÃES, Geraldo Spagno. O direito à exploração do serviço de táxi e a Lei nº 12.865/13. *Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 2127, nov./dez. 2013.].

21 Vale, aqui, principalmente no que se refere à possibilidade de transmissão *inter vivos* e *causa mortis* do “direito à exploração dos serviços de táxi”, reproduzir a inquietante indagação formulada por Thiago Marrara a propósito das disposições da Lei de Mobilidade Urbana sobre os serviços de táxi: “em que medida a lei colaborou com a ampliação da mobilidade com o regime criado para esse tipo de transporte?” [MARRARA, op. cit.].

Ainda no que se refere à legislação federal, abre-se um parêntese para trazer à discussão interessante argumentação desenvolvida por Sarmiento (2015)²², em parecer redigido em resposta a consulta formulada pela UBER BRASIL TECNOLOGIA LTDA, no sentido de que tanto a lei regulamentadora da profissão de taxista (Lei n. 12.468/2011) como a Lei de Mobilidade Urbana (Lei n. 12.587/2012) teriam estatuído exclusividade em favor dos taxistas apenas no que diz respeito ao transporte **público** individual de passageiros; logo, o transporte **privado** individual de passageiros, previsto na Lei de Mobilidade Urbana e que seria aquele desempenhado por motoristas vinculados a aplicativos de celulares como o UBER²³, estaria liberado à iniciativa privada.

Para acompanhar o pensamento do autor, há que se transcrever o art. 3º, §2º, da Lei de Mobilidade Urbana:

§ 2º. Os serviços de transporte urbano são classificados:

I- quanto ao objeto:

a) de passageiros;

b) de cargas;

II- quanto à característica do serviço:

a) coletivo

b) individual;

III- quanto à natureza do serviço:

a) público

b) privado.

De acordo com Sarmiento, da leitura do dispositivo transcrito, extrai-se que, quanto ao transporte individual de passageiros, a Lei de Mobilidade Urbana teria previsto tanto um serviço de natureza pública (art. 3º, § 2º, inciso I, “a”, c/c incisos II, “b”, e III, “a”) – o qual seria reservado aos taxistas, por expressa dicção legal – como um serviço de natureza privada (art. 3º, § 2º, inciso I, “a”, c/c incisos II, “b”, e III, “b”), o qual, não sendo ainda regulado por qualquer legislação, estaria totalmente aberto à livre iniciativa, e corresponderia exatamente à atividade prestada pelos motoristas associados ao UBER.

22 SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso Uber”. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-15/aplicativo-uber-nao-fere-leis-brasileiras>>. Acesso em: 14 set. 2015.

23 Consoante o próprio parecer, “o aplicativo UBER é uma plataforma tecnológica para *smartphones* lançada nos Estados Unidos em 2010, que permite estabelecer uma conexão entre motoristas profissionais e pessoas interessadas em contratá-los. Por seu intermédio, indivíduos previamente cadastrados no site/aplicativo da Consulente conseguem encontrar, de modo simples e ágil, motoristas parceiros da UBER para transportá-los com conforto e segurança”.

Concorda-se com o raciocínio do jurista, menos no ponto, **essencial**, em que situa o tipo de serviço prestado pelos motoristas particulares vinculados ao aplicativo como “transporte privado individual”. É que a atividade desses motoristas insere-se, sem sombra de dúvida, na definição legal trazida pela própria Lei de Mobilidade Urbana para o que se deve entender por “transporte público individual”.

Efetivamente, de acordo com o art. 4º, VIII, da Lei de Mobilidade Urbana, deve-se considerar “transporte público individual” o “serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas”. A hipótese é de subsunção do fato à norma. Os motoristas particulares cadastrados em aplicativos como o UBER realizam serviço remunerado de transporte de passageiros? Sim. Esse serviço é aberto ao público? Sim.²⁴ É prestado por intermédio de veículos de aluguel²⁵? Sim. É destinado à realização de viagens individualizadas? Sim. Então há, aí, não um “transporte **privado** individual²⁶”, como quer Sarmiento, mas um

24 Em nota de rodapé do seu parecer, Daniel Sarmiento diz que o serviço dos motoristas associados ao UBER não seria “aberto ao público” e, por conseguinte, escaparia à definição do art. 4º, VIII, da Lei n. 12.587/2012, porque somente passageiros previamente cadastrados poderiam dele usufruir. Com a devida vênia, o argumento não se sustenta porque, ao que se sabe, qualquer pessoa pode se cadastrar no aplicativo para ter acesso aos serviços. A título de reforço argumentativo, veja-se que, de um modo geral, a compra de produtos através da rede mundial de computadores requer um cadastro prévio do consumidor e nem por isso se nega o fato incontestável de que os produtos ofertados estão “abertos ao público” para aquisição.

25 De acordo com o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997), art. 107, “Os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros, deverão satisfazer, além das exigências previstas neste Código, às condições técnicas e aos requisitos de segurança, higiene e conforto estabelecidos pelo poder competente para autorizar, permitir ou conceder a exploração dessa atividade. E, consoante o art. 135, “os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados em qualquer serviço remunerado, para registro, licenciamento e respectivo emplacamento de característica comercial, deverão estar devidamente autorizados pelo poder público concedente”. Da conjugação dos dispositivos podem se extrair duas conclusões que importam diretamente para este estudo. Primeira: o uso de veículo de aluguel para o transporte individual remunerado de passageiros deve obrigatoriamente estar previamente autorizado pelo poder público concedente desse serviço, no caso, o Município. Segunda: o veículo de aluguel, para transporte passageiros, deve atender às condições técnicas e requisitos de segurança determinados pelo Município. Da conjugação dessas conclusões tem-se que o transporte individual remunerado de passageiros, feito por veículo de aluguel, somente pode ser prestado se autorizado pelo Município e se cumpridas as condições técnicas e requisitos de segurança fixados por ele. Se o transporte individual remunerado de passageiros feito pelos motoristas associados a aplicativos como o UBER não atendem a essas condições, há descumprimento do Código de Trânsito Brasileiro.

26 A Lei de Mobilidade Urbana não definiu o que vem a ser o “transporte privado individual”, conceito então que se alcança por exclusão, é dizer, será considerado transporte privado individual o transporte individual remunerado de passageiros que não configurar transporte **público** individual nos termos

“transporte **público** individual” nos exatos termos do art. 4º, VIII, da Lei de Mobilidade Urbana, serviço que foi atribuído privativamente aos taxistas pela legislação federal (embora invadindo competência municipal).

Portanto, diante da perfeita subsunção do fato à norma, a retirada do raio de incidência do art. 4º, VIII, da Lei de Mobilidade Urbana, das atividades prestadas por motoristas cadastrados em aplicativos como o UBER, somente seria possível em uma interpretação *contra legem*. Fecha-se parêntese.

Consoante ponderado na introdução deste artigo, o debate quanto à legitimidade do regime de exclusividade conferido aos taxistas precisa ser nacionalizado pela simples razão de essa exclusividade estar prevista em legislação federal (art. 2º da Lei n. 12.468/2011, que diz ser privativo de taxista o transporte público individual remunerado de passageiros, c/c o art. 4º, VIII, da Lei n. 12.587/2012, que considera transporte público individual o “serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas”).

Porém, conforme sustentado nesta seção, acredita-se que a legislação federal, tanto na atribuição de exclusividade aos taxistas, quanto em outros pontos relativos aos serviços de táxi, invadiu a competência constitucionalmente reservada aos Municípios para legislar sobre interesse local (art. 30, I) e para organizar seus serviços (art. 30, V), competência essa que inclui, inclusive, a prerrogativa de criar ou não um serviço público, ou mesmo de extingui-lo. No entanto, se não sobrevier revogação ou decisão judicial que lhe retire ou suspenda a validade, a legislação federal seguirá vigente, gozando, inclusive, de presunção formal de constitucionalidade²⁷.

3 TÁXI: SERVIÇO PÚBLICO OU SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA?

Na seção antecedente, viu-se que a Lei de Mobilidade Urbana, avançando indevidamente sobre competência exclusiva dos Municípios,

do art. 4º, VIII, da referida lei. No entanto, viu-se, os serviços prestados por motoristas cadastrados em aplicativos como o UBER inserem-se, sem dificuldade, na definição legal de “transporte público individual”.

27 Barroso explica o fundamento do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos: “As leis e atos normativos, como os atos do Poder Público em geral, desfrutam de presunção de validade. Isso porque, idealmente, sua atuação se funda na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais, inclusive e sobretudo os que regem a Administração Pública”. [BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 300.].

no seu artigo 12, classificou o transporte individual remunerado de passageiros como “serviço de utilidade pública”.

Nada impede, porém, que os Municípios, no exercício legítimo da sua competência constitucional para organizar seus serviços (art. 30, V), qualifiquem essa mesma modalidade de transporte como “serviço público”, aliás, o que efetivamente se verifica em algumas cidades²⁸ e, até há algum tempo, no Distrito Federal²⁹. Daí a relevância, para fins deste

28 Em Porto Alegre, a Lei municipal n. 11.582/2014 considera o “Serviço Público de Transporte Individual por Táxi” “dado o seu relevante interesse local”, “um serviço público essencial”, sujeito a “regime jurídico público” (art. 2º); em Vitória, a Lei municipal n. 7.362/2008 diz que “os serviços de transporte individual, de qualquer modalidade, são considerados serviços públicos e devem ser prestados de forma adequada nos termos da Lei Federal n. 8.987, de 1995” (art. 2º); em Aracaju, o Decreto municipal n. 61/2002 estatui que “o transporte individual de passageiros por táxi no Município de Aracaju constitui-se em serviço público” (art. 1º).

29 A revogada Lei distrital n. 4.056/2007, embora reputasse os serviços de táxi como “atividade de interesse público” (art. 1º), outorgava o direito de exploração da atividade a número limitado de interessados (art. 15), através de permissão com prazo certo (art.14), precedida de licitação (art. 4º); assegurava a qualidade da prestação do serviço quanto à segurança, continuidade, modicidade tarifária, conforto e acessibilidade (art. 3º, II); estipulava tarifa única obrigatória fixada pelo Governador do Distrito Federal (art. 35) e previa aplicação de penalidades por descumprimento das normas do serviço (art. 47 e seguintes). Ou seja, apesar da nomenclatura que a lei emprestava à atividade, o tratamento conferido era de verdadeiro serviço público.

Esse diploma foi substituído pela Lei distrital n. 5.323/2014, que manteve a classificação do serviço de táxi enquanto “atividade de interesse público” (art. 1º, parágrafo único), mas substituiu as permissões por autorizações (art. 2º, *caput*), e a licitação, por “processo seletivo” (art. 5º); seguiu assegurando a qualidade da prestação do serviço quanto à segurança, continuidade, modicidade tarifária, conforto e acessibilidade (art. 3º, II); de forma contraditória, afirmou que a autorização seria “ato unilateral e discricionário” podendo ser “cassada, revogada ou modificada a qualquer tempo” (art. 5º, parágrafo único), mas estabeleceu prazo de vigência para ela (art. 15); manteve a limitação do número de outorgas (art. 26), a aplicação de penalidades por descumprimento das normas do serviço (art. 51) e a tarifa única obrigatória fixada pelo Governador do Distrito Federal (art. 40); conferiu exclusividade aos taxistas para a atividade ao reputar “fraude ao serviço de táxi a condução de passageiros, de forma remunerada, sem prévia autorização do Governo do Distrito Federal e sem o registro na Secretaria de Estado de Transportes” (art. 59).

Têm-se sérias dúvidas se, apesar da substituição de nomenclaturas (permissão por autorização, e licitação por processo seletivo), e da manutenção da qualificação do serviço como “atividade de interesse público”, a Lei n. 5.323/2014 alterou a natureza do serviço de táxi, eis que, aparentemente, seguiu tratando a atividade como se serviço público fosse.

Registra-se, porém, que o TJDF, analisando disposições da Lei Distrital n. 5.323/2014 em sede de ADI, considerou que “não havendo previsão legal estipulando o caráter público de atividade desenvolvida exclusivamente por particulares, admite-se que se trate de um serviço privado, subordinado aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa” e que a mera estipulação de uma autorização não transmutava a atividade em “serviço público”, denotando “tão somente a opção do administrador de tratá-la como atividade privada, embora sob intensa regulação estatal”.

Com o devido acatamento, o entendimento da Corte de Justiça ateu-se antes à nomenclatura empregada na lei que ao efetivo tratamento dispensado aos serviços de táxi, muito próximo de um tradicional serviço público. Fica, também, não respondida uma pergunta essencial que coloca

artigo, de se compreender, ainda que por aproximação³⁰, o significado de uma e outra expressão, e principalmente as consequências práticas que advém da distinção, para somente então se tomar partido a propósito da indagação que é título desta seção: se os serviços de táxi, afinal, são “serviços públicos” ou “serviços de utilidade pública”.

Para essa empreitada investigatória parte-se da própria Constituição, a qual diz, no seu art. 175, *caput*, incumbir “ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Da literalidade do texto constitucional extrai-se que, quando uma determinada atividade econômica for considerada “serviço público”: i) incumbe ao Poder Público prestá-la³¹; ii) a prestação será feita na “forma da lei”, ou seja, sob um regime jurídico próprio, diferente do direito comum, é dizer, sob um regime jurídico de direito público, tendo o parágrafo único do art. 175 já estatuído algumas diretrizes desse regime³² iii) a prestação do serviço poderá ser feita diretamente ou mediante delegação à iniciativa privada, sob regime de concessão ou permissão; iv) será obrigatória a prévia realização de licitação.

em xeque a coerência da decisão: como falar em livre iniciativa e em livre concorrência se, pela Lei Distrital n. 5.323/2014, o número de outorgas de táxis é limitado (art. 26) e o transporte individual remunerado de passageiros é atribuído privativamente aos beneficiários dessas outorgas (art. 59)?

- 30 Diz-se compreender “por aproximação” porque as noções de “serviço público” e de “serviço de utilidade pública” longe estão de ser unívocas na doutrina e na jurisprudência brasileira. Para fins deste artigo, convencionou-se que a referência a “serviço público” corresponderá à atividade econômica prestacional que o Estado assumiu para si, e a referência a “serviço de utilidade pública”, à atividade econômica prestacional deixada a cargo da iniciativa privada, embora sob intensa regulação estatal. A distinção é simplória e não tem, evidentemente, pretensão de fazer doutrina; serve tão somente para que o leitor entenda a significação dada às expressões neste trabalho.
- 31 Apesar de a qualificação enquanto serviço público acarretar que determinada atividade econômica passe à titularidade do Estado, estando, portanto, inicialmente, impedida sua exploração pela livre iniciativa, consoante observa Floriano Marques Neto, “nada interdita, por si só, a existência de competição na sua exploração, seja entre prestadores sujeitos a regime público de prestação, seja entre estes e outros prestadores submetidos ao regime de mercado (regime privado)”. [MARQUES NETO, Floriano Peixoto. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 15 set. 2015].
- 32 De acordo com o art. 175, parágrafo único, da Constituição, “a lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado”. Essa lei veio a ser a Lei Federal n. 8.987/1995, que se propõe a ser a lei nacional das concessões e permissões de serviços públicos. Também a Lei de Parcerias Público-Privada (Lei 11.079/2004), igualmente de caráter nacional, estatui um regime jurídico próprio, de direito público, para as concessões de serviços que disciplina.

De pronto, portanto, tão só da leitura artigo 175, *caput*, e seu parágrafo único, podem ser divisadas quatro ordens de consequências para a hipótese de, ao invés de se considerar uma atividade econômica como “serviço público”, considerá-la “serviço de utilidade pública”, ou seja, uma atividade econômica em sentido estrito na clássica distinção proposta por Grau (2001)³³.

Primeira: não haverá obrigatoriedade de o Poder Público prestar essa atividade econômica, embora, pelo reconhecimento de sua utilidade pública, deva submetê-la a uma regulação mais intensa que aquela dispensada às demais atividades econômicas em sentido estrito. Segunda: embora a atividade se sujeite à regulação estatal, por ser de utilidade pública, não seguirá o regime de direito público próprio das concessões e permissões de serviços públicos. Terceira: não sendo a prestação da atividade incumbência do Poder Público, não há titularidade do Estado e, assim, é facultado seu exercício à iniciativa privada, que o faz por direito próprio. Quarta: estando a atividade liberada à iniciativa privada, não há exigência de prévia licitação³⁴.

33 Para Grau, o gênero “atividade econômica” engloba os serviços públicos (atividade econômica em sentido amplo) e as atividades econômicas em espécie ou em sentido estrito, sendo bastante conhecida, a propósito da distinção entre serviço público (de titularidade do Estado) e atividade econômica em sentido estrito (reservada à iniciativa privada), a sua afirmação de que “o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado.” [GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*. In: GRAU, E.R.; GUERRA FILHO, W. S. (org). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249-267.]. A caracterização do serviço público como uma atividade econômica em sentido amplo é corroborada pelo fato de o art. 175 da Constituição estar inserido no Título VII da Constituição [DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA].

34 Alexandre Santos de Aragão, reportando-se aos serviços de utilidade pública ou, o que dá no mesmo, às atividades privadas de interesse público, afirma que “se encontram no meio-termo entre os serviços públicos, que são atividades desempenhadas diretamente ou indiretamente (por delegação à iniciativa privada) pelo próprio Estado” e as “atividades econômicas privadas não sujeitas a controle ou sujeitas apenas a um controle de polícia administrativa geral”. Sublinha o autor, porém, que os serviços de utilidade pública são atividades econômicas privadas, prestadas pelos particulares por direito próprio, mas que o “Estado as sujeita a um controle constante e que pode em alguns aspectos imiscuir-se em elementos contratuais da prestação da atividade, para que ela, não apenas não agrida o interesse público, mas também contribua para a sua realização”. O principal aspecto que diferenciaria os serviços de utilidade pública dos serviços públicos, na sua ótica, “é o fato de elas se encontrarem protegidas pelo direito fundamental de livre iniciativa privada, ao passo que os serviços públicos são excluídos desse âmbito, podendo ser exercidos por particulares apenas mediante delegação quando, como e enquanto o Estado politicamente assim decidir [...]”. [ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 195-196.]. Os serviços de utilidade pública, portanto, ainda são atividades econômicas em sentido estrito, na classificação proposta por Eros Grau, embora sujeitos a uma regulação estatal específica, mais intensa.

Vistas, à luz da Constituição, as relevantes consequências práticas da distinção entre “serviços públicos” e “serviços de utilidade pública”, importa, a esta altura, enfrentar a questão de saber o que faz uma determinada atividade econômica ser considerada uma coisa ou outra.

Há um certo consenso de ser serviço público, pelo menos, aquela atividade que a própria Constituição previu como tal. Assim, e apenas a título exemplificativo, a Lei Maior atribuiu expressamente aos Municípios “os serviços públicos de interesse local, incluído o de **transporte coletivo**, que tem caráter essencial” (art. 30, V); aos Estados, os serviços de transporte intermunicipal (art. 25, §1º, c/c o art. 21, XII, “e”, c/c o art. 30, V); e, à União, os “serviços postais” (art. 21, X)³⁵. Para todas essas atividades pode-se afirmar que a condição de “serviço público” encontra fundamento diretamente na Constituição.

A dificuldade emerge quando uma determinada atividade não está expressamente prevista na Constituição ou, mesmo estando, somente do texto constitucional não se consegue extrair a sua condição de “serviço público”³⁶. Quem tem o poder de sacramentar que essa atividade constitui serviço público ou, modo contrário, atividade econômica em sentido estrito?

É certo haver, na doutrina pátria, autores de escol que defendem uma concepção material de serviço público, tais como Grau³⁷, Lima³⁸ e

35 Na APDF n. 46/DF o Supremo, de modo expresse, afirmou que o serviço postal não consubstancia atividade econômica em sentido estrito, mas serviço público.

36 Registra-se o entendimento de Aguillar para quem “não é possível fixar em lei ordinária a submissão de atividade econômica ao regime jurídico do serviço público, competindo apenas à Constituição Federal sujeitá-la a essa condição”. Segundo o autor, permitir “que serviços públicos novos sejam criados fora da Constituição seria equivalente a monopolizar por lei ordinária um setor da economia”. (AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36-37). Acontece que referido entendimento deixa questões em aberto. Por exemplo, a Constituição, no art. 30, V, atribuiu competência aos Municípios para “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local”, tendo especificado apenas um serviço municipal como público: o transporte coletivo. Quem vai dizer, senão a lei ordinária, quais os demais “serviços públicos” (o termo consta no plural no art. 30, V, da Constituição) do Município?

37 GRAU, op. cit.

38 LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 82.

Bercovici³⁹, segundo os quais existiriam atividades econômicas que, em essência, em dado contexto histórico, por sua importância para a sociedade (“serviços essenciais relativamente à sociedade”, nas palavras de Lima), configurariam necessariamente serviço público, de modo que deveriam obrigatoriamente ser prestadas pelo Estado, direta ou indiretamente, sob regime de direito público, independentemente de reconhecimento dessa condição pelo legislador ordinário⁴⁰.

Contudo, a despeito de se admitir que, para a qualificação de uma atividade econômica como serviço público, deva haver um substrato mínimo que evidencie a sua importância para o contexto social a ponto de legitimar sua retirada do campo da livre iniciativa (lembra-se: os serviços públicos são de titularidade do Estado, o que implica, inicialmente, a vedação da exploração da atividade pela livre iniciativa), parece inafastável que, afora as hipóteses constitucionalmente definidas, há necessidade de **lei** qualificando a atividade como serviço público e, principalmente, imputando-lhe um regime jurídico de direito público, derogatório do direito privado, para somente então se poder falar em serviço público. Provoca-se para confirmar o raciocínio: se a Constituição não diz expressamente que uma atividade é serviço público, e se não for a lei a dizer isso, quem o fará legitimamente?

Acentua-se que, mesmo atividades hoje inegavelmente essenciais à sociedade, como a distribuição de alimentos, apenas em razão da sua essencialidade não são consideradas serviços públicos. Conforme esclarece Bandeira de Mello (2011)⁴¹, não é a relevância da atividade que “determina

39 BERCOVICI, Gilberto. Concepção material de serviço público e Estado brasileiro. In: TORRES, H.T. (Org.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 77-78.

40 Não é propósito deste estudo detalhar a longa trajetória histórica seguida pelo conceito de serviço público desde a sua origem francesa, tarefa que, dada a sua complexidade e extensão, implicaria excessivo desvio de percurso. Vale a referência, porém, de que, em maior ou menor medida, os autores que advogam a concepção material de serviço público são legatários de Duguit, fundador da Escola Francesa do Serviço Público, para quem serviço público é “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, ademas, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante.” [DUGUIT, Leon. **Manual de Derecho Constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 65.].

41 [MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviços públicos e serviços de utilidade pública – caracterização dos serviços de táxi – ausência de precariedade na titulação para prestá-los – desvio de poder legislativo. In: **Pareceres de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 212-227.]. Registra-se que, para o autor, quando a Constituição, no art. 30, V, expressamente qualificou como serviço público o transporte coletivo local de passageiros, evidentemente teria tido “o propósito de excluir o transporte individual de passageiros da categorização de serviço público”. Diante do que, conclui,

sua qualificação como serviço público, *mas a circunstância de o Estado assumi-la e colocá-la sob a regência do direito público, no que estará atestando que a considera como de sua alçada própria*" (grifo autor). E a assunção da atividade pelo Estado e respectiva atribuição de um regime jurídico de direito público é feita através de lei. Essa concepção jurídico-formal de serviço público parece ser, hoje, majoritária na doutrina brasileira, sendo encampada por Gasparini⁴², Aragão⁴³, di Pietro⁴⁴, Araújo⁴⁵, além do próprio Celso Antônio⁴⁶.

Assentado está quem determina se uma atividade econômica será ou não "serviço público" bem como as consequências práticas dessa qualificação. Resta investigar os motivos que conduzem o Estado a assumir a prestação de determinada atividade econômica de elevada significação social.

Consoante observa Grotti (2002)⁴⁷, são várias as razões, apontadas pela doutrina, que levam o Estado a reclamar para si a prestação de uma determinada atividade econômica, reputando-a serviço público: "retirar

os serviços de táxi não são "serviços públicos", de titularidade estatal, mas atividades pertinentes à livre iniciativa, embora sujeitas à regulação estatal por sua importância, ou seja, são "serviços de utilidade pública". Com as devidas vênias ao administrativista, não parece essa a melhor leitura da Lei Maior. Com efeito, não é crível que a Constituição, logo ela que reconheceu a importância e a autonomia dos Municípios ao catapultá-los a verdadeiros entes da Federação, tenha intencionado, de modo implícito, engessá-los em tema tão afeto à temática urbana como o é o transporte municipal urbano, proibindo-lhe de considerar como serviço público o transporte individual de passageiros. Na verdade, ao atribuir aos Municípios a competência para "organizar e prestar [...] os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial", quis assegurar que, dentre as possibilidades de prestação de serviços públicos pelos entes locais, **pelo menos** o de transporte coletivo seria, necessariamente, criado e prestado. Apenas isto. De modo que, como se evidenciará adiante, os serviços de táxi, que são modalidade de transporte individual de passageiros, podem ou não configurar serviço público, a depender da realidade local e do tratamento normativo que a municipalidade lhe conferir.

42 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 294.

43 ARAGÃO, op. cit., 2008, p. 157.

44 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 102.

45 ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 125.

46 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 665.

47 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 45-46.

da especulação privada setores delicados; realizar a justiça social; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico; ordenar o aproveitamento de recursos finitos; [...] favorecer o rápido desenvolvimento nacional; manter a unidade do país e assim por diante”. Como ponto unificador de todas essas razões, percebe-se que o Estado avoca para si a prestação de atividades para as quais considera que, num determinado contexto histórico, o livre jogo de mercado é incompatível com o interesse público ou insuficiente para atendê-lo satisfatoriamente.

A esta altura, pois, acredita-se já se dispor de elementos para enfrentar a indagação que é título da presente seção: afinal, a atividade desenvolvida por taxistas é serviço público ou serviço de utilidade pública (atividade econômica em sentido estrito, mas sujeita a intensa regulação estatal)?

A resposta é: depende. Depende da realidade vivenciada em cada Município, que pode apontar a necessidade de o serviço ser titularizado pelo Estado ou de apenas ser fortemente regulado. Depende, porém, principalmente, do tratamento que a lei local conferir à atividade, tratando-a como “serviço público” ou como “serviço de utilidade pública”. Acentua-se a importância da lei porque, fora da normatividade instituída, a discussão sobre a natureza jurídica do serviço de táxi (se configura serviço público ou serviço de utilidade pública) assume contornos de discussão meramente política (se **deve** ser serviço público ou serviço de utilidade pública). Viu-se, a não ser quando a Constituição for expressa, é somente a lei quem pode legitimamente sacramentar, do ponto de vista jurídico, a condição de uma atividade enquanto serviço público.

Insiste-se que a avaliação definitiva sobre a subsistência ou não de razão que justifique, no campo do transporte individual remunerado de passageiros, a instituição de um serviço público, não é tarefa de pareceres ou de decisões judiciais, mas missão a ser cumprida pela municipalidade por seus órgãos políticos legitimamente eleitos, através de lei elaborada com base, preferencialmente, em estudos técnicos que apontem a melhor solução. E, sublinha-se, o nó górdio a ser desatado pelos entes políticos locais é mais amplo e complexo do que a disputa de mercado entre taxistas e livre iniciativa, enfoque que tem prevalecido até então: envolve o interesse do conjunto dos habitantes de uma cidade.

4 CONCLUSÃO

A inserção, no mercado nacional, de aplicativo de celular que conecta passageiros e motoristas para a realização de itinerários personalizados mediante remuneração e a rápida adesão que obteve de parcela não desprezível da sociedade proporciona, sem dúvida, uma excelente oportunidade para rediscutir aspectos relevantes do serviço de táxi, tais como sua qualidade, a justeza do preço usualmente cobrado, a legitimidade ou não da manutenção da exclusividade que usualmente acompanha a outorga ou licença do serviço e o papel que exercem no contexto da mobilidade urbana.

Este trabalho não se posicionou sobre nenhum desses aspectos, porque pouco parecem ter de jurídico; com efeito, antes aparentam traduzir questões técnicas e de conveniência e oportunidade que devem ser decididas pelos Municípios por intermédio de seus órgãos políticos.

A proposta deste estudo foi contribuir para o debate que também se instaurou nos principais foros jurídicos, uma vez terem sido identificados deslocamentos impróprios que dificultam o deslinde da problemática no campo do Direito. E a adequada equação do debate jurídico é condição *sine qua non* para que, no campo político, a questão se resolva, eis que as decisões políticas devem observar o ordenamento jurídico vigente.

Nesse sentido, apontou-se que, enquanto os Executivos e Legislativos locais estão sendo chamados a decidir sobre a manutenção ou não da exclusividade concedida aos taxistas, é preciso, antes ou também, que o debate seja nacionalizado, pela simples razão de a referida exclusividade estar prevista em legislação federal (art. 2º da Lei n. 12.468/2011, que diz ser privativo de taxista o transporte público individual remunerado de passageiros, c/c o art. 4º, VIII, da Lei n. 12.587/2012, que considera transporte público individual o “serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas”).

Quanto a esses diplomas federais, demonstrou-se que invadem a competência reservada aos Municípios para legislar sobre interesse local

(art. 30, I) e para organizar os serviços públicos de interesse local (art. 30, V). Sustentou-se que, na seara dos transportes municipais, respeitadas as diretrizes fixadas pela União, o interesse é predominantemente local, porque somente a realidade de cada Município, com suas peculiaridades, é que pode apontar a necessidade ou conveniência de se criar ou não um serviço público de transporte individual remunerado de passageiros, de fixar exclusividade para esses serviços ou de submetê-los à concorrência com a iniciativa privada, ou mesmo de deixar a atividade livre para o mercado, com maior ou menor regulação.

Enfatizou-se, no entanto, que os dispositivos das leis n. 12.468/2011 e n. 12.587/2012 que invadem a competência reservada aos Municípios estão vigentes e gozam de presunção de constitucionalidade.

Outro deslocamento identificado foi a colocação, no debate jurídico, de argumentos que parecem mais relacionados aos aspectos políticos que jurídicos relacionados ao serviço de táxi, a exemplo da própria discussão acerca da legitimidade ou não da manutenção da exclusividade concedida aos taxistas. Nessa seara, buscou-se evidenciar: primeiro, que para além dos interesses de taxistas ou de motoristas particulares, está em jogo um interesse maior relacionado a todos os habitantes de uma cidade, a mobilidade urbana; depois, que a avaliação definitiva desses aspectos meritórios não é tarefa de pareceres ou de decisões judiciais, mas dos executivos e legislativos locais, com base, preferencialmente, em estudos técnicos que apontem a melhor solução urbanística.

Por fim, na perspectiva de uma contribuição efetiva que, julga-se, poderia o jurista conferir ao debate, foram apontadas as consequências práticas de se considerar uma determinada atividade econômica como “serviço público” ou como “serviço de utilidade pública”; evidenciou-se o papel decisivo da lei na qualificação de uma atividade em uma ou outra categoria, afastando-se a suficiência do critério material para definição de uma atividade econômica como serviço público; e demonstrou-se que o serviço de táxi pode configurar tanto serviço público como serviço de utilidade pública, a depender da realidade local e, principalmente, do tratamento que a lei municipal lhe conferir.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo I.

BERCOVICI, Gilberto. Concepção material de serviço público e Estado brasileiro. In: TORRES, H.T. (Org.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P.77-78.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Adminsitrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DUGUIT, Leon. **Manual de Derecho Constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público. In: GRAU, E.R.; GUERRA FILHO, W. S. (Org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUIMARÃES, Geraldo Spagno. O direito à exploração do serviço de táxi e a Lei nº 12.865/13. **Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 2127, nov./dez. 2013.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto. A nova regulamentação dos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 15 set. 2015.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto. **Estado contra o mercado: Uber e o consumidor**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI221670,91041-Estado+contra+o+mercado+Uber+e+o+consumidor>>. Acesso em: 15 set. 2015.

MARRARA, Thiago. Transporte público e desenvolvimento urbano: aspectos jurídicos da política nacional de mobilidade. **Boletim de Direito Municipal (BDM)**, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, n. 12, p. 887-889, dez. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal brasileiro**. 11. ed. Atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviços públicos e serviços de utilidade pública – caracterização dos serviços de táxi – ausência de precariedade na titulação para prestá-los – desvio de poder legislativo. In: **Pareceres de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso Uber”**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-15/aplicativo-uber-nao-fere-leis-brasileiras>>. Acesso em: 14 set. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO CONSEQUENCIALISMO

Alexandre Felix Gross¹

RESUMO: O controle jurisdicional de políticas públicas é costumeiramente realizado com argumentos formalistas, preocupados prioritariamente com o reforço da eficácia normativa, ao passo que desconsidera as consequências práticas e mais objetivas sobre a concretização universal e igualitária dos direitos fundamentais, ao menos no sentido que lhe confere a Constituição da República. Neste artigo, parte-se da hipótese de que os discursos que promovem o controle jurisdicional de políticas públicas carecem de uma perspectiva de maior amplitude social, que poderia ser acessada pela adoção de reflexões consequencialistas capazes de conferir à atuação do Judiciário maior aderência a uma desejável efetividade dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Consequencialismo. Judicialização. Políticas Públicas. Formalismo. Adjudicação de Recursos Escassos.

JUDICIAL REVIEW OF PUBLIC POLICIES: AN APPROACH FROM CONSEQUENTIALISM

ABSTRACT: The jurisdictional review of public policies is customarily performed with formalistic arguments primarily concerned with enhancing regulatory efficiency, while disregards the practical and objective consequences over universal and equal realization of fundamental rights, at least in the sense given by the Constitution. This article starts from the assumption that the speeches that promote judicial review of public policies lack a perspective of greater social amplitude, which could be accessed by the adoption of consequentialist reflections able to grant the performance of the judiciary greater adherence to a desirable effectiveness of fundamental rights.

Key words: Consequentialism. Judicialization. Public Policies. Formalism. Adjudication of Scarce Resources.

1 Procurador do Estado de Goiás e Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense.
E-mail: alexandrefgross@hotmail.com

RECEBIDO EM: 12/01/2016

ACEITO EM: 16/02/2016

1 INTRODUÇÃO

O enfrentamento de questões atinentes ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário brasileiro tem merecido estudos que podem ser localizados desde a década de 1990². Os estudiosos do tema vêm identificando, no fenômeno rotulado como “*Judicialização das Políticas Públicas*”, uma transposição do “eixo decisório”, antes restrito aos Poderes Legislativo e Executivo, para o Poder Judiciário.

Juízes e tribunais, que antes se julgavam incompetentes para, através de decisões judiciais, concretizarem normas constitucionais programáticas que estariam inseridas na liberdade de conformação dos outros Poderes, passaram a interferir na formulação e execução de políticas públicas. Embora a judicialização decorra de uma diversidade de fatores³, é possível identificar um argumento comum às decisões judiciais que concedem prestações estatais à mercê da existência ou da amplitude de políticas públicas: os dispositivos constitucionais que preveem direitos fundamentais prestacionais são normas dotadas de auto-aplicabilidade e máxima efetividade, das quais decorrem direitos subjetivos públicos aptos a serem instantaneamente concretizados por atos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias, acórdãos etc.).

Autores que se debruçaram sobre o tema identificaram incoerências e fragilidades neste argumento, levando a uma séria reflexão sobre o fenômeno da judicialização. Tornou-se corrente a afirmação de que a simples concessão de prestações em face do Poder Público, com fundamento na existência de direitos subjetivos públicos prestacionais, em última análise, acaba por atrapalhar a concretização universal e igualitária dos direitos fundamentais ou o alcance da “realidade ideal” desejada pelo constituinte⁴. A solução que parecia simples e brilhante (judicialização como meio de imediata concretização) revelou-se não só controversa, mas, em alguns casos, desastrosa⁵.

2 CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política.

Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), v. 12, n. 34, jun. 1997.

3 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, mar/abril/maio. 2007, p. 08.

4 O art. 3º, da Constituição apresenta um rol de objetivos a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil, delineando o que podemos chamar de “estado ideal de coisas”.

5 No âmbito mais restrito da judicialização do direito à saúde são inúmeros os exemplos de decisões

Considerável parcela das críticas a essa atuação judicial se alicerça em reflexões de ordem consequencialista. Argumenta-se que decisões judiciais fundadas em um arcabouço formalista e dogmático levam a consequências deletérias, revelando a necessidade de ponderação das consequências das decisões judiciais sobre a sustentabilidade e eficácia das políticas públicas.

Adotamos, portanto, a perspectiva da crítica consequencialista à judicialização de políticas públicas, entendida como a formulação teórica que sustenta que decisões judiciais devem levar em consideração as suas consequências (externalidades) sobre a sustentabilidade e efetividade das políticas públicas, tendo como referência a maximização do bem-estar geral de uma sociedade (ou de usuários de um sistema como o SUS, por exemplo) e a eficácia social (efetividade) dos direitos fundamentais.

A hipótese colocada é a de que decisões comprometidas unicamente com a coerência lógico-formal do sistema normativo causam indesejados resultados sobre a concretização de direitos a que se pretende proteger. Por outro lado, a adoção de uma argumentação consequencialista pode ter como efeito uma maior congruência a parâmetros de democratização dos benefícios almejados, na medida em que enfatiza a preocupação com políticas públicas formuladas em um ambiente que permite a participação de diversos atores políticos e sociais bem como promove em maior grau a efetividade do texto constitucional.

Desta forma, serão privilegiadas formulações teóricas que demonstrem os riscos causados às políticas públicas por decisões judiciais que abrem mão de reflexões consequencialistas em prol de uma suposta eficácia normativa abstrata do texto constitucional.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, FORMALISMO E MICROJUSTIÇA

A judicialização das políticas públicas pode ser enxergada como um fenômeno decorrente da constitucionalização do Direito que transferiu ao Poder Judiciário certo protagonismo na formulação, execução e controle

judiciais que, em razão do seu casuísmo, acabam por tornar ainda mais caótica a gestão do Sistema Único de Saúde. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2001. FERRAZ, Otávio Luis Motta. *Health Inequalities, Rights, and Courts*: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil”, in Yamin and Gloopen (eds), forthcoming Harvard University Press 2010. GROSS, Alexandre Felix. Atuação do STF na efetivação do direito à saúde no Brasil: perspectivas da judicialização entre escassez e políticas públicas. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 24, n. 3, mar. 2012, p. 53-69.

de programas governamentais voltados à concretização de um determinado bem jurídico previsto na Constituição⁶. Ou seja, demandas que antes eram rechaçadas por magistrados – usualmente com base na impossibilidade de interferência no mérito administrativo ou na impossibilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo – passaram a ser deferidas à luz da máxima efetividade da Constituição e da auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais ali previstos.

Talvez a judicialização do direito à saúde seja a mais emblemática faceta deste fenômeno, embora não seja raro se deparar com decisões judiciais que determinam a construção de creches, escolas e presídios, nomeação e lotação de agentes públicos, fornecimento de moradia, inclusão de dotação orçamentária, etc.

Badin (2011) identifica a *abordagem dogmática/deontológica* como a principal vertente deste fenômeno nas academias de direito, sendo caracterizada pela prevalência da coerência, racionalidade e completude do ordenamento jurídico sobre a consideração do bem-estar dos indivíduos. Aduz o autor⁷:

Assim, as pesquisas conduzidas sob a abordagem dogmática/deontológica reafirmam o modelo clássico de separação de poderes, sobretudo ao dele inferir o papel do judiciário como controlador dos atos do executivo aos ditames do direito. Ao adjudicar a lei ao caso concreto, ferrando-se à coerência formal ao texto da lei, o juiz encerra sua função, não lhe cabendo perquirir as consequências de sua decisão sobre o bem-estar dos indivíduos afetados.

Prepondera, portanto, entre os profissionais do Direito, a lógica do formalismo jurídico, que busca resolver conflitos através da “busca da melhor norma (ou, como diríamos no Brasil, o melhor princípio ou a melhor metódica de ‘ponderação de valores’) que teria que ter pedigree suficiente

6 Ohlweiler (2010) define as políticas públicas como “programas de ação governamental pensados para uma atividade de coordenação das diversas instâncias administrativas e as atividades privadas, de modo a materializar uma determinada ideia de bem, fenomenologicamente indicada no texto constitucional”. (OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 294.)

7 BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial de políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. 2011. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 25.

para ser aplicada à determinada questão, sem se dar grandes destaques ao exame dos fatos e de suas causas”⁸.

Ao criticar esta abordagem, Amaral e Melo (2010) afirma que:

Esta visão do mundo jurídico leva a crer que haja direitos ‘em abstrato’, que, combinados com as variáveis de fato, gerem as conclusões, em um caminho de mão única. É certo que há diversas visões e métodos, desde os silogismos mais simples, do tipo premissa maior, premissa menor e síntese, até os complexos modelos de ponderação.⁹

Bonilla Maldonado (2013) identifica no formalismo o conceito hegemônico de Direito na América Latina, o que decorre do modelo de educação jurídica formalista predominante nas faculdades de Direito. Segundo o autor¹⁰:

[...] *el formalismo jurídico argumenta que el derecho es un sistema cerrado, un conjunto autónomo de normas jurídicas. Es decir, el sistema tiene sus propios mecanismos para crear, aplicar modificar y destruir las unidades que lo componen, sin necesidad de ningún otro sistema para subsistir y reproducirse. El derecho no tiene y no debe construir puentes que lo comuniquen con otros sistemas, como la sociología o la psicología, pues hacerlo lo contaminaría con agentes extraños que tienen una lógica interna distinta y que podrían llevar a una desnaturalización o que funcione inadecuadamente.*

Nesse contexto, que parece ser comum ao sistema jurídico latino-americano, o controle de políticas públicas é comumente realizado com a aplicação de dogmas do Direito administrativo historicamente forjados para o controle de atos administrativos, cujos limites são encontrados na dicotomia ato discricionário/ato vinculado.

Não é difícil verificar, no entanto, que a separação de atos administrativos em vinculados e discricionários, para fins de limitação da atuação judicial no controle de políticas públicas, é insuficiente. Isso

8 KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. 2010. 364f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 101.

9 AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 84.

10 BONILLA MALDONADO, Daniel Eduardo. El formalismo, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho em latinoamérica. In: *Derecho y pueblo Mapuche: aportes para la discusión*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, 2013. p. 271.

porque, quando se está tratando de direitos previstos na Constituição, a vinculação objetiva do ato à lei infraconstitucional perde importância; ademais, mesmo atos aprioristicamente discricionários, serão sempre vinculados a princípios constitucionais.

Na tentativa de desconstruir paradigmas do Direito administrativo, Binenbojm (2008) propõe a superação da dicotomia existente entre atos discricionários e vinculados em razão da imperiosa revisão da “discricionariedade como espaço de livre decisão do administrador”. Sustenta o autor que os atos administrativos são todos vinculados, existindo, na realidade, diferentes graus de vinculação do ato à juridicidade, de modo que ao “maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos”¹¹.

A utilização de um discurso eminentemente teórico, preocupado apenas com a coerência lógico-formal do Direito, atraiu para a judicialização das políticas públicas um grau considerável de críticas advindas de variadas fontes. Algumas delas demonstram a dificuldade que as decisões judiciais encontram ao lidar com a falta de legitimidade democrática, ausência de expertise, etc. Para fins deste artigo, nos ateremos às críticas de cunho consequencialista.

Na prática, diante da tentadora possibilidade de concretizar direitos fundamentais tão caros à sociedade através de uma decisão judicial, magistrados costumam se mostrar pouco sensíveis aos argumentos consequencialistas apresentados pela Administração Pública em juízo. E, nesse contexto, o formalismo surge como uma fonte mais acessível de justificação para decisões judiciais, que torna facilmente rechaçáveis quaisquer argumentos consequencialistas – pelo menos em uma análise superficial do problema -, na medida em que ponderações sobre questões financeiras podem soar muito genéricas diante da necessidade de concretizar direitos fundamentais prometidos pela Constituição e não cumpridos pelos Poderes constituídos¹².

11 BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar/abr/maio 2008, p. 17.

12 Embora a atuação da Fazenda Pública em juízo seja usualmente pautada em argumentos consequencialistas (dentre os quais se destaca o da *reserva do possível*), a ponderação sobre as consequências da decisão judicial sobre o bem-estar geral ou sobre a sustentabilidade das políticas públicas normalmente é preterida em prol de raciocínios formalistas. Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal têm demonstrado relativa preocupação com as consequências de decisões judiciais sobre as políticas públicas e com a concretização dos direitos sob a ótica da macrojustiça (ex: STA

A realidade, entretanto, é um tanto quanto mais complexa. Deixar de lado os contornos fáticos de uma decisão judicial pode acabar dificultando a concretização de um direito fundamental, especialmente se considerarmos que “não há caminhos para a humanidade concretizar a dignidade humana que não seja o da realização dos seus direitos fundamentais através de políticas públicas que ofereçam proteção adequada e eficiente”¹³.

3 IDENTIFICAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE ADJUDICAÇÃO DE RECURSOS ESCASSOS E DE COMPOSIÇÃO DE INTERESSES DIVERGENTES

Sob uma perspectiva abrangente, políticas públicas podem ser conceituadas como programas de atuação governamental voltados à realização de um objetivo de melhoria do bem-estar geral de uma população. Englobam, portanto, toda atividade de planejamento, execução, coordenação, normatização e fiscalização realizada pelo Poder Público em prol do desenvolvimento econômico, cultural, social, político, etc¹⁴. Esse enfoque inclui, na esfera das políticas públicas, não só a prestação direta de serviços pelo Poder Público, mas também a atuação voltada à composição e incentivo aos mais diversos interesses através das atividades normativa, reguladora e de fomento¹⁵.

Com o advento do Estado Social, o modo de atuação do Estado transpôs o universo dos serviços públicos para abarcar “as funções de

n.º 424), entretanto, a percepção geral é de que juízes de primeiro grau e demais tribunais tendem a considerar “repugnantes” formulações acerca dos custos ou outras questões de ordem fática frente à necessidade de imediata concretização de um direito fundamental. Ou seja, as preocupações manifestadas na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo STF em 2009 ainda não repercutiram de maneira significativa nas instâncias inferiores do Poder Judiciário.

13 JUNIOR, Valdir Ferreira de Oliveira. Repensando o Estado Constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, dez/jan/fev. 2011, p. 04.

14 OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

15 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados”¹⁶. Disso decorre que as políticas públicas sempre encerram uma série de decisões políticas que, em última análise, revelam as prioridades estatais.

As políticas públicas voltadas à execução de serviços ou prestações diretamente pelo Poder Público quase sempre explicitarão decisões trágicas alocativas de recursos escassos¹⁷. Diante da escassa disponibilidade de recursos, a delimitação de uma política pública representa uma escolha que, ao passo em que prioriza a concretização de determinado direito ou interesse, nega outra demanda da sociedade.

Sobre esse ponto, cumpre ressaltar a importância da Teoria dos Custos dos Direitos¹⁸, que, ao alçar a preocupação com a utilização racional de recursos públicos ao protagonismo na discussão acerca da concretização de direitos fundamentais – sejam eles prestacionais ou não – trouxe a um debate antes dominado por argumentos formalistas, uma importante contribuição de ordem consequencialista.

Na esteira desse pensamento, diversos autores¹⁹ passaram a criticar o fenômeno da judicialização, tal como se apresentou no Brasil, justamente em razão do seu despreço pelos argumentos de ordem econômico-financeira. Ao afirmar que “levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério”²⁰, reconhece-se que levar em consideração a questão da escassez de recursos não é tarefa imoral, pois que inevitável no estudo da efetividade dos direitos fundamentais, cuja concretização depende de recursos públicos inexoravelmente escassos.

16 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 133, p. 02, jan./mar., 1997.

17 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; CALABRESI, Guido. BOBBITT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1978; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

18 HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999.

19 Entre os autores brasileiros podemos citar Flávio Galdino, Daniel Sarmento, Gustavo Amaral, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, entre outros.

20 *Ibid*, p. 94.

Por sua vez, as políticas públicas de intervenção na ordem econômica e social, que englobam as atividades de regulação²¹, fomento, fiscalização, etc., resultam da composição de conflitos de interesses que surgem entre agentes públicos e privados ou da necessidade de se incentivar determinada atividade. Embora nessas hipóteses as políticas públicas não estejam exatamente definindo a adjudicação de recursos escassos, é inegável que estão ponderando interesses divergentes, e, conseqüentemente, escolhendo qual deles prevalecerá. Não há como negar, por exemplo, que as agências reguladoras, ao exercerem um papel de entidade - pelo menos em tese - independente e isenta, compõem interesses conflitantes postos entre usuários e concessionários, governo e concessionários, governo e usuários, etc.

Em situações em que o gestor público se depara com uma complexidade de demandas conflitantes, a formulação das políticas públicas consiste na implacável tarefa de privilegiar determinados interesses em detrimento de outros tão ou mais legítimos. Incontestemente, portanto, que a atividade de formulação dessas políticas públicas terá sempre como propósito a concretização de determinado direito ou objetivo constitucional sob uma perspectiva macro. Conseqüentemente, o atuar da Administração ou do Poder Legislativo na formulação dessas políticas será sempre uma resposta à leitura feita da realidade fática objeto de intervenção estatal.

Isto é, diante de uma constatação de incompatibilidade entre a realidade e aquilo que a Constituição impõe (seja como norma programática, seja como norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata), o gestor público tomará uma decisão política na direção do que entende como o meio mais eficiente de atender o desejo constitucional, concretizando direitos fundamentais de maneira universal²². Essa escolha

21 A atividade regulatória ganhou destaque com o advento do chamado “Estado Gerencial Brasileiro”, inaugurado pela Constituição de 1988 e aperfeiçoado pelas reformas implementadas nos governos Collor e FHC. Segundo Márcio Iorio Aranha: “nos diversos setores da economia, a partir de meados da década de 1990, intensificou a transferência da prestação de serviços públicos para as mãos particulares, reservando para si o controle normativo. Em outras palavras, o Estado brasileiro, desde então, vem consolidando um modelo descentralizado de regulação operacional associado a uma regulação normativa centralizada em superestruturas tecno-administrativas autônomas chamadas agências reguladoras. A política pública setorial deixou de concentrar no Estado a operacionalização dos serviços, mas, em troca, incrementou a normatização dos setores de atividades relevantes” (ARANHA, Márcio Iorio. Poder Normativo do Executivo e Teoria da Regulação. *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília, v. 9, 2002. p. 1)

22 Lima Júnior (2011) aponta que os direitos fundamentais não podem ser compreendidos isoladamente, na medida em que subsistem em um regime de solidariedade objetiva e subjetiva. Isto é, “os direitos fundamentais apenas existem solidariamente e a negação de determinado direito fundamental

recai sobre a formulação, programação, execução e controle daquela política pública, as quais serão inevitavelmente pautadas em critérios de ordem consequencialista²³.

Se as atuações legislativa e administrativa lançam mão de análises consequencialistas²⁴, nada mais lógico que o Poder Judiciário também o faça quando realizar o controle de políticas públicas. Isto não representa, de maneira alguma, qualquer tipo de resistência à força normativa da Constituição, mas sim uma tentativa de empregar maior efetividade ao texto constitucional através da utilização de ferramentas consequencialistas. Prioriza-se a eficácia social do texto em detrimento da mera eficácia jurídico-normativa²⁵.

4 O CONSEQUENCIALISMO COMO QUEBRA DO PARADIGMA FORMALISTA NO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O consequencialismo traz para o raciocínio jurídico um exame do futuro, uma antecipação das consequências da decisão judicial, valorando resultados segundo critérios de eficiência, utilidade e funcionalidade. A preocupação com a reafirmação dos precedentes judiciais ou com a

acarreta a negação de todos os demais (solidariedade objetiva)". Por outro lado, "afastar qualquer indivíduo da simples possibilidade de viver dignamente ou ter acesso a qualquer direito fundamental, nos afasta da nossa própria condição humana (solidariedade subjetiva)". (JUNIOR, Valdir Ferreira de Lima. Repensando o Estado Constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, dez/jan/fev. 2011, p. 02).

23 Cientes de que muitas das escolhas políticas decorrem do empenho em satisfazer interesses individualistas e imorais, e da crise de legitimidade que atinge os Poderes eleitos, o que decorre, inevitavelmente, da corrupção sistêmica presente no Estado brasileiro, não podemos deixar de partir da premissa de que a grande maioria das políticas públicas são, de fato, desenvolvidas na tentativa de potencializar o bem-estar geral da sociedade, bem como revelam escolhas políticas de um governo democraticamente eleito. Afirmar, como muitos, que considerar a escassez em um país abundante em recursos desviados pela corrupção é tarefa imoral, significa negar uma realidade complexa com um argumento reducionista. Por certo, as externalidades de decisões judiciais sobre políticas públicas não serão absorvidas por agentes corruptos, mas sim pela população.

24 Como não poderia deixar de ser, considerando que o Art. 37, *caput*, da Constituição impõe à Administração o princípio da eficiência.

25 Barroso (2002) se valendo das conhecidas lições de José Afonso da Silva e Ruy Barbosa, afirma que todas as normas constitucionais são dotadas de *eficácia jurídica*, isto é, encerram regras imperativas e não meros aconselhamentos. Por outro lado, o conceito de *efetividade* ou *eficácia social* seria "a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos". (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002, p. 84).

coerência lógico-formal do ordenamento cede espaço para a aplicação de soluções mais úteis/eficientes para problemas concretos.

Propõe-se, portanto, uma abordagem menos voltada à eficiência jurídica – mensurada pelo cumprimento de normas – e mais voltada à eficiência econômica – mensurada pelo resultado fático alcançado.

Diante da insuficiência do raciocínio formalista em prover aos magistrados critérios aptos a lidar com o controle de políticas públicas, o consequencialismo surge como uma oportunidade de oxigenar o Direito com subsídios de ordem prática e pragmática, dirigidos à descoberta da melhor solução para o “universo dos homens” e não para o “universo das normas”. O consequencialismo representa um olhar para o futuro, comprometido mais com as consequências práticas de uma decisão do que com o reforço normativo de um ordenamento jurídico ou de um precedente judicial.

Assim, o consequencialismo deve ser enxergado como um instrumento de interpretação e aplicação do direito objetivo, que se utiliza da ponderação das consequências para encontrar a solução capaz de concretizar o comando normativo da melhor maneira possível. O texto normativo, em regra, admite as mais diversas interpretações, as quais, na maioria das vezes, decorrem de raciocínios formalistas cultivados pelos profissionais do direito. O que o consequencialismo propõe é que essa atividade de interpretação pondere as suas próprias consequências.

Sob esse aspecto, o consequencialismo é capaz de promover a efetividade da Constituição com mais sucesso do que a interpretação focalizada unicamente na coerência lógico-formal do ordenamento. Se a decisão judicial tiver a preocupação de concretizar direitos na prática, de conceder maior eficácia social ao texto normativo, inegavelmente a percepção da sociedade será a de que as leis e a Constituição estão sendo efetivamente respeitadas. Daí surge o paradoxo do formalismo: ao tentar reafirmar a autoridade do Direito perante os atores processuais, acaba por aumentar a percepção geral de insinceridade normativa. Isto é, aqueles que participaram da relação jurídica processual (partes, promotor, juiz, advogado público etc.) terão a falsa impressão de que se está dando efetividade à Constituição. Caso aquela decisão, contudo, gere efeitos deletérios sobre uma política pública, a percepção da sociedade será a de maior distanciamento entre o mundo dos fatos e a “fantasia constitucional”.

Isso não significa que o consequencialismo possua total desapareço pelos precedentes judiciais, pois considerar a insegurança causada

pela superação de um precedente também faz parte do raciocínio consequencialista. Apenas afasta-se a ideia de que um precedente é um fim em si mesmo, de modo que diante da constatação de que a adoção de um posicionamento distinto trará maior efetividade ao texto constitucional, o magistrado não deve se sentir pressionado a ratificar a jurisprudência.²⁶ O *overruling*²⁷, na realidade, requer do consequencialista um esforço argumentativo ainda maior, na medida em que ele reconhece que a alteração jurisprudencial despropositada “traria insegurança e desestabilizaria as expectativas com o ordenamento e com o Direito, além de ir contra uma determinada aceitação pública daquela decisão”²⁸.

O raciocínio consequencialista é imprescindível nas ações judiciais que, por sua natureza, geram efeitos sobre um maior número de relações jurídicas, como ocorre com as ações de controle abstrato de constitucionalidade. Não por outro motivo, a própria legislação de regência prevê mecanismos como a participação de *amicus curiae* e a modulação de efeitos²⁹.

26 No mesmo sentido, sustenta Rafael Oliveira: “O magistrado pragmático não é avesso à legislação, mas, sim, à aplicação cega da norma jurídica que desconsidere o contexto de sua incidência. As regras e os princípios são considerados hipóteses de trabalho que devem ser constantemente testadas pelas consequências que acarretam na aplicação aos casos concretos. O juiz, por questões pragmáticas e não por questões essencialistas, pode preferir seguir a norma jurídica (ou o precedente)”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 256, jan/abril. 2011, p. 133).

27 O *overruling* pode ser conceituado como “a técnica através da qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído (overruled) por um outro precedente” (DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2010. v. 2, p. 395.)

28 KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. 2010. 364f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 106.

29 BRASIL. Lei 9.868/99, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>.

Art. 7º [...]

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A lei que rege a edição, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes também prevê a participação de terceiros e a modulação de efeitos³⁰. O Novo Código de Processo Civil (NCPC – Lei n.º 13.105/2015) absorveu a demanda por maior participação no processo judicial ao prever a participação de *amicus curiae* em razão da especificidade da demanda ou da repercussão social da controvérsia³¹. Inegavelmente, tais previsões permitem que se traga ao processo mais informações sobre as consequências fáticas de uma determinada decisão judicial.

Por outro lado, ao longo do tempo o Supremo Tribunal Federal desenvolveu técnicas decisórias de inegável faceta consequencialista, como a *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade* e a *declaração de inconstitucionalidade com impedimento de produção de efeito ripristinatório*³².

Na busca por uma solução mais eficiente, o consequencialismo não hesita em buscar subsídios nas ciências econômicas, criando um espaço de interdisciplinaridade e interação que amplia os horizontes do Direito. Nas palavras de Timm (2010):

30 BRASIL. Lei 11.417/06. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>

Art. 3º [...]

§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

31 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

32 Sobre o tema ver: MENDES, Gilmar Ferreira [et al.]. Curso de Direito Administrativo. 1ª Edição, 2007, Editora Saraiva. Pgs. 1181 a 1209.

Numa perspectiva de Direito e Economia, os recursos orçamentários obtidos por meio da tributação são escassos, e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso.³³

Assim, o diálogo com as ciências econômicas pode oferecer ao Direito meios de levar a sério o gasto público, realizando de maneira racional e planejada a alocação de recursos escassos e, em última análise, promovendo em maior grau os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito – AED surgiu como um olhar sobre o direito que se utiliza de princípios, leis, metodologias e instituições da Economia. Embora seja formada por uma série de correntes, as quais apresentam significativas diferenças teóricas, em todas é possível identificar o emprego de técnicas de ponderação de custos e benefícios na solução de controvérsias jurídicas. Trata-se, assim, da aplicação de instrumentos próprios das ciências econômicas aos fenômenos jurídicos, vislumbrando normas jurídicas como um meio de maximizar a eficiência ou o bem-estar agregado³⁴.

Contudo, Castro (2007), ao identificar a insuficiência tanto do discurso formalista como da AED para promover a equânime proteção dos direitos fundamentais, propõe a abordagem da Análise Jurídica da Política Econômica – AJPE³⁵. A AJPE também pode ser conceituada como uma abordagem consequencialista, que propõe uma interação do Direito com outras áreas das ciências sociais. Nas palavras do autor, a AJPE “procede de modo a pesquisar se determinada política pública ou política econômica, inclusive seus elementos presentes nas redes ou agregados contratuais, atende a requisitos de ‘concretização’ ou ‘efetividade’ de direitos fundamentais e direitos humanos”³⁶.

A AJPE identifica que políticas eficientes do ponto de vista econômico podem ser injustas sob uma perspectiva jurídica, na medida em

33 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

34 KLUGER, Viviana (Comp.). *Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2006. p. 09.

35 CASTRO, Marcus de Faro de. Análise Jurídica da Política Econômica. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central, vol. 1, n. 1, dez. 2007.

36 Ibid., p.40

que podem impactar negativamente na fruição de direitos fundamentais pelos indivíduos. Assim, propõe que políticas públicas sejam avaliadas empiricamente segundo um “índice de fruição empírica” (IFE) de um direito fundamental. Identificado um IFE insuficiente em relação a um “padrão de validação jurídica” (PVJ), caberia ao jurista recomendar – no caso do Judiciário, impor – alterações na política pública. Assim, segundo o autor:

A AJPE pressupõe que as instituições e políticas devem servir a ordens compatíveis com a equânime fruição dos direitos humanos e fundamentais e que os indivíduos e grupos não devem ser escravizados a instituições cuja estrutura oponha obstáculos a tal fruição. Sendo plenamente convencionais, são as instituições (políticas públicas, políticas econômicas, mecanismos de cooperação internacional) que devem ser mudadas para se adaptarem ao exercício da fruição de direitos humanos e fundamentais, não o inverso.³⁷

Não se nega que a postura consequencialista possa soar, para alguns, excessivamente utilitarista, na medida em que colocaria direitos subjetivos fundamentais em segundo plano, notadamente quando sua concessão pela via judicial conflitar com um interesse público de higidez das políticas públicas.

O utilitarismo é, de fato, uma “concepção ética consequencialista”³⁸, que prega a adoção do caminho capaz de promover em maior escala o bem-estar das pessoas. Contudo, nem toda postura consequencialista pode ser vista como utilitarista. A doutrina utilitarista propõe a irrestrita busca pela maximização do bem-estar geral, mesmo quando isso represente o sacrifício de direitos fundamentais da minoria, colocando o indivíduo em posição instrumental aos fins sociais³⁹. Isto é, segundo uma concepção utilitarista, o impedimento do controle judicial de políticas públicas seria justificável sempre que a pretensão posta em juízo for a de concretizar um direito fundamental em detrimento de uma política pública existente.

A proposta do presente trabalho, no entanto, não é a de afirmar a insindicabilidade das políticas públicas, tese que não encontraria respaldo no atual estágio de desenvolvimento do Direito Constitucional, especialmente em razão dos princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição e do

³⁷ Ibid., p. 41.

³⁸ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Orgs.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 104.

³⁹ Ibid.

avanço observado nas relações jurídico-políticas em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Propõe-se, portanto, a utilização do consequencialismo não como um meio de submeter direitos ao interesse coletivo, mas sim como um instrumento de promoção dos direitos fundamentais enxergados sob uma ótica universal e igualitária. Com isso, afasta-se a ultrapassada concepção individualista de direitos fundamentais em prol do fortalecimento de sua dimensão objetiva.

O que se defende é que na realização do controle judicial de uma política pública (cuja possibilidade se tem como premissa inafastável) o Judiciário faça uma análise mais cuidadosa de todas as variáveis fáticas que envolvem o tema. Desse modo, a solução mais efetiva, do ponto de vista da concretização da Constituição, pode passar pelo aprimoramento judicial da política pública e não pela sua completa negação.

Por certo, para que isso seja possível na prática, é necessário que se implemente maior diálogo institucional em demandas judiciais que tratam de políticas públicas. Faz-se necessário que o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Procuradoria do Ente Fazendário e representantes de instituições interessadas e da sociedade civil organizada dialoguem para que o Poder Judiciário encontre a melhor solução possível para o caso concreto, tendo por parâmetro, inclusive, o princípio da cooperação processual⁴⁰. Essa é a única maneira de trazer ao debate judicial a lógica consequencialista, impedindo que o controle judicial de políticas públicas seja sinônimo de uma solução unilateralmente imposta por um órgão externo, o que, em regra, pouco tem contribuído para uma concretização universal e igualitária de direitos fundamentais.

O processo judicial, por natureza, é um espaço restrito onde alguns poucos privilegiados manifestam opiniões que, embora legitimadas por normas jurídicas, invariavelmente são influenciadas por impressões pessoais sobre processos sociais, políticos e econômicos, prevalecendo a palavra final proferida por um magistrado ou órgão colegiado de magistrados⁴¹.

40 O princípio da cooperação, previsto no art. 6º, do NCPC, torna o processo produto de uma atividade colaborativa, onde os atores processuais se colocam em constante diálogo, na medida em que todos possuem o mesmo objetivo: obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

41 Afinal, há muito foi superado o mito positivista da neutralidade do juiz.

Políticas públicas, por sua vez, em geral são formuladas em espaços democráticos, onde é mais presente a participação da sociedade civil⁴². Desse modo, e considerando que o controle judicial sempre sofrerá a influência de percepções pessoais de magistrados e outros atores processuais, nada mais justo que elas recaiam também sobre as consequências eventualmente sofridas pela política pública.

Em suma, encontrar a melhor solução sob a ótica consequencialista é encontrar aquela que privilegia a sustentabilidade, aquela que permite que o objetivo ou direito previsto na Constituição ou na lei seja concretizado da maneira mais igualitária e universal possível. Isto é, de nada adianta uma decisão que concretize o direito para as partes de um processo, se, de outro lado, inviabiliza uma política pública capaz de concretizar aquele direito para um maior número de pessoas.

5 CONCLUSÃO

A judicialização tem sofrido duras críticas, que, em sua maioria, decorrem da constatação dos efeitos indesejados de decisões judiciais sobre a sustentabilidade das políticas públicas, o que dificulta a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o consequencialismo surge como uma alternativa eficaz que, ao passo em que diminui a importância de argumentos estritamente formalistas preocupados unicamente com o reforço da eficácia normativa ou de um precedente judicial, favorece a promoção da efetividade do texto constitucional. Considerando que direitos fundamentais são universais e igualitários, não há como enxergá-los apenas sob a ótica individualista do processo judicial, sem que a decisão judicial leve em consideração a ponderação sobre as suas próprias consequências fáticas.

O consequencialismo apresenta um imprescindível olhar para o futuro, capaz de valorar resultados da judicialização segundo critérios de eficiência, utilidade e funcionalidade, tendo por norte a maximização do bem-estar geral da sociedade. Ao focalizar a manutenção e sustentabilidade da

42 Políticas públicas são fruto de um amplo processo de discussão, que se inicia com a formulação, discussão e aprovação das leis orçamentária (LOA, LDO e PPA), passa pela execução e termina com a mensuração dos resultados ante os objetivos perseguidos. Em todas essas etapas há participação de atores políticos, representantes da sociedade civil organizada e especialistas das mais diferentes áreas do conhecimento.

atuação estatal, fortalece-se a legitimidade democrática da intervenção judicial, na medida em que políticas públicas permitem em sua formulação - se comparadas ao processo judicial - maior grau de participação dos indivíduos por elas afetadas.

Não se trata, portanto, de negar a sindicabilidade de políticas públicas, mas sim de prover à judicialização meios capazes de neutralizar os efeitos indesejados que têm sido identificados pelos estudiosos do tema.

A ampla margem de discricionariade posta à disposição dos magistrados por um raciocínio primordialmente dogmático e descompromissado com a análise de suas consequências promove insegurança jurídica e resultados que não se pode prever ou mensurar. Considerando que a previsibilidade e a eficiência são fatores indispensáveis à formulação de políticas públicas, conclui-se que decisões judiciais despreocupadas com sua eficiência podem causar resultados deletérios.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/RJ: Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, jul/dez. 2006.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

_____. MELO, Danielle. Há Direitos Acima dos Orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang.; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARANHA, Márcio Iorio. Poder Normativo do Executivo e Teoria da Regulação. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 9, 2002.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial de políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. 2011. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang.; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, mar/abr/maio 2007.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar/abr/maio 2008.

BONILLA MALDONADO, Daniel Eduardo. El formalismo, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho em latinoamérica. In: *Derecho y pueblo Mapuche: aportes para la discusión*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, 2013

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 133, jan/fev/mar. 1997.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1978.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), v. 12, n. 34.

_____. Análise Jurídica da Política Econômica. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central, vol. I, n. 1, dez. 2007.

DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2010. v. 2.

FERRAZ, Otávio Luis Motta. *Health Inequalities, Rights, and Courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil* in Yamin and Gloopen (eds), forthcoming Harvard University Press, 2010.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999.

JUNIOR, Valdir Ferreira de Oliveira. Repensando o Estado Constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, dez/jan/fev. 2011.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. 2010. 364f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição)–Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9165/1/2010_RodrigodeOliveirakaufann.pdf> Acesso em: 20 abr. 2015.

KLUGER, Viviana (Comp.). *Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 32, abr/jun. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed., 2007, Editora Saraiva.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 256, jan/abr. 2011.

POSNER, Richard Allen. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: Aragão, Alexandre Santos de.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Orgs.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang.; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

O REGIME DIFERENCIADO DE COBRANÇA DE CRÉDITOS (RDCC) E A RACIONALIZAÇÃO DOS GASTOS PÚBLICOS NOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE RECEITA PELO ESTADO À LUZ DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL E DA REFORMA ADMINISTRATIVA

Marco Aurélio Souza Mendes¹

RESUMO: Prima o presente artigo por fazer uma análise acerca do novíssimo procedimento de cobrança de créditos da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC), instruído pela Portaria nº 396/2016. Através de uma pesquisa empírica aliada com análise bibliográfica, demonstrar-se-á a busca em racionalizar a cobrança de créditos e do incremento de recuperação da receita lastreada em dívida ativa da União. Optou-se por ponderar alguns elementos do estudo acadêmico da disciplina do Orçamento Público para mostrar o reflexo do incremento das despesas públicas na economia e o impacto da racionalização dos meios de obtenção de receita junto com estudos da Teoria Geral do Processo para o específico procedimento de cobrança em sede de Execução Fiscal. Adotou-se ainda uma linguagem técnica, direta e concisa, sem rodeios bibliográficos e digressões teóricas, visto que o artigo tem o intuito de dar uma ótica da prática do procedimento para advogados, procuradores, juízes e acadêmicos do Direito.

Palavras-chave: Execução-fiscal. RDCC. Modelo Constitucional do NCP. Orçamento Público. Despesas Públicas.

THE DIFFERENT METHOD OF CREDIT CHARGE AND THE RATIONALIZATION OF PUBLIC EXPENDITURES IN STATE'S INCOME ACQUIREMENT BY PROCESSUAL COOPERATION AND THE ADMINISTRATIVE REFORM

1 Acadêmico do oitavo período de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Editor-colaborador da Revista Alethes dos graduandos da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Participa do programa de estágio remunerado da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (Seccional de Uberlândia – MG) desde abril de 2016. Autor das obras *Pensamentos Singulares* (Contos, 2013, Ed. Multifoco) e *Abapanema: o lugar das coisas ruins* (Novela, 2015, Ed. Subsolo). E-mail: marcoaurelio.souzamendes@gmail.com

ABSTRACT: The article will analyze the new PGFN's charge method, instrumentalized by the Administrative Informative nº 396/2016. Perpassing by and empiric research with bibliography indication, it'll be demonstrated the will on rationalize public charges method. The autor's choice in elaborating the article was an academic approach in Public Budget to demonstrate the reflex of raising public expenditures and its impact in the public income acquirement. General Process Theory studies were used to specify those impacts in execution process too. The language is direct and concise, without desnecessary digressions, as the objective is to be an understanding support to lawyers, prosecutors, judges and bachelors in general.

Key words: Fiscal Execution Process. RDCC. Constitutional Process Model. Public Budget. Public Expenditures.

1 INTRODUÇÃO: A METODOLOGIA E O OBJETO DE PESQUISA – MEDIDAS TÉCNICAS QUE AFETAM A RECUPERABILIDADE DO CRÉDITO E O ANTIGO OBJETIVO DE DESBUROCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Não é nova a constatação de que há um número vultoso de Execuções Fiscais tramitando no Poder Judiciário, sendo, de certa maneira, insuficiente o atual número de procuradores, servidores e estagiários para dar cabo a todas as demandas. Surge o seguinte questionamento: poderá o órgão exercer um juízo de importância para garantir o maior grau de recuperabilidade do crédito exequendo?

Há uma máxima nas lições da teoria geral do processo sobre o interesse de agir ser composto através do binômio utilidade e necessidade. Modernamente, o melhor entendimento é que a aferição do interesse de agir não se priva apenas para o momento de ajuizamento da demanda.

Com o objetivo primordial de apresentar o intuito do novo modelo de cobrança de créditos da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC), o artigo dividir-se-á em três blocos conceituais principais.

Inicialmente, será demonstrado o panorama atual da proporção entre dívida ativa da União e a quantidade de processos por faixa de valor. Posteriormente, cabe atravessar breve nota histórica sobre o desenvolvimento e fundamentos do Orçamento Programa no Brasil e a compreensão acadêmica sobre o crescimento das despesas públicas.

Finalmente, terminará o artigo com a exposição do RDCC tanto no âmbito administrativo como de suas recomendações processuais, visando erigir plena relação com os fundamentos apresentados anteriormente.

Trata-se, dessa forma, de um trabalho que utilizará duas metodologias distintas: a pesquisa empírica através de dados colacionados em gráficos quanto à parte objetiva dos elementos da Dívida Ativa, da cobrança, do quantitativo de processos e do RDCC; bem como uma revisão bibliográfica de alguns temas doutrinários e conceituais.

O modelo tradicional da Administração Pública Burocrática, advindo desde a instituição do modelo de aparelho de Estado pelo regime Vargas e superando em si a acepção de uma Administração Patrimonialista, está defasado frente à nova acepção Gerencialista da Administração Pública. Atualmente, deve-se aferir a gestão através de três pilares básicos: a definição precisa dos objetivos que o administrador público deve aferir, a garantia de autonomia para o gestor na administração dos recursos humanos, materiais e financeiros e controle eficaz na forma de cobrança de resultados (*accountability*).

Em 1995, foi apresentado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), documento que se debruça a analisar várias razões sobre a necessidade de racionalização e descentralização da Administração Pública. Qualitativamente, o que diferencia de forma mais contundente a afirmação da necessidade de se superar uma Administração burocrática para uma forma gerencialista é quanto ao conceito de interesse coletivo de cada uma.

Para a Administração Pública Burocrática, o interesse público é frequentemente identificado com a afirmação do poder do Estado. Ao atuarem sob este princípio, os administradores públicos terminam por direcionar uma parte substancial das atividades e dos recursos do Estado para o atendimento das necessidades da própria burocracia, identificada com o poder do Estado. O paradigma gerencial contemporâneo, fundamentado nos princípios da confiança e da descentralização da decisão, exige formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade. Contrapõe-se à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional².

2 BRASIL. **Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE**. Brasília: 1995. p. 17. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/plandi.htm>. Acesso em 13 de julho de 2016.

Mais de 20 anos da discussão posta no Congresso sobre a mudança de paradigma da Administração Pública, nem tudo presente naquele Plano Diretor pode ser dado como uma verdade aplicada como solução ampla e inexorável para os problemas da burocracia pública. Por outro lado, a instituição de novos comportamentos dentro de órgãos setoriais da Administração, como o RDCC no âmbito da PGFN, evidencia as tentativas de racionalizar uma das formas de obtenção de receita do Estado para afetar diretamente no aumento de da qualidade dos resultados obtidos.

2 O PANORAMA ATUAL DA DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO E A PROPORCIONALIDADE ENTRE O NÚMERO DE EXECUÇÕES COM O MONTANTE A SER RECUPERADO

Fatos supervenientes, inclusive relacionados às mudanças contínuas dos instrumentos de operabilidade da sociedade, criam a necessidade da aferição destas condições a qualquer momento do processo. A realidade atual constatada pela Coordenação de Crédito da PGFN foi sobre a maior concentração de demandas na faixa dos devedores de até R\$ 1 milhão.

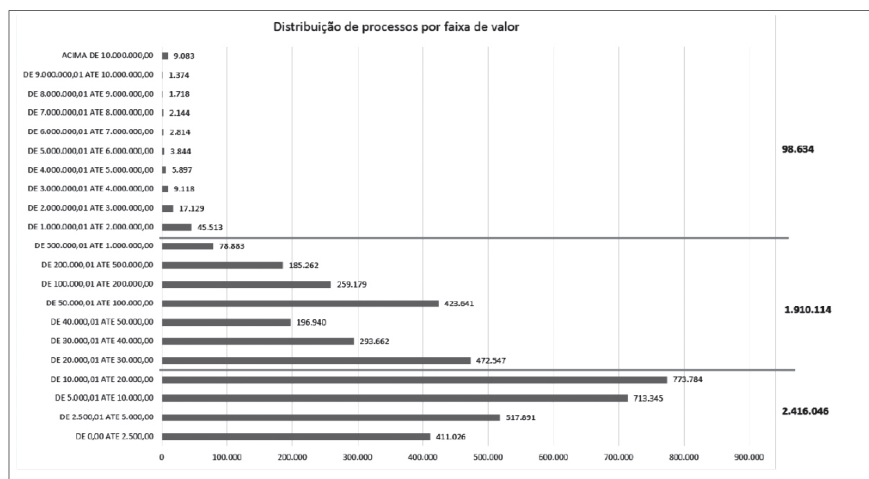


Figura 1 - Número de inscrições por faixa de valor (Fonte: Anexo explicativo da Portaria nº 0396/2016 da PGFN)

Por outro lado, quando se cria um novo gráfico para o valor pecuniário que efetivamente possa ser recuperado em cada faixa, não há uma correspondência entre a verificação objetiva do número de demandas. Os devedores da faixa acima de R\$ 1 milhão possuem juntos um montante

consideravelmente superior ao montante somado das outras duas faixas em conjunto. Ilustra-se abaixo novo gráfico para a questão:

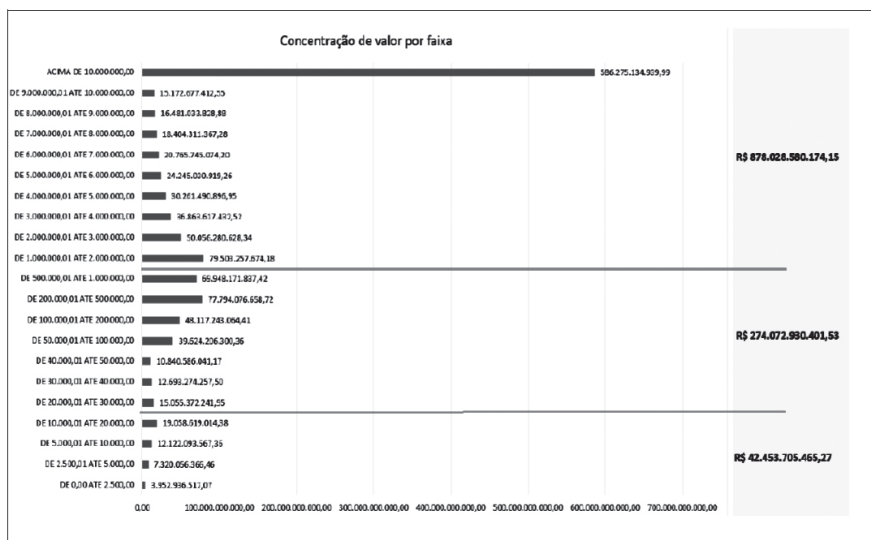


Figura 2 - Montante dos créditos executados a ser recebido por faixa (Fonte: Anexo explicativo da Portaria nº 0396/2016 da PGFN)

Atendendo ao corolário de celeridade processual e com voga em tempos de contingenciamento orçamentário, não se pode desprezar o desenvolvimento das ferramentas tecnológicas e da busca do real retorno do crédito, continuando, assim, a tratar todos os contribuintes de maneira idêntica.

A taxa de eficiência na Execução Fiscal não pode ser correlacionada com o número de processos despachados pelo procurador em determinado período de tempo. Deve haver uma correlação entre eficiência e retorno real do crédito para os cofres públicos.

Fica claro que há um número expressivamente menor de processos na faixa dos devedores acima de R\$ 1 milhão, e que representa uma porcentagem crítica quanto ao crédito devido com a União. É importante, acima de tudo, saber qual o número efetivo de demandas que as inscrições do primeiro gráfico resultaram, visto que grande parte das execuções possui como lastro mais de uma CDA. O gráfico abaixo colaciona o número efetivo de execuções fiscais em trâmite:

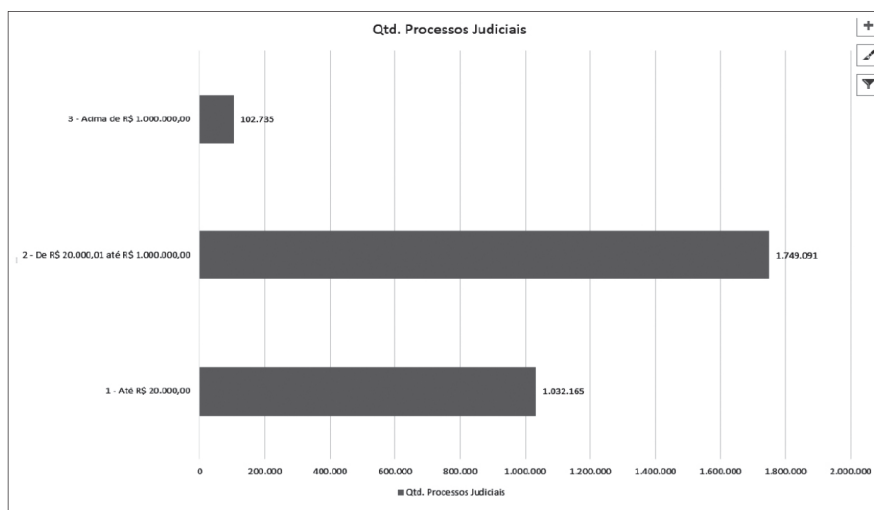


Figura 3 – Número de processos por faixa de devedor (Fonte: Anexo explicativo da Portaria nº 0396/2016 da PGFN)

Ao calcularmos as representações de proporcionalidade, chegamos ao assombroso resultado de que **102.735 Execuções Fiscais da Faixa 03** representam **03% do total de Execuções em curso**, e o seu montante de crédito representa **73% do valor da Dívida Ativa da União (R\$ 878.028.580.174,15)** – vide correlação proporcional entre os gráficos da Figura 3 e 2.

A criação de formas diferenciadas de cobrança, visando agora uma aproximação maior com o contribuinte e suas condições de recuperabilidade, afastam a mensuração de eficiência em meros quantitativos de expediente.

Erige-se o foco da cobrança através do vislumbre de possibilidade de garantias, pagamentos, parcelamentos, indisponibilidades, decisões favoráveis, conversões em renda ou transformações em pagamento definitivo, teses uniformizadas de forma favorável, entre outros.

3 O CRESCIMENTO DAS DESPESAS PÚBLICAS E SUA RELAÇÃO COM AS MODALIDADES DE OBTENÇÃO DE RECEITA DO ESTADO

A busca pelos meios de maior geração de Receitas para os entes públicos está intimamente relacionada com as teorias acerca do crescimento das despesas públicas e as atribuições econômicas do Estado.

Em um Estado no modelo de Bem-Estar Social, a preocupação na contenção dos *déficits* públicos é quase que unânime, e a tomada de medidas de distribuição de renda que se desvinculam dos meios usuais de geração de receitas usualmente são permeadas de críticas.

De forma não uníssona, correntes econômicas surgem no curso da história para tentar explicar os anseios arrecadatórios do Estado. Sinteticamente, abordar-se-á as principais, mas de uma maneira não exauriente sobre o assunto. São as seguintes: neoclássicas, keynesianas e neoinstitucionalistas (ou burocráticas).

A premissa mais famosa da corrente neoclássica sobre o crescimento das despesas é o enunciado da “Lei do crescimento incessante das atividades estatais”, formulada pelo economista Adolf Wagner em 1880.

Transcreve-se abaixo seu enunciado básico: “À medida que cresce o nível de renda em países industrializados, o setor público cresce sempre a taxas mais elevadas, de tal forma que a participação relativa do governo na economia cresce com o próprio ritmo econômico do país” (REZENDE DA SILVA, 1979).

Para Bird, quem verificou a aplicação desta lei em algumas economias ocidentais, três causas determinantes trazem em evidência essa formulação: o crescimento das funções administrativas e de segurança; as maiores demandas por bem-estar social, principalmente em educação e saúde; e maior intervenção direta e indireta do governo no processo produtivo.

A ação intervencionista do Estado é concebida para neutralizar certos excessos monopolizadores de parcelas do setor privado (GIACOMONI, 2012). A escola neoclássica ponderou de boa forma que há um gasto em despesas públicas quando o Estado decide realizar medidas de atuação e regulação econômica, pois são típicas medidas que não auferem renda direta para o ente público. O que existe é uma forma de estabilizar o mercado e impedir o desbalanço econômico pelos excessos privados.

Essa crítica dos neoclássicos se dá, ao que peso, pela descrença de que seria possível incluir nas medidas, tanto as regulatórias como as arrecadatórias, mecanismos racionalizadores. Os serviços públicos, de forma geral, são pouco suscetíveis a medidas de minimização de custos pela sua alta complexidade burocrática, e de certa forma desnecessária em alguns casos.

Cita-se um estudo de Peacock & Wiseman, dentro da obra de Giacomoni, que traz uma interessante hipótese divergente da de Wagner para o crescimento das despesas públicas. Transcreve-se aqui seu enunciado: “O crescimento dos gastos totais do governo de determinado país é muito mais uma função das possibilidades de obtenção de recursos do que da expansão dos fatores que explicam o crescimento da demanda de serviços produzidos pelo governo” (WISEMAN & PEACOCK, 1970).

A premissa atribuída pelos economistas ingleses reflete uma das realidades da instituição do RDCC. Quando as possibilidades para a recuperação de crédito se tornam escassas e são aliadas com o alto custo de manutenção de um processo no âmbito do Poder Judiciário, cria-se um custo de manutenção que impacta negativamente na manutenção da Administração Pública.

É possível antever que ao passo que ocorrerá um aumento de retorno dos créditos da dívida ativa da União, conseqüentemente será possível majorar rubricas imprescindíveis do Orçamento Público e até mesmo criar outras que não seria possível sem aquele recurso.

Por isso, a primeira crítica que se apresenta para o conceito neoclássico do aumento de despesas do Estado é acerca da impossibilidade na afirmação de que não há relações entre mecanismos de gestão e gerência para racionalizar os gastos públicos. Os entes da Administração Pública, integrantes da administração direta ou indireta e imbuídos de seu poder regulamentar para editar atos normativos, podem disciplinar suas organizações internas para adequar a burocracia do procedimento com o grau de eficiência almejado.

A perspectiva abordada pelo viés dos neoinstitucionalistas dinamiza ainda mais a questão. Movimento que se popularizou a partir da década de 1950 nos Estados Unidos, uma das correntes de maior ressoar neste plano de discussão, é o da *public choice*.

Para esta corrente, a principal causa do crescimento das despesas públicas é a diversidade existente entre o processo político e o processo de mercado. O político é estimulado a valorizar o processo de decisão enquanto o mercado atende diversamente aos anseios distributivos e é propenso a distribuir de forma mais desigual a renda (GIACOMONI, 2012).

Niskanen (2007) faz uma interpretação do burocrata no âmbito endógeno do Estado³. Há de se perquirir sob uma análise do burocrata (funcionário público) como o *maximizador* do Orçamento, pois este recebe do setor patrocinador (o Executivo e o Legislativo) os recursos programados nas legislações orçamentárias.

Através da proposta de Niskanen (2007), pode-se analisar o burocrata inserido na teoria da *public choice* pelo seguinte viés: por não ter propriedade sobre esse recurso ou resíduo fiscal, o burocrata tem o poder de escolha, podendo pender para uma aplicação voltada ao seu reduto pessoal (demonstração de eficiência interna para fins de promoção, progressão e poder de influência no órgão) como para o reduto da função pública (uma ótica macro sobre o impacto de sua atividade nos ramos coligados).

4 O REGIME DIFERENCIADO DE COBRANÇA DE CRÉDITOS (RDCC) COMO FORMA DE ATINGIR A META RACIONALIZADORA

A criação do procedimento administrativo do RDCC surge para compatibilizar a realidade atual de esperança de recuperabilidade do crédito da União. A suspensão dos processos, conforme apresentado de forma objetiva no título anterior, não representa uma medida arbitrária ou para mera redução do volume de trabalho das procuradorias.

Enquanto os processos estiverem suspensos, os contribuintes passarão por diversos procedimentos diligenciais, e que agora serão feitos de forma automatizada, enquanto os procuradores efetivamente trabalham nos processos de grande monta de crédito para acelerar sua recuperação.

O objetivo é que a PGFN assuma o protagonismo da cobrança, elegendo, a partir da análise da carteira de devedores (tempo da inscrição, natureza da dívida, capacidade de pagamento do devedor, comportamento do devedor e etc.), o meio mais apropriado para cobrança do crédito, seja judicial ou extrajudicial.

A maneira como a Execução Fiscal estava se procedendo, com viés meramente objetivo do número de processos e o quantitativo de despachos, tratava-se o crédito de uma forma extremamente burocratizada.

3 Essa interpretação está contida na obra *Bureaucracy and representative government*. [NISKANEN JR. William A. *Bureaucracy and representative government*. EUA: Aldine Transaction, 2007].

O RDCC exerce o papel de desburocratizar a maneira de cobrança dos créditos pela PGFN, tendo em vista que as diligências manuais realizadas pelos Procuradores e demais servidores em cada processo ocupavam demasiado tempo e quase sempre tinham insucesso por se tratarem de medidas meramente formais.

Não era raro diversos pedidos de BacenJud apenas para cumprir formalidades da ordem legal da preferência da penhora em dinheiro, mesmo sabendo que tal medida não teria sucesso. Com o constante atraso nas manifestações processuais, a inércia *deliberandi* ocasiona prejuízos irreparáveis para a efetiva recuperabilidade.

Visando a importância da interdisciplinariedade, foi por esse motivo que o presente artigo se interessou em perquirir conceitos do Direito Financeiro e do Orçamento Público antes de analisar a objetividade procedimental da Portaria e seus impactos no Processo Civil. O RDCC acrescenta ao trato do processo um conteúdo de gestão e gerência, objetivando uma maior racionalidade na busca pelo crédito executivo.

Justamente neste sentido, os Relatórios que serão elaborados no decurso de prazo de suspensão dos citados processos visam devolver diretamente ao Procurador os mecanismos de saída com maior eficácia para recuperar aquele crédito, com base na situação específica do contribuinte. Analisar a carteira individual é justamente dar um trato menos frio ao processo de execução e olhar as peculiaridades de cada contribuinte.

5 A DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO POR DISPOSIÇÃO EXPRESSA DA PORTARIA

Pela razão exposta acerca da criação de um novo meio administrativo de tratamento da execução, tem-se coerente os arts. 2º e 3º da Portaria nº 396/2016, tratando acerca da desnecessidade da citação do devedor para o requerimento de suspensão.

DO PROCEDIMENTO ESPECIAL DE DILIGENCIAMENTO PATRIMONIAL

Art. 2º. Os devedores com execuções não garantidas por depósito, seguro garantia ou carta de fiança serão submetidos a Procedimento Especial de Diligenciamento Patrimonial – PEDP, não se lhes aplicando o diligenciamento previsto no Manual de Procedimentos da PGFN para localização de Bens e Devedores.

Parágrafo único. A dispensa de que trata o caput não se aplica aos

devedores com valor consolidado acima de 15 milhões de reais, que serão submetidos ao diligenciamento previsto no art. 7º, II, desta Portaria.

Art. 3º. O Procedimento Especial de Diligenciamento Patrimonial - PEDP constitui consulta sistemática e periódica às bases de dados patrimoniais dos devedores, com vistas à localização de bens e direitos passíveis de expropriação judicial ou identificação de eventuais hipóteses de responsabilidade tributária ou não tributária.

A portaria recomenda alguns casos de excepcionalidade: quando o devedor se enquadra nas dívidas entre R\$ 1 milhão e R\$ 15 milhões; quando houver necessidade de inclusão do corresponsável; caso de dissolução irregular ou até mesmo em incidentes de desconsideração da personalidade jurídica.

Ressalta-se que a não citação definitivamente não fere os princípios do contraditório e da ampla defesa. Visa, inclusive, garantir que no momento de citação do executado, no caso do não pagamento espontâneo nos primeiros 05 dias ou ausente pendência de resolução de embargos ou exceção de pré-executividade, possa a União (Fazenda Nacional) já efetivamente se dirigir com as medidas eficazes e diretamente nos bens determinados pelo Relatório para a penhora e expropriação.

O executado se beneficia em demasia dos atrasos administrativos e das formalidades burocráticas tanto da legislação quanto do tratamento pelas Procuradorias dos processos em andamento. A ótica do RDCC sobre a execução é dar um olhar de gestão e gerência para o caótico mundo dos executivos fiscais. Apresenta-se tabela da portaria que instrui resumidamente como os Procuradores devem proceder quanto a necessidade ou não de citação.

Faixa de valor	Valor da execução	Efetiva Citação	Redirecionamento	Bacenjud/ Renajud	Suspende sem diligenciar	Faz as diligências do manual
1	Até 1 milhão	Não, só despacho	Não	Não	Sim	Não, constarão no RDP
2	Até 1 milhão	Não, só despacho	Não	Não	Sim	Não, constarão no RDP
2	Acima de 1 milhão	Sim	Sim	Sim	Sim	Não, constarão no RDP
3	Até 1 milhão	Não, só despacho	Não	Não	Sim	Sim, complementando o RDP
3	Acima de 1 milhão	Sim	Sim	Sim	Não	Sim, complementando o RDP

Tabela instruindo a necessidade ou não de citação para a suspensão conforme o RDCC (Fonte: Anexo explicativo da Portaria nº 0396/2016 da PGFN)

6 CONCLUSÃO: DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL À RACIONALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Norteia-se o processo civil como um todo através dos princípios da economicidade, celeridade e boa-fé processual. Esculpido diretamente na nova norma processual, tem-se por expresso o caráter da vedação do *venire contra factum proprium non postest* no comportamento das partes no decurso da demanda.

Disciplinam os arts 5º e 6º do Novo Código de Processo Civil que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” e “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. É evidente que o novo estatuto processual civil congrega uma importância maior ao princípio da boa-fé objetiva e da cooperação entre os atores processuais.

O moderno processo civil, ao ressaltar a cooperação, cria um sistema policêntrico, sem hierarquias, e que faz com que o magistrado deva ter o devido cuidado em analisar qual será a melhor decisão frente às inúmeras possíveis que possibilitarão a melhor resolução e adimplemento bem como as partes devem observar os deveres de diligência trazidos pela boa-fé objetiva. Cita-se aqui a compreensão de Stolze (2015):

Trata-se de princípio cuja aplicação não mais comporta recuos e que, ao lado do princípio do devido processo legal e do princípio do contraditório adequadamente redimensionado, compõe o esqueleto de sustentação do *processo cooperativo*, modelo processual já em vigor e cujas características tendem a ser significativamente realçadas no novo CPC. Aliás, bem pensada a situação, a *boa-fé objetiva* não é apenas uma norma de conduta a ser seguida pelos distintos sujeitos das diversas relações jurídicas, de direito material ou de direito processual, mas por todos aqueles que, de alguma forma, se relacionam, juridicamente ou não, com outras pessoas (STOLZE e VIANA, 2015).

Não há argumentos razoáveis frente ao princípio da cooperação para tratar a execução fiscal no clássico conceito *liebmaniano* de lide. Nem mesmo no plexo já superado da dialética *hegeliana* no processo. Ao instituir o RDCC como uma nova forma de encarar a execução através da carteira do contribuinte, tenta-se transformar o elemento burocrático e despessoalizado que é o processo de execução em uma ferramenta qualitativa e individualizada na busca pela recuperação do crédito exequendo.

Já em meados da década de 70, Hobsbawn (2002) infere que a crise do *Welfare State* deixou a política e a economia sem uma base de sustentação para explicar os problemas advindos de uma gestão social irracional e do uso exploratório do meio ambiente pelos mercados capitalistas do eixo industrial. Não houve o reconhecimento da natureza global de uma crise, o que traz como consequência políticos, economistas e empresários como incapazes de admitir que seus investimentos e decisões tivessem transformado em caráter permanente a conjuntura econômica (HOBSBAWN, 2002).

O Plano Diretor de Reforma do Estado, anteriormente citado como base da mudança para o paradigma gerencialista, possui forte influência de posicionamentos liberais ao acusar como um dos pilares do “engessamento da Administração Pública” o excessivo número de formalidades trazido pela Constituição de 1988 (SOUZA, 2012).

Independentemente das eventuais críticas à tendenciosa tomada irracional de posição econômica liberal pelo PDRAE, uma conclusão é correta e coerente para o atual estado de reforma da Administração: a ideia de correição adotada por um plano de reforma perpassa pela imprescindível presença da sociedade civil, através da efetiva participação com políticas educacionais e de cidadania. Cita-se observação de um artigo que analisa o intervencionismo do Estado sob a ótica mencionada:

Objetivavam traçar um novo paradigma de administração pública gerencial, com ênfase no controle de resultados, em detrimento do excessivo burocratismo que provocara um inchaço da máquina administrativa, colaborando para o desencadeamento da chamada crise fiscal, em fins da década de 1970. [...] O intervencionismo estatal não solucionou os problemas tipicamente liberais. Ao contrário. Quando da redação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho Estatal, muitos dos argumentos foram direcionados à forma incipiente como o Estado administrou tanto a economia como a prestação dos serviços públicos (SOUZA, 2012).

O RDCC estabelece este novel viés educacional e de maior participação dos órgãos operacionais da receita pública, criando ainda setoriais para atuações específicas e melhor direcionadas na persecução. Afeta a suspensão da execução fiscal pelo crivo objetivo do valor, dado às mensurações gráficas da representação da Dívida Ativa da União, apresentadas ao longo deste trabalho, como causas explicativas.

Contrapõe a ideia do funcionário público iluminista, como o exegeta de Montesquieu: *la bouche de la loi*. O que inicialmente poderia levar à

ideia de uma simples suspensão possui um complexo de razões bem mais abstratas, erigindo-se sustentações tanto do âmbito do anseio qualitativo para aumento do quantitativo em sede às reformas administrativas ansiadas como pelo viés econômico dos impactos no aumento de despesas do Estado e na possibilidade futura de alocação de gastos. E tudo isso em conformidade com a nova sistemática inaugurada pelo Novo Código de Processo Civil: o do modelo colaborativo de processo, ainda que já na fase de execução.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/plandi.htm>. Acesso em 13 de julho de 2016.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HOBBSBAWN, Eric. **A Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. 2. ed. São Paulo Companhia das Letras, 2002.

NISKANEN JR. William A. **Bureaucracy and representative government**. EUA: Aldine Transaction, 2007.

PEACOCK, Alan T.; WISEMAN, Jack. **The growth of public expenditure in the United Kingdom**. Princeton University Press, 1970.

REZENDE DA SILVA, Fernando A. **Finanças Públicas**. São Paulo: Atlas, 1979.

SOUZA, Bianca Tomaino de. Dezesesseis anos do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE): introdução à análise crítica sobre o papel do Estado brasileiro contemporâneo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 115-129, jul/dez. 2012.

STOLZE, Pablo; VIANA, Salomão. **Boa – fé objetiva processual: reflexos quanto ao atual CPC e ao projeto do Novo Código**. Bahia: Lex Magister, 2016. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_23930862_BOA_FE_OBJETIVA_PROCESSUAL>. Acesso em: 06 jun. 2016.

EMERGENCY POWERS E COMBATE AO TERRORISMO: FUNDAMENTO, PRÁTICA E CONTINUIDADES DO DISCURSO DE RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA PENAL IRLANDÊS

Luiz Felipe da Mata Machado Silva¹

RESUMO: Sustenta Agamben (2015) que é possível observar, no transcorrer do século XX, o desenvolvimento de um “estado de exceção permanente” nas democracias ocidentais, em que a emergência, que teoricamente fundamentaria a adoção de medidas restritivas de direito apenas em momentos de crise, é de tal forma generalizada que se transforma em uma *técnica de governo*. O discurso da segurança se torna endógeno ao direito, passando a fundamentar a suspensão constante do ordenamento em nome da proteção ao Estado. O presente artigo busca analisar, utilizando-se o filósofo italiano como marco teórico, o contexto histórico da edição dos *emergency powers* – atos legislativos que asseguravam amplos poderes à polícia no combate ao IRA – na Irlanda, buscando analisar as razões de sua perenidade e quais suas heranças deixadas nas garantias aos acusados da prática de crime, especificamente em relação ao tráfico de drogas. Sustenta-se que as medidas restritivas de direito, antes voltadas a um sujeito ativo delimitado – os simpatizantes da ideologia republicana –, tornam-se difusas, dentro de um contexto em que o *controle social*, sempre pautado no discurso da segurança, é privilegiado, em detrimento à proteção de direitos individuais.

Palavras-chave: Emergency powers. Direitos fundamentais. Estado de exceção. Irlanda.

EMERGENCY POWERS AND THE FIGHT AGAINST TERRORISM: JUSTIFICATION, PRACTICE AND CONTINUITY OF THE RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS DISCOURSE IN THE IRISH PENAL SYSTEM

1 Procurador do Distrito Federal. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. E-mail: felipematamachado@gmail.com

ABSTRACT: Agamben (2015) argues that it is possible to notice, through the course of the 20th Century, the development of a “permanent state of exception” in the western democracies, in which emergency, which in theory would justify the adoption of right-restricting measures only in moments of crisis, is in a way widespread, it becomes a government technique. The discourse of safety and defense becomes endogenous to law, and moves on to justify the constant suspension of ordering, in the name of the protection of the State. This article intends to analyze, supported by the theoretical framework of the Italian philosopher, the historical context of the issuance of the emergency powers – legislative acts which assured the police a wide array of powers in fighting the IRA – in Ireland, while trying to describe the reasons for its continuity and its inheritances in the penal system, specifically in what concerns drug trafficking. It is claimed that right-restricting measures, which were previously directed to a delimited active subject – the sympathizers of republican ideology – become diffuse, within a context in which social control, always supported by the discourse of safety and defense, is privileged, at the expense of the protection of individual rights.

Key words: Emergency powers. Fundamental Rights. State of emergency. Ireland.

1 APRESENTAÇÃO

O totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal, que permite a eliminação física não só dos adversários políticos mas de categorias inteiras de cidadãos que por qualquer razão não sejam integráveis no sistema político. **A criação voluntária de um estado de emergência permanente** (mesmo se eventualmente não declarado em sentido técnico), **tornou-se**, desde então, **uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, mesmo dos chamados democráticos.**

Perante a progressão imparável daquela a que se chamou “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende cada vez mais a tornar-se o paradigma de governo dominante na política contemporânea (AGAMBEN, 2010, p. 13, grifo nosso).

Segundo Agamben (2010), entre o período que antecede a primeira guerra mundial até o final da segunda, os Parlfamentos europeus deslocaram aos Executivos amplos poderes para atuar em situações que, sob o argumento da urgência/risco, lhes permitiria exercer a

violência titularizada pelo Estado sem a intermediação do Direito. Em tais circunstâncias limítrofes, em que se atribui ao soberano o poder de suspender a ordem jurídica, bem como o de julgar seus próprios atos praticados nesse ínterim, está caracterizado o *estado de exceção*, que permite sujeitar a *vida* (zoé)² dos súditos diretamente aos poderes do soberano sem que qualquer intermediação da ordem jurídica – que se encontra suspensa – seja possível.

Ao recontar esse percurso histórico em “Estado de Exceção” (AGAMBEN, 2010), busca o filósofo italiano compreender como medidas que, editadas para fazer frente a uma situação excepcional, foram se perenizando, se generalizando. Em outros termos, como o estado de exceção foi progressivamente deixando de fazer referência a uma situação emergencial para fundamentar um novo paradigma, em que a “segurança” (*paradigma da segurança*) coloca-se como elemento central do Estado – mesmo em países que se autodenominam democráticos. O medo/risco deixa de ser um elemento eventual para fundamentar uma nova *técnica sistemática de governo* (AGAMBEN, 2015)³.

Agamben centra sua análise nas potências europeias que serão responsáveis por desencadear as duas guerras mundiais. Contudo, esse movimento em direção ao paradigma da segurança pode ser observado, igualmente, fora do eixo inicialmente proposto. A Irlanda, nesse sentido, em razão dos poderes excepcionais (*emergency powers*) conferidos à Gardá (polícia) para o combate ao IRA (do inglês *Irish Republican Army* – exército republicano irlandês), que permearam todo o século XX, e deixaram marcas indeléveis no sistema penal do país, é um exemplo rico a ser explorado.

2 Segundo Agamben, os gregos distinguiam a palavra “vida”, unificada na modernidade em um mesmo significante, em duas: a) a zoé, que fazia referência à vida natural; ao ato de existir como um ser-vivente; b) da bios, uma vida qualificada pelo pertencimento a uma coletividade. O filósofo italiano afirma que Aristóteles, ao estabelecer a vida em coletividade como o exemplo da virtude, faz referência à bios, que é a vida na pólis (AGAMBEN, 2002). O Estado de exceção, por sua vez, “sobre o qual o soberano decide todas as vezes, é precisamente aquele no qual a vida nua (zoé), que, na situação normal, aparece reunida às múltiplas formas de vida social, é colocada explicitamente em questão como fundamento último do poder” (AGAMBEN, 2015, p. 15).

3 “E isso não tanto ou não apenas porque o poder não tem, hoje, outra forma de legitimação que não seja a emergência, e por todos os lugares e continuamente faz apelo a ela e, ao mesmo tempo, trabalha secretamente para produzi-la [...], mas também e, sobretudo, porque, nesse ínterim, a vida nua, que era o fundamento oculto da soberania, tornou-se por toda a parte a forma de vida dominante. A vida, no estado de exceção tornado normal, é a vida nua que se separa em todos os âmbitos as formas de vida de sua coesão em uma forma-de-vida. A cisão marxiana entre o homem e o cidadão sucede, assim, aquela entre a vida nua, portadora última e opaca da soberania, e as múltiplas formas de vida abstratamente recodificadas em pessoas jurídico-sociais (o eleitor, o trabalhador dependente, o jornalista, o estudante, mas também o soropositivo, o travesti, a estrela pornô o idoso, o progenitor, a mulher), que repousam todas nela” (AGAMBEN, 2015, p. 16).

O presente artigo pretende fazer uma breve exposição sobre as razões que ensejaram a edição dos *emergency powers* na Irlanda; demonstrar como seu uso se fez recorrente durante todo o século XX; bem como buscar compreender em que medida é possível observar continuidades e descontinuidades em relação à extensão desses poderes no combate a outros crimes, especificamente o tráfico de drogas. Sustenta-se que os *instrumentos de restrição a direitos estabelecidos* a partir da década de 1990 no combate ao tráfico, notadamente a possibilidade de prisão sem mandado judicial, são heranças de um sistema de persecução penal que convivera com excessiva concentração de poderes no Executivo. Mas, ao serem aplicados em um contexto em que se busca reprimir não uma situação excepcional, como o combate ao IRA, mas condutas absolutamente generalizadas na sociedade, como o uso de drogas, necessariamente merecem ser ressignificados. Há, no caso, a generalização de uma prática cujo fundamento era a exceção, demonstrando-se que a própria exceção se transformou em regra – sugerindo, pois, a materialização do *paradigma da segurança*, nos termos traçados por Agamben.

2 A INDEPENDÊNCIA DA IRLANDA E A ORIGEM DOS EMERGENCY POWERS

Em 1921, os representantes do recém-instituído Parlamento irlandês, *Dáil Éireann*⁴, assinam tratado com a Inglaterra, denominado “*Articles of Agreement for a Treaty Between Great Britain and Ireland*”, com o objetivo de colocar fim à guerra de independência da Irlanda, iniciada em 1916. “*The Treaty*”, como ficou conhecido o acordo, analisado sob o aspecto da memória da população, é considerado como o momento de independência do país. Contudo, o ato ainda mantinha a ilha como membro autônomo da *commonwealth*, o que lhe traria uma série de repercussões quanto à sua verdadeira autonomia.

Assim, por um lado, gozava da prerrogativa de se organizar internamente por meio de um poder legislativo eleito pelos irlandeses e

4 Em 1918, o *Sién Fien*, partido nacionalista fundado em 1905 com o objetivo de lutar institucionalmente pela independência da Irlanda, foi o maior vencedor (irlandês) das eleições para o Parlamento Britânico de Westminster. Com isso, declarou unilateralmente a independência do país, o que gerou imediata reação dos ingleses e dos unionistas situados, especialmente, na província de Ulster. Em 1921, após sangrentos episódios, David Lloyd George, então primeiro-ministro inglês, decide negociar os representantes do *Dáil Éireann*, o Parlamento irlandês. Eamon de Valera, presidente do órgão representativo irlandês, consciente de que não conseguiria impor aos ingleses a independência da ilha, encaminhou como representantes do *Sién Fien* Michael Collins e Arthur Griffith, que, por assinarem o *The Treaty*, entraram para a memória dos irlandeses como heróis, para alguns; traidor, para outros (BARDON, 2009).

sem a presença ostensiva das Forças Armadas Metropolitanas⁵. Por outro, como reflexo de seu *status* de domínio inglês, não de um Estado autônomo, eram ainda visíveis diversas ingerências de *Westminster* sobre a ilha. A tal ponto de o “*Treaty*” prever a possibilidade da chefia da Administração ser atribuída a um Governador-Geral nomeado pela Inglaterra – ingerência que acabou não se efetivando, já que não era interessante à metrópole intervir em um país em meio a uma sangrenta guerra civil. *Westminster* impôs, ainda, uma série de exigências de cunho moral aos representantes do *Dáil Éireann*, como de fazer constar, na futura Constituição a ser positivada no país, a submissão do povo irlandês à Coroa Britânica.

A mais grave das exigências, contudo, dizia respeito à manutenção de seis dos nove condados da província do Ulster, situada no nordeste da ilha, como parte do império britânico⁶. A região, onde, desde Henrique II, a Inglaterra invadira de forma mais efetiva⁷, notabilizava-se, como a mais industrializada da Irlanda, especialmente por sua poderosa indústria naval – onde foi construído o Titanic. A divisão da ilha, resultado do sangrento e naturalizado imperialismo britânico, será o fato que marcará toda a história de conflitos na Irlanda durante o século XX, colocando, em lados opostos, os nacionalistas-republicanos, que buscam unificar a Irlanda, com os unionistas, favoráveis à Coroa.

Com fundamento no mencionado tratado, em 6 de dezembro de 1922, entrou em vigor a Constituição do *Free State of Ireland*, como explica Hogan (2012, p. 1):

5 Veja-se o teor do Tratado em análise: “Ireland shall have the same constitutional status in the Community of Nations known as the British Empire as the **Dominion** of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, and the Union of South Africa, with a Parliament **having powers to make laws for the peace, order and good government of Ireland and an Executive responsible to that Parliament, and shall be styled and known as the Irish Free State.**” (Grifo nosso). Disponível em: <http://multitext.ucc.ie/d/Articles_of_Agreement_as_signed_6_December_1921>. Acesso em: 21 ago. 2015.

6 Vejam-se os termos exatos do *The Treaty*: “Until the expiration of one month from the passing of the Act of Parliament for the ratification of this instrument, the powers of the Parliament and the Government of the Irish Free State shall not be exercisable as respects Northern Ireland and the provisions of the Government of Ireland Act, 1920, shall so far as they relate to Northern Ireland remain of full force and effect, and no election shall be held for the return of members to serve in the Parliament of the Irish Free State for constituencies in Northern Ireland, unless a resolution is passed by both Houses of the Parliament of Northern Ireland in favour of the holding of such election before the end of the said month”. Disponível em: <http://multitext.ucc.ie/d/Articles_of_Agreement_as_signed_6_December_1921>. Acesso em: 21 ago. 2015.

7 Por meio do Tratado de Windsor (1175), Henrique II impôs à Irlanda a aplicação das leis britânicas a seu território, ingerência que somente veio a se extinguir definitivamente em 1949, com o reconhecimento da Irlanda como uma República independente.

The Constitution of Irish Free State entered into force on December 6, 1922 after six turbulent years that saw rebellion against British rule, the success of the Sinn Féin party at the 1918 general election, the War of Independence, the partition of the island of Ireland and, ultimately, the Anglo-Irish Treaty of December 1921.

O Parlamento irlandês, ao positivizar *The Constitution of Irish Free State*, buscou afastar as exigências impostas pelo “*The Treaty*”, tanto em relação à possibilidade de intervenção da ex-metrópole nos assuntos da Ilha como nas constantes referências à sua submissão ao Rei *H. M. King George V*. Nesse sentido, como demonstra seu artigo 2º, buscou vincular a soberania estatal não à Coroa, mas ao povo irlandês, tentando acentuar as feições republicanas⁸ ao recém-criado “Estado”. Mas, especialmente, a Constituição teve como característica principal assegurar aos irlandeses, pela primeira vez, importante pauta de direitos civis (FITZGERALD, 1998).

Assim, foi assegurado o direito ao voto direto e secreto (artigo 14); à inviolabilidade de domicílio (artigo 7º); à liberdade de consciência, de religião e de associação (artigos 8º e 9º); bem como o direito à educação (artigo 10). Importante notar, ainda, a previsão do controle jurisdicional dos atos do Executivo e do Parlamento, requisito fundamental para a efetividade dos direitos fundamentais – além de mostrar-se como mais uma nítida oposição (simbólica) ao direito britânico, no qual inexistia o instituto (HOGAN, 2012).

O direito positivado no artigo 6º da Constituição interessa-nos mais de perto. Ao estabelecer a liberdade como um direito inviolável, somente admitia a sua limitação nas hipóteses previstas em lei, devendo o Poder Judiciário exercer o controle sobre o seu exercício. Veja-se⁹:

The liberty of the person is inviolable, and no person shall be deprived of his liberty except in accordance with law. Upon complaint made by or on behalf of any person that he is being unlawfully detained, the High Court and any and every judge thereof shall forthwith enquire into the same and may make an order requiring the person in whose custody such person shall be detained to produce the body of the person so detained before such Court or judge without delay, and to certify in

8 Nesse sentido, veja-se o artigo 2º da Constituição em análise: “All powers of government and all authority, legislative, executive, and judicial, in Ireland are derived from the people of Ireland, and the same shall be exercised in the Irish Free State (Saorstát Éireann) through the organizations established by or under, and in accord with, this Constitution”. [*Constitution of the Irish Free State (Saorstát Éireann) Act. 1922*. Disponível em: <<http://www.acts.ie/en.act.1922.0001.2.html>>. Acesso em: 21 ago. 2015.].

9 Acts of the Oireachtas. Constitution of the Irish Free State (Saorstát Éireann) Act. 1922. Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/1922/act/1/enacted/en/print.html>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

writing as to the cause of the detention and such Court or judge shall thereupon order the release of such person unless satisfied that he is being detained in accordance with the law.

Assevera Fitzgerald (1995) que os direitos estabelecidos entre os artigos 6 e 10 da Constituição de 1922 são, essencialmente, os mesmos previstos pela Constituição vigente, promulgada em 1937, o que demonstra não apenas o seu pioneirismo como, especialmente, sua extensão e complexidade. Mais que isso, representaram a inserção da Irlanda, pela primeira vez, como um Estado moderno, herdeiro das revoluções liberais do final do século XVIII, uma vez que, até então, o povo irlandês somente estava sujeito às forças armadas britânicas, sem estar amparado por qualquer pauta de direitos.

3 A ESTABILIDADE DOS *EMERGENCY POWERS* NO DIREITO IRLANDÊS

As tensões que se seguiram à celebração do *The Treaty*, contudo, acabaram por ensejar uma guerra civil na ilha, colocando em lados opostos aqueles que lutaram pela sua independência¹⁰. Entre 1922 e 1923, é provável que tenha havido mais mortes na Irlanda do que durante a guerra de independência (BARDON, 2009). E, sob esse pretexto, os *Nacionalistas* instituíram os *emergency powers*, que concediam poderes excepcionais ao Estado para enfrentar o conflito, permitindo julgamentos e, inclusive, execuções sumárias – dos *Republicanos*.

A partir de então, a edição dos *emergency powers* será uma constante na Irlanda, especialmente no Ulster, mas, também, no Eire, estendendo-se de 1939 até 1995, ininterruptamente¹¹ – considerando-se apenas o período pós-constituição de 1937. As graves crises sociais oriundas da manutenção de parcela do nordeste da ilha como parte do império inglês, que se desencadearam em diversos conflitos armados entre os unionistas, as forças armadas britânicas e o IRA, serão sempre utilizadas como

10 O *Seinn Fein*, que, entre 1916 e 1921, foi capaz de agregar todas as forças políticas irlandesas em torno do objetivo comum – a independência em relação à Inglaterra –, sofreu importante cisão a partir do fim da guerra civil [LEE, 2006], que colocou em lados opostos os Nacionalistas, que apoiaram o *The Treaty*, e os Republicanos, que lutaram pela sua rejeição.

11 O primeiro *emergency power* foi editado por De Valera em 1939, tendo sido objeto de três emendas. O ato teve sua vigência limitada até 1946, com o fim da Segunda Guerra Mundial. Contudo, o Estado de emergência instaurado, com base no artigo 28.3.3 da Constituição Irlandesa, continuou vigente até 1976, quando nova lei antiterrorismo foi editada (*Emergency Oower Bill*, 1976). E, mais uma vez, se a vigência do novo ato era de 20 meses, o Estado de Emergência por ela inaugurado se estendeu até 1995, conferindo ao Executivo o exercício de uma série de poderes no combate ao IRA.

fundamento para a limitação de direitos fundamentais, admitindo-se, inclusive, julgamentos sumários dos acusados de pertencerem ao exército armado republicano.

Nesse sentido, como leciona Greenei (2012), como os *emergency powers* estiveram vigentes no Eire de 1939 a 1995, são, portanto, mais constantes que os momentos de “normalidade”, descaracterizando a sua excepcionalidade. Donohue (2007) vai além. Para a autora, toda a história da Irlanda é marcada pela concentração de poderes repressivos nas mãos do Estado, seja no Norte ou no Sul do país, o que implica em grave dano à consolidação de uma política ostensiva de proteção aos direitos fundamentais¹². Veja-se:

“The story of Irish history is a tale punctuated by the assumption and exercise of extraordinary State power. From the 1351 Treason Act and Coercion Acts of the nineteenth century, through the 1998 Northern Ireland (Emergency Provisions) Act, political forces repeatedly turn to the codification of emergency powers as means to secure extensive powers of entry, search and seizure, the waiving of the right to silence, and the imposition of limits on freedom of movement have marked – and continue to characterize – emergency law vis-à-vis Ireland.” (DONOHUE, 2007, XIX).

A Constituição de 1937 é, nesse contexto, um marco decisivo, tornando-se necessário tecer breves comentários sobre sua estrutura e contexto histórico.

4 A CONSTITUIÇÃO DE 1937 E OS EMERGENCY POWERS

A Constituição Irlandesa vigente, *Bunreacht na hÉireann*, foi aprovada pelo Parlamento irlandês em 14 de junho de 1937. Submetida a referendo nesse mesmo ano, foi acolhida por 56% dos eleitores. A *Bunreacht na hÉireann* foi pensada por *Eammon de Valera*, presidente da Irlanda à época, como uma oposição ao tratado firmado por *Michael Collins* e *Arthur Griffith* em 1921, já que, para o mais importante e controverso político irlandês do

12 Ogan (2008), nesse sentido, observa que a lei que regulamenta as prisões na Irlanda data de 1947, após forte pressão popular contra o tratamento desumano dado pelo *Sienn Fein* aos militantes do IRA durante a Segunda Guerra mundial. A norma então editada por *De Valera* tinha como objetivo evitar a perda do apoio dos simpatizantes dos republicanos ao partido governista. Não se tratava, portanto, de uma lei pensada com base em adequada política criminal. Mas, ainda assim, sua alteração somente se deu em 2007.

século XX, *The Treaty* significou não apenas a perda de território para os ingleses, mas, ainda, a perpetuação do poder da Coroa sobre a Irlanda¹³.

Com efeito, os primeiros artigos da nova Constituição têm como objetivo exatamente reforçar a ideia de *nação*, titularizada por um povo que compartilha uma origem e tradições comuns, especialmente a língua irlandesa, adotada como oficial¹⁴ – embora pouco falada na ilha.

Contudo, *De Valera* teve, igualmente, que se valer de técnicas semelhantes àsquelas utilizadas pelos constituintes de 1922 com o objetivo de afastar a condição – ainda presente – de *domínio* da Irlanda¹⁵, pois, como se sabe, apenas em 1949 o país veio a se declarar uma república independente da Grã-Bretanha. Assim, se em seu artigo 6º, a Constituição afirma que o Estado irlandês é *livre, soberano e democrático*, seu artigo 5º regulamenta as relações externas do Eire, mantendo as portas abertas para a *Commonwealth*.

A Constituição estabelece, ainda, a tripartição dos poderes (artigo 6º), assegurando ao Judiciário independência para a atribuição de suas funções (art. 35) bem como mantém a possibilidade de analisar a constitucionalidade das leis. A chefia do governo é conferida ao primeiro-ministro (art. 28), nomeado pelo presidente da República, e cuja permanência no cargo depende da aquiescência do Parlamento – a *Oireachtas*. A *Oireachtas*, por sua vez, é composta por duas Casas Legislativas, o Senado (*Seanad Éireann*) e a Câmara dos Deputados (*Dáil Éireann*), competindo ao presidente da

13 Em seu discurso na *Dail*, em 1921, no momento de discussão do acordo, De Valera assim se pronunciou: “I am against this Treaty [...] I wanted, and the Cabinet wanted, to get a document we could stand by [...] That document makes British authority our master in Ireland [...] If the representatives of the Republic should ask the people of Ireland to do that which inconsistent with the Republic, I say they are subverting the Republic. It would be a surrender [...] to sing our names to the most ignoble document that could be sign.” (BARDON, 2009, p. 469).

14 “Article. 1. The Irish nation hereby affirms its inalienable, indefeasible, and sovereign right to choose its own form of Government, to determine its relations with other nations, and to develop its life, political, economic and cultural, in accordance with its own genius and traditions.”

“Article 8

1. The Irish language as the national language is the first official language.

2. The English language is recognised as a second official language.”

15 Sobre o tema, anota Fitzgerald (1995, p. 30) que: “Thus, whereas other Dominion constitutions derived the authority for government from the Crown – for example, the Canadian Constitution stated that the Executive Government and authority over Canada is hereby declared to continue and to be vested in the Queen – Article 2 of the Irish Free State Constitution as enacted stated unambiguously that ‘(a)ll powers of government and all authority legislative, executive and judicial in Ireland, are derived from the people of Ireland.’ Strong opposition from the British Government to this wording was overcome during these negotiations”.

República, além da representação do Estado, a sanção das leis aprovadas pelos legisladores. Outra importante – e controversa – característica da *Bunreacht na hÉireann* é a necessidade de referendo para aprovação de emenda a seu texto¹⁶.

Diferentemente da Constituição do *Irish Free State*, os direitos fundamentais vêm enunciados apenas no artigo 40 da *Bunreacht na hÉireann*, deixando simbolicamente claro que a organização do Estado é a sua tarefa essencial. A Constituição, depois de reconhecer a igualdade de todos perante a lei, adota a seguinte classificação para os direitos humanos: *direitos da pessoa* (art. 40); *da família* (art. 41); *à educação* (art. 42); *à propriedade privada* (art. 43). O rol, embora restrito, vem sendo ampliado pela Suprema Corte Irlandesa, que, no precedente *Ryan -v- Attorney General*, adotou a teoria da existência de *direitos fundamentais não enumerados*.

Nota-se, em síntese, que a Constituição irlandesa articula, por um lado, o princípio democrático, pois a nomeação da *Oireachtas* e do presidente e, conseqüentemente, do primeiro-ministro, está sujeita a eleições diretas, em que os cidadãos são colocados em igualdade de condições no pleito. Por outro, ao atribuir ao Poder Judiciário, alheio às disputas políticas, o dever-poder de controlar a efetividade dos direitos fundamentais, é possível falar em constitucionalismo.

Contudo, dois dispositivos vêm preocupando os constitucionalistas irlandeses. Em primeiro lugar, trata da possibilidade da instalação, por meio de lei, de uma justiça *especial* para as hipóteses em que a justiça *ordinária* não se apresentar adequada para o julgamento de determinado(s) delito(s) – tribunal que foi criado pelo *Offences Against State Act, 1939*, e se tornou uma constante na vida política da Irlanda, muito embora com interrupções. Em segundo lugar, e este é o objeto do presente ensaio, a autorização constitucional ao Poder Executivo, nas hipóteses estabelecidas em lei, de restringir os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição em momentos de guerra ou conflito interno. Essa hipótese

16 Ainda segundo Fitzgerald, a possibilidade de aprovação de emenda constitucional por meio de referendo é uma forma adequada de se assegurar o princípio dos *checks and balances*, já que assegura ao povo a possibilidade de controlar o exercício da jurisdição pela Suprema Corte. Veja-se: “What is particularly interesting about this process, as it has operated in Ireland, is that it seems to provide a better system of checks and balances than exist elsewhere. The Houses of Oireachtas have function of monitoring and controlling the Executive’s legislative proposals – a role that is, however, constrained by the Executive’s command of majority in the Dáil and normally also in the Seanad. The courts in turn monitor and control the legislation enacted by the Oireachtas. And if the Executive and Legislature are unhappy with decision of the courts they can appeal to the people by way of referendum – and the electorate has the last word” [FITZGERALD 1995, p. 30].

é positivada pelo artigo 38.3.3, tendo sofrido três emendas, nos anos de 1939¹⁷, 1941 e 2001. Veja-se sua atual redação:

28.3.3o. Nothing in this Constitution other than Article 15.5.2° shall be invoked to invalidate any law enacted by the Oireachtas which is expressed to be for the purpose of securing the public safety and the preservation of the State in time of war or armed rebellion, or to nullify any act done or purporting to be done in time of war or armed rebellion in pursuance of any such law.
[...]

Em uma primeira análise, trata-se de dispositivo rotineiro em Constituições modernas. A sua recorrente utilização é, segundo Greenei (2012), o que demonstra a gravidade da situação. Especialmente porque as hipóteses autorizativas, bem como os poderes atribuídos ao Executivo de limitar direitos fundamentais são criados por lei, sem que a Constituição estabeleça qualquer restrição à sua amplitude – e a Suprema Corte irlandesa já se pronunciou favoravelmente às limitações impostas pelos *emergency powers*, em mais de um julgamento, exatamente sob o argumento de que a Constituição autoriza a hipótese, com base no artigo 38.3.3.

Nesse sentido, Hogan (2012) anota que a Comissão instituída por *De Valera* para redigir a Carta Política do Eire buscou assegurar amplos poderes ao Executivo para lidar com situações de guerra ou rebelião, podendo estabelecer não apenas Cortes Especiais, mas também leis específicas aplicáveis a situações que o Parlamento entender conveniente. Veja-se a conclusão da mencionada comissão:

We are of opinion the Article 'A' in its present form is not a proper one for retention in the Constitution. We suggest that it should be replaced by a simple Article which would enable the Oireachtas, by ordinary legislation, to empower an Executive to take any measures necessary to deal effectively with a state of public emergency not amounting to armed rebellion or a state of war, including, when necessary, the temporary suspension of many Articles of the Constitution which under normal conditions are rightly regarded as fundamental."
(HOGAN, 2012, p. 42, grifo nosso).

17 A primeira emenda que alterou o dispositivo permitiu a sua utilização em momentos de guerra mesmo quando a Irlanda mantivesse sua neutralidade. Trata-se de manobra utilizada por De Valera para utilizar dos poderes excepcionais mesmo na hipótese em que a Irlanda não se encontra em guerra.

Muito embora os termos técnico-jurídicos utilizados tanto pela Constituição como por sua Comissão redatora não deixem claro, pode-se afirmar que o objetivo principal dos poderes recém-instituídos, provavelmente o único, seria a contenção do IRA.

Nesse sentido, Bardón (2009) anota que *De Valera* fora um dos principais líderes dos insurgentes de 1922 e, por isso, sempre teve a intenção de estabelecer amplos poderes em suas mãos como forma de impedir que grupos armados – IRA – pudessem criar situações semelhantes às ocorridas durante a guerra civil contra o seu governo.

Em julho de 1939, com fundamento na tensão vivida pela Europa naquele momento, a *Oireachtas* aprova o *The Offences Against the State Act 1939*, que: a) criminaliza um amplo rol de condutas consideradas atentatórias ao Estado; b) estabelece hipóteses em que organizações serão consideradas criminosas; c) regulamenta a criação de Corte Especial para julgamentos de crimes para os quais a justiça comum seja considerada inadequada; d) fixa hipóteses em que a polícia poderá prender suspeitos de cometimento de quaisquer das condutas estabelecidas na lei em análise. Interessa ao presente artigo, mais de perto, a seção 30 do ato normativo, que permite a prisão, sem mandado, de qualquer pessoa que, de qualquer modo, seja suspeita de infringir quaisquer das disposições da lei, mantendo a pessoa incomunicável por 48 horas – limitação que, como se demonstrará, foi estendida pela Suprema Corte às infrações “comuns”, desvinculadas de qualquer ato “terrorista” no combate ao tráfico de drogas (KAINE, 1996).

Nota-se que todo o texto da norma procura conferir ampla discricionariedade ao Executivo, por meio da *Gardá*, de considerar uma conduta ou organização como criminosas, bem como de determinar a prisão, sem mandado, de qualquer pessoa que possa ser, de alguma forma, vinculada a tais condutas ou organizações. Fundamental notar, na ementa da Lei, os argumentos utilizados pelo governo irlandês para legitimar o cerceamento a direitos: a *garantia da ordem pública* e a *autoridade do Estado*¹⁸.

18 Veja-se: “An act to make provision in relation to actions and conduct calculated to undermine public order and the authority of the state, and for that purpose to provide for the punishment of persons guilty of offences against the state, to regulate and control in the public interest the formation of associations, to establish special criminal courts in accordance with article 38 of the constitution and provide for the constitution, powers, jurisdiction, and procedure of such courts, to repeal certain enactments and to make provision generally in relation to matters connected with the matters aforesaid. [electronic Irish Statute Book (eISB). *Offences Against The State Act*, 1939: number 13, sec 54. In: electronic Irish Statute Book (eISB). Irlanda, 1939. Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/1939/en/act/pub/0013/print.html#sec54>>. Acesso em: 21 ago. 2015.].

E, logo após a declaração de guerra da Inglaterra e da França ao III Reich, decorrentes da invasão da Polônia, *De Valera* utiliza-se do disposto no artigo 38.3.3 para positivar o *Emergency Power Act*, 1939, cujo objetivo era, novamente, “make provisions for securing the public safety and the preservation of the state in time of war and, in particular, to make provision for the maintenance of public order¹⁹”.

O *Emergency Power Act*, 1939, nos mesmos moldes que o *Offence Against the State*, 1939, tinha como seu fundamento a *garantia da ordem pública*. Muito embora tratasse não apenas de matéria criminal – atribuiu ao Governo, por exemplo, ampla competência para regulamentar a economia irlandesa²⁰, com o objetivo de assegurar a “preservação do Estado” – foi nessa seara que o Estado de Emergência então declarado foi mais sentido. Se, por um lado, permitiu a aplicação da *Offence Against the State*, 1939 em sua plenitude, deixou claro que não haveria qualquer limite à discricionariedade da *Gardá* no “combate e prevenção” de condutas contrárias à proteção da ordem pública²¹.

Muito embora a Segunda Guerra Mundial tenha acabado em 1945²² e, portanto, os fundamentos fáticos que legitimaram a edição do *Emergency Powers*, 1939 tenham deixado de existir, a revogação do Estado

19 OFFENCES Against The State Act, 1939: number 28. In: electronic Irish Statute Book (eISB). Irlanda, 1939. Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/1939/en/act/pub/0028/print.html>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

20 Article 2.—(1) “The Government may, whenever and so often as they think fit, make by order (in this Act referred to as an emergency order) such provisions as are, in the opinion of the Government, necessary or expedient for securing the public safety or the preservation of the State, or for the maintenance of public order, or for the provision and control of supplies and services essential to the life of the community.” (Grifou nosso).

21 Veja-se, por exemplo, o artigo 5º da norma em análise:

5.—(1) “**Every person** who contravenes (whether by act or omission) or attempts so to contravene a provision in an emergency order or in an instrument made, granted, or issued under an emergency order or in a direction given under an emergency order **shall be guilty of an offence under this section**.

(2) Every person who aids, abets, or assists another person, or conspires with another person, to do any thing (whether by way of act or of omission) the doing of which is declared by the foregoing subsection of this section to be an offence under this section shall himself be guilty of an offence under this section.

(3) Every person who, knowing that another person has committed an offence under this section, gives that other person any assistance with intent thereby to prevent, hinder, or interfere with the apprehension, trial, or punishment of the said other person for the said offence shall himself be guilty of an offence under this section.” (Grifo nosso).

22 Ademais, importante ressaltar que os crimes embasados no *Emergency Power*, 1939 eram julgados pela Corte Especial, que deixou de funcionar entre 1946 e 1961, sendo restabelecida em 1962, data em que processou e condenou 30 militantes do IRA.

de Emergência somente ocorreu em 1976²³, quando um novo ato de mesma envergadura foi editado pelo Parlamento irlandês: o *Emergency Power Bill*, 1976. E, mais uma vez, o objetivo da nova lei foi uma resposta a novos ataques do IRA, que mataram o embaixador inglês na Irlanda e bombardearam a sede da Corte Especial de Justiça²⁴.

Prova disso é que a ementa da norma em análise em pouco ou quase nada destoa de suas antecessoras, já que especifica que seu objetivo é assegurar “the public safety and the preservation of the state in time of an armed conflict [...]”²⁵. O mesmo ocorre com os poderes atribuídos à polícia no combate aos atos terroristas punidos pela norma: são exatamente os mesmos previstos pela seção 30 do *Offence Against the State Act*, 1939. A única mudança é a ampliação da possibilidade de prisão sem mandado, que agora pode se dar por até 7 (sete) dias.

E, mais uma vez, a *Oireachtas* somente suspendeu o Estado de Emergência declarado pelo *Emergency Power Bill*, 1976, com base no artigo 38.3.3 da Constituição, em 1995, após o armistício declarado pelo IRA.

Nesse sentido, o discurso de controle das ameaças ao exercício do poder pelo Estado na Irlanda é tão presente que, como anota DAVIS (2002), em 1998 foi estabelecida comissão para rever o *Offence Against the State Act*, 1939²⁶, cujas restrições a direitos fundamentais eram extremamente amplas. Contudo, ainda assim, as conclusões do trabalho não se mostraram como

23 A revogação formal do Emergency Power, 1939 e suas subsequentes alterações se deram com base na Emergency Powers (Continuance and Amendment) Act, 1945. [electronic Irish Statute Book (eISB). *Emergency Powers (Continuance and Amendment) Act*, 1945: number 26, sec 3. Irlanda, 1945. Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/1945/en/act/pub/0026/print.html#sec3>>]. Contudo, o Estado de Emergência em si, declarado pela norma em questão, não foi suspenso, permanecendo em vigor até a edição de novo Estado de Emergência, em 1976.

24 O relatório da comissão estabelecida pelo Parlamento irlandês, supramencionado, competente para estabelecer um projeto de novo ato para regulamentar o artigo 38.3.3. da Constituição irlandesa, deixa claro que a nova lei excepcional foi editada como resposta aos ataques do IRA. “The late 1960s saw the outbreak of civil disturbances which were to develop into a prolonged campaign of violent conflict between republican and loyalist paramilitaries and the State in Northern Ireland. This violence was to pose a significant security threat to this State throughout the period of this conflict. It must not be forgotten that eleven members of the Garda Síochána and one member of the Defence Forces were murdered by members of illegal organisations during this period.118 In addition, some thirty-three civilians were murdered on a single day in May 1974 in bombings which took place in Dublin and Monaghan.” [DEPARTMENT OF JUSTICE AND EQUALITY. Report of the Committee to Review the Offences Against the State Acts, 1939 – 1998 and Related Matters. Irlanda, 2002. Disponível em: <<http://www.justice.ie/en/JELR/hederman%20report.pdf/Files/hederman%20report.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2015.]

25 [electronic Irish Statute Book (eISB). *Emergency Powers Act*, 1976: number 33. Irlanda, 1976. Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/1976/en/act/pub/0033/print.html>>. Acesso em: 22 ago. 2015.]

26 Department of Justice And Equality. *Report of the Committee to Review the Offences Against the State Acts, 1939 – 1998 and Related Matters*. Irlanda, 2002. Disponível em: <<http://www.justice.ie/en/JELR/hederman%20report.pdf/Files/hederman%20report.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

um novo marco de defesa de direitos da pessoa humana. De outro modo, buscaram criar uma solução normativa que assegure a proteção do Estado de forma *balanceada* à proteção de direitos fundamentais. Veja-se:

Frame a comprehensive set of recommendations which if implemented would result in revised legislation that would ensure a continuing capacity to respond to threats to the State and its institutions in a way which is balanced and proportionate and in particular has regard to the rights of the individual.” (DAVIS, 2002, p. 1).

Esse “balanceamento” proposto pelos autores permitiu, por exemplo, que a proposta final mantivesse a possibilidade de prisão sem mandado por até 7 (sete) dias, bem como vedou o direito ao acusado de permanecer em silêncio.

Fundamental ressaltar, nesse aspecto, que a Suprema Corte, embora seja reconhecida por juristas como importante defensora de direitos fundamentais²⁷, quando o assunto é a regulamentação do Estado de Exceção não promoveu descontinuidades relevantes em relação a esse discurso. Considerou constitucional, por exemplo, a Seção 52 da *Offence Against the State Act*, que limita o direito ao silêncio do acusado, no julgamento *Heaney v. Ireland* – posicionamento derrubado, em 2000, pela Comissão Europeia de Direitos Humanos, que considerou a decisão atentatória ao artigo 6º da Carta Europeia²⁸.

De modo semelhante, legitimou a aplicação da seção 12 do mesmo ato, que permite a condenação, por ato atentatório ao Estado, de qualquer pessoa que porte qualquer documento que permita supor sua filiação ao IRA (O’MAHONY, 1995). Em *Kavanagh v. Government*, a Suprema Corte não admitiu o argumento do acusado acerca da inconstitucionalidade das Cortes Especiais. Para o Tribunal, o pedido então deduzido implicaria em um juízo político sobre as razões necessárias para instituir a Corte Especial, o que não estaria submetido à sua jurisdição. Asseverou, contudo, que é dever do Governo demonstrar a necessidade de sua existência.

27 O’Mahony (1998) sustenta que a Constituição de 1937 não estabelece uma pauta clara de direitos fundamentais, como a Constituição americana. Compete à Suprema Corte, assim, criar esses direitos a partir do julgamento de casos concretos, o que, em matéria criminal, é muito perigoso. Mas, excluindo-se as hipóteses de Estado de Emergência, seria possível afirmar que, embora o ideal seja a positividade de nova Carta, enquanto isso não ocorre, a Suprema Corte tem sido fundamental na defesa de direitos individuais.

28 European Court of Human Rights. *Case Of Heaney And McGuinness V. Ireland*. Irlanda, 21 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/eu/cases/ECHR/2000/684.html>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

Quando o assunto não dizia respeito propriamente à segurança do Estado, portou-se de forma diferente. Julgou inconstitucional, por exemplo, uma das seções do *Offence Against the State Act, 1939*, que permitia que qualquer pessoa, pelo simples fato de ser submetida a julgamento perante a Corte Especial, fosse demitida e, ainda, proibida de ser empregada pelo Estado pelo período de 7 (sete) anos (O'MAHONY, 1995).

5 DA CONTINUIDADE DOS INSTRUMENTOS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS PARA O COMBATE AO TRAFICANTE DE DROGAS

Com a celebração do cessar-fogo estabelecido entre o Irish Republican Army (IRA), a Grã-Bretanha e o Eire, em 1998, a política criminal da Irlanda vem, no combate ao crime organizado, se pautando por fundamentos semelhantes aos utilizados no combate ao “terrorismo”. Campbel (1996), nesse sentido, afirma que as práticas repressivas do Estado irlandês estão pautadas pelo controle social, não pela defesa de direitos fundamentais do acusado. *In verbis*:

Legislation in Ireland that pertains to serious and organized crime is characterized by a favoring of public protection over the rights of the accused; by an increased concern for security with a concomitant diminution of the significance of liberty. Throughout the pre-trial stage of the criminal process, the court-hearing and sentencing, a shift in focus from the due process rights of the accused towards the result-oriented aims of the State is apparent. (CAMPBEL, 1996, p. 126).

Como leciona Ryan (2010), antes de 1984, com exceção dos já mencionados “crimes subversivos”, que “atentam contra o Estado”, a prisão na Irlanda somente era admissível como uma fase do processo judicial, quando o encarcerado encontrava-se à disposição da justiça criminal, à espera de julgamento ou como sua decorrência – salvo, é claro, nas hipóteses de prisão em flagrante. Não se admitia tal limitação à liberdade com o propósito de interrogar o acusado, colocando-o em frente ao aparato policial para fornecer provas contra a sua pessoa. Nesse sentido, a Suprema Corte irlandesa, no precedente *The People (D.P.P.) v. Shaw*, deixou assentado que “No person may be arrested with or without a warrant for the purpose of interrogation or the securing of evidence from that person” (KEANE, 1997, p. 1).

Contudo, a legislação penal irlandesa foi sendo alterada nas últimas duas décadas, e o poder a *Gardá* de efetivar prisão independentemente de mandado foi sendo tolerada em diversas situações. A primeira mudança

significativa foi introduzida pelo *Criminal Justice Act 1984*, que inaugurou a extensão aos crimes “não subversivos” a possibilidade de prisão sem acusação formal. Outras relevantes alterações foram promovidas pela *Drug Trafficking Act 1996*, *the Criminal Law Act 1997* e a nova lei que regulamenta as ofensas contra o Estado, *Offences Against the State (Amendment Act) 1998* – nova resposta do Parlamento irlandês aos ataques promovidos pelo IRA nesse mesmo ano²⁹.

Considerando apenas as leis que regulamentam condutas “não subversivas”, a mudança mais drástica é decorrente *Drug trafficking Act, 1996*, que, segundo sua própria ementa, tem como objetivo “make provision for additional powers of detention by the Gardá Síochána of suspected drug traffickers following arrest, to make provision for the issuance of search warrants by certain members of the Gardá Síochána in the case of suspected drug [...]”³⁰

De início, observa-se que a Suprema Corte irlandesa, em 1986, no precedente *The People (Director of Public Prosecutions) V. Quillingam (1986)*, já havia sinalizado que, no combate ao tráfico de drogas, seria possível estender à *Gardá* os poderes previstos pela seção 30 da *Offence Against the State Act, 1939* – que, como já anotado, estabelecem hipóteses em que o acusado de cometer um crime contra o Estado pode ser preso sem mandado (O'MAHONY, 1998). O fundamento para a adoção de procedimentos aplicáveis aos “crimes subversivos” no combate ao tráfico é semelhante: a necessidade de proteção do Estado, e do interesse público, em face de grupos que atentem contra a sua segurança.

O poder repressivo é outra característica que aproxima as legislações em análise, especialmente em relação aos poderes atribuídos à *Gardá* de restringir a liberdade do acusado, bem como na discricionariedade da polícia de imputar-lhe a conduta criminosa. Nesse sentido, em linhas gerais, a Seção 2 da Lei de 1996 autoriza a detenção, sem mandado, de qualquer pessoa suspeita dos crimes positivados como *tráfico de drogas*. Em tais circunstâncias, o acusado deve ser levado a uma delegacia de polícia – muito embora a lei admita situações em que o cerceamento se dê em outros locais –, sendo mantido sob custódia de 6 (seis) a 48 (quarenta e oito) horas para fins de investigação. Após esse prazo, o agente da *Gardá*

29 Interessante notar que a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou atentatória à Carta respectiva dispositivo do *Offence Against the State, 1998*, que não assegurava ao acusado o direito ao silêncio, em afronta ao direito à não autoincriminação

30 ELECTRONIC Irish Statute Book (eISB). *Criminal Justice (Drug Trafficking) Act, 1996*: number 29. In: electronic Irish Statute Book (eISB). Irlanda, 1996. Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/1996/en/act/pub/0029/print.html>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

deve pedir autorização ao juízo competente – garantia assegurada pela Carta *Europeia* de Direitos Humanos – que poderá autorizar a perpetuação da prisão preventiva por até 7 (sete) dias.

As leis de combate ao tráfico e de segurança nacional diferem-se, contudo, em relação à origem do grupo social combatido. Enquanto estas sempre foram direcionadas a um inimigo declarado, o IRA, as leis antidrogas parecem possuir, ao menos em tese, uma aplicação diluída, já que tal conduta pode ser praticada por qualquer cidadão. Contudo, essa “democratização” também apresenta sua própria seletividade.

Como demonstra a organização não-governamental *Irish Penal Reform Trust* (IPRT)³¹, entre os anos de 1970 e 2011 o aprisionamento na ilha cresceu 400%. Entre 1997-2011, o aumento é de quase 100%. Do total de pessoas cumprindo sentença, ao menos 60% são pobres, sendo muitas delas sem-teto. Aproximadamente 50% do total de presos também deixaram a escola antes dos 15 anos. Grande parte dos detentos foi submetida à custódia, quando adolescentes, permanecendo esses jovens com déficit de educação, tornando-os potenciais candidatos a retornar à prisão. Há, portanto, um potencial crescimento do controle estatal sob práticas ilícitas, mas essa ação, embora não mais etnicamente circunscrita, parece submeter prioritariamente uma determinada classe/grupo social ao aparato repressivo do Estado.

Por fim, outra característica distintiva na persecução de ambos ilícitos reside no órgão do Poder Judiciário competente para o seu julgamento. Enquanto a Justiça Especial foi o palco, por excelência, para o julgamento dos crimes “subversivos”, o acusado de cometer o crime de tráfico de drogas será julgado pela Justiça Comum irlandesa.

CONCLUSÃO

Os conflitos decorrentes da manutenção de 6 (seis) das 9 (nove) províncias irlandesas do Ulster sob o domínio da Grã-Bretanha, herança do imperialismo inglês, naturalizada por meio do poderio bélico e simbólico da superpotência, deixaram marcas indeléveis no sistema penal do Eire. O discurso de repressão aos ataques promovidos pelo IRA legitimou a edição

31 “The prison population increased by 400% from 1970 to 2011” [...] “60% of people serving sentences for 6 months or less are poor, and are often homeless people” [...] “The majority of Irish prisoners have never sat a State exam and over half left school before the age of 15” [...] “Four in ten children (under 16 years) on custodial remand have a learning disability”. [Irish Penal Reform Trust. *Facts and Figures*. Disponível em: <<http://www.iprt.ie/prison-facts-2>>. Acesso: 15 ago. 2016.].

de atos restritivos a direitos fundamentais que, embora em tese limitados a situações excepcionais, se estenderam de 1939 até 1995, sem interrupções relevantes. Nota-se, com isso, que o Estado de Emergência previsto pelo artigo 28.3.3 da Constituição Irlandesa esteve vigente por 56 (cinquenta e seis) anos, independentemente do tamanho da crise enfrentada pelo país.

Em um primeiro momento, se o uso recorrente da violência física e simbólica do Estado, traduzida nos *emergency powers*, recaía sobre um inimigo determinado, a nova legislação antidrogas, que herdou o discurso de restrição a direitos como prática persecução criminal, parece universalizar o sujeito ativo do crime – até então identificável *a priori*. Ora, o crime de tráfico de drogas pode, a princípio, ser praticado por qualquer agente. Contudo, observando empiricamente o sistema penal irlandês, a *Irish Penal Trust Reform*³² ressalta que uma nova seletividade ainda o caracteriza: o aprisionamento no país incide em sua ampla maioria em pessoas pobres, que não obtiveram acesso ao sistema educacional.

O aparente paradoxo, em que os poderes repressivos do Estado generalizam-se, mas ainda atuam preferencialmente sobre uma parcela razoavelmente identificada da população, parece ilustrar e introduzir elementos interessantes para se pensar o *paradigma da segurança*, proposto por Agamben: em uma sociedade progressivamente mais complexa, a exceção é não apenas o fundamento do exercício de poderes excepcionais, mas constantemente produzida para que esses poderes excepcionais se estabilizem como uma *técnica de governo*, que incidem prioritariamente sobre grupos que lhe sugerem riscos. O discurso do medo instabiliza, e muitas vezes substitui, o processo democrático e a proteção de direitos contramajoritários, elementos que, conjugados, caracterizam o Estado democrático de direito. Colocando-se em segundo plano o problema da busca pela *legitimação do exercício do poder*³³, questão central da filosofia política moderna, o direito expande-se como mera técnica de controle da sociedade (AGAMBEN, 2015).

32 Vide nota de rodapé número 30.

33 Agamben (2015) observa que a solução moderna para o problema da legitimidade do poder – fazendo coincidir a legitimidade com a legalidade – acabou por gerar uma hipertrofia do direito. O direito expande progressivamente sua pretensão de disciplinar a sociedade com base em uma suposta técnica, sem se preocupar com o processo democrático que o deveria fundamentar. Assim, “os poderes e as instituições não são hoje deslegitimados porque caíram na ilegalidade; é mais verdadeiro o contrário, ou seja, que a ilegalidade é difundida e generalizada porque os poderes perderam a consciência de sua legitimidade” (AGAMBEN, 2015, p. 11, grifo nosso).

A experiência irlandesa demonstra, segundo Hogan (2000), que no momento em que o Estado se utiliza rotineiramente de normas excepcionais, concentrando no Poder Executivo excessivo poder repressivo, acaba por dificultar a estabilização de práticas que se voltam à defesa dos direitos individuais. O resultado, normalmente, acaba por ser o contrário ao pretendido, já que fomenta a exclusão de determinada parcela da sociedade e, consequentemente, a perpetuação dos conflitos que busca combater. Mais que isso, a cultura repressiva estabelece-se de tal maneira no imaginário coletivo da sociedade e da prática do Estado que tende a manter drásticas continuidades no sistema penal do país. Demonstra, ainda, a necessidade de se reafirmar tanto o papel contramajoritário do Judiciário, como meio de garantir a proteção a direitos de minorias, sempre sujeitos aos abusos da maioria; como do fortalecimento da democracia, para que se assegure não apenas a legitimidade do exercício do poder, como para viabilizar um processo reflexivo em que o próprio exercício do poder seja constantemente colocado em questão. A experiência irlandesa é só mais um exemplo que ilustra os riscos do estabelecimento do paradigma da segurança, cada vez mais presente na sociedade ocidental, ao Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. O mistério do mal. Tradução Silvana de Gaspari e Patricia Peterle. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Ed. da UFSC, 2015.

_____. Meios sem fim. Notas sobre a política. Tradução Davi Pessoa e Cláudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015 B.

_____. Estado de exceção. Tradução Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010.

_____. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

BARDON, Jonatan. *A history of Ireland in 250 episodes*. Dublin: Gill e Macmillian Ltda., 2009.

CAMPBELL, Liz. Decline of Due Process in the Irish Justice System: Beyond the Culture of Control? *Hibernian Law Journal*, 2006, p. 126-146.

DAVIS, Anne B. S.C. Report of the Committee to Review the Offences against the State Acts, 1939-1998 and related matter. *Irish Criminal Law Journal*, 2002, n. 3, p. 31-34.

DONOHUE, Laura K. *Counter-terrorist law and emergency powers in the United Kindon 1922-2000*. Dublin: Irish Academic Press, 2007.

GREENE, Alan. The Historical Evolution of Article 28.3.3° of the Irish Constitution. *The Irish Jurist*, 2012, n. 1, p. 117-142.

HOGAN, Gerard. *The Origins of the Irish Constitutionon, 1928-1941*. Dublin: Royal Irish Academy, 2012.

KEANE, David B.A. Detention without Charge and the Criminal Justice (Drug Trafficking) Act. *Irish Criminal Law Journal* 1997, n. 1, p. 1-21.

KELLY, J.M. *Fundamental Rights in the Irish Law and Constitution*. Dublin: Allen Figgis e co. ltd., second edition, 1967.

KEOGH, Dermot; MCCARTHY, J. *The Making of the Irish Constitution 1937*. Cork: Mercier Press, 2007.

LEE, J.J. *Ireland 1912-1985: Politics and Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

REID, Madeleine. *The Impact of Community law on the Irish Constitution*. Dublin: Irish Centre for European Law, 1990.

MURPHY, Tim.; PATRICK, Twomey. *Ireland's Envolving Constitution, 1937-97: Collected Essays*. Oxford: Hart Publishing, 1998.

O'DOWD, T. John. Dignity and Personhood in Irish Constitutional Law. In: QUINN, Gerard.; INGRAM, Attracta.; LIVINGSTONE, Stephen. *Justice and Legal Theory in Ireland*. Dublin: Colour Books ltd., 1995, p. 163-182.

O'MAHONY, Paul. The Irish Constitution in its Historical Context. In: QUINN, Gerard; INGRAM, Attracta; LIVINGSTONE, Stephen. *Justice and Legal Theory in Ireland*. Dublin: Colour Books Ltd., 1995, p. 192-210.

ROGAN, Mary. The Prisional Rules 1947: Political Imprisonment, Politics and Legislative Change in Ireland. *The Irish Jurist*, 2008, n. 1, p. 89-108.

RYAN, Andrea B.A. Arrest and Detention: A Review of the Law. *Irish Criminal Law Journal* 2000, 1, p. 2-10.

A EVOLUÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA ELECTRÓNICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: UM OLHAR PELO REGIME DAS PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS

Carlos Sérgio Rodrigues¹

RESUMO: Com a entrada em vigor da Lei n.º 96/2015, de 17 de Agosto, que veio transpor parte das Directivas n.ºs 2014/23, 2014/24 e 2014/25, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro, as plataformas electrónicas, instrumento de suporte à contratação pública electrónica, passam a ser reguladas por um normativo melhor adequado aos ditames da evolução das tecnologias da informação e comunicação, no contexto da sociedade global, com a necessária ponderação dos princípios jurídicos aplicáveis. A análise crítica deste novo regime legal denuncia um sistema construído em torno da concorrência, igualdade e transparência – à semelhança da reforma operada no sector do direito público português –, o qual, embora não isento de críticas, pode servir como exemplo a ser seguido por outros Estados.

Palavras-chave: Plataformas electrónicas. Contratação pública. *E-procurement*. Directivas europeias.

THE EVOLUTION OF E-PROCUREMENT IN THE PORTUGUESE LEGAL SYSTEM - AN INSIGHT ON THE LEGAL FRAMEWORK OF ELECTRONIC PLATFORMS

ABSTRACT: With the entry into force of Law n.º 96/2015, 17 August, which came transpose part of the Directives n.º 2014/23, 2014/24, 2014/25, from the European Parliament and the Council, 26 February, electronic platforms, supporting tool for electronic procurement, are now governed by a normative best suited to the dictates of development of information and communication technologies, in the context of the global society, with the necessary consideration of the applicable legal principles. The review of this new legal regime denounces a system built around the competition, equality and transparency – like the reform being done in the Portuguese

1 Jurista com o grau de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E-mail: csergiomr@gmail.com.

public law sector – , which, although not without criticism, can serve as an example to be followed by other States towards sustainability.

Key words: Electronic platforms. Public procurement. *E-procurement*. European directives.

1 INTRODUÇÃO

A contratação pública representa uma fatia crescente dos orçamentos dos Estados. A instrumentalização deste modo de actuação da Administração Pública permite a prossecução de políticas secundárias, como a protecção do ambiente e adopção de medidas de cariz social. Tanto a nível jurisprudencial como dogmático, esta instrumentalização tem sido alvo de debate, com concordância no sentido da sua permissão. Tanto é assim que as Novas Directivas, adoptadas em 2014, encontram-se impregnadas do espírito do desenvolvimento sustentável, com atenção à *triple bottom line* deste conceito (ambiente, sociedade e economia).

O *ius commune* da contratação pública conheceu recentemente um desenvolvimento notório com a aprovação de um pacote de Directivas que, em consonância com a evolução das sociedades hodiernas, visa, globalmente, colocar a contratação pública nos trilhos da sustentabilidade. Nesta tarefa, a contratação pública electrónica assume uma função essencial.

Portugal foi pioneiro na adopção e implementação da contratação pública electrónica, estratégia que enxertou no movimento da desmaterialização dos processos administrativos. Nesta sede, pretende-se uma Administração Pública célere, eficiente, eficaz e (mais) económica, sem que isso belisque – aliás, que venha a reforçar – os direitos dos cidadãos, com manutenção do respeito pelos princípios basilares aqui invocáveis (*v.g.*, transparência, boa-fé, entre outros). Este é, note-se, o entendimento que o legislador positivou no novo Código do Procedimento Administrativo, no Capítulo que contém os princípios gerais da actividade administrativa.

No campo da contratação pública electrónica, as vantagens evidenciam as ligações entre a desmaterialização integral e a poupança de recursos, principalmente papel e tempo, ao propugnar um procedimento pré-contratual totalmente electrónico, mais célere, transparente e garantístico. Todavia, o *e-procurement* não está isento de críticas, que cumpre analisar para, com respeito pelos direitos e interesses legalmente

protegidos dos intervenientes e pelos princípios jurídicos aplicáveis, estabelecer um regime legal que permita, a instalação total e em perfeito funcionamento das infra-estruturas (materiais e virtuais) indispensáveis à sua execução.

Com estas coordenadas, o regime legal vertido na Lei n.º 96/2015, de 17 de Agosto pode, não obstante as imperfeições, servir de exemplo para outros ordenamentos jurídicos.

2 O CONTEXTO PORTUGUÊS

No quadro europeu, Portugal é pioneiro no *e-procurement*, o que é reconhecido no Livro Verde relativo ao alargamento da utilização da contratação pública eletrónica na União Europeia – COM (2010) 0571 final, de 18 de Outubro –, tendo dados os primeiros passos na matéria já em 2000: referimo-nos à Resolução do Conselho de Ministros n.º 143/2000, de 8 de Setembro, seguida do Decreto-Lei n.º 104/2002, de 12 de Abril, a primeira lei portuguesa sobre a matéria². Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho veio estabelecer os princípios e regras gerais a que devem obedecer as comunicações, trocas e arquivo de dados e informações, com enfoque na disponibilização das peças do procedimento, bem como no envio e recepção dos documentos que constituem as candidaturas, as propostas e as soluções. Este tem por escopo a construção de “um quadro coerente para realizar a contratação pública por via electrónica, de forma aberta, transparente e não discriminatória”³.

A contratação pública encontra-se regulada pelo Código dos Contratos Públicos (doravante, CCP)⁴. No que ao nosso tema diz respeito, este Diploma procura concretizar o objectivo da desmaterialização integral

2 Para uma análise do *iter* percorrido pelo ordenamento jurídico português: ROCHA, MANUEL LOPES et al. **A contratação Pública Electrónica e o Guia do Código dos Contratos Públicos**, Lisboa: ST&SF – Sociedade de Publicações, 2008. p. 12-15.

3 Exposição de motivos do Decreto-Lei em análise.

4 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, na redacção mais actual conferida pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro. Este Diploma estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo, e procede à transposição das Directivas n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, alteradas pela Directiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e rectificadas pela Directiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de Novembro. O Decreto-Lei n.º 214-G/2015, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 100/2015, de 19 de Agosto, vem rever o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o Código dos Contratos Públicos, entre outros diplomas como, por exemplo, a Lei de Acesso à Informação sobre Ambiente.

dos procedimentos de formação, conforme o seu artigo 62.^o. Nestes termos, os documentos que constituem a proposta têm que ser apresentados directamente na plataforma electrónica utilizada pela entidade adjudicante (com excepção dos que apenas possam ser apresentados em suporte de papel, em respeito ao disposto no n.º 2 do art. 65.^o)⁵. O artigo 9.^o do Decreto-Lei que aprova o CCP previu o prazo expresso de um ano para a concretização da desmaterialização⁶. Procura-se estabelecer um processo desmaterializado, organizado, simples, produtivo, transparente, não discriminatório e judicialmente seguro – estes são os eixos norteadores da estratégia nesta matéria.

O uso das plataformas electrónicas reveste, assim, carácter de obrigatoriedade. Estas podem ser definidas como infra-estruturas electrónicas, que agregam um conjunto de aplicações, meios e serviços informáticos, sobre as quais se desenrolam os procedimentos de formação de contratos sujeitos ao regime do CCP, suportando todos os procedimentos aquisitivos públicos. Têm por função essencial permitir o desenrolar de todas as fases de forma centralizada, e promover a interação necessária entre a entidade adjudicante e as empresas proponentes ou candidatas.

A Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho veio definir precisamente os requisitos, condições e regras de funcionamento destas plataformas. Por seu lado, e aliada ao n.º 1 do artigo 4.^o do Decreto-Lei n.º 18/2008, a Portaria 701-F/2008, de 29 de Julho, criou o portal dos contratos públicos⁷, regulando a sua constituição, funcionamento e gestão. Este tem competências em matéria de autenticação.

O acesso às plataformas é, neste regime, gratuito, o que decorre do princípio do livre acesso. Todos os utilizadores têm de utilizar certificados digitais para aceder, sendo certo que o *upload* de documentos na plataforma requer um certificado digital de assinatura electrónica qualificada, que apenas uma entidade certificadora credenciada para o efeito pode emitir.

5 A notar este regime: [PINTO, Eliana de Almeida et al. **Manual da Contratação Pública e Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso**. Lisboa: Letras e Conceitos, 2015. p. 111-]. Com este regime, desaparece a figura do acto público de verificação da conformidade dos documentos com os requisitos legais, o que se fará, como todo o restante procedimento, pela via electrónica.

6 Cumpre destacar o contributo do Programa Nacional de Compras Electrónicas (PNCE), que veio criar as condições possíveis para alcançar um objectivo tão ambicioso. Em 2003, traçou dois grandes objectivos que deforma sucinta, visavam (i) a promoção da eficiência do processo aquisitivo, com ganhos e poupanças estruturais, e (ii) criação de dinâmicas de modernização junto dos agentes económicos, com promoção da sua competitividade e produtividade.

7 IMPIC, Portal dos Contratos Públicos. Disponível em: <<http://www.base.gov.pt/Base/pt/Homepage>>.

Note-se que os documentos a carregar ficam sujeitos à aposição de um selo temporal emitido por uma entidade certificadora que preste serviços de validação cronológica.

O Despacho n.º 32369-A/2008, de 19 de Dezembro, designou o Centro de Gestão da Rede Informática do Governo (CEGER)⁸ como a entidade competente para exercer as funções de entidade supervisora das plataformas electrónicas.

Uma primeira análise dos impactos permite concluir por uma influência positiva na contratação pública. Verificaram-se poupanças ao nível dos custos de transação e do tempo de contratação, a par de acréscimos de transparência, competitividade e de valia da proposta seleccionada⁹.

Todavia, o regime foi alvo de sucessivas críticas. O sistema suscitou dúvidas, por parte dos utilizadores, relativamente a certificados, entidades certificadoras e outros aspectos de carácter técnico que conflituaram com uma sociedade que, à data, ainda possuía pouca experiência neste domínio. Na verdade, notava-se uma insuficiência na regulação substantiva, na medida em que a entidade CEGER não tinha competências no campo da fiscalização o cumprimento das exigências legais¹⁰.

Por outro lado, deve reforçar-se a interoperabilidade entre plataformas de contratação, no sentido de garantir e ampliar a liberdade de escolha das empresas interessadas no concurso. Caso contrário, algumas práticas abusivas (p.ex., cobrança de valor exorbitante por selos temporais) podem ter lugar e acarretar um custo insuportável para as empresas. A construção de uma solução passa por uma interacção com outras experiências europeias, a qual é possibilitada por instrumentos como a

8 Portugal, Centro de Gestão da Rede Informática do Governo. Disponível em: <<http://www.ceger.gov.pt/>>.

9 TAVARES, Luís Valadares et al. **Estudo dos impactos tecnológicos da contratação pública eletrónica**. Observatório de Prospectiva da Engenharia e da Tecnologia: Lisboa, 2009. No mesmo sentido, ROCHA, Manuel Lopes. **A Contratação Pública Electrónica e o Guia do Código dos Contratos Públicos**. ST& SF: Lisboa, 2008. p. 29-38.

10 Neste sentido, é prévio a um comentário crítico à Lei n.º 96/2015: ALMEIDA, João Amaral e; SANCHÉZ, Pedro Fernadéz. Publicada a Nova Lei das Plataformas Eletrónicas de Contratação Pública (Lei N.º 96/2015, De 17 De Agosto). **Servulo**, Lisboa, 2015. Disponível em: <http://www.servulo.com/xms/files/publicacoes/Updates_2015/Update_Pub_JAA_PFS_Lei_Plataformas17.08.2015.pdf>.

EUplat (Associação Europeia das Plataformas de Contratação Pública)¹¹ e a Public Procurement Network¹².

Torna-se forçoso concluir que é precisamente no campo da fiscalização e consequente assegurar do correcto funcionamento das plataformas, em respeito pelos direitos dos seus utilizadores e dos princípios e dispositivos jurídico-legais aplicáveis, que o regime de 2008 apresenta as falhas mais evidentes. As entidades adjudicantes, perante normas sem sanção, encontravam-se virtualmente indefesas, o que acarretava prejuízos evitáveis para o interesse público e para os operadores económicos em geral¹³.

Aqui chegados, e no que ao tema vertente diz respeito, o ordenamento jurídico português veio inovar com a publicação da Lei n.º 96/2015, de 17 de Agosto. Previamente à sua análise, procedemos ao enquadramento advindo dos ordenamentos jurídicos português e comunitário para melhor entendimento deste Diploma, o objecto da presente investigação.

2.1 UM NOVO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Temos a aprovação e publicação, em 2014, das Diretivas n.ºs 2014/23, 2014/24 e 2014/25, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro, as quais analisaremos em sede própria. Entre outros aspectos, privilegiam a contratação pública electrónica. Neste sentido, e no que ao ordenamento jurídico português diz respeito, entram em consonância com a desmaterialização da atividade administrativa, princípio norteador da atividade de toda a Administração Pública, o qual veio a encontrar respaldo no corpo dos princípios gerais da atividade administrativa, mais precisamente no artigo 14.º do Novo Código do Procedimento Administrativo (doravante, CPA).

O Novo CPA foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, ao abrigo da autorização legislativa concedida ao Governo, por decreto da

11 EUPLAT, Associação Europeia das Plataformas de Contratação Pública. Disponível em: <<http://euplat.org/>>.

12 Public Procurement Network. Disponível em: <<http://www.publicprocurementnetwork.org/>>. Rede informal europeia com o principal objectivo de reforço da aplicação e do cumprimento das regras da contratação pública, com recurso a trocas de experiências e a procura e adopção das melhores práticas e a promoção da resolução extrajudicial de conflitos transfronteiriços, mediante a criação de um sistema seguro, eficaz, rápido e sem custos de cooperação informal.

13 Conforme o entendimento, que subscrevemos, constante do documento referido na nota de rodapé 10.

Assembleia da República, vertida na Lei n.º 42/2014, de 11 de Julho. Entre as diversas novidades legislativas, há muito necessárias no ordenamento jurídico português porque impostas pela modernização tanto dogmática como estrutural – evolução das tecnologias da informação e comunicação (TIC), principalmente – da própria Administração Pública, notamos a tendência expressa rumo à desmaterialização dos procedimentos. Tal é, aliás, o exposto intuito do legislador na redacção do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho¹⁴, quando, no artigo 6.º, postula que

(t)odos os pedidos, comunicações e notificações entre os prestadores de serviços e outros intervenientes nos procedimentos, incluindo as autoridades administrativas competentes, devem poder ser efectuados por meios electrónicos, através do balcão único electrónico. (n.º 5) instrumento este que “é disponibilizado em sítio na Internet através do Portal da Empresa” (n.º 2) e que “permite a qualquer prestador ou destinatário de serviços, de todos os Estados, o acesso por via electrónica às autoridades administrativas competentes” (n.º 1).

A atividade administrativa deve ser dotada de mecanismos que lhe proporcionem agilidade e flexibilidade na tomada de decisões, pelo que se elogia a saudável desburocratização consequente das mudanças até aqui referidas. A efectiva melhoria do serviço público depende de uma revisão de procedimentos, estudo e aplicação de inovações e renovação do bloco de legalidade aplicável.

Além das vantagens *supra* referidas, e centrando-nos especificamente no tema vertente, o *e-procurement* vem viabilizar a participação das empresas e, quando aliado às TIC, reforçar a igualdade no acesso à informação. Mitiga, assim, privilégios e inibe a corrupção¹⁵, ao alicerçar-se no princípio da transparência, entre outros. Num cenário ideal, permite a realização dos procedimentos aquisitivos com maior eficiência na alocação de recursos, no contexto de redução de custos e incremento da velocidade das transacções¹⁶.

14 Estabelece os princípios e as regras necessárias para simplificar o livre acesso e exercício das atividades de serviços e transpõe a Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro.

15 Com este entendimento: BRAGA, Cintia Freire Garcia Vieira; BRAGA, Lamartine Vieira. Aplicação de tecnologias de informação e comunicação na contratação pública: a experiência portuguesa. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 1, n. 3, 2011. p. 123-143. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/1421>>.

16 Id., p. 130.

3 AS DIRETIVAS DE 2014 APOSTAM NO E-PROCUREMENT

A União Europeia deu um passo importante na construção do *ius commune* da contratação pública: a adoção de um pacote com três novas Diretivas sobre a contratação pública. Referimo-nos: à Diretiva 2014/24/EU, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva-clássica; à Diretiva 2014/25/EU, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE. Acresce a Diretiva 2014/23/EU, relativa à adjudicação de contratos de concessão. Ambas são do Parlamento Europeu e do Conselho e datam de 26 de Fevereiro de 2014¹⁷.

A sua construção teve vários passos, dos quais destacamos a COM (2011) 896 final, de 20 de Dezembro, uma proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos. Ao visitarmos o artigo 66.^o, em especial a alínea b) do seu n.º 1, encontramos uma referência surpreendente. Esta alínea prevê, como um dos dois critérios de adjudicação, «o preço mais baixo». Ora, os diversos Pareceres que se sucederam foram quase unânimes quanto à retirada deste critério, em prol da «proposta economicamente mais vantajosa»¹⁸.

A revogação tem efeitos a partir do dia 18 de Abril de 2016 (art.º 91.^o). Na mesma data devem os Estados-Membros pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias ao cumprimento das Diretivas (nº1 do art.º 90.^o). Ambas entram em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da UE (art.º 93.^o)¹⁹.

17 Utilizaremos a Versão Oficial em Língua Portuguesa publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 94, 57º ano, 28 de Março de 2014. Por assumir um carácter geral, centraremos as atenções na Diretiva 2014/24, pelo que as remissões apresentadas neste ponto devem ser entendidas no contexto dessa Diretiva. A referência a outros atos normativos será devidamente identificada em momento próprio.

18 Relativamente à Diretiva n.º 2004/17, temos a COM (2011) 895 final. Deitamos um olhar atento ao PARLAMENTO EUROPEU. **Relatório sobre a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos Contratos Públicos**: 2013. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2013-0007&format=XML&language=PT>>. Assume uma importância fulcral, pois reúne os diversos Pareceres, os quais, por sua vez, deram um contributo indispensável para a edificação das Novas Diretivas. Para uma análise aturada destas propostas: PEREIRA, Pedro Matias; FRANCO, João Soares. A adjudicação de Contratos Públicos em contexto de crise. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, CEDIPRE, n. 5, 2012. p. 143 a 165. ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação pública sustentável*, Coimbra: Almedina, 2012. p. 307-310.

19 Prevendo os mesmos prazos: arts. 51º e 54º da Diretiva 2014/23 e 106º, 107º e 109º da Diretiva 2014/25.

Nos termos do n.º 1 artigo 1.º, a «Diretiva estabelece as regras aplicáveis aos procedimentos de contratação adotados por entidades adjudicantes relativamente a contratos públicos» e a concursos de concessão, acima de um determinado limiar. O n.º 2 define contratação pública como a aquisição, mediante contrato público, de obras, fornecimentos ou serviços por autoridades adjudicantes, «independentemente de as obras, os fornecimentos ou os serviços se destinarem ou não a uma finalidade de interesse público».

De entre as mudanças mais importantes, destacamos as três que representam a reforma a que o regime europeu fica sujeito com estas Diretivas, o que resulta numa modernização há muito esperada²⁰. Propugnam pela total implementação do *e-procurement*. Introduzem novos procedimentos mais céleres e menos burocráticos. Focam-se no uso estratégico das regras de contratação pública, o que se traduz, entre outras aspetos, na promoção da prossecução de políticas horizontais ou secundárias (ambientais e sociais).

No que ao nosso tema diz respeito, e partindo do importante contributo que os meios de comunicação e informação eletrónicos podem dar a nível de simplificação, eficiência e transparência dos procedimentos de contratação, bem como a nível de publicação dos contratos, as Novas Diretivas empenharam-se no desenvolvimento de métodos e instrumentos que promovam o *e-procurement*. Tal como nas restantes matérias, os Estados-Membros e respectivas autoridades adjudicantes podem traçar objectivos para num nível mais ambicioso do que o definido no corpo normativo europeu (considerando 52 da Directiva).

A título de exemplo, temos a base de dados de certificados (*e-certis*²¹), que visa facilitar a apresentação de propostas transfronteiras (considerando 87 e art.º 61.º). Aqui, encontramos todas as versões linguísticas do

20 As Diretivas encontravam-se em gestação desde Abril de 2010. Tal como podemos ler no considerando 2 da Diretiva 2014/24, as Diretivas de 2004 careciam de uma revisão e modernização que permitissem aumentar a eficiência da despesa pública, facilitar a participação das pequenas e médias empresas na contratação pública e permitisse uma melhor utilização desta no âmbito das políticas horizontais ou secundárias. De outro tanto modo, esta modernização responde à necessidade de noções e conceitos básicos claros, que garantam a segurança jurídica.

21 Trata-se de um guia dos vários documentos exigidos às empresas proponentes ou candidatas a um concurso público nos países da UE, que actua como fonte de referência que permite perceber quais os vários documentos e aceites nos diferentes países e o respectivo conteúdo. Para tanto, foi concebido para auxiliar, por um lado, a perceber quais as informações pedidas ou fornecidas e, por outro, na identificação dos documentos que sejam mutuamente reconhecidos.

Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP)²² (nº 3 do referido art.º 61.º). Outro exemplo é o dos catálogos eletrónicos (art.º 36.º); ou também o das centrais de compra, onde a contratação eletrónica é adotada de forma plena (art.º 37.º).

O Capítulo II da Diretiva 2014/24 versa sobre as “Técnicas e instrumentos para a contratação pública eletrónica e agregada”. Compreende os artigos 33.º a 39.º, os quais tratam, entre outros temas, do Leilão Eletrónico (art.º 35.º), um procedimento eletrónico repetitivo (n.º1), que pode ser utilizado nos concursos abertos e nos concursos limitados, bem como nos procedimentos concorrenciais com negociação e aquando da reabertura de um concurso junto das partes num acordo quadro (nº 2).

Na Secção 2 («Publicação e Transparência») do Capítulo III («Condução do Procedimento») encontramos referências importantes no âmbito do *e-procurement*. Os anúncios²³ devem ser publicados por meios eletrónicos, em conformidade com o Anexo VIII da Diretiva²⁴ (nº 2 do art.º 51.º).

Noutro momento, temos a obrigatoriedade de disponibilidade eletrónica dos documentos do concurso, a cargo das entidades adjudicantes, a título gratuito após a data de publicação do anúncio (nº 1 do art.º 53.º). Tal disponibilidade deve salvaguardar a confidencialidade requerida pelos operadores económicos referente a «segredos técnicos ou comerciais e os aspetos confidenciais das propostas» (parte final do n.º 1 do art.º 21.º).

Todas as comunicações devem ser feitas pela via eletrónica, não podendo os instrumentos e meios de suporte ser, em circunstância alguma, discriminatórios nem limitar o acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação, nos termos do artigo 22.º. O nº 3 do referido artigo reforça esta deverosidade de preservar a confidencialidade: “Em todas as comunicações, intercâmbios e armazenamento de informações, as autoridades adjudicantes devem garantir que sejam preservadas a

22 Cujo formulário-tipo foi estabelecido pelo Regulamento de Execução (UE) 2016/7, da Comissão, de 5 de Janeiro.

23 A Secção 2 refere-se a três tipos de anúncios: os anúncios de pré-informação (art.º 48º); os anúncios de concurso, que «devem ser utilizados como meio de abertura de concurso para todos os procedimentos» (art.º 49º); e os anúncios de adjudicação de contratos, que devem ser publicados num prazo máximo de 30 dias após a celebração de um contrato ou acordo-quadro (art.º 50º).

24 De particular interesse é o ponto 3 do referido Anexo, que nos remete para um banco de dados que contém o formato e as modalidades de envio dos anúncios por esta via: <<http://simap.europa.eu>>.

idoneidade dos dados e a confidencialidade das propostas e dos pedidos de participação”.

Os procedimentos concursais devem ser mais flexíveis e marcados pela simplificação. Tal imperativo verifica-se, essencialmente, na atenção dada a dois tipos de procedimento: o procedimento concorrencial com negociação e o diálogo concorrencial (arts. 29.º e 30.º, respetivamente). Em contraponto, temos a determinação de regras procedimentais mais estreitas: veja-se, a propósito, o considerando 45, que nos elucida acerca da existência de salvaguardas que devem acompanhar o procedimento concorrencial com negociação com o intuito de garantir a observância dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Todas as fases devem ser devidamente documentadas.

As Diretivas de 2014 vêm, conforme exposto, reforçar o regime do *e-procurement* e promover a utilização do mesmo por parte dos Estados-Membros e respectivas entidades adjudicantes. Tal promoção advém da premissa que esta faceta da contratação pública contribui para a celeridade de todo o procedimento subjacente à formação e adjudicação do contrato público, sem que tal belisque os direitos dos intervenientes e proporcione, ainda, ganhos em termos de organização e de rigor na alocação dos fundos públicos utilizados.

4 O E-PROCUREMENT EM PORTUGAL

Uma forma de tornar os mecanismos estatais mais céleres, eficientes, transparentes e participados, é, precisamente, o *e-procurement*. Podemos definir por contratação pública eletrónica a utilização, pelas entidades adjudicantes, de meios eletrónicos para a formação e adjudicação de um contrato público. Esta nova forma de atuar permite melhorar a eficiência na alocação dos recursos, a equidade e a eficiência distributiva das compras públicas²⁵.

De facto, consoante as orientações comunitárias – sendo uma das mais recentes a COM (2010) 0571 final, de 18 de Outubro –, os procedimentos devem ser caracterizados pelos princípios da transparência, celeridade, concorrência e simplificação. A desmaterialização é o conceito que melhor traduz o desígnio da contratação pública eletrónica, uma iniciativa que, apesar de louvável em aspetos ambientais e económicos, acarreta certos riscos.

25 Seguimos de perto BRAGA, Cintia Freire Garcia Vieira.; BRAGA, Lamartine Vieira, *ibid*.

Não obstante, notamos com Oliveira (2008)²⁶ que a utilização das TIC é um poderoso aliado na concretização dos princípios orientadores da atividade administrativa, tais como: concorrência, transparência, economicidade e eficiência. Tal passa pela implementação de soluções a nível tecnológico e a atualização (e adaptação) da legislação.

Outra orientação comunitária consubstancia-se na COM (2012) 179 final, de 20 de Abril, a qual estabelece uma estratégia para a contratação pública eletrónica. Como principal vantagem, aponta o contributo para a maximização da eficiência da despesa pública²⁷ e para a descoberta de novas fontes de crescimento económico.

Os principais obstáculos manifestam-se na inércia de algumas partes interessadas e na fragmentação do mercado, fator que pode conduzir a um indesejável aumento dos custos. Para superar estes desafios, a Comunicação propugna pela criação de um quadro jurídico eficaz e, se necessário, a harmonização, a nível comunitário, dos requisitos técnicos.

As inovações, necessárias por causa da adoção das TIC, deparam-se com alguns obstáculos. Com Sousa e Matos (2009), apontamos a eventualidade de uma atualização da interpretação dos princípios da concorrência, estabilidade das regras do concurso e as exigências de impessoalidade, legalidade e publicidade²⁸, no sentido de um melhor ajuste ao regime vindo a analisar.

O *e-procurement* tem, por outro lado, um aliciente conjunto de vantagens²⁹. Destacamos o maior acesso à informação e menor incerteza.

26 OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Os princípios gerais da contratação pública, In: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 51-113. De facto, as tomadas de decisões da Administração devem ser caracterizadas pela agilidade e flexibilidade, o que tem igualmente validade no que concerne à sua atividade de contratação pública.

27 Em Portugal, a poupança atingiu os 650 milhões de euros, quantia avultada que poderia ainda ser superior, alcançada através de preços mais baixos devido a uma maior concorrência e também através de poupanças a nível inter-administrativo (de acordo com os dados da pg. 4 da Comunicação).

28 Para mais desenvolvimentos: SOUSA, Marcelo Rebelo de.; MATOS, André Salgado. Contratos públicos. In: *Direito Administrativo geral: Tomo 3*, 2. ed. Alfragide: Dom Quixote, 2009.

29 LEIPOLD, Knut, *Electronic Government Procurement (e-GP). Opportunities and Challenges*, World Bank, Junho de 2007, <www.uncitral.org/pdf/english/congress/Leipold.pdf>.

Ao viabilizar a participação do cidadão, aumenta a concorrência³⁰ e a transparência (tanto das regras vigentes como dos procedimentos adotados). A utilização das TIC garante a igualdade no acesso à informação, o que afasta possíveis privilégios e inibe a corrupção³¹. A redução dos custos, a par do aumento da celeridade, são também vantagens deveras relevantes.

No que respeita ao ordenamento jurídico português, mais especificamente ao disposto no âmbito do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, referimos as plataformas eletrónicas, cuja principal missão é permitir que todas as fases da contratação pública sejam realizadas de forma centralizada, célere e segura. De acesso universal e gratuito (artigo 5.º), visam a “progressiva implementação da contratação pública eletrónica, construindo um quadro coerente para realizar a contratação pública por via eletrónica, de forma aberta, transparente e não discriminatória”, conforme se pode ler na Exposição de Motivos do Decreto-Lei *supra* referido.

O CCP reconhece o contributo das TIC na introdução de “maior rigor e celeridade em matéria de contratação pública e de execução de contratos administrativos [...]”³². Assim, prevê a simplificação da tramitação do procedimento pré-contratual por duas vias: criação de mecanismos de desmaterialização dos procedimentos (artigos 62º e 170º); adoção do leilão eletrónico (arts. 140º a 145º).

De uma forma sucinta, destacamos os aspetos do CCP com ligação ao *e-procurement*. Os anúncios são eletrónicos (arts. 3º, 130º e 131º, 194º, 197º, 219º e ss), tal como as peças do procedimento (arts. 133º e 134º). Pode entender-se que a prestação de esclarecimentos pode ser feita pela via eletrónica (através de uma leitura conjugada dos artigos 50º, 467º e 468º, estes últimos referentes às notificações e comunicações que seguem sempre o formato eletrónico). O mesmo vale para o caderno de encargos (art.º 61º). A apresentação das propostas e candidaturas é desmaterializada (nº1 do artigo 62º)³³.

30 Neste sentido: ROCHA, Manuel Lopes.; MACARA, Jorge Cruz.; LOUSA, Filipe Viana. Ibid.

31 BRAGA, Cintia Freire Garcia Viera. Ibid., p. 128.

32 Exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

33 Para mais desenvolvimentos: ROCHA, Manuel Lopes. Ibid., p. 47-54.

A questão da segurança assume contornos especiais nesta matéria. Torna-se evidente a necessidade de evitar as falhas de segurança, o que inspira um clima de confiança nas plataformas eletrônicas. Os principais riscos passam pelas perdas de confidencialidade, de integridade e de disponibilidade da informação. A ISO 27001 – Information Technology – Information Security Management Systems - Requirements (2005), surge como uma norma internacional de referência na implementação de processos de gestão e segurança³⁴, cujas orientações devem ser seguidas.

O Grupo de Projeto para as Tecnologias da Informação e comunicação, criado pela RCM nº 46/2011, de 27 de Outubro, apresentou um plano que foi aprovado em Conselho de Ministros, a 12 de Janeiro de 2002. Trata-se do plano global estratégico de racionalização e redução significativa dos custos com as TIC na Administração Pública.

Destacamos aqui as *e-plataformas*, a funcionar em Portugal desde 2010. Consistem num conjunto de ferramentas, serviços e aplicações necessárias para operar os procedimentos de treino para a contratação pública. Abertas e transparentes, respeitam o princípio da não discriminação e visam a desmaterialização. O seu uso pode auxiliar todo o tipo de aquisições.

Assumirá aqui especial importância o respeito pelo princípio da transparência, que impede a corrupção e assegura a eficiência do processo de formação do contrato público³⁵. Aliás, pela procura pelo melhor negócio possível para os fundos públicos, a eficiência joga um papel importante, dado que se apoia na rapidez de processo e a reduzida afetação de meios na obtenção do objetivo³⁶.

Aqui chegados, e traçados os quadros comunitário e nacional aplicáveis à contratação pública e às plataformas eletrônicas, com explanação dos desenvolvimentos mais recentes em ambos, cumpre focar atenção na Lei vertente.

34 Alia-se à ISO 17799 (Código de Boas Práticas da Gestão de Segurança da Informação), constituindo estas as principais referências na matéria. Para mais desenvolvimentos: ROCHA, Manuel Lopes. *Ibid.*, p. 59-66.

35 RAIMUNDO, Miguel. **A formação dos contratos públicos**: Uma concorrência ajustada ao interesse público. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 368.

36 RAIMUNDO, Miguel. *Ibid.*, p. 381.

5 A LEI N.º 96/2015 – UMA APOSTA NA DESMATERIALIZAÇÃO

A Lei n.º 96/2015, de 17 de Agosto, entrou em vigor no dia 16 de Outubro de 2015 e vem regular a disponibilização e utilização das plataformas electrónicas de contratação pública e, assim, cumprir a obrigação de transposição do artigo 29.º da Diretiva n.º 2014/23/UE, do artigo 22.º e do Anexo IV da Directiva n.º 2014//UE e, ainda, do artigo 40.º e do Anexo V da Diretiva n.º 2014/25/UE. Opera a substituição do bloco de legalidade anteriormente aplicável, composto pelo Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho, e pela Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho.

Num primeiro momento, iremos expor o papel dos Institutos Públicos ligados ao funcionamento das plataformas electrónicas para, posteriormente, centrarmos atenções na utilização destas pela óptica dos operadores económicos, no contexto de uma análise crítica.

A Lei vertente estabelece os requisitos e as condições a que as plataformas electrónicas devem obedecer e a obrigação de interoperabilidade³⁷ com o Portal dos Contratos Públicos e com outros sistemas de entidades públicas. Os serviços por estas prestados devem satisfazer integralmente todas as exigências e condições estabelecidas no CCP, conforme resulta do artigo 27.º. Desde logo, podemos referir o cumprimento dos princípios elencados no artigo 2.º daquele Diploma, em geral, e, em particular, as exigências de transparência, cumprimento de prazos, igualdade e não-discriminação no tratamento da informação.

Seguidamente, no artigo 2.º, encontramos elencadas várias definições que vêm esclarecer os âmbitos objectivo e subjectivo do diploma, cuja ausência no anterior bloco de legalidade era notória e suscitou dificuldades.

A Lei vertente estabelece a liberdade de escolha de plataformas para entidades adjudicantes e para operadores económicos (art. 5.º). As primeiras deverão recorrer à lista das plataformas licenciadas e das respectivas empresas gestoras, nos termos do artigo 4.º; por seu lado, os operadores económicos devem escolher de entre as licenciadas pelo

37 Podemos definir por interoperabilidade “a capacidade das plataformas electrónicas para permutar informação preservando o seu significado, ou prestar serviços, directamente e de forma satisfatória, entre os respectivos sistemas e os seus utilizadores, bem como para operar com eles de forma efectiva” (alínea d) do art. 2.º).

Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (doravante, IMPIC, I. P.).

O IMPIC, I.P., é, nos termos do artigo 7.º, a entidade licenciadora, de monitorização e fiscalizadora das plataformas electrónicas. Articula-se, conforme o artigo 8.º, com o Gabinete Nacional de Segurança (GNS).

As empresas gestoras das plataformas devem seguir a estrutura organizativa definida no artigo 9.º, *i.e.*, contemplar, no mínimo, os cargos e funções de administrador de segurança, administrador de sistemas, operador de sistemas e auditor de sistemas. Com excepção da posição de operador de sistemas, os postos não podem ser assegurados pela mesma pessoa (n.º 2). Em todo o caso, todos os trabalhadores devem estar livres de conflitos de interesse, no sentido de garantir a imparcialidade da sua actuação (n.º 3).

A Lei vertente prevê, ainda, a figura do Auditor de Segurança (artigo 10.º), o qual, imbuído de reconhecida idoneidade, experiência e qualificações, e da devida credenciação pelo GNS (n.º 1 do artigo 4.º), deve garantir a atuação imparcial e não discriminatória dos membros da equipa. Tem a função de apresentar um relatório inicial de segurança (nos termos do artigo 11.º) e apresentar, com periodicidade anual, um relatório de segurança, que, composto pelos mesmos elementos do relatório inicial, deve ser enviado ao GNS até ao fim do mês de fevereiro de cada ano civil (n.º 1 e 2 do artigo 12.º).

Como referido, compete ao IMPIC, I.P., a concessão de licença para o exercício da atividade de gestão e exploração, em território nacional, de plataformas electrónicas. A licença tem validade de 10 anos; não obstante, a sua validade está dependente da verificação anual oficiosa da manutenção dos requisitos gerais de licenciamento, previstos no artigo 15.º, de cujo incumprimento pode resultar o cancelamento (nos termos do artigo 13.º), conforme a alínea a) do artigo 19.º.

Já na óptica dos operadores económicos³⁸, enunciamos, desde já, a obrigatoriedade de manutenção de disponibilidade permanente das plataformas (artigo 28.º), por parte das entidades gestoras, o que

38 Acompanhamos de perto a referência contida na nota de rodapé n.º 10.

visa impedir que estas funcionem como instrumento de diminuição da concorrência e de restrição de acesso a procedimentos de contratação³⁹.

As plataformas contêm, de forma inovadora, um conjunto de serviços-base (artigos 23.º e 24.º) e outro de serviços-avançados (artigo 25.º), cuja principal diferença é a imprescindibilidade, dos primeiros, para o desenvolvimento dos procedimentos concursais, o que justifica que sejam prestados gratuitamente aos operadores económicos. Assim, o operador não vê restrito o acesso às plataformas e, logo, aos concursos, por motivos económicos.

Na esteira do exposto, as funcionalidades obrigatoriamente disponibilizadas (artigo 28.º) devem incluir a concessão de, no mínimo, três acessos em simultâneo aos serviços base (n.ºs 2 e 3 do artigo 23.º) a título gratuito. Apenas após esse limite é que pode ser cobrado um preço aos operadores pelo acesso aos serviços base.

No cumprimento dos princípios da transparência, e no contexto de melhoria do serviço prestado pela Administração Pública, as plataformas asseguram o envio de mensagens de correio electrónico para todos os intervenientes, em cada fase do procedimento de contratação, assim cumprindo, a entidade adjudicante o dever de assegurar a notificação dos interessados através de contacto individual (que tem respaldo constitucional no n.º 3 do artigo 268.º da Constituição da República Portuguesa).

Todos os documentos elaborados devem ter aposta uma assinatura electrónica qualificada, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 54.º; por outro lado, as plataformas aceitam quais certificados de validação cronológica (selos temporais) emitidos por uma entidade certificadora credenciada para a prestação desse tipo de serviços (conforme o artigo 55.º).

Por fim, cumpre deitar um olhar sobre o plano sancionatório, constante do Capítulo VIII da Lei vertente. Compete ao IMPIC, I.P., e ao GNS, como referido, a fiscalização a atividade de gestão das plataformas (n.º 1 do art.º 78.º). Neste âmbito, estas entidades podem, a todo o tempo

39 Neste sentido, vejam-se as disposições dos n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 29.º e a alínea a), do n.º 1, do art. 30.º.

e sem aviso prévio, proceder ou mandar proceder a auditorias (n.º 1 do artigo 79.º), das quais são lavrados relatórios fundamentados.

As infracções aodispostonaLeivertenteconstituemcontraordenações (artigo 81.º), instauradas pelo IMPIC, I.P., (número 1 do artigo 89.º) as quais, consoante a infracção, podem ser categorizadas como muito graves (artigo 82.º) – que se centram na violação das regras de segurança ou no exercício de atividade sem a devida licença –, graves (artigo 83.º) e leves (artigo 84.º). Podemos saudar a introdução de um regime sancionatório, que visa assegurar a eficácia do regime; todavia, notamos que um excesso de sanções – o regime contempla cerca de seis dezenas de cláusulas sancionatórias (!) – pode tornar o próprio sistema inoperável, podendo mesmo ter um grave efeito anti-concorrencial no mercado das plataformas e na sustentabilidade financeira de todo o sistema⁴⁰.

O artigo 85.º prevê as coimas aplicáveis, cujo montante varia consoante a categoria de infracção, variando entre um mínimo de € 2.500,00 e um máximo de € 100.000,00. Cumpre referir que tanto a negligência como a tentativa são puníveis, nos termos e limites do artigo 86.º, *i.e.*, no primeiro caso os limites das coimas são reduzidos a metade e, no segundo caso, é aplicada a coima aplicável à contraordenação consumada especialmente atenuada.

Pode haver lugar a simples admoestação quando a contraordenação for “leve” (artigo 84.º), e consistir em irregularidade sanável e não haja indício de que tenha causado prejuízo a terceiros, possibilidade plasmada e regulada no artigo 87.º, cujo número 3 afasta esta sanção em caso de reincidência. Por outro lado, a prática das contraordenações “graves” (artigo 82.º) pode ser sancionada, a título acessório, com a interdição temporária do exercício de atividade de gestão das plataformas, pela duração máxima de dois anos a contar da decisão condenatória definitiva (artigo 88.º).

Quando não pagas, as coimas vindas a analisar são objecto de cobrança coerciva através do processo de execução fiscal (artigo 90.º). O produto das coimas reverte para os cofres do Estado, para o IMPIC, I.P.

40 Neste sentido, o entendimento vertido no documento referido na nota de rodapé n.º 10.

e para o GNS, numa distribuição proporcional salutar, que visa apoiar a gestão financeira das entidades públicas que intervêm na matéria.

Aqui chegados, concluímos que o novo regime trouxe mudanças necessárias, face ao bloco de legalidade anterior, o qual veio revogar. Assim, *grosso modo*, o sistema das plataformas electrónicas encontra-se, do ponto de vista jurídico, mais robusto e garantístico. Notória é, por outro lado, a preocupação com o assegurar do cumprimento dos princípios jurídicos aplicáveis – *v.g.*, transparência, informação, igualdade, não discriminação –, o que contribui para um regime legal que, mais uma vez, coloca Portugal na vanguarda do *e-procurement*.

Todavia, o regime vertido na Lei n.º 96/2015 não está isento de críticas. Não obstante as vantagens referidas, contém imperfeições que podem vir a suscitar, *in extremis*, a arguição da inconstitucionalidade – principalmente a nível do plano sancionatório. No mínimo, levantam a suspeita da inoperabilidade de todo um sistema que se quer, registe-se, interoperável, compatível e interligado com as plataformas de contratação (artigos 34.º a 36.º). Ficaram por definir, o que é igualmente criticável, os meios para alcançar estes objectivos.

6 AINDA O ELECTRÓNICO – MEIO PARA O FUTURO, OU ILUSÃO DE SUSTENTABILIDADE?

Ainda que indirectamente relacionado com o propósito da presente investigação, abrimos espaço a uma breve referência ao desenvolvimento sustentável, para a prossecução do qual o *e-procurement* assume uma posição estratégica.

De facto, a desmaterialização visa, também, a poupança de recursos, o que desde logo denuncia a sua faceta “verde”; ao propagar por procedimentos céleres, mais garantísticos, transparentes e isentos de corrupção, vem, numa leitura mais extensiva, demonstrar uma preocupação com a vertente social; a lógica económica perpassa todo o regime da contratação pública (também electrónica), principalmente na definição da sua política primária – satisfação das necessidades dos entes públicos ao menor custo possível. Numa leitura global, encontramos aqui

dos ditames da *triple bottom line* – ambiente, sociedade e economia – do desenvolvimento sustentável definido em Brundtland, na sua leitura mais actual.

Pelo exposto, consideramos que o *e-procurement* é, efectivamente, um meio para o futuro mais sustentável. Todavia, questiona-se: pode ser encarado como uma ilusão, um esforço de boas intenções feito que fica no papel? Naturalmente que um regime legal, por muito bem desenhado que seja, precisa de meios que efectivem a sua aplicação e execução. Neste sentido, reforçamos que entidades administrativas e empresas proponentes ou candidatas devem relacionar-se, no que respeita ao uso das plataformas electrónicas, num ambiente de estrita e leal cooperação.

7 CONCLUSÃO

A adopção das Novas Diretivas de 2014 irá ter profundos impactos nos regimes internos dos Estados-Membros. O novo *ius commune* veio, entre outros aspectos propugnar pela total implementação do *e-procurement*; introduzir novos procedimentos mais céleres e menos burocráticos; e focar-se no uso estratégico das regras de contratação pública, o que se traduz, entre outras aspetos, na promoção da prossecução de políticas horizontais ou secundárias (ambientais e sociais).

No que respeita ao ordenamento jurídico português, assistimos a um movimento de renovação do quadro jurídico-público, em consequência do qual temos a aprovação de um Novo CPA. Pauta-se, esta renovação, pelo ensejo de reforçar a celeridade, a racionalização do uso dos fundos públicos e a transparência, no rumo à desmaterialização dos procedimentos.

Tal ensejo verte-se, igualmente, no novo regime aplicável às plataformas electrónicas, instrumento vital de suporte ao *e-procurement*. A Lei n.º 96/2015, de 17 de Agosto, vem revogar o bloco de legalidade anteriormente aplicável e procura construir um sistema electrónico robusto e garantístico, que propicie, por um lado, poupanças de tempo e outros recursos bem como, por outro, o reforço dos direitos dos intervenientes.

Nesta medida, não obstante as críticas apontadas, o novo regime das plataformas electrónicas tem o potencial de inspirar outros ordenamentos jurídicos que visem, como é intenção expressa das Diretivas de 2014, a construção de um regime legal que promova a contratação pública electrónica. Nesta data, o ordenamento jurídico português encontra-se a laborar nas diversas Portarias que servirão de suporte à Lei vertente pelo que, sem prejuízo do caminho percorrido até então, são de esperar novidades legislativas, e porventura jurisprudenciais, que constituirão o mote de um tão necessário debate em torno destes novos regimes.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Cintia Freire Garcia Vieira.; BRAGA, Lamartine Vieira. Aplicação de tecnologias de informação e comunicação na contratação pública: a experiência portuguesa. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 1, n. 3, 2011. Número especial.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos**: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2012.

LEIPOLD, Knut. **Electronic Government Procurement (e-GP): Opportunities and Challenges**. Washington: World Bank, 2007.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Os princípios gerais da contratação pública. In: GONÇALVES, Pedro (org.). **Estudos de Contratação Pública – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, Pedro Matias.; FRANCO, João Soares. A adjudicação de Contratos Públicos em contexto de crise. **Revista de Contratos Públicos**, Coimbra, CEDIPRE, n. 5, 2012.

PINTO, Eliana de Almeida et al. **Manual da Contratação Pública e Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso**. Lisboa: Letras e Conceitos, 2015.

RAIMUNDO, Miguel. **A formação dos contratos públicos**: uma concorrência ajustada ao interesse público. Lisboa: AAFDL, 2013.

ROCHA, Manuel Lopes et al. **A contratação Pública Electrónica e o Guia do Código dos Contratos Públicos**. Lisboa: ST&, 2008.

SOUSA, Marcelo Rebelo de.; MATOS, André Salgado. Contratos públicos. In: **Direito Administrativo geral**: Tomo 3, 2. ed. Alfragide: Dom Quixote, 2009.

TAVARES, Luís Valadares et al. **Estudo dos impactos tecnológicos da contratação pública eletrónica**. Observatório de Prospectiva da Engenharia e da Tecnologia: Lisboa, 2009.

PARECER JURÍDICO

A EVIDÊNCIA RACIONAL DO RISCO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DOLO EVENTUAL

Victor Emendörfer Neto¹

RESUMO: Este trabalho analisa, diante do caso concreto, a presença do dolo eventual. Neste sentido, elabora a noção de “evidência racional do risco”; e demonstra que tal evidência não apenas pode ser depreendida de um determinado contexto de fato, mas também que ela afasta objeções teóricas frequentemente dirigidas, especialmente em crimes de trânsito, à caracterização do dolo.

Palavras-chave: Dolo eventual. Evidência. Crime de trânsito.

THE RATIONAL EVIDENCE OF THE RISK: ON THE EVENTUAL INTENTION

ABSTRACT: The work examines, on the basis of the analysis of the case, the presence of the eventual intention. In this way, elaborates the notion of “rational evidence of the risk”; and demonstrates that a such ‘evidence’ not only can be inferred from a given concrete case, but it also removes theoretical objections frequently issued, specially in the realm of the traffic crimes, to the characterization of the intention (*dolus*).

Palavras-chave: Eventual intention (*dolus eventualis*). Evidence. Traffic crimes

Mudar para **Key words:** ???

1 Mestre em Direito pela UFSC. Professor na Faculdade de Direito da Católica de Santa Catarina. Advogado. E-mail: victor@emendorfer.com.br

RECEBIDO EM: 06/07/2016 ACEITO EM: 08/08/2016

1 CONSULTA

Os pais de A.R.S, morto em acidente de trânsito alegadamente provocado por W.P.G e apurado em ação penal que tramita na comarca de Jaraguá do Sul-SC, solicitam parecer sobre a possível presença do dolo eventual na conduta do réu. Assistentes de acusação nesta ação penal que chega agora à fase de alegações finais, eles indagam se há razões para a pronúncia.

2 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

Não se controverte, neste processo, o fato de que a colisão entre os veículos Ford Focus e Volkswagen Crossfox, pilotados respectivamente pelo réu e pela vítima, tenha causado a morte desta. A rigor, nem mesmo o caráter criminoso da conduta do réu é questionado: a própria defesa preliminar, centrada inteiramente no alegado “excesso de acusação”, não ousa pedir a absolvição.

Toda a controvérsia, nesta fase processual, centra-se numa indagação: a conduta do réu foi dolosa? Discute-se mais exatamente a existência do dolo eventual. A pronúncia do réu, de que ora se cogita, supõe apenas que a resposta àquela indagação não seja desde logo conclusivamente negativa.

O exame desta questão supõe o resgate dos fatos e a caracterização do instituto jurídico de que se trata. É o que se fará aqui, nesta ordem: antes de examinar se a conduta do réu foi dolosa, cabe esclarecer os dados indispensáveis à sua tipificação.

3 O CASO

A colisão que causou a morte da vítima ocorreu, segundo a denúncia, às 23 horas e 54 minutos do dia 16 de dezembro de 2013. Para reconstituir os fatos que determinaram esse trágico evento, convém retroceder a algumas horas antes disso e, a partir daí, seguir o réu até o preciso momento daquela colisão. Com esta reconstituição, dar-se-á realce às circunstâncias determinantes do evento, resgatando-se com o rigor possível os traços fundamentais da conduta.

3.1 A EMBRIAGUEZ

Não se discute que, na ocasião da tragédia, o réu conduzia seu veículo sob efeito do álcool. Esse fato foi expressamente reconhecido pela

defesa; no interrogatório, aliás, o réu admitiu ter bebido “cinco ou seis latinhas [de cerveja]” nas horas que antecederam a colisão.

A embriaguez foi também constatada em teste de alcoolemia produzido após o acidente, em que o etilômetro registrou a marca de 0,85 mg/L. Trata-se de uma marca elevada, sem dúvida: equivale a quase o triplo daquela a partir da qual a embriaguez na condução de veículo automotor é considerada em si mesma criminosa (CTB, art. 306, I). Vale ressaltar que mediaram entre a colisão e a constatação exatos trinta minutos; e o que o nível de embriaguez no instante do acidente, portanto, era maior que aquele aferido no exame.

Em suma: a embriaguez do réu no momento preciso em que praticava a ação causadora da morte da vítima era intensa. Como bem apontaram as alegações finais do promotor de justiça, esse fato não apenas é um fator relevantíssimo na caracterização do dolo, mas é em si mesmo um crime conexo com aquele que determinou a morte da vítima.

Em todo o caso, é decisivo por ora compreender o papel da embriaguez na ação homicida. Não apenas porque esse fato, como dito, é em si mesmo um elemento decisivo para a qualificação desta conduta, mas também porque ele permite explicar toda a sucessão de fatos, também eles decisivos para isto, que conduziram ao resultado fatal.

3.2 O AGRAVAMENTO DO RISCO

A colisão ocorreu, como confessa o réu, logo após ele ter saído de uma festa. Conforme concluiu a perícia, a velocidade do veículo do réu na hora da colisão era de 84,73km/h – bem acima daquela permitida para o local (60 km/h). É possível que esta velocidade em algum outro ponto desta via tenha sido ainda maior. A testemunha S.S., que estava no início da Rua Barão do Rio Branco, relata ter visto “um Focus preto passando em alta velocidade no meio das duas pistas”².

Vale ressaltar, além da velocidade altíssima³ que o réu empregava, o fato de que transitava “no meio das duas pistas”, em torno da meia-

2 Cf. depoimento prestado em juízo.

3 As alegações finais do órgão do Ministério Público, a fim de demonstrar a alta velocidade que o réu imprimia a seu carro, fazem interessante observação sobre o movimento dos automóveis após a colisão – em especial, sobre o “‘rodopio’ efetuado pelo carro do acusado no momento do crime” (fl. 381). O raciocínio é irretocável.

noite e sobre o asfalto molhado. Sua irresponsabilidade era não apenas manifesta, mas acentuada. O risco ligado à sua conduta, então, atingia um nível absurdo.

3.3 A “ROLETA RUSSA”

A condução de veículo sob o efeito de (bastante) álcool já era em si uma conduta criminosa. A “loucura” antes citada agrava enormemente aquele crime. Entretanto, mais do que tudo isto, há um dado que torna a conduta do réu definitivamente intragável: ao dirigir seu carro em alta velocidade, no meio das duas pistas, sob chuva, à noite e bêbado – ele *avançou o sinal vermelho*.

Não pode haver dúvida quanto a esse dado. A prova a indicá-lo é copiosa, enfática e unânime. Há pelos menos cinco *testemunhas oculares* que o atestam.

Na ocasião dos eventos, as testemunhas O.G., D.B. e D.P.S estavam na esquina do cruzamento onde se deu a colisão, com perfeita visão do semáforo que sinalizava para a via (Reinoldo Rau) em que a vítima trafegava. Todas confirmam que aquele semáforo estava aberto (verde). O depoimento de V.S.L., outra testemunha ocular que trafegava logo atrás do veículo da vítima, não deixa dúvida: “Eu tava a uns 30, 40 metros atrás do CrossFox. O sinal tava aberto pra nós. Abriu, né ?”⁴

Além disso, no momento do crime E.P. estava na janela de seu apartamento na Rua Barão do Rio Branco, com visão para o cruzamento onde se deu colisão. Vale citar este trecho de seu depoimento:

Promotor: Você percebeu se o semáforo tava fechado ou aberto pra ele?

E.P.: Tava fechado.⁵

Não pode haver dúvida, enfim. A prova testemunhal recobre todas as perspectivas desse dado decisivo. Aqueles que tinham visão para a via em que trafegava a vítima declaram, sem a menor dissonância, que o sinal estava aberto. E a testemunha que tinha visão para a via em que trafegava o réu, em perfeita coerência com aqueles, atesta: o sinal para ele estava fechado.

4 Cf. depoimento prestado em juízo.

5 Cf. depoimento prestado em juízo.

Avançar o sinal fechado não é apenas uma conduta capaz de gerar consequências danosas; diante desta conduta, a produção de tais consequências é uma possibilidade inelutável. No caso em exame, tal possibilidade era ainda mais concreta. Primeiro porque não é possível visualizar, ao se trafegar pela Rua Barão do Rio Branco, a aproximação de veículos pela Rua Reinoldo Rau. Segundo porque o réu vinha em alta velocidade – o que denota que ele sequer se preocupou em tentar uma tal visualização: ele avançou o sinal vermelho às cegas. E terceiro porque se trata, o local da colisão, de um dos cruzamentos mais movimentados da cidade. Em suma: o réu “brincou” deliberadamente com o acaso – e assumiu, portanto, a possibilidade de ter azar.

Esse é, sem dúvida, o dado mais importante desta apuração. Quando avançou o sinal vermelho, o réu deliberadamente fez girar uma “roleta russa”. Ao sabor do acaso, alguém poderia ser vitimado por essa brincadeira macabra. Bastava que houvesse um carro trafegando pela via mais movimentada da cidade. Convenhamos: nesta “roleta russa”, havia chances demais para o azar...

3.4 AS (TRÁGICAS) CONSEQUÊNCIAS

A morte da vítima é o desfecho terrível desta história. Bêbado, conduzindo seu carro de forma errática, o réu avançou o sinal vermelho em um dos cruzamentos mais movimentados da cidade – e matou A.R.S.

A defesa não ousa lançar maiores objeções a esses fatos: alguns ela reconhece abertamente; outros, nega de forma tímida e genérica. A principal alegação defensiva agarra-se ao suposto fato de que a vítima não estaria, no momento da colisão, usando cinto de segurança. A alegação, ainda que fosse verdadeira, é impertinente nesta fase processual: cabe agora discutir a existência do dolo eventual; uma vez constatada sua existência ou ao menos sua plausibilidade, as demais alegações defensivas poderão ser submetidas ao tribunal do júri.

Estão assim descritas a ação criminosa, suas circunstâncias e consequências. Esses são, numa palavra, os fatos. Cabe agora caracterizá-los segundo a lei.

4 O DOLO EVENTUAL

Chega-se, enfim, à questão central deste parecer: a conduta do réu foi dolosa? Em termos mais rigorosos: está caracterizado na hipótese o dolo eventual?

Como já dito, esta é a questão que encerra a fase processual em curso – a fase da pronúncia. E aqui há duas possíveis respostas: ou já se pode afirmar conclusivamente não haver dolo na conduta apurada; ou a afirmação contrária é no mínimo plausível. A mera possibilidade de existir o dolo impõe a pronúncia. Em outras palavras: a menos que se pudesse afirmar desde já a ausência de dolo, o feito deve ser submetido ao tribunal popular.

Cabe agora investigar este conceito – o dolo. E então, ao fim desta investigação, concluir: é bastante plausível – para dizer o mínimo – a afirmação de que o réu agiu dolosamente; e é indiscutível, portanto, a necessidade de pronunciá-lo.

4.1 DOLO E CONSCIÊNCIA

O conceito de dolo supõe o de ação humana. A ação humana é um fato que tem causa na vontade – e é, portanto, atividade consciente⁶. Como fato, é algo com significação histórica, que existe no espaço e no tempo⁷. Como atividade consciente, é a realização de um projeto: a expressão da capacidade de compreender o nexos entre a ação e suas consequências – o que explica que se possa imputá-la a alguém, que assim pode ser por tais consequências *responsável*.

Sendo um fato, a ação humana sempre afeta de alguma forma o mundo⁸. É um acontecimento exterior – ou seja, não é puro pensamento – e, nesta medida, gera alguma repercussão. Esta repercussão pode ser algo reprovável, por representar um dano ou um perigo a algo que se deva proteger. A norma jurídica veda condutas que produzam tal dano ou tal perigo. E impõe a punição de quem as pratique.

Essa punição supõe que a conduta seja *subjetivamente* reprovável; afinal, como dito, é o fato de que seja consciente que faz esta ação ser imputável a alguém e permite este alguém ser punido. A reprovação subjetiva supõe uma das três seguintes hipóteses: ou o agente quer produzir o dano ou perigo; ou aceita a possibilidade de que isto se produza; ou o

6 Hegel anota que “a expressão da vontade como subjetiva ou moral é a ação”; e diz que a ação contém, entre outras, a seguinte característica: “eu sou consciente de serem elas minhas quando passarem a ser exteriores” [HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. 2. ed. Lisboa: Guimarães & C. Editores, 1976. p. 108].

7 Hegel: “Só quando a vontade moral subjetiva se exterioriza é que há ação” [op. e loc. cit.].

8 Hegel: “O ato introduz uma alteração nesta existência dada, e a vontade é responsável por aquilo que a realidade alterada contém do predicado abstracto de ser minha” [op. cit., p. 110].

produz por falta de cuidado. Na primeira hipótese há o dolo direto; na segunda, o dolo eventual; na terceira, a culpa.

Em outras palavras: haverá dolo quando o agente tiver a consciência de que realiza conduta vedada pela lei; e haverá culpa se ele causar – não porque quer nem porque aceita, mas simplesmente porque agiu sem cuidado – aquilo que a lei visa impedir. O elemento distintivo entre estas duas categorias – dolo e culpa – está nisto: a consciência de realizar uma conduta típica⁹ e de (potencialmente) gerar as consequências – também elas típicas – que devem ou podem advir. O agente pode querer o dano ou o perigo resultante de sua conduta, ou pode aceitar a possibilidade de que um ou outro se realize. Ambos são comportamentos dolosos: querer realizar a conduta denota o dolo direto; aceitar a possibilidade de que se realize, o dolo eventual.

A lei penal brasileira apoia-se em tais premissas¹⁰. A exposição de motivos do Código Penal deixa isso claro:

Segundo o preceito do art. 15, nº I [atualmente, 18, I], ‘o dolo (que é mais grave forma da culpabilidade) existe não só quando o agente quer diretamente o resultado (‘effectus sceleris’), como quando assume o risco de produzi-lo’. O dolo eventual é, assim, plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo: ainda que não se interesse nele, o agente o ratifica ex ante, presta anuência ao seu advento.

Objeta-se que também na conduta culposa pode haver consciência de que o resultado (dano ou perigo) pode acontecer; logo, uma tal ‘consciência’ não seria o elemento a distinguir o dolo da culpa. Este é um ponto crucial da discussão. Convém esclarecê-lo.

Na culpa pode haver, de fato, a consciência de que o resultado (dano ou perigo) é uma consequência possível da conduta realizada. Mas esta

9 Não necessariamente haverá, na conduta dolosa, consciência de sua ilicitude ou mesmo de sua tipicidade; mas haverá consciência daquilo – ação ou omissão, circunstâncias, consequências – que a torna típica. Esta é uma das mais importantes premissas da teoria da ação finalista de Welzel (2011) – premissa que permite distinguir, no marco desta teoria, a tipicidade da culpabilidade, e que impõe considerar o dolo como um elemento daquela.

10 Hungria esclarece que a lei brasileira é inspirada na fórmula adotada pela Comissão incumbida de criar o projeto de reforma do direito penal alemão: “Vorsätzlich handelt auch, wer es zwar nur für möglich hält, aber doch in Kauf nimmt, das er der Erfolg herbeiführt”. O mestre acrescenta que, segundo Frank, “a expressão “in Kauf nehmen”, empregada nesta fórmula, quer dizer ‘estar consciente do risco’ (‘mit bewusstem Gefahrrisiko’)” [HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 121].

consciência é, por assim dizer, *abstrata*: o agente sabe que diante de *condutas como esta* pode advir tal resultado; mas duvida – e, portanto, desconsidera a possibilidade – de que ela ocorra *na situação vivenciada*. Na ação culposa, portanto, esta *consciência* se desfaz diante da realidade concreta em que a conduta se realiza: se esta é culposa, o agente crê que *desta vez* o resultado não vai se realizar – e, portanto, rejeita a consciência de que naquele contexto preciso esse resultado é possível. A consciência da possibilidade do resultado nesta hipótese é *suspensa*: embora o agente saiba que em *casos como este* o resultado pode ocorrer, desconsidera a possibilidade de que ocorra no *caso em que ele atua*¹¹. A *consciência abstrata* (para os casos em geral) dá lugar a uma *inconsciência concreta* (para este caso).

No dolo eventual, permanece sempre presente, e mesmo para o contexto concretamente vivenciado, a consciência de que o resultado é possível. O agente não a afasta. Ele sabe que o resultado pode ocorrer. E, então, ao praticar a conduta que pode causá-lo, ele *assume essa possibilidade*. Sua consciência deste risco é *abstrata e concreta*: ele sabe que o resultado é possível não só em *casos como este*, mas também *neste caso*. Ele *aceita*, portanto, o risco.

4.2 A ACEITAÇÃO DO RISCO – “*ALEA JACTA EST*”

Esta talvez seja a expressão que melhor caracterize o dolo eventual: *aceitar o risco*. E é precisamente isto, na noite em que causou a morte da vítima, o que fez o réu.

Se nos limitássemos a considerar as circunstâncias antecedentes à colisão, abstraindo-se o ato final de avançar o sinal fechado, talvez já denotássemos o dolo eventual. Ao dirigir bêbado, em alta velocidade, à noite, em pista molhada e em local de intenso movimento de carros e pedestres – ao fazer isto tudo, em suma, o réu provavelmente já tinha consciência do risco que produzia. A produção deste risco, em si mesma, já caracterizava o crime do artigo 306 do Código Brasileiro de Trânsito. O fato de que houvesse o *risco concreto* à vida das pessoas que tivessem o “azar” de cruzar sua trajetória, e o fato de que ele agisse com a consciência deste risco, induz à conclusão de que *também* agia com dolo (eventual) homicida. Afinal, qualquer homem de mediana inteligência (e o réu, diante dos numerosos elementos autuados, é decerto um homem inteligente) saberia compreender o risco ligado a uma tal conduta; se ainda assim insistisse em praticá-la, estaria assumindo este risco.

11 Welzel: “Na culpa consciente, a reprovabilidade da culpabilidade baseia-se no fato de que o autor confiou em que não se produziria o resultado” [WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à teoria finalista da ação. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 140.].

Mas as citadas circunstâncias não esgotam o quadro da culpabilidade do réu. Há ainda aquele “detalhe” final e definitivo: o réu avançou o sinal vermelho. Ao fazê-lo, o dolo eventual torna-se, então, aberrante.

Quem avança o sinal vermelho simplesmente não pode afastar a possibilidade de lesar alguém gravemente – e mesmo fatalmente. Esta afirmação talvez ceda diante de casos excepcionais, em que a infração é precedida de uma cuidadosa visualização da via a ser cruzada após avançar o sinal. Mas, no caso dos autos, ela é inquestionável. Segundo a perícia realizada, o réu desenvolvia a velocidade de 84,73 km/h no momento da colisão. Isso significa, necessariamente, que ele sequer fez menção de visualizar a aproximação de veículos pela Rua Reinoldo Rau. Ele simplesmente acelerou. Avançou às cegas o sinal fechado. Fez uma ‘roleta russa’. Daí a conclusão: ele estava consciente da possibilidade – óbvia e inexorável – de que pudesse atingir alguém.

Só um completo demente não poderia prever que esta ação – avançar o sinal vermelho, em alta velocidade, num dos cruzamentos mais movimentados da cidade – podia causar o resultado trágico. E só um néscio não poderia compreender que esta possibilidade, diante daquele contexto, era altamente provável. O réu não é nem um completo demente, nem um néscio. Ele conhecia aquela possibilidade; e sabia, além disso, o quão provável era ela.

É precisamente a consciência da possibilidade concreta do resultado (dano ou perigo) que caracteriza, como visto, o dolo eventual. Na culpa, esta consciência é afastada – ou, por assim dizer, suspensa – diante do contexto concreto da atuação do agente; no dolo, ela permanece. Conforme a famosíssima formulação de Roxin (apud SANTOS, 2000, p. 70), o dolo eventual denota uma “decisão pela possível lesão do bem jurídico”¹². Hungria (1978), ainda antes do mestre alemão, dissera algo essencialmente idêntico: “Para a existência do dolo eventual, basta que o agente, na dúvida sobre se o resultado previsto sobreviria ou não, atravessasse o Rubicon, não se abstendo da ação, pois quem age em tal dúvida assume o risco de quanto possa acontecer”¹³.

Ao fazer referência ao famoso gesto de César, Hungria acentua que o dolo eventual é um modo de jogar com o acaso: “*alae jacta est*” – teria dito o general romano naquele evento histórico. É precisamente o que fez o réu:

12 Esta citação é emprestada de Juarez Cirino dos Santos: SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 70, que não sem razão a considera “precisa”.

13 Op. cit., p. 119.

contando com todas as possibilidades e ciente, portanto, de que o dano poderia ocorrer, ele “atravessou o Rubicon”. O acaso deu sua resposta.

4.3 O CONHECIMENTO DO RISCO COMO DADO DECISIVO

De fato, quem age sabendo que sua ação pode provocar um dano a alguém, age tão censuravelmente quanto quem quer realizar esse dano. São condutas de (des)valor jurídico equivalentes. Se atiro um tijolo do alto de um edifício sobre a calçada onde circulam pedestres, sei que posso matar alguém; isto é algo tão repreensível quanto atirar o mesmo tijolo em uma pessoa determinada, com a intenção de matá-la. A atitude em ambos os casos seria dolosa. Aceitar a morte como um resultado possível de minha conduta é equivalente a querê-la: nos dois casos, não me detenho diante da proibição de matar alguém; nos dois casos sei que minha ação é capaz de provocar o resultado fatal – e ainda assim insisto em praticá-la.

Por isso a literatura penal mais recente insiste em que a característica essencial do dolo – direto ou eventual – é simplesmente o conhecimento do risco: se a ação lesiva foi praticada por quem sabia da possibilidade de que ela causasse a lesão, esta ação é dolosa. Jakobs (1997), por exemplo, distingue o dolo eventual da culpa consciente justamente em função disto: no primeiro caso o risco era *conhecido* pelo agente; no segundo, *cognoscível*. Diz ele: “[t]anto o dolo como a imprudência são formas de evitabilidade; ambos estão determinados pela cognoscibilidade da realização do tipo; no dolo, a cognoscibilidade torna-se conhecimento, na imprudência não”¹⁴.

Diante da observação de Jakobs (1997), a conclusão para o caso é óbvia: se o conhecimento do risco denota o dolo, a ação do réu é dolosa – afinal, ele não apenas *podia conhecer* o risco ligado à sua conduta: ele de fato o *conhecia*. Quem avança o sinal fechado, em alta velocidade e em um dos cruzamentos mais movimentados da cidade, *sabe* que pode atingir alguém.

Do contrário, teríamos que concluir pela demência do réu; e então, antes de discutir o dolo em sua conduta, tratar de sua imputabilidade. Mas esta é uma consideração feita apenas por epítrope. Não há a menor dúvida de que o réu é imputável – nem mesmo a defesa ousou infirmar esta premissa. Não há a menor dúvida de que ele compreendia o risco óbvio e necessário ligado à ação que praticou. Não há dúvida, enfim, de que ele, ao praticá-la, conhecia esse risco – e então o aceitou.

14 JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general, fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 390.

5 RESPOSTAS A POSSÍVEIS OBJEÇÕES

Diante de tais considerações, é possível antever as três possíveis objeções a serem lançadas pela competente defesa do réu. Primeira: o réu, no instante em que se deu conta das consequências trágicas de sua conduta, teria se arrependido profundamente – o que demonstraria que ele não era indiferente a este resultado. Segunda: o próprio réu estaria sujeito aos riscos ligados à sua ação e, por isso, não seria razoável supor que ele os tenha aceito. E terceira: o réu teria “delirado” nos instantes que antecederam a colisão e então não considerou qualquer risco ligado à sua conduta – ainda que este risco fosse evidente.

Nenhuma dessas objeções está demonstrada nos autos; bem ao contrário: no interrogatório o réu insiste em ressaltar sua “sobriedade” nos instantes imediatamente anteriores à batida – e nega, portanto, que estivesse em delírio. Por outro lado, há fortes razões para supor que o réu considerasse o risco a que estava sujeito, diante da ação que realizava, praticamente desprezível – ou bastante menor que o risco que causava a terceiras pessoas. Finalmente, não há maiores evidências de que o réu, depois da colisão tenha sido tomado por arrependimento: ao negar-se a assinar o exame de alcoolemia que realizara, ele já demonstrava agir de modo calculista; por outro lado, sua decisão de jamais procurar a família da vítima, mencionada no interrogatório, parece demonstrar que ele não é uma pessoa atormentada pelo remorso.

Em todo o caso, ainda que as premissas fáticas em que se baseiam essas objeções tivessem sido demonstradas, isto não afastaria a conclusão quanto à presença do dolo eventual. Convém mostrar porquê.

5.1 O “ARREPENDIMENTO DELATOR”.

Sobre o cogitado “arrependimento” não é preciso dizer muito. É evidente que sua existência não afastaria a punibilidade da conduta – e nem mesmo o dolo, cuja constatação antecede a daquela. Mesmo quando se trata de crimes em que o dolo é direito e os motivos íntimos da ação criminosa são especialmente graves, é possível e mesmo corriqueiro haver arrependimento. Isto naturalmente não exculpa os criminosos arrependidos. Por outro lado, a hipótese do “arrependimento” não permite elucubrações psicológicas quanto à ausência do dolo eventual, como se

este arrependimento fosse incompatível com a “aceitação do risco”¹⁵. Ao contrário: o eventual remorso do réu, se realmente existiu, poderia ser tomado como uma reação previsível diante do mal que ele cometeu. A lembrança de seu crime, afinal, pode atormentá-lo: desde aquela fatídica noite, para citar Hannah Arendt, “o réu é condenado a viver junto com um malfeitor numa intimidade insuportável”¹⁶.

Se esta é a hipótese, então esse suposto “arrependimento” é o sintoma natural – e, portanto, a prova maior – da intensa culpabilidade do réu, cuja consciência é a principal testemunha de seu crime. Este remorso seria como aquele “coração delator”¹⁷ de que fala Allan Poe: ao tempo em que demonstraria o lado humano do réu, capaz de sofrer diante daquilo que fez, demonstraria também todo o peso de sua culpa.

5.2 O IRRELEVANTE E DISCUTÍVEL “RISCO” À VIDA DO PRÓPRIO RÉU

Deve-se também afastar aquela vetusta objeção que cita o risco à própria vida do agente, suposto em casos semelhantes a este, como prova de que ele não tenha aceito tal risco. Segundo essa tese, não é razoável supor que o agente fosse indiferente aos danos que ele mesmo poderia suportar – e não é possível admitir que ele tenha aceito o risco de danos a terceiros sem considerar a possibilidade de danos a si. Logo, não haveria o dolo eventual.

Tal objeção, salvo engano, já há muito foi superada. A maior prova disto são as condenações cada vez mais frequentes que reconhecem o dolo em crimes de trânsito, tanto como a claríssima tendência jurisprudencial de ratificá-las¹⁸. Se aquela ‘objeção’ fosse verdadeira, raríssimos crimes de trânsito seriam dolosos; afinal, o risco provocado pela ação também existe na maioria dos casos para o agente.

15 Quanto a isto, vale citar a famosa objeção de Heleno Fragoso à chamada “primeira fórmula de Frank” (teoria hipotética do consentimento), em que o autor alemão sugere não haver dolo se o agente, acaso estivesse seguro do dano ligado à sua ação, não a realizaria. Fragoso esclarece, com razão, que esta “fórmula” nem sempre exclui o dolo. De fato: não se pode julgar uma ação praticada num contexto de incerteza pressupondo-se hipotéticas “certezas” – até porque, se houvesse a certeza do dano e se o agente ainda assim realizasse a ação, então nesta hipótese haveria dolo direto. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978).

16 ARENDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 154.

17 POE, Edgar Allan. The Tell Tale Heart. **The Pioneer**. Boston. jan. 1843.

18 Ver notas 23 e 26.

A falácia em torno desta objeção é desmascarada diante de duas observações básicas. Primeira: não é irrazoável supor que o agente aceite o risco de causar danos a si próprio. Segunda: não é necessária a conclusão de que o agente, ao aceitar os riscos que causa a terceiros, aceita também a possibilidade de danos a si mesmo.

É certamente plausível supor que o réu, ao praticar a ação homicida, tenha aceito o risco de que ele próprio sofresse danos. Isso não significa que ele fosse louco; nem mesmo que fosse um suicida. Significa apenas que o réu não tem a *devida consideração* com a *vida humana*. Parece muito natural que alguém capaz de “brincar” com a vida dos outros permita-se fazer algo similar com a própria. No dolo eventual não há necessariamente um impulso egoístico. O desprezo a bens jurídicos relevantes não se dirige apenas a bens alheios. A consciência dolosa, ao querer o dano ou ao aceitar sua possibilidade, apenas supõe a contradição com os valores tutelados pela ordem jurídica. Insista-se: não é apenas possível, mas mesmo prosaico que a indiferença – marca do dolo eventual – dirija-se não só a bens alheios, mas também àqueles do próprio agente. Quem não preza suficientemente a vida dos outros pode fazer o mesmo quanto à sua: neste caso, insista-se, o desprezo dirige-se simplesmente à vida humana.

Um tal comportamento, em que o agente é incapaz de dar o valor adequado a este bem jurídico, trai uma deliberação desajustada; falta ao agente, neste contexto, a consciência efetiva da relevância dos bens a cuja proteção a lei penal se presta. É precisamente esse ‘desajuste’, essa insuficiente consciência da importância de determinados bens, o traço particularmente reprovável da ação praticada com dolo. Talvez possa causar certa estranheza conceber uma ação que despreze bens do próprio agente. Mas convém ponderar: estamos aqui falando de um crime doloso contra a vida; e é natural, portanto, que notemos certa estranheza nisto: a consciência por trás de um tal crime, em última análise, sempre nos parecerá ter algo de incompreensível. O mal, já dizia Sócrates, é antes de tudo absurdo¹⁹.

Por outro lado, é bastante plausível supor que o réu, mesmo conhecendo o risco que sua ação causava a terceiros, considerasse que o risco para si mesmo fosse muito menor. Nesta consideração, não haveria nada de irracional; ao contrário, nela se pode descobrir uma frieza particularmente perversa diante da situação vivenciada. Lembre-se: o réu dirige um automóvel de luxo, dotado dos mais eficientes “itens

19 É bem conhecida a afirmação socrática (constante do Górgias e lembrada por Hannah Arendt (op. cit., p. 146) de que “é pior cometer alguma injustiça do que ser vítima de injustiça”. O mal é contraditório à essência dos homens, que ele descrevia, segundo aquela autora, como “seres pensantes” (Id., p. 157).

de segurança” que um veículo como esse pode oferecer. Ele próprio reconheceu no interrogatório:

Advogado (assistente de acusação): Era um bom carro?

W.P.G.: Sim.

A.: Um excelente carro?

W.P.G.: Excelente carro.

A.: Você se sentia seguro dentro do carro?

W.P.G.: Sim.

A prova demonstra que os “air bags” do automóvel do réu foram acionados (fl. 83). Este carro, embora bastante avariado em sua parte frontal, manteve intacta a cabine. É preciso não esquecer que ele saiu ileso da batida. Em suma: para o réu, a colisão, por ele causada, não provocou o mais tênue dano físico; para a vítima, foi fatal.

Portanto, é falaciosa a alegação de que o dolo eventual seria incompatível com o risco a que o próprio réu, com sua conduta, estava sujeito. Falaciosa porque não é implausível que ele estivesse ciente do risco a que se sujeitava e que ainda assim insistisse na ação: seu desprezo pela vida humana pode se referir inclusive à própria; e falaciosa sobretudo porque o réu, ao realizar sua ação, sabia que os riscos a que submetia os demais superavam em muito os riscos a que sujeitava ele mesmo.

Depois de tudo, não sem grande amargura, só resta concluir: o réu estava certo. Sua projeção quanto às consequências de sua conduta havia se confirmado: a vítima morreu por força desta ação; ele, o réu, saiu ileso.

5.3 O EVENTUAL “DELÍRIO” COMO CIRCUNSTÂNCIA DESPREZÍVEL – A EVIDÊNCIA RACIONAL DO RISCO

Finalmente, não seria outra a conclusão se assumíssemos a existência de um “delírio” que teoricamente tivesse “cegado” o réu para os evidentes riscos ligados à sua conduta. Será agora demonstrado que tal suposição é, se não incompatível, inócua ante a premissa irrefutável de que o réu é um homem dotado de razão – premissa, aliás, que permite depreender sua imputabilidade. Ou seja: mesmo que tivesse havido um tal “delírio”, isto não excluiria o caráter doloso da conduta.

Como dito, a característica essencial do dolo – direto ou eventual – é simplesmente o conhecimento do risco: se a ação lesiva foi praticada por quem conhecia a possibilidade (e então a aceitava) de que ela causasse a lesão, esta ação é dolosa. Nas ações culposas, o agente não aceita a possibilidade de sobrevir a consequência indesejável de sua ação: ou ele sequer se dá conta de que ela existe (culpa inconsciente), ou ele crê poder evitá-la (culpa consciente). Nem uma nem outra coisa ocorreram no caso em apreço. O réu estava ciente do risco ligado à ação que cometeu – e esta, reitera-se, é uma afirmação apodítica. Não apenas porque dirigia seu carro ébria e erráticamente, mas, sobretudo, porque avançou o sinal vermelho, em altíssima velocidade, num cruzamento de intenso movimento. Assim como não é preciso ver as raízes de uma planta viçosa para saber que elas existem²⁰, também não é preciso a certeza *factual* de que o réu em tal situação conhecia o risco: esta certeza é depreendida da premissa – apodítica, de novo – de que ele é alguém dotado de razão. Insista-se: apenas alguém em estado de profunda demência não poderia compreender o risco existente nesta ação; e não se cogita neste processo que o réu tenha em qualquer tempo padecido de uma tal patologia.

Ou seja: este ‘conhecimento’, que é o elemento característico da conduta dolosa, pode ser depreendido da *evidência racional*²¹ do risco criado pelo agente. Quem avança em alta velocidade o sinal vermelho de um movimentado cruzamento conhece necessariamente o risco de lesar outras pessoas. Este risco é evidente a quem seja dotado de razão: só poderia afastá-lo quem se conduzisse nesta situação de forma irrazoável – supondo, por exemplo, ser alvo de “especial proteção divina”. Todavia, a quem seja racional não se permite supor algo irracional – ou melhor: não se permite basear nesta suposição a “crença” em que o risco está afastado. A suspensão momentânea da razão, a menos que seja imprevisível e inelutável, não pode significar um prêmio para quem tenha sido – ou tenha se permitido ser – momentaneamente irracional.

20 A metáfora é de Jakobs e, embora utilizada em outro contexto, serve a esse argumento (Op cit., p. 382, n. 6.).

21 O sentido da expressão “evidência racional” remonta inevitavelmente à “percepção clara e distinta” cartesiana. Não se ignora a respeito a famosa observação de Husserl (1960, p. 62.), que perguntava: “How can evidence (*clara et distincta perceptio*) claim to be more than a characteristic of consciousness within me?” E que então esboçava a noção de “consciência transcendental”. Ao contrário: considera-se decisivo aqui o aporte fenomenológico do filósofo alemão, que só enriquece o sentido do termo e que no contexto destas alegações torna-o ainda mais rigoroso: a “evidência” aqui é um fenômeno interno à “ilha da consciência” de que falava este filósofo e que se manifesta como um *dado racional* – algo que talvez se aproxime do que Espinoza (1983) chamou de “ente da razão”.

A atual jurisprudência – e a cultura jurídica de um modo geral – refletem esta evolução quanto ao conceito de dolo eventual. Especialmente nos delitos de trânsito, a evidência racional do risco é algo cada vez mais levado em conta. Não por acaso são cada vez mais numerosos os casos em que condutas lesivas na condução de veículos automotores são consideradas dolosas²². Como se lê em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

O dolo eventual, abrigado na segunda parte do art. 18, inciso I, do Código Penal, caracterizado na conduta do agente que assente no resultado representado, tem sido, atualmente, reconhecido com grande frequência nos delitos de trânsito, como resultado das inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o risco da direção perigosa e a necessidade de punir o motorista que revela seu desapego à incolumidade alheia²³.

Diante de comportamentos extremamente arriscados, o dolo é depreendido da evidência dos riscos a eles ligados. Não se pode admitir nestes casos que alguém dotado de razão não vislumbresse estes riscos. E não se pode admitir, salvo em situações excepcionalíssimas, que este ‘alguém’ não seja racional. Em casos tais, mesmo que se admitisse o comportamento momentaneamente irracional do agente, cegado por algum delírio e então “incapaz” de compreender aqueles riscos, esse comportamento seria tão censurável quanto o de alguém que estivesse permanentemente ciente das (possíveis) consequências de sua conduta. Insiste-se: não se admitem “lapsos de racionalidade” no comportamento social de um homem; ou melhor: o fato de que eles tenham existido não o exime das responsabilidades pelos atos *ali* cometidos.

Jakobs (2003) argumenta, neste sentido, que a ação humana é assimilada ao conceito de organização²⁴: o comportamento do homem deve ser organizado de modo a demonstrar uma orientação de fazer e não fazer; seus delírios, em princípio, são falhas nesta organização imputáveis a ele. Essa noção é especialmente adequada às ações praticadas na direção

22 Apenas para ilustrar esta tendência, citam-se os recentes julgados do Tribunal Catarinense sobre a questão: Recurso Criminal n. 2014.013966-5, da Capital, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 16-09-2014; Embargos Infringentes n. 2013.010567-8, de Palhoça, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 11-12-2013; Recurso Criminal n. 2014.032945-3, de Seara, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 26-06-2014; Apelação Criminal n. 2013.007392-4, de Chapecó, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 28-05-2013.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 296.621/DF. Relator: Ministro Walter de Almeida Guilherme (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA. Julgado em: 06 nov. 2014, **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 11 nov. 2014.

24 Op. cit.

de um veículo, em que esse ‘objeto’ integra-se a ela e seu funcionamento remonta à consciência e à vontade de quem a controla.

Isso explica, e convém reiterar esta observação, que se tenda a considerar ‘dolosas’ uma fração cada vez maior das condutas lesivas praticadas na direção de veículos. No contexto do trânsito, a interação entre sujeitos racionais – ou que se conduzam racionalmente – é uma *condição elementar de funcionamento do sistema*. Não se pode transitar em vias públicas sem esperar que as outras pessoas respeitem as regras básicas desse sistema: conduzir-se em sua mão de direção, respeitar a sinalização, não avançar o sinal fechado, etc. Na direção de um veículo, o homem assume um aspecto potencialmente mais lesivo diante dos demais: ele conduz uma máquina grande e pesada que atinge altas velocidades – e que é capaz de causar, diante de “pequenos” erros, danos terríveis. Neste contexto o compromisso com o comportamento adequado é mais estrito. A consciência dos riscos ligados à inobservância deste compromisso, mais presumível.

Não é casual, absolutamente, a tendência jurisprudencial²⁵ a considerar dolosas as ações lesivas praticadas por motoristas bêbedos: ainda que um tal motorista suponha estar em condições de conduzir bem seu veículo, não se admite que ele não tenha consciência das dramáticas restrições que o álcool impõe sobre sua capacidade de conduzi-lo, afetando seus reflexos, sua atenção, sua vigília, etc. Dependendo do nível de alcoolemia, pode não ser racional desconsiderar o aumento intolerável do risco de expor – ele mesmo e os demais – a acidentes de trânsito. Logo, se ainda assim ele insiste em dirigir alcoolizado, é compreensível a conclusão de que ele aceita este risco. Para as condutas extremamente arriscadas – direção em velocidade muito superior à permitida para o local, disputa de rachas, ultrapassagem em situação de pouquíssima visibilidade, entre outras – vale o mesmo raciocínio: seria irracional não considerar o risco elevado de dano ligado a elas; e então, em relação àqueles que as realizem, restaria concluir: eles aceitaram esse risco.

Pode-se objetar que essa tese, a sustentar que a evidência racional do risco permite concluir que o agente o tenha aceito, aniquila o conceito

25 Novamente, apenas a título ilustrativo, citam-se outros precedentes da Corte Catarinense, agora especificamente voltados à relação entre *embriaguez no volante* e *dolo eventual*: Apelação Criminal n. 2014.086930-4, de Itapema, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 27-01-2015; Apelação Criminal n. 2014.057580-9, de Joinville, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 11-11-2014; Apelação Criminal n. 2014.051466-7, de Rio do Sul, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 21-10-2014; Recurso Criminal n. 2013.063002-3, de Brusque, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 04-02-2014; Recurso Criminal n. 2013.010460-7, de Rio do Sul, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 30-07-2013; Recurso Criminal n. 2011.058001-4, de Garopaba, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 05-03-2013.

de culpa; afinal, sempre que o risco for cognoscível (e somente neste caso o dano causado é culposos), ele pode ser *racionalmente verificado* – e então ele sempre seria ‘evidente’ aos “olhos da razão”. Tal objeção, no entanto, não terá compreendido a exata acepção que se atribui aqui ao termo ‘evidência’. É possível que diante de uma situação de risco haja a suposição – racionalmente justificável – de que tal risco não exista, ou de que o agente possa reduzi-lo a níveis aceitáveis. Um piloto pode supor, por exemplo, que é capaz de conduzir seguramente seu carro a uma velocidade de 70 km/h numa via em que o limite seja de 60 km/h. Essa suposição pode se basear na premissa equívoca de que o limite para esta via seja de 80 km/h; ou na convicção de que ele é suficientemente hábil para conduzi-lo em velocidade superior à máxima permitida. No primeiro caso o risco cognoscível é concretamente desconhecido; no segundo, ele cede diante da suposição de que pode ser mitigado nas circunstâncias concretas: assim como é racional conhecer o agravamento do risco diante da velocidade superior à permitida, é racional supor que se possa reduzi-lo a níveis toleráveis diante da habilidade do condutor.

Nem tudo o que é ‘racionalmente verificável’ é ‘evidente’. Nos exemplos dados, era possível conhecer a velocidade limite (60 km/h) da via; era possível, também, compreender os riscos ligados à condução do veículo em velocidade superior à permitida (por exemplo, examinando a mecânica dos movimentos de desaceleração, ou identificando fatores como o forte afluxo de pedestres ou a existência de curva perigosa). Mas estas possibilidades não necessariamente se realizam: a via pode ser mal sinalizada, o que pode ter levado o condutor a supor outro limite de velocidade; por outro lado, ainda que ele conhecesse este limite, poderia haver circunstâncias (tempo bom, carro bom, pista boa) que indicassem a possibilidade de conduzir o veículo – com segurança – em velocidade pouco superior à permitida. Em outras palavras: o condutor do veículo pode não ter *verificado* as circunstâncias que determinavam o risco; ou pode ter se equivocado ao supor que poderia reduzi-lo a níveis toleráveis. Em ambos os casos, o risco existe e é racionalmente verificável – mas não é evidente.

A evidência representa um apelo – *ex se* – que o agente consciente não pode evitar. Justamente porque algo é evidente a este sujeito, isto lhe é *dado* imediata e perfeitamente – de tal forma que sua representação *disto* corresponda necessariamente a *isto*²⁶. Não há espaço então para o

26 Husserl: “O sentido estrito da evidência, na crítica do conhecimento, refere-se exclusivamente a essa meta última e insuperável, ao ato dessa síntese de preenchimento, a mais perfeita de todas, que dá à intenção, por exemplo, à intenção do juízo, a absoluta plenitude de conteúdo, a plenitude do próprio objeto. O objeto não é meramente visado, mas, em vez disso, ele é dado, no sentido mais estrito,

‘não conhecer’, o ‘não ver’: o que é *dado* é algo *presente*²⁷ na consciência, uma “intuição” inelutável diante da experiência – a própria expressão, constantemente pressuposta, do *cogito*²⁸”.

O conceito de evidência, portanto, não é idealmente objetivo. O que é evidente para uma pessoa pode não ser para outra. Especialmente em Husserl (1960), o termo designa o contato necessário da consciência com o mundo – e de certa forma é parte da resposta deste filósofo a um idealismo que, baseado na onipresença (ou onipotência) daquela, nega a realidade deste²⁹. Um ruído num automóvel pode evidenciar, para um engenheiro mecânico, uma falha nos freios e o consequente risco de causar acidentes; para um leigo, tal evidência pode não existir. Entretanto, ninguém negará que para um e outro – supondo-os ambos condutores habilitados – existirá a evidência do risco se, por exemplo, o carro estiver sem freios e algum deles ainda assim resolver conduzi-lo, ciente disso e podendo evitá-lo, em uma avenida movimentada. A experiência do agente é um dado decisivo a determinar o que lhe é evidente; a possibilidade de que alguma evidência seja apreendida da experiência, em todo o caso, é inafastável para quem seja dotado razão.

Em outras palavras: a consciência arrosta evidências racionalmente necessárias – e não pode negá-las, portanto, senão mediante um desvio irracional. Para um homem capaz de exercer sua liberdade conforme a razão (e conforme quem, ou o quê, exerceria?) e que conheça minimamente o funcionamento de uma arma de fogo, não há a possibilidade de negar que, se a bala pode estar em qualquer dos seis abrigos do tambor, o ato de puxar o gatilho pode determinar a morte da pessoa a quem a arma esteja

tal como é visado, e unido ao visar; de resto, é indiferente que se trate de um objeto individual ou geral, de um objeto no sentido mais estrito ou de um estado de coisas (o correlato de uma síntese identificante ou de diferenciação)” (op. cit., p. 93).

27 Não é casual que Husserl, ao definir ‘evidência’, recorra frequentemente às variações do verbo ‘dar’ (geben), especialmente à forma substantiva ‘Gegebenheit’; e que a isto ligue a noção de ‘presença’ (Gegenwärtigung): “Evidence, according to Husserl, is the presence of the Itself in the original (in contrast to the presentation, memory, portrait, image, symbol, sign, concept, word); one would be tempted to say ‘presence’ in flesh and blood. This is the self givenness (Selbstgegebenheit), which Husserl calls ‘originary’” (RICOEUR, p. 101).

28 Husserl (1960): “Anything belonging to the world, any spatiotemporal being, exists for me that is to say, is accepted by me in that I experience it, perceive it, remember it, think of it somehow, judge about it, value it, desire it, or the like. Descartes, as we know, indicated all that by the name *cogito*. The world is for me absolutely nothing else but the world existing for and accepted by me in such a conscious *cogito*” (HUSSERL, p. 12).

29 Sobre a afirmação de que a filosofia de Husserl seja uma “resposta” à filosofia idealista, cf. a aguda crítica de Adorno no artigo “Husserl and the Problem of Idealism” (ADORNO, 1940).

apontada. Esta é uma evidência para quem seja racional. O conhecimento do risco por este agente deve ser pressuposto de forma absoluta.

Se é racional a evidência do risco, é irracional qualquer motivo que alegadamente o afaste ou o reduza. Quem faça uma ultrapassagem sem visualizar a pista contrária, ou quem avance em alta velocidade o sinal vermelho, não pode racionalmente sustentar qualquer motivo que afaste ou mesmo diminua o risco a ligado a estas ações. Ao agir assim, ele só pode confiar em fatores alheios à razão – a sorte, por exemplo. E, ainda que confiasse nisto, seria dolosa sua conduta: se não há *motivo racional* para afastar o risco, deve-se supor que o agente o aceitou. A evidência racional do risco, insista-se, supõe também a da impossibilidade de afastá-lo ou de reduzi-lo a níveis aceitáveis – o que é evidente não pode ser, ao mesmo tempo, não-evidente: a negação da evidência é a falsidade³⁰.

Em suma: ainda que o réu tenha agido em momentâneo estado de delírio e então estivesse “cego” aos riscos que causava, isto não afastaria, diante da evidência racional destes riscos, o dolo eventual. Este delírio não pode eximir alguém do dever de agir segundo a razão. Até porque um tal ‘delírio’ não é capaz de suprimir a consciência. Ao contrário: a menos que decorra de causa imprevisível e inimputável ao agente, o delírio remonta a uma *deliberação* de romper com a razão – e, neste sentido, tem uma causa consciente. Quem se permite delirar toma uma decisão; esta decisão é anterior ao delírio, porque é causa dele; logo, ela é consciente. Ao agir assim, ao se permitir delirar, o agente *decide não ver o risco*³¹ – e, diante sua evidência racional, isto é o mesmo que aceitá-lo.

6 A CÍNICA “ESPERANÇA”: OBSERVAÇÕES SOBRE O ARGUMENTO DE MAYER

É o padrão racional de comportamento humano, e não psicologismos obscuros, o parâmetro adequado para depreender a dimensão subjetiva da

30 Husserl: “Evidence is, in an extremely broad sense, an “experiencing” of something that is, and is thus; it is precisely a mental seeing of something itself. Conflict with what evidence shows, with what “experience” shows, yields the negative of evidence (or negative evidence) put in the form of a judgment: positive evidence of the affair’s non-being. In other words, negative evidence has as its content evident falsity” (HUSSERL, p. 12).

31 Partindo de idêntica premissa cabe citar a chamada ‘teoria da cegueira deliberada’ (*willful blindness*), também conhecida como ‘doutrina das instruções do avestruz’ (*ostrich instructions*) e ‘doutrina da evitação da consciência’ (*conscious avoidance doctrine*), de ampla aplicação no sistema jurídico anglo-saxão e cujos ecos já se ouvem na jurisprudência brasileira (cf. TRF4, ACR 5001945-68.2013.404.7004, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Rachid de Oliveira). Esta teoria, aliás, tem semelhanças com a tese defendida por Jiménez de Asúa no artigo “La Cegueira Jurídica y el remanente imputable en el error de prohibición”. (ASÚA, 1962).

conduta criminosa. Não cabe especular se o réu acreditava na própria sorte ou se supunha destinatário de especial proteção divina – ou agia, enfim, com a esperança irracional de que nenhum mal ocorra. Se sua conduta produz um risco grave e racionalmente evidente, e se, portanto, não há motivo razoável para desconsiderá-lo, então só resta concluir: o réu aceita o risco de produzir o dano; e age, quanto a esse evento, dolosamente.

Mesmo se supuséssemos, dando ouvidos a uma derradeira alegação defensiva, que a ação criminosa tivesse sido praticada com a “esperança” de não causar danos, e mesmo que considerássemos isso um sinal de que o réu tenha agido “ingenuamente”, as conclusões já enunciadas permaneceriam. Esta “esperança”, a que Mayer (2007) parece atribuir um peso decisivo na distinção entre dolo eventual e culpa consciente³², não pode ter qualquer influência na resposta à questão aqui abordada. Ainda que o réu sinceramente esperasse não causar a colisão, ele agiu com a consciência desta possibilidade – e isto, insiste-se, é o quanto basta para classificar sua conduta como dolosa. Uma expectativa como aquela é perfeitamente compatível com a existência do dolo eventual; mais até: é comum que ambos – a esperança e o dolo – coexistam. Quem porventura age *esperando* que o dano não ocorra tem ao mesmo tempo a consciência de que ele pode ocorrer. Há aí uma *situação de incerteza*. A lei impõe que diante de uma tal situação o agente pare. A lei obriga-o a não causar esta incerteza, a não detonar o potencial lesivo que a situação engendra – em termos informais: a não “pagar para ver”. Se ele age consciente desta incerteza, ele aceita a possibilidade de produzir aquilo que a lei quer evitar. Ele age, portanto, dolosamente.

A “tese da esperança” inverte os termos da questão. Diante da incerteza quanto aos danos, ela aponta o fato de que o agente supunha que eles *talvez* não ocorressem; e na verdade o que importa é reconhecer que o agente, justamente por causa desse “talvez”, não poderia insistir em sua ação: diante do risco, ele tinha que parar.

O quanto aquela esperança fosse sincera ou intensa realmente não importa. Importa, isso sim, saber se ela era razoável; ou melhor: saber se havia base racional para o agente supor ser capaz de reduzir os riscos ligados à sua conduta, de tal forma a mantê-los em níveis aceitáveis. Se o agente se supõe um homem de sorte ou um iluminado, isto é indiferente à investigação jurídico-penal de sua conduta – a menos que tal suposição seja um sintoma de sua demência e então de sua inimputabilidade. Se se trata de alguém imputável, deve-se partir da premissa de que ele age permanentemente sob a influência da razão; e de que é, portanto, capaz

32 Op. cit., p. 317.

de entender o risco que sua ação provoca. A esperança irracional de que esse risco não se consume não pode afastar a evidência racional de que ele existe. Uma tal “esperança” só pode ser considerada relevante aos olhos de um psicologismo tacanho que a compreendesse como uma tentação a orbitar em torno do ego, convencendo-o a ignorar o apelo da razão. Todavia, ainda que houvesse uma tal “tentação” e ainda que fosse intenso o seu assédio, algo é indubitável: o agente cede a esse assédio sempre conscientemente. Se a premissa é a de que o réu é dotado de consciência e razão, então aquela “esperança” é só uma “desculpa” para a sua decisão de aceitar o risco – é uma esperança adrede, preordenada, cínica.

Insiste-se nisto: a investigação da subjetividade do agente, o mergulho no interior de sua mente, deve se pautar num modelo racional. Suas motivações, suas contradições internas, o contexto íntimo em que se produzem suas decisões – tudo deve pressupor o que, segundo Kierkegaard, deve ser uma *consciência* capaz de cuidar de si mesmo³³.

A ação humana é sempre um projeto³⁴; e a capacidade de projetá-la não pode ter causas obscuras: tudo repousa sobre a consciência e a razão. Somente assim é possível estabelecer esse postulado básico da ciência jurídica: a liberdade³⁵. E, então, concluir, com todos os corolários disso, que essa liberdade tenha sido mal exercida.

33 KIERKEGAARD, Soren. **O desespero humano**: (doença até a morte). São Paulo: Editora Unesp, 2010. KIERKEGAARD, Soren. **O conceito de angústia**: uma simples reflexão psicológico-demonstrativa direcionada ao problema dogmático do pecado hereditário de Vigilius Haufniensis. Petrópolis: Vozes, 2010. Habermas (2004) faz uma reflexão interessante sobre esta *premissa ética* em “O Futuro da Natureza Humana”.

34 Convém lembrar que Hans Welzel, o autor da teoria (finalista) que ainda serve de base ao tratamento brasileiro (e não apenas o brasileiro) do “fato penalmente punível”, supõe que toda ação humana se dirige a um fim. Ao buscá-lo, o homem se vale dos meios necessários a tanto; além disso, provoca as consequências ligadas a esta busca. Ao projetar uma ação, o homem tem consciência disto tudo: do fim que a motiva, dos meios com que a realizará e das consequências que normalmente se produzem a partir disto. A ação humana abrange tudo isto: o homem que age em busca de um fim é responsável também pelos meios e pelas consequências. Cada um desses elementos – fim, meios e consequências – pode ser algo reprovável, por representar um dano ou um perigo a algo que se deva defender. Só é possível punir alguém se é assumida a premissa de que a ação reprovável é racional e consciente – capaz de escolher seus fins, eleger os meios a realizá-lo, e considerar as consequências (inclusive aquelas não desejáveis) ligadas a isto. [WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à teoria finalista da ação. 3. ed. São Paulo: RT, 2011].

35 Espinoza: “[U]m homem, partindo apenas de sua liberdade, junta aquilo que quer juntar ou separa aquilo que quer separar, não sem saber, como no falso, mas deliberada e cientemente” [ESPINOZA, Baruch de. Pensamentos metafísicos. In: __. **Espinosa**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 3.].

7 CONCLUSÃO

O esclarecimento dos fatos permite concluir que a ação do réu representava, em si mesma, gravíssimo risco à vida de terceiros – risco afinal confirmado; e que ele estava ciente disto. Tais constatações decorrem não apenas das provas dos autos, em que a culpabilidade aflora em cores aberrantes, mas da evidência racional daquele risco: não era possível ignorar a possibilidade de dano quando se considera que o réu, bêbado e em alta velocidade, avançou o sinal vermelho num dos cruzamentos mais movimentados da cidade. Essas duas premissas – a existência do risco e seu conhecimento pelo réu – permitem depreender o dolo eventual em sua conduta: se ele sabia do risco ligado à sua ação, e se ainda assim agiu, aceitou esse risco.

Tratando-se de um crime doloso contra a vida, o réu deve então ser pronunciado – e assim, salvo melhor juízo, restará esgotada a prestação jurisdicional neste momento reclamada.

Esta ação criminal, portanto, deve ser submetida ao tribunal do júri. Essa é a conclusão que me parece se impor. E, por ora, a única: as demais questões, de parte a parte, estão sujeitas à soberana jurisdição daquele órgão julgador.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodore W. Husserl and the Problem of Idealism. **The Journal of Philosophy**, New York, vol. 37, n. 1, 1940.

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ASÚA, Luis Jiménez de. La cegueira jurídica y el remanente imputable en el error de prohibición. In: _____. **Estudos de direito penal e processo penal em homenagem a Nelson Hungria**, Rio de Janeiro: Forense, 1962.

ESPINOZA, Baruch de. Pensamentos metafísicos. In: _____. **Espinosa**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. 2. ed. Lisboa: Guimarães & C. Editores, 1976.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HUSSERL, Edmund. **Cartesian meditations**: an introduction to phenomenology. Traduzido por Dorion Cairns. 17th. ed. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1960.

_____. **Investigações lógicas**: sexta investigação: elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general, fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. **Ação e omissão no direito penal**. São Paulo: Manole, 2003.

KIERKEGAARD, Soren. **O desespero humano**: (doença até a morte). São Paulo: Editora Unesp, 2010.

_____. **O conceito de angústia**: uma simples reflexão psicológico-demonstrativa direcionada ao problema dogmático do pecado hereditário de Vigilius Haufniensis. Petrópolis: Vozes, 2010.

MAYER, Max Ernest. **Derecho penal**: parte general. Montevideo: B de F, 2007.

RICOUER, Paul. **Husserl**: an analysis of his phenomenology. Chicago: Northwestern University Press, 1967.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à teoria finalista da ação. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.