

REVISTA JURÍDICA DA
PROCURADORIA-GERAL DO
DISTRITO FEDERAL

CENTRO DE ESTUDOS

ISSN 0419-4454

RJPGDF	Brasília	v. 40	n. 2	p. xx	jul./dez. 2015
--------	----------	-------	------	-------	----------------

PAOLA AIRES CORRÊA LIMA

Procuradora-Geral do Distrito Federal

KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do
Consultivo

TATIANA MUNIZ SILVA ALVES

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 | 70.620.090 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

PRODUÇÃO GRÁFICA/DIST.

Zona Cultural Produções Visuais

Capa / Diagramação:

Lucimar Ferreira Jorge

Revisão:

Edna Alves

Solicita-se permuta. Píðese canje. On demande l'échange. Si richiede la 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, 2014.

v. 40, 21,5 cm.

Periodicidade semestral

ISSN 0419-4454

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

CDU 34(05)

PARECERISTAS CONVIDADOS

Amom Albernaz Pires
Andrea de Albuquerque Nobre
Aroldo Vellozo de Carvalho Júnior
Bernardo Vassalle de Castro
Bruno César Gonçalves Teixeira
Bruno Paiva da Fonseca
Camila Rocha Portela
Carine Faria Ferreira Rocha
Carla Batista Torres
Carla Gonçalves Lobato
Carolina da Silva Gomes
Cassimiro Marques de Oliveira
Daniel Augusto Mesquita
Daniela Ferreira Marques
Fernando José Longo Filho
Filipe Ferreira Munguba
Flávia Aparecida Squinca
Gabriel Abbad Silveira
George Antonio de Sousa Rosa
Grace Adelaide Freitas de Abreu
Idenilson Lima da Silva
Janaína Carla Mendonça Heringer
João Pedro Avelar Pires
Júlio César de Paula Guimarães Baía

Leandro Zannoni Apolinário de Alencar
Leonardo Vieira Lins Parca
Lígia de Fátima Pereira de Brito
Lucas de Oliveira da Silva
Luís Fernando Belém Peres
Marcos de Araújo Cavalcanti
Marcos Euclésio Leal
Maria Gorete Cosme
Margareth de Jesus Rosa Santiago
Marlon Tomazette
Natália Brezolin Vuori
Niedjha Lucienne Abdalla Santos
Priscilla Vasconcelos Freire de Melo
Paulo Henrique Figueredo de Araújo
Rafael Soares Duarte de Moura
Raphael Sampaio Malinverni
Rosineide Rodrigues Muniz
Sérgio Murta Machado Filho
Sonia Regina Teixeira
Valdson Gonçalves de Amorim
Vítor de Medeiros Lula da Mata
Welbio Coelho Silva

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;
- 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

Tutela Provisória: Tutela da Urgência e a Estabilização da Demanda <i>Thaise Braga Castro</i>	13
Tutela Antecipada Antecedente no Novo Código de Processo Civil <i>Bruno Vargens Nunes</i>	31
A Reserva do Possível e o Mínimo Existencial na Efetivação dos Direitos Sociais <i>Thiago Ferraz de Oliveira e Máisa de Sousa Lopes</i>	51
Um Olhar de Longo Alcance na Busca Incessante pela Implementação da Socialidade: dificuldades imersas no atual contexto de crise e a esperança no desenvolvimento sustentável <i>Márcia Raquel Madruga Cruz</i>	77
O Princípio da Simetria no Federalismo Brasileiro e a sua Conformação Constitucional <i>Samuel Sales Fonteles</i>	91
A Questão da Justa Causa na Destituição dos Administradores: Uma Análise Luso-Brasileira <i>Lívia Ximenes Damasceno</i>	119
Somos Todos Iguais: a União Constitucional de Casais Homoafetivos e o Pensamento de Ronald Dworkin <i>Vítor Boaventura Xavier</i>	141
A Terceirização, a Sucessão de Contratos Administrativos e a Teoria Menor da Sucessão de Empregadores para fins Trabalhistas <i>Hugo Fidelis Batista</i>	171
Aspectos Polêmicos Sobre o Direito de Paridade no Ordenamento Jurídico Brasileiro <i>Rafael Carvalho da Rocha Lima</i>	185

“Acción Pública” e “Acción de Tutela” no Ordenamento Jurídico Colombiano com Formas de Participação Direta na Política - Kelby Cavalheiro de Mendonça e Patricia Tesseroli..... 201

APRESENTAÇÃO

A Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal chega ao segundo número de seu volume nº 40 em um momento marcado por intensas mudanças no ordenamento jurídico nacional. Com efeito, o advento do novo Código de Processo Civil, com a necessária adaptação dos operadores do direito às novidades da prática forense nos remetem à sempre instigante postura de aprendizes.

As ricas contribuições de nossos articulistas nos fazem despertar para o novo, não só sob o prisma da dogmática jurídica, como também pelo enfoque das demais ciências sociais. Cientes do importante papel da advocacia pública no desenvolvimento de uma sociedade mais justa, abrimos nossas mentes para o futuro por meio do trabalho esperançoso desempenhado no presente.

Firmes no propósito de fazer com que a Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal conquiste seu espaço no cenário de discussão do direito nacional, convido a todos para a uma ótima leitura.

Brasília, 12 de abril de 2016.

PAOLA AIRES CORRÊA LIMA

Procuradora-Geral do Distrito Federal

NOTA DO EDITOR

A presente edição da Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal inicia-se com interessante artigo de José Sérgio da Silva Cristóvam, que, após discorrer sobre a concepção histórico-normativa do princípio da dignidade humana, aponta que a constitucionalização do direito administrativo como forma de concretização desse princípio, traz ao centro de nosso ordenamento a ideia de que as pessoas não podem ser usadas ou consideradas como simples meios, ou instrumentos, porquanto dotados de dignidade. Prega, assim, a superação do paradigma tradicional do regime jurídico administrativo fundado na supremacia do interesse público e na lógica da assimetria e verticalização de prerrogativas e privilégios da Administração Pública.

Em seguida, Ivan Luis Barbalho Maia, no artigo *“O Regime Constitucional das Regiões Metropolitanas e seus Desafios”*, tendo em vista o contínuo e intenso fenômeno da urbanização e conurbação das cidades, explora o paradoxo entre a crescente e dinâmica demanda pela atuação racional e planejada da Administração Pública na prestação de serviços públicos, e uma ordem política incompleta, marcada pela gestão metropolitana esvaziada de efetivo poder, autonomia e recursos. Examina a evolução do tratamento normativo dado pelo ordenamento jurídico nacional à metrópole, indicando, com base no marco legal atual, o desafio por uma atuação mais interativa entre agentes públicos e demais atores políticos e sociais no sentido da efetivação de uma melhor governança metropolitana.

Bernardo Vassalle de Castro, em *“Interesse Público e a Responsabilidade da Administração nas Terceirizações Trabalhistas”*, descreve a superação da tradicional concepção soberana de interesse público, adequando-a ao modelo constitucional do Estado Democrático de Direito, que relativiza sua supremacia, vez que limitada pelos valores e princípios inerentes aos direitos fundamentais do homem. Argumenta, assim, que *“a nova concepção de interesse público, que afasta a antiga dicotomia pressuposta entre o público e o privado, deve orientar a responsabilização do Estado nas terceirizações trabalhistas, mas não pode servir como bordão para fundamentar condenações impostas à Administração sem que os pressupostos da responsabilidade estatal se verifiquem no caso concreto”*.

O fenômeno da frequente alteração informal do uso de imóveis em Brasília, notadamente a utilização, como residências, de imóveis comerciais no Plano Piloto, é o objeto do artigo de Lília Almeida. Por sua narrativa, o choque entre realidade social e a concepção modernista utópica, segundo a qual *“uma planificação global e centralizada, poderia controlar a especulação e distribuir os recursos urbanos com base em outros fatores que não a riqueza”*, caracteriza-se como fator causador preponderante das mazelas urbanísticas enfrentadas atualmente na capital federal. Propõe, assim, que a solução para os conflitos advindos da alteração do uso do imóvel deve sopesar, em cada caso concreto,

os impactos que a alteração causa na infraestrutura urbana existente com os benefícios desta advindos, em função da melhor distribuição e aproveitamento dos espaços, conforme as necessidades sociais predominantes.

Em seguida, no artigo *“A Tutela Inibitória como Instrumento para a Preservação da Poluição Sonora Urbana”*, Alexandre Silva dos Santos, ao atentar para a natureza irreversível do dano decorrente do excesso de sons e ruídos, aponta para a adequação da tutela inibitória à espécie, quer para inibir o ato ilícito antes de sua ocorrência, quer para impedir a sua repetição quando já praticado. Apresenta, para tal, relevantes aspectos doutrinários acerca dos aspectos processuais da utilização da ação inibitória ambiental em nosso ordenamento jurídico.

Gabriela Luna Santana Gomes analisa o incidente processual da desconsideração da personalidade jurídica, previsto no Novo Código de Processo Civil. Tendo a autora produzido esboço teórico sobre questões de direito material associados ao instituto, explora, em sua contribuição à revista, o tratamento dado à matéria pelo Novo Código de Processo Civil, em especial nos arts. 133 a 137, a prever, de forma original em nosso ordenamento, o mencionado incidente processual com expressas garantias de contraditório e ampla defesa.

Na sequência, Luciana Marques Vieira da Silva Oliveira apresenta estudo sobre aspectos jurídicos inerentes à profusão de leis estaduais concessivas de incentivos fiscais declaradas inconstitucionais pelo STF em razão da inobservância da regra estabelecida no art. 2º da Lei Complementar nº 24/75, que prevê a anuência de todos os Estados representados no CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária). Amparada em percuente raciocínio, sustenta a necessidade de preservação dos atos praticados pelos contribuintes com base na lei concessiva de benefício, tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade do benefício fiscal de ICMS estaria, em verdade, a introduzir nova norma jurídica no ordenamento, não podendo essa ser aplicada de forma retroativa.

Rafael Carvalho de Fássio se propõe a examinar o parâmetro de controle, o objeto e o princípio da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Esclarece que não obstante tenha a Lei Federal nº 9.882/1999 delineado contornos mais precisos à ADPF, introduzida em nosso ordenamento pela Emenda Constitucional n. 3/1993, persistem ainda uma série de incertezas acerca de relevantes aspectos em sua aplicação. Daí abordar, de forma crítica, com apoio na doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os conceitos de “preceito fundamental” e “ato do poder público”, bem como a regra da subsidiariedade prevista no artigo 4º, §1º, da Lei Federal nº 9.882/1999.

A contribuição ímpar de Mauricio José dos Santos Bezerra, no artigo *“Teoria Geral da Fraternalidade Objetiva: Dar o Peixe ou Ensinar a Pescar?”*, nos instiga a refletir sobre a possibilidade de objetivar o princípio da fraternidade,

positivando-o no sistema jurídico interno. Em sua análise aponta para o fenômeno que positivou a boa-fé no ordenamento jurídico, na forma de boa-fé objetiva, perquirindo, com base em abalizada doutrina, se isso não poderia ocorrer, da mesma forma, com o princípio da fraternidade. Distinguindo a estratégia de positivação desses dois princípios, vez que, ao contrário da boa-fé objetiva, a fraternidade carrega alto grau de subjetividade, traça interessante alegoria que identifica a ação positiva do Estado com o gesto de “ensinar a pescar”, enquanto a ação positiva do povo com o gesto de “dividir o pescado”.

Luiz Felipe da Mata Machado Silva, em *“Mandado de Injunção 27 anos: história e memória”*, apresenta alentado panorama histórico do instrumento processual desde sua gênese, amparado em preciosas memórias de sua discussão na fase de elaboração da Constituição de 1988, para, ao final, descrever a evolução do entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da finalidade precípua dessa ação. Destaca o reconhecido papel do mandado de injunção, redefinido após a mudança da jurisprudência do STF em 2007 (MI 670 e MI 721), na compreensão dos direitos sociais previstos pela Constituição de 1988, não como mera retórica, mas sim como um compromisso real e exigível pela sociedade.

Na seção de doutrina estrangeira, Carlos Sérgio Madureira Rodrigues sustenta, em seu bem elaborado artigo, que o rótulo ecológico europeu, que permite distinguir, dentre certa categoria de produto, bem ou serviço, aquele que se destaca por um melhor desempenho ambiental, caracteriza-se como potente instrumento de mercado capaz de proteger o ambiente e o consumidor, reforçar a Democracia e contribuir para o desenvolvimento sustentável. Analisa o autor, com riqueza de detalhes, aspectos jurídicos atinentes à regulamentação do rótulo ecológico, sistema de adesão voluntária pelas empresas, sob a perspectiva do direito europeu, bem como do direito nacional português. Aponta, no entanto, o douto autor português, preocupações quanto ao risco da mal utilização do referido rótulo em estratégias agressivas de marketing ambiental, em potencial desvio do argumento ecológico, situação em que se estaria a conferir roupagem “verde” a produtos não necessariamente ecológicos, com o simples objetivo de conquistar mercado, em fenômeno denominado de “desinformação verde” dos consumidores.

É, portanto, com grande satisfação que convido-os à leitura de uma edição marcada pelo pluralismo e apuro técnico, fruto da intensa colaboração de todos aqueles que, a cada dia, se esforçam para que a Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal se consolide como importante veículo do saber jurídico em nosso país.

Brasília, 23 de setembro de 2015

ALEXANDRE MORAES PEREIRA

Editor-Chefe

TUTELA PROVISÓRIA: TUTELA DA URGÊNCIA E A ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

Thaise Braga Castro¹

RESUMO: O Novo Código de Processo Civil foi estruturado seguindo as normas fundamentais e os valores previstos na Constituição Federal, buscando um processo mais justo, mais célere e menos complexo, exatamente para fazer cumprir o princípio constitucional da duração razoável do processo. Surge, assim, a tutela provisória com um novo paradigma, no qual se elimina o regime de tutela antecipada e cautelar positivada no Código de 1973 e nasce um outro unificando essas tutelas. O novo sistema processual inova ao permitir, em caso de urgência, o procedimento antecedente para tutela antecipada (satisfativa), que era exclusivo para a tutela cautelar no Código de 1973, bem como importa do direito europeu o instituto da estabilização da demanda, que perpetua no tempo os efeitos de uma decisão concedida em cognição sumária em razão da inércia do demandado.

Palavras-chave: Tutela provisória. Tutela da urgência. Estabilização da demanda.

TEMPORARY PROTECTION: EMERGENCY GUARDIANSHIP AND STABILIZATION OF DEMAND

ABSTRACT: The New Code of Civil Process was structured following the fundamental norms and values foreseen in the Federal Constitution, looking for a fairer, faster and less complex process in order to accomplish the constitutional beginning of the reasonable duration of the process. Thus, The temporary protection appears like a new paradigm: premature and precautionary protection of the Code of 1973 are eliminated and in its place there is a unified regime with those protections. The new procedural system innovates by allowing, in urgent cases, the previous procedure for premature (satisfativa) protection, that was exclusive for the precautionary protection in the Code of 1973, as well as it brings from the European right the institute of the stabilization of the demand, which perpetuates in the

1 Procuradora do Distrito Federal. Pós-graduação em Processo Civil pela Faculdade Anhanguera/ LFG; Pós-graduação pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal; Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central; Pós-graduação em Ciências Penais pela Universidade de Santa Catarina. Graduação pela Faculdade Uniceub. E-mail: thaisebc@yahoo.com.br.

time of the effects of a decision granted in summary cognition in reason of the inertia of the demanded.

Keywords: Temporary protection. Emergency guardianship. Stabilization of demand.

1 INTRODUÇÃO

A constante mudança social exigiu a elaboração de um novo sistema processual civil brasileiro, mais célere e menos complexo e, portanto, capaz de solucionar as necessidades da sociedade com maior eficiência e agilidade.

Surge, então, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), que consagra o princípio da duração razoável do processo, privilegia o sincretismo processual e elimina de vez a segmentação da tutela em conhecimento, execução e cautelar.

Orientado pelos princípios constitucionais, o NCPC busca uma resposta rápida do Poder Judiciário, não somente quando houver uma urgência da eficácia do processo ou risco de perecimento do direito, mas também quando houver uma evidência do direito.

Sempre atento ao Direito Comparado, o NCPC inova ao prever institutos oriundos do sistema processual civil da França (*référé*) e da Itália. Passa a compartilhar da simplificação procedimental da estabilização da demanda, de modo a consagrar a efetividade e a celeridade processual para a tutela do direito material.

Passemos à análise da tutela provisória que é gênero, cujas espécies são a tutela cautelar, a tutela antecipada e a tutela da evidência, prevista no art. 294 e seguintes do NCPC.

TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil foi pautado no princípio da celeridade e da efetividade da atividade jurisdicional. Por essa razão, eliminou-se o livro específico das cautelares para reunir o regime das tutelas antecipadas e cautelares no livro da tutela provisória.

Conforme menciona Greco (2015):

Tutela provisória é aquela que, em razão da sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um processo de cognição exaustiva.²

Na mesma linha, Andrade (2010) expõe:

[...] o direito processual brasileiro volta seus olhos para nova tecnologia processual surgida no direito europeu, denominada genericamente no direito italiano de tutela sumária, em que se permite à função jurisdicional a solução rápida da crise de direito material, sem maiores desdobramentos processuais, mediante decisão baseada em cognição sumária, inábil a formar a coisa julgada material, deixando às partes opção de levar adiante o processo, para se chegar a uma decisão de cognição plena, que confirme ou não aquela obtida mediante a técnica da cognição sumária.³

A principal característica da tutela provisória é a cognição sumária dos fatos. Significa dizer que haverá uma limitação quanto à profundidade para que em um juízo de probabilidade ou verossimilhança se extraia uma conclusão mais célere.

Grinover (2005) aponta a existência de dois tipos de tutela:

Em geral, os relatórios admitem a necessidade de dois tipos de tutela-a do procedimento ordinário, de cognição profunda e exauriente, culminando com a sentença e coisa julgada; e, a seu lado, a tutela sumária, destinada aos casos de urgência ou àqueles em que a natureza do bem a ser protegido demanda uma resposta mais célere e eficaz.⁴

2 GRECO, Leonardo. A Tutela de Urgência e de Evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Desvendando o Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015. p.112.

3 ANDRADE, Érico. **A Técnica Processual da Tutela Sumária no Direito Italiano**, 2010. Disponível em: < www.revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>. Acesso em: 20 set. 2015.

4 GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Tutela Jurisdicional Diferenciada: A Antecipação e sua Estabilização**, 2005. Disponível em: < www.revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>. Acesso em: 20 set. 2015.

Seguindo esse pensamento, o art. 294 do NCPC⁵ prevê que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. A estrutura dessa tutela no Livro V do NCPC está dividida da seguinte maneira: Título I- Disposições Gerais, no Título II- Da Tutela de Urgência e Título III- Da Tutela da Evidência.

A tutela da urgência passa a englobar a tutela satisfativa, também denominada de antecipada, bem como a tutela cautelar. Essas tutelas podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental, conforme prevê o parágrafo único do art. 294 do NCPC. Será antecedente sempre que não for possível delimitar toda a extensão da tutela definitiva em razão da urgência. Nesse caso, pede-se a antecipação imediata dos efeitos da tutela final. Enquanto a incidental é aquela requerida contemporâneo ou posterior à formulação do pleito de tutela definitiva.

Explica Redondo (2015):

O CPC/1973 (LGL/1973/5) permitia a formulação de pedido antecedente (preparatório) somente se a tutela de urgência pleiteada tivesse natureza cautelar (arts. 800 e 806), inexistindo a previsão expressa para cabimento de uma demanda antecedente satisfativa.

Assim, é que o novo Código passou a prever, expressamente 2 (dois) procedimentos preparatórios de tutela provisória urgência: o da tutela cautelar requerida em caráter antecedente (art. 305 a 310) e o da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (arts. 303 e 304)⁶

Surge, então, a possibilidade de se requerer a tutela antecipada antecedente em razão da urgência, ou seja, o autor formula pedido dessa tutela destacando expressamente na petição inicial que está se valendo desse procedimento simplificado, sem formulação rigorosa do pedido principal, até porque, naquele momento, dada a urgência, está impossibilitado de instruir adequadamente a ação que contemple o pedido final.

A urgência ficará configurada quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco

5 Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

6 REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, Modificação e Negociação da Tutela de Urgência Antecipada Antecedente**: Principais Controvérsias, 2015. Disponível em: < www.revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>. Acesso em: 20 set. 2015.

ao resultado útil do processo, conforme dispõe o art. 300 do NCPC⁷. O requisito do perigo de dano não tem a terminologia mais adequada, porque muitas vezes há a urgência, mas não há um dano imediato, como nos ilícitos. Por essa razão, o mais correto seria perigo na demora.

Assim, tanto para a tutela antecipada antecedente como para a tutela cautelar requerida de maneira antecedente, os requisitos são os mesmos, quais sejam: probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Portanto, abandona-se a necessidade de “prova inequívoca e verossimilhança das alegações”, requeridas no Código de 1973.

Marinoni (2015) conceitua a probabilidade do direito:

Para bem valorar essa probabilidade do direito, deve o juiz considerar ainda: (i) o valor do bem jurídico ameaçado ou violado; (ii) a dificuldade de o autor provar a sua alegação; (iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência (art. 375); e (iv) a própria urgência alegada pelo autor. Nesse caso, além da probabilidade das alegações propriamente dita, deve o juiz analisar o contexto em que inserido o pedido de tutela provisória.⁸

A tutela provisória, se for pleiteada em caráter antecedente, será requerida ao juízo que seria o adequado para conhecer do pedido principal (art. 299 do NCPC)⁹.

Uma inovação trazida pelo NCPC diz respeito à tutela provisória solicitada em grau recursal e nas ações de competência originária. Prevê

7 Art. 300. A tutela de urgência sera concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

8 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 203.

9 Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único: Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

o Código que será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito da ação de competência originária e dos recursos. Então, a competência para decidir sobre a antecipação de tutela recursal no Recurso Extraordinário (RE) e no Recurso Especial (RESP) é do STF e do STJ, respectivamente. De modo que, no caso de outorga de efeito suspensivo ao RE e RESP, que é uma hipótese de tutela provisória, passa a ser da competência do STF e STJ e não mais dos TJs e TRFs. Revogou-se, portanto, o entendimento previsto nas Súmulas 634 e 635 do STF¹⁰. Todavia, existe uma exceção. No caso de recurso repetitivo, se o RESP e o RE estiverem sobrestados, a tutela provisória será requerida ao Presidente do Tribunal de Origem.

Outro ponto a ser destacado do art. 299 do NCPC é a indispensabilidade de requerimento para o deferimento da tutela provisória, em virtude do princípio da demanda.

A tutela provisória de urgência pode ser concedida liminarmente ou após a justificação prévia (§2º do art. 300 NCPC). Também o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte pode vir a sofrer (§1º do art. 300 NCPC). Destaca-se, inclusive, a necessidade de reversibilidade da tutela de urgência, pois essa não ocorrerá quando houver perigo de serem irreversíveis os efeitos da decisão (§3º do art. 300 NCPC). Entretanto, essa norma tem sido abrandada em virtude do direito fundamental de acesso à Justiça. Nesse sentido, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) tem lançado várias opiniões sobre o NCPC por meio de enunciados, entre eles o Enunciado nº 25, que afirma: “A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB)”.

O NCPC prevê também uma responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa ou dolo da parte beneficiária, pelos prejuízos

10 Súmula 634 do STF: NÃO COMPETE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONCEDER MEDIDA CAUTELAR PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE AINDA NÃO FOI OBJETO DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA ORIGEM.

Súmula 635 do STF: NÃO CABE RECURSO EXTRAORDINÁRIO POR CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE, QUANDO A SUA VERIFICAÇÃO PRESSUPONHA REVER A INTERPRETAÇÃO DADA A NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS PELA DECISÃO RECORRIDA.

que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa (art. 302 do NCPC)¹¹.

A tutela antecipada (satisfativa) antecedente diferencia-se da tutela cautelar antecedente. A primeira é aquela que já realiza o direito, enquanto a segunda é aquela que serve para a obtenção de uma medida que garante um futuro exercício do direito, ou seja, protege o futuro exercício de um direito. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito (art. 301 do NCPC)¹².

Essa tutela antecipada antecedente já era utilizada na prática processual brasileira por meio do uso das ações cautelares *inominadas satisfativas*.

Para o exercício da tutela antecipada antecedente, a petição pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, conforme art. 303 do NCPC¹³.

11 Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I- a sentença lhe for desfavorável;

II- obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III- ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV- o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

12 Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito.

13 Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo:

I- o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II- o réu será citado e intimado para audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III- não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do §1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§3º O aditamento a que se refere o inciso I do §1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§4º Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

É necessário que o autor indique na inicial que pretende se valer da tutela antecipada antecedente (§5º do art. 303 do NCPC), bem como deve indicar o valor da causa, que leva em consideração o pedido de tutela final (§4º do art. 303 do NCPC).

Uma vez concedida a tutela antecipada antecedente, o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final; em 15 dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar (§1º do art. 303 do NCPC). Além disso, o aditamento será feito nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais (§3º do art. 303 do NCPC).

Dois questionamentos surgem da análise do procedimento previsto no §1º do art. 303 do NCPC.

Primeiro: o autor, ao aditar a petição inicial, pode modificar ou ampliar o pedido antes indicado na petição de requerimento da tutela antecedente, já que nessa houve a indicação do pleito de tutela final?

Redondo (2015) responde ao questionamento da seguinte forma:

Essa indicação, a nosso ver, é limitadora e vinculante, sendo vedado ao autor, na petição de aditamento que apresenta o pedido de tutela final, modificar (ampliar ou reduzir) o pleito que havia sido indicado na petição que requereu a tutela antecedente.¹⁴

Segundo: o autor sempre terá que aditar a inicial mesmo sem saber se ocorrerá a estabilização da demanda?

Esse segundo questionamento surge em decorrência da coincidência dos prazos para o autor aditar a inicial e para o réu recorrer da decisão concessiva da tutela antecedente (art. 304 do NCPC)¹⁵. Diz o § 1º do art. 303

§5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.

§6º Caso entenda que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução do mérito.

14 REDONDO, op. cit., p. 3.

15 Art. 304. A tutela antecipada concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

§3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o §2º.

do NCPC que uma vez concedida a tutela, o autor passa a ter 15 (quinze) dias para aditar a petição inicial. Ao réu compete recorrer da decisão concessiva da tutela em 15 (quinze) dias.

Para Redondo (2015), a interpretação correta seria a seguinte:

[...] Já de lege referenda, a solução seria ainda melhor, mediante alteração da redação do inciso I e II do §1º do art. 303, para que passassem a apresentar as seguintes regras: I- o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias contados de sua intimação para contraditório ao agravo de instrumento ou à resposta do réu; e II- realizado o aditamento pelo autor, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334.¹⁶

Caso o autor não adite a inicial, ou seja, não cumpra o previsto no I do §1º do art. 303 do NCPC, o processo será extinto sem resolução do mérito.

Poderá o juiz entender que não há elementos para a concessão da tutela antecipada antecedente. Nesse caso, prevê o §6º do art. 303 do NCPC, que o órgão jurisdicional determinará a emenda da inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução do mérito. O NCPC prevê a emenda e não o aditamento da petição inicial. Entende-se que, nessa hipótese, o autor poderá modificar (ampliar ou reduzir) o requerimento de tutela antecipada, formular pedido de tutela da evidência, modificar os elementos da demanda e ainda juntar novas provas que embasem os pedidos.

1.1 A ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

A grande inovação trazida pelo NCPC está prevista no art. 304 e seus parágrafos: a tutela antecipada do art. 303 do NCPC torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o §2º, prevento o juiz em que a tutela antecipada foi concedida,

§5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no §2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do §1º.

§6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §2º deste artigo.

16 Ibid., p. 7.

Esse dispositivo do Código introduziu no direito processual brasileiro a possibilidade de “estabilização da demanda”, a qual permite que a decisão antecipatória continue produzindo os seus efeitos até que o processo seja extinto.

A precursora desse instituto no Brasil foi a professora Ada Pellegrini Grinover, conforme afirma Bedaque (2005):

A proposta inicial foi apresentada pela Ada Pellegrini Grinover, que há muito pretende conferir estabilidade à antecipação de efeitos da tutela final, dotando a respectiva decisão de imutabilidade. Em síntese, sua ideia é a seguinte: deferida a tutela antecipada, incidentalmente ou em procedimento prévio, e se omitindo as partes quanto ao prosseguimento do processo ou à propositura da demanda cognitiva, a decisão transitará em julgado.¹⁷

A estabilização surgiu da necessidade de se dar maior efetividade à tutela antecipada antecedente, de modo que, sendo suficiente à pretensão das partes, dispensa-se o ajuizamento de uma cognição exauriente. Com isso, ocorre a autonomização da tutela de cognição sumária em relação a uma de cognição plena, em regra mais demorada.

Com a estabilização da tutela antecipada antecedente, elimina-se a necessidade de se ajuizar uma ação com a delimitação completa do pedido principal, com um pedido incidente de antecipação de tutela, uma vez que passa a ser possível que, numa cognição sumária, obtenha-se a realização do direito material.

Significa dizer que, com a estabilização, a decisão antecipatória continuará produzindo os seus efeitos e o processo será extinto.

Para que tal estabilização ocorra, é necessário que o autor requeira na petição inicial o benefício da tutela antecipada antecedente; que não haja requerimento em dar prosseguimento ao processo após o deferimento desta tutela; que a decisão seja concessiva e não haja impugnação pelo réu, assistente simples, litisconsorte do réu; e por fim, que o réu não tenha sido citado por edital ou hora certa, não seja preso e nem incapaz sem representante legal.

17 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das Tutelas de Urgência. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Editora DPJ, 2005. p. 660.

O art. 304 do NCPC exige a ausência de recurso do réu para a estabilização da demanda. A ausência de recurso deve ser entendida como sinônimo de total inércia do demandado quanto ao deferimento da tutela antecipada antecedente, ou seja, ausência de defesa, de suspensão de segurança, pedido de reconsideração e, claro, recurso de agravo de instrumento pelo réu.

A vantagem para o requerido com a estabilização seria a ausência de custa do processo, por não ter oposto resistência, e diminuição dos honorários advocatícios de sucumbência para 5%.

Então, uma vez concedida a tutela antecipada antecedente, e não havendo impugnação do réu, o processo será extinto (§1º do art. 304 do NCPC). A lei não menciona se a sentença será com ou sem resolução do mérito. Para Marinoni, quando o art. 304, §1º do NCPC fala que o processo será extinto, seria com resolução do mérito.¹⁸ Acredita-se criticável esse posicionamento porque, se extinto com resolução do mérito, não seria possível o ajuizamento de uma demanda de cognição exauriente, cujo objeto material seja o mesmo da ação estabilizada.

Estabilizada a demanda e extinto o processo, a execução será definitiva.

Os efeitos da tutela estabilizada somente podem ser desconstituídos mediante o ajuizamento de uma ação por qualquer das partes com o intuito de rever, reformar ou invalidar a decisão (§2º do art. 304 do NCPC), a qual deve ser ajuizada dentro do prazo decadencial de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (§5º do art. 304 do NCPC).

Essa ação é denominada, pela doutrina, de *ação autônoma*, que será proposta no juízo que concedeu a tutela provisória. A tutela estabilizada pode ser alterada liminarmente ou ao final, na sentença. O ônus da prova nessa demanda cabe ao autor da nova ação, tenha sido ele autor ou réu na ação anterior. Por fim, diz a lei que, para instruir a petição da ação autônoma, qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida (§4º do art. 304 do NCPC).

No ponto, a grande dúvida da doutrina diz respeito à existência ou não de coisa julgada da decisão que concede a tutela antecipada antecedente após o transcurso do prazo de 2 (dois) anos para o ajuizamento da ação autônoma.

18 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 216.

Sica (2015) explica:

A grande dúvida em torno da formação ou não da coisa julgada na estabilização, ocorre após o prazo de dois anos para ajuizamento da ação autônoma, para desconstituir a estabilização. Para mim, haveria uma estabilização qualificada, porque uma consequência da coisa julgada é que a decisão seja observada em processo futuro entre as mesmas partes, e essa estabilização não gera isso. Então, após o prazo de dois anos ocorre a decadência para o ajuizamento da ação autônoma.¹⁹

Corroborando o pensamento anterior Wambier (2015):

(...) o prazo de dois anos encerra a possibilidade de se ajuizar uma ação que reabra a discussão do processo extinto nos exatos limites e contornos da lide, na qual se deferiu a antecipação de tutela. Passado esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, nada impede que qualquer das partes, respeitado os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma nova demanda, com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta.²⁰

Afirma Oliveira (2015):

No PL 186/2005 do Senado Federal, de autoria de Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, contemplava que no caso de estabilização a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida, o que parece mais consentâneo com o texto constitucional e com o próprio sistema processual, porquanto desnecessária seria a alusão ao prazo do direito próprio de revisão, reforma ou invalidação, já que tendo força de coisa julgada, segue-se, por conseguinte, a regulamentação sobre ação rescisória.²¹

19 SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Primeiras Impressões sobre a Estabilização da Tutela Antecipada**, 2015. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/artigo/Detalle.asp?seq_revista=126> Acesso em: 01 out. 2015.

20 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 514.

21 OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Estabilização da Tutela Antecipada e Teoria do Fato Consumado**. Estabilização da Estabilização, 2015. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>. Acesso em: 01 out. 2015.

Na doutrina há três posicionamentos acerca do assunto.

De acordo com o primeiro posicionamento, encerrado o termo de dois anos para o ajuizamento da ação autônoma, deixa de caber qualquer ação, seja ação rescisória ou outra demanda autônoma capaz de modificar os efeitos da tutela estabilizada. Não haveria, porém, a formação da coisa julgada. Para essa corrente, a imutabilidade não seria coisa julgada, mas teria força superior a ela, na medida em que impede qualquer ação para discutir o direito material.

De acordo com o segundo posicionamento, não há coisa julgada do ato decisório que concede a tutela antecipada antecedente após os dois anos para o ajuizamento da ação autônoma, sendo permitida a propositura de demanda para discutir o direito material.

O terceiro posicionamento entende pela existência da formação da coisa julgada material, cabendo, inclusive, ação rescisória.

Tem prevalecido a corrente que defende a não formação da coisa julgada após os dois anos para o ajuizamento da ação autônoma, em virtude da inexistência de uma decisão exauriente. Sendo, então, possível a propositura de uma ação para discutir o direito material em profundidade mesmo após o decurso dos dois anos para a propositura da ação autônoma.

Da leitura do §6º do art. 304 do NCPC constata-se que a opção do diploma legal é pela não formação da coisa julgada. Tal entendimento tem sido corroborado tanto pelo ENFAM como pelo Fórum Permanente de Processualista Civis (FPPC). Tais encontros, realizados pelos grandes estudiosos de processo civil, tem resultado em opiniões orientadoras sobre o novo sistema processual por meio de enunciados. Podemos citar alguns que envolvem o tema: o Enunciado nº 33 do FPPC: “Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”; O Enunciado nº 27 do ENFAM: “Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015”.

Vale a pena apontar outros enunciados correlatos ao assunto, já que esses irão orientar os aplicadores do novo sistema processual, são eles: o Enunciado nº 26 do ENFAM: “Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida na forma do art. 296, parágrafo único, do CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior” e

o Enunciado nº 28 do ENFAM: “Admitido o recurso interposto na forma do art. 304 do CPC/2015, converte-se o rito antecedente em principal para apreciação definitiva do mérito da causa, independentemente do provimento ou não do referido recurso”.

Vale lembrar que a inércia parcial do réu, ou seja, a impugnação de apenas parte da decisão antecipatória que contenha vários capítulos gera a estabilização nos capítulos não impugnados.

O art. 304 do NCPC não prevê a estabilização da demanda no caso de tutela antecipada requerida incidentalmente e tampouco nas tutelas de urgência cautelar antecedente.

O instituto da estabilização aproxima-se da ação monitoria. Na tutela monitoria existe a possibilidade de conversão em título executivo quando não houver embargos do réu. Não opostos os embargos, o mandando monitorio transforma-se em título executivo judicial independentemente de posterior cognição exauriente sobre o mérito. A semelhança dos dois institutos é a tentativa de se alcançar a rápida viabilização de resultado prático sempre que se evidenciar a possibilidade de existência do direito do autor aferida por cognição sumária e inércia do réu.

Como se sabe, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que cabe ação monitoria em face da Fazenda Pública e o NCPC prevê expressamente no art. 701, §4^o²² essa possibilidade. Exatamente pela aproximação de alguns aspectos da ação monitoria e da tutela antecipada antecedente é que há de se concluir ser também possível a estabilização da tutela em face da Fazenda Pública, cabendo a esta oferecer a impugnação da decisão concessiva da tutela provisória, a fim de evitar a estabilização da demanda.

Em muitos casos, a estabilização da demanda pode ser de praticidade bastante interessante. Podemos citar por exemplo, no caso de um estudante que passou no vestibular, mas não havia concluído o ensino médio. Conforme determina o Ministério da Educação (MEC), ele não pode ser matriculado pela faculdade. Supondo que o estudante consegue uma liminar para que a faculdade realize a matrícula, esta não tem interesse em contestar ação e caso o MEC não se insurja da decisão, ocorrerá a estabilização da demanda.

22 Art 701 [...]

§4º Sendo ré a Fazenda Pública, não apresentados os embargos previstos no art. 702, aplica-se-á o disposto no art. 496, observando-se, a seguir, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.

Em outras hipóteses, a estabilização pode ocasionar muita discussão. Podemos citar, por exemplo, uma ação em que um candidato reprova na fase do psicotécnico de um concurso e alega nulidade desse exame por ter sido feito com critérios subjetivos. Pede uma liminar para participar das demais fases do concurso até posse e nomeação. Fazenda Pública não recorre, o autor requereu o procedimento do art. 303 do NCPC e aditou a inicial. Ocorreu a estabilização da tutela provisória. Fazenda Pública terá que entrar com uma ação em até dois anos para desconstituir essa tutela provisória deferida. Acontece que muitas questões surgem a partir do caso, como por exemplo, e se a Fazenda Pública não ajuíza essa ação no decurso de dois anos, poderá após esse prazo ajuizar ação de cognição exauriente para discutir a subjetividade ou não do exame psicotécnico? Nesse período o autor já está exercendo o cargo público objeto do concurso, adota-se a teoria do fato consumado?

Oliveira (2015) reflete sobre o assunto:

Ocorre que, no momento da decisão de mérito para a revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada, pode ter-se transcorrido tempo suficiente a caracterizar os pressupostos para a encampação da teoria do fato consumado. Haverá aí, conquanto se entenda que não deve permanecer mais a decisão da tutela antecipada urgente outrora deferida, continuidade da estabilização, não mais pelo preenchimento dos requisitos da antecipação de tutela satisfativa, definidos no art. 300 do CPC/2015 (probabilidade do direito e perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional), mas sim pelo entendimento de que se deva adotar a teoria do fato consumado, diante do tempo já passado e da ocorrência de fatos diversos e supervenientes. A teoria do fato consumado, assim, estabilizaria, definitivamente, o que já estava estabilizado precária e provisoriamente.²³

Quanto às tutelas provisórias concedidas em face da Fazenda Pública, o NCPC, no art. 1059, determina serem aplicáveis as vedações previstas no art. 1º a 4º da Lei nº 8437/92²⁴ e no art. 7º, §2º da Lei do

23 OLIVEIRA, op. cit., p. 7.

24 Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão

Mandado de Segurança (Lei nº 12016/2009)²⁵.

ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado. [Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 24 ago. 2001].

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários. [Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 24 ago. 2001].

Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas .

Art. 3º O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. [Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 24 ago. 2001].

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. [Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 24 ago. 2001].

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. [Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 24 ago. 2001].

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. [Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 24 ago. 2001].

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. [Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 24 ago. 2001].

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. [Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 24 ago. 2001].

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. [Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 24 ago. 2001] § 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. [Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 24 ago. 2001].

25 Art. 7º [...]

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou abordar o novo regime das tutelas provisórias disposto no Livro V do Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016, tendo por eixo principal o aspecto novidadeiro que envolvem a tutela de urgência, espécie de tutela provisória.

A mudança de sistemática das tutelas provisórias positivada no NCPC tem como origem o reconhecimento da necessidade de contornar a demora da prestação jurisdicional inerente ao procedimento ordinário, exatamente porque este procedimento se caracteriza pelo contraditório efetivo e por uma sequência indispensáveis de atos processuais, os quais requerem tempo.

O NCPC permite, por meio da tutela provisória, que muitas garantias processuais, como contraditório imediato e a dialeticidade sejam postergados e flexibilizados, mas nunca eliminados, para que o processo atenda a uma situação emergencial ou ao direito evidente do autor.

Especificamente com a estabilização da demanda, o novo diploma passa a permitir uma solução de conflitos mais rápida, sem maiores desdobramentos processuais, mediante uma cognição sumária. Concede, assim, às partes, a opção de levar ou não adiante o processo para confirmar ou revogar a tutela antes concedida.

Portanto, no NCPC, a tutela provisória cumpre seu papel, qual seja, garantir a economia processual, conferir maior efetividade ao processo e impedir o abuso do direito de defesa.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. **A Técnica Processual da Tutela Sumária no Direito Italiano**, 2010. Disponível em: <www.revistadotribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>. Acesso em: 20 set. 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das Tutelas de Urgência. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Editora DPJ, 2005.

GRECO, Leonardo. A Tutela de Urgência e de Evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Desvendando o Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Tutela Jurisdicional Diferenciada: A Antecipação e sua Estabilização**, 2005. Disponível em: < www.revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>. Acesso em: 20 set. 2015.

JÚNIOR DIDIRER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Estabilização da Tutela Antecipada e Teoria do Fato Consumado**. Estabilização da Estabilização, 2015. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>. Acesso em: 01 out. 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, Modificação e Negociação da Tutela de Urgência Antecipada Antecedente: Principais Controvérsias**, 2015. Disponível em: < www.revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin> Acesso em: 20 set. 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Primeiras Impressões sobre a Estabilização da Tutela Antecipada**, 2015. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/artigo/Detalhe.asp?seq_revista=126> Acesso em: 01 out. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Bruno Vargens Nunes¹

RESUMO: Este artigo tem por finalidade estudar a tutela antecipada antecedente: natureza jurídica, a influência do Direito francês e italiano na sua implantação no Direito Processual brasileiro, a técnica da estabilização, o procedimento e a concessão quando requerida em face da Fazenda Pública. A antecipação da tutela como processo sincrético e capaz de estabilização é instituto novo no direito pátrio, inspirado no procedimento do *référé*, na França, e na técnica processual italiana, países que optaram por privilegiar a sumarização da jurisdição. O texto pode ser utilizado para pesquisadores em qualquer área do Direito, pois a tutela antecipada é instituto bastante usando nos processos judiciais. Pouco se escreveu até o momento acerca desta importante inovação adotada pelo legislador brasileiro e inserida no novo Código de Processo Civil. Examina-se, portanto, a relevância do instituto e sua aplicabilidade.

Palavras-chave: Tutela Antecipada Antecedente. Efetividade. Novo Código de Processo Civil.

ANTECEDENT ANTICIPATION OF TUTELAGE IN NEW CIVIL PROCEDURE CODE.

ABSTRACT: This article aims to study the previous preliminary injunction: legal nature, influence of French and Italian law on its implementation in the Brazilian procedural law, the technique of stabilization, the procedure and the provision when required in the face of the Treasury. The advance relief as syncretic and capable stabilization process is new Institute on parental rights, inspired by the *référé* procedure in France and the Italian procedural technique, countries that have chosen to focus summarization

1 Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialização em Direito Processual Civil pela Fundação Faculdade de Direito (UFBA) em nível de Pós-graduação "lato sensu". Especialização em Direito Tributário, pela Fundação Faculdade de Direito (UFBA) em nível de Pós-graduação "lato sensu". Professor da Pós-graduação da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Professor da Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC). Professor da Faculdade Guanambi (FG). Professor em curso preparatório para concurso público. Palestrante. Coautor dos livros: "O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMPARADO E ANOTADO" e "O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMPARADO". Advogado. E-mail: prof.brunovnv@yahoo.com.br. Cel.: (77) 9130-1482. Vitória da Conquista, Bahia.

??????????

of jurisdiction. Text can be used to researchers in any area of law, because the preliminary injunction is quite institute using in judicial proceedings. Little has been written so far about this important innovation adopted by the Brazilian legislature and inserted in the new Civil Procedure Code. It examines therefore the relevance of the institute and its applicability.

Keywords: Antecedent Anticipation of Tutelage. Effectiveness. New Civil Procedure Code.

INTRODUÇÃO

A tutela antecipada no processo civil brasileiro tem como fonte principal o Direito Italiano, que, no fim do século passado, sofreu uma reforma, a qual teve como principal tendência a máxima eficácia possível da prestação da atividade jurisdicional no procedimento, ainda no primeiro grau. A eficácia do processo passa ser item principal do objeto do Direito Processual.

O pedido de antecipação não se refere à própria tutela declaratória, condenatória ou constitutiva, mas aos efeitos que qualquer uma delas pode produzir no plano dos fatos em situações que não permitem esperar a cognição plena, pois, se isso ocorrer, provavelmente não haveria mais utilidade ao titular do direito. A satisfação realizada na tutela antecipada é fática.

Seguindo o modelo adotado pelo Direito Processual francês, belga e italiano, o parágrafo único do art. 294 do novo Código de Processo Civil permite ao autor a possibilidade de pedir a tutela antecipada em procedimento antecedente. A Comissão de Juristas designada para elaboração do novo Diploma Processual afirma que a tutela antecipada antecedente viabiliza a efetividade da prestação da atividade jurisdicional.

Baseada no procedimento do *référé*, do Direito francês, o novo Código, no art. 304, prevê a possibilidade de estabilização da tutela antecedente, dispensando o procedimento ordinário em privilégio da cognição sumária como via para prestação da tutela dos direitos. É uma tentativa de sumarizar formal e materialmente o processo.

Trata-se de um processo sincrético, no qual o pedido de tutela antecipada, em procedimento próprio, irá anteceder o pedido principal do

processo de conhecimento ou execução. A ação principal será proposta nos autos do processo da ação de tutela antecipada antecedente.

Assim, este artigo tem o escopo de analisar a tutela antecipada antecedente e suas especificidades. Para tanto, necessário se faz abordar as fontes do Direito estrangeiro que inspiraram o legislador brasileiro, a proposta feita pelos juristas defensores da sua implantação, conhecer como ficou estabelecida no Código de Processo aprovado e sua aplicação quando requerida contra a Fazenda Pública.

1 DEFINIÇÃO E NATUREZA DA TUTELA ANTECIPADA

O termo processo tem origem no latim *procedere* (seguir avante), que traz intrínseca a ideia de que o tempo é um dos elementos inafastáveis da atividade processual. Como define Marcato (2004, p. 790), “[...] a tutela antecipada destina-se a acelerar a produção de efeitos práticos do provimento, ainda que em caráter provisório, para abrandar o dano causado pela demora do processo”.²

A maior contribuição para a concretização da tutela antecipada no Processo Civil brasileiro advém do Direito Italiano, que, no fim do século passado, passou por uma reforma, a qual teve como principal tendência a busca pela máxima eficácia possível da tutela jurisdicional no procedimento ainda no primeiro grau.

Portanto, desde já cabe salientar que a evolução do Direito, inicialmente italiano, se deu com o objetivo de tornar o processo mais eficaz, buscando remédios dentro da disciplina procedimental para alcançar tal objetivo, como se verá ao longo do trabalho, a eficácia processual deixa de ser item secundário tomando ares de principal objetivo da Lei Processual.

Como já enunciado, o pedido de antecipação não se refere à própria tutela declaratória, condenatória ou constitutiva, mas aos efeitos que qualquer uma delas tende a produzir no plano dos fatos e que não podem aguardar até o momento da sentença definitiva, ou seja, após a cognição plena para que ela ocorra, pois se isso ocorrer pode não ter mais utilidade ao titular do direito. Portanto, não se declara existente o direito, não se constitui a nova situação da vida nem se condena o réu. Apenas permite-se que o requerente passe a usufruir efeitos relacionados ao suposto direito por ele afirmado, antes mesmo do seu reconhecimento.

Justifica-se a tutela antecipada no princípio da necessidade, pois sem ela a espera do proceder normal da justiça importaria no comprometimento

2 MARCATO, A. C. *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 790.

da efetividade da prestação jurisdicional. A lei vem permitir a execução de uma pretensão que só poderia ser concedida após a sentença de mérito no plano da execução forçada.

Não se trata de um poder discricionário ou de simples faculdade do juiz e, sim, de um direito subjetivo processual da parte, que, se atingidos os requisitos necessários, terá seu direito satisfeito. Trata-se de um poder-dever do juiz.

Tem a tutela antecipada natureza satisfativa, por promover uma provisória e condicional execução, total ou parcial, daquilo que se espera e visa a ser o efeito de uma sentença definitiva ainda a ser proferida. A antecipação de tutela propõe a finalidade do processo de conhecimento, que é transformar o fato em direito, mas antes do fim do processo, dando à parte possibilidade de executar medidas práticas em favor do direito, antes da formação do título executivo judicial, que seria a sentença.

A doutrina diferencia a satisfação fática da satisfação jurídica. Na primeira, ocorre um provável direito, enquanto na segunda ocorrerá um direito já proclamado existente por uma sentença anterior. Se a realização fática de um direito se der antes de declará-lo existente em uma sentença, não haverá a satisfação deste direito, mas apenas uma antecipação de tutela, mesmo porque é um direito provisório e revogável. Portanto, a antecipação de tutela vai proporcionar uma satisfação fática.

2 O MODELO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA ADOTADO PELO NCPD

Os ordenamentos jurídicos, que adotam a tutela antecipatória, destacam dois modelos distintos. O primeiro é aquele onde existe um procedimento próprio, separado do procedimento ordinário. Neste modelo, antes de iniciar o processo ordinário, a parte interessada pode pedir ao juiz a antecipação da tutela. É o modelo usado na Europa pelo sistema francês por meio do *référé*, disposto nos arts. 808 e 809 do *Nouveau Code de Procédure Civile*, e também pelo sistema processual da Bélgica, no art. 584 do *Code Judiciaire*. Já o segundo modelo, baseia-se no princípio em virtude do qual a tutela antecipatória será concedida pelo juiz, no curso do processo ordinário, incidentalmente.³ Esse é o modelo adotado pelo Código de Processo Civil em vigor, no art. 273.

3 RICCI, Edoardo. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. **Instituto Brasileiro de Direito Processual**, São Paulo, set. 2010, p. 3-4. Seção Doutrina – Cautelar e tutela antecipatória. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=1a0fa9026ede8b2afe79cde3e2d91c1b>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

Ricci (2010) afirma que o segundo modelo é, sem dúvida, superior ao primeiro. O autor italiano sustenta sua tese em três afirmações: 1) “somente a tutela antecipatória estruturalmente inserida no bojo do processo de conhecimento ordinário pode aspirar a fundamentar-se em todas as informações, com base nas quais deverá ser proferida a sentença”; 2) concedida, incidentalmente, no curso do processo de conhecimento ordinário, a tutela antecipada será formada com todas as garantias processuais. Contudo, quando as informações veem recolhidas no procedimento em separado, como ocorre no primeiro modelo, o exame tem caráter sumário, e, portanto, destituídas das garantias processuais que, necessariamente, estão presentes no processo de conhecimento ordinário; 3) por fim, a experiência demonstra, como, por exemplo, na França, onde a maioria das lides de natureza cíveis se restringem ao puro e simples procedimento de *référé*, que o procedimento sumário antecedente para a tutela antecipatória traz uma tendência preocupante: suplanta o processo de cognição ordinário como instrumento adequado para a tutela dos direitos subjetivos, e possibilita a sumarização da justiça civil, tornando as garantias do processo de conhecimento ordinário inúteis.⁴

Diante desses três fundamentos, Ricci (2010) entende que o legislador brasileiro, na reforma do CPC, pela Lei n. 8.952, de 13-12-1994, optou pelo melhor caminho ao inserir o segundo modelo de concessão da tutela antecipatória. Assim se manifestou o autor:

O legislador brasileiro, pelo contrário, seguiu desde logo a melhor via, mediante o novo art. 273 do CPC. Com essa norma, o direito brasileiro, sob o aspecto estrutural, impõe-se ao mundo como um exemplo da melhor solução. As informações, com base nas quais deve ser deferida ou negada a tutela antecipada, são as mesmas sobre as quais deverá fundar-se a sentença. Tais informações são colhidas sob as garantias típicas do processo civil ordinário: e é nessa tutela antecipatória que convém ter confiança. Para mim, visto que sempre me bati por uma solução estrutural semelhante, verificar que o legislador brasileiro escolheu esse rumo constitui motivo de particular satisfação.⁵

A postura adotada pela Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do novo CPC é divergente do pensamento do autor italiano. Seguindo o modelo adotado pelo direito processual belga, francês e italiano, o parágrafo único do art. 294 confere ao autor a possibilidade de pedir a tutela antecipada em procedimento autônomo, antecedente. Esse pedido antecedente não é previsto no Código de Processo Civil em vigor. Portanto, a nova Lei Processual acolheu o primeiro modelo.

4 RICCI, op. cit., p. 4-5.

5 Ibid., p. 8.

Entendemos que o legislador brasileiro caminhou bem ao legitimar a tutela antecipada antecedente. Essa previsão é de grande importância para a efetividade da prestação da atividade jurisdicional, porque a tutela antecipada permite a antecipação do efeito executivo para realização do direito. Existe com a finalidade de admitir a obtenção de um “bem da vida”. A esse propósito, preconizam Marinoni e Mítidiero (2010): “[...] trata-se de tentativa de sumarizar formal e materialmente o processo, privilegiando-se a cognição sumária como meio para prestação da tutela dos direitos”⁶.

Trata-se de um processo sincrético, no qual o pedido de tutela antecipada, em procedimento próprio, irá anteceder o pedido principal do processo conhecimento ou execução. A ação principal será proposta nos autos do processo da ação de tutela antecipada antecedente.

3 PROCEDIMENTO

O procedimento antecedente da tutela antecipada propicia que, nas hipóteses em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional (art. 303, *caput*). Os requisitos lide e direito pleiteados referem-se à lide principal que será discutida no processo de conhecimento ou de execução e têm o objetivo de indicar, mesmo hipoteticamente, a viabilidade satisfativa da tutela do direito que se afirma ter.

De acordo com o § 1º, inciso I, do art. 303, NCPC, concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e ratificar o pedido de tutela final, dentro do prazo de quinze dias. O aditamento dar-se-á nos mesmos autos, com isenção de novas custas processuais (§ 3º). O juiz, observando as peculiaridades do caso concreto, pode, a seu critério, estabelecer prazo maior. Trata-se, portanto, de prazo dilatatório.⁷ Por força do comando inserto no § 2º, se o

6 MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 111.

7 NA: A ideia do legislador é a mesma já usada pela jurisprudência na interpretação do art. 284 do CPC em vigor. Outrossim, lapidar nesse sentido o entendimento expedido pelo STJ, conforme se nota a seguir:

RECURSO REPETITIVO. PRAZO. EMENDA À INICIAL.

A Seção, ao apreciar o REsp submetido ao regime do art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ, firmou o entendimento de que o prazo previsto no art. 284 do CPC não é peremptório, mas dilatatório. Caso a petição inicial não preencha os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283 do CPC, ou apresente defeitos e irregularidades sanáveis que dificultem o julgamento do mérito, o juiz determinará que o autor a

autor não fizer o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito.

Na petição inicial, o autor deve indicar o valor da causa, considerando como base o pedido de tutela final (§4º) e indicará, expressamente, que pretende utilizar-se do benefício da antecipação da tutela antecedente (§5º).

Prescreve o art. 303, § 6º, que, se o juiz entender que os elementos para a concessão da tutela antecipada não estão presentes, determinará a emenda da petição inicial, em até cinco dias. Este prazo é peremptório; logo, não sendo cumprido, o processo será extinto sem resolução do mérito por indeferimento da petição inicial.

Conforme impõe o art. 303, inciso II, não sendo hipótese de indeferimento da petição inicial por inépcia ou improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser o réu citado com o mínimo de vinte dias de antecedência.

O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou mediação, aplicando o disposto no Código de Processo Civil e as disposições da lei de organização judiciária (art. 334, §1º e §2º). Não tendo êxito a autocomposição, ao réu é facultado oferecer contestação, por petição, no prazo de quinze dias, a contar da data da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando houver ausência de qualquer parte ou, comparecendo todas elas, restar infrutífera a autocomposição (art. 334, I).

Quando ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, fazendo pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, o termo inicial será o do protocolo da petição, conforme se depreende do alcance do art. 334, §5º c/c art. 332, inciso II.

A solução se dá por meio de um mediador, que é um profissional qualificado que conduz as pessoas em litígio a encontrarem uma

emende ou a complete no prazo de 10 dias. Porém, decidiu-se que esse prazo pode ser reduzido ou ampliado por convenção das partes ou por determinação do juiz, nos termos do art. 181 do código mencionado. Com base nesse entendimento, concluiu-se que mesmo quando descumprido o prazo de 10 dias para a regularização da petição inicial, por tratar-se de prazo dilatatório, caberá ao juiz, analisando o caso concreto, admitir ou não a prática extemporânea do ato pela parte. Precedentes citados: REsp 871.661-RS, DJ 11/6/2007; REsp 827.242-DF, DJe 1º/12/2008; REsp 1.133.689-PE, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 28/3/2012.

saída para a elucidação do conflito. Calha advertir que não obstante um terceiro imparcial intervenha no conflito, a mediação não se trata de heterocomposição, mas, sim, de autocomposição de conflitos. Na heterocomposição, o terceiro imparcial fixa a solução do conflito a ser cumprida pelo vencido, enquanto na mediação o mediador limita-se a auxiliar, sem estabelecer, a solução do desentendimento que é tomada pelas partes.

Pela importância da conciliação, reza o art. 334, §8º que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, oportunidade na qual a parte ausente será punida com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Na audiência de mediação e de conciliação, as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos (§ 9º) e podem ser representadas, desde que a procuração outorgue poderes específicos para negociar e transigir (§10).

Profere o § 11 que autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença definitiva, segundo o art. 487, inciso III, alínea 'b' *ipsis litteris*:

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

- I – acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
- II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
- III – homologar:
 - a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
 - b) a transação;
 - c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

O artigo transcrito não diz palavra por palavra que a sentença que homologa a conciliação ou a mediação julga o mérito; em verdade diz que há resolução do mérito a homologação da transação. Isso porque a transação é o resultado útil da conciliação ou da mediação, pois, em ambos os meios de solução de conflito, as partes em litígio apenas atingem consenso se houver concessões mútuas.

Entretanto, o legislador esqueceu que a conciliação pode ser obtida por meio da submissão, por exemplo, da renúncia do autor. Melhor ficaria o texto se constasse expressamente que há resolução de mérito quando homologar a mediação e a conciliação. A confusão entre os institutos não é novidade.

O art. 334, *caput*, e § 1º, § 2º e § 3º, trata a conciliação como sinônimo de transação. Já o art. 2º da Lei de Juizado Especial Civil, expõe a diferença entre a conciliação e a transação: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Acerca do prazo, aduz o § 12 que a pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada obedecendo ao prazo mínimo de vinte minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

4 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O provimento antecipatório visa à satisfação do direito, e, por isso, permite às partes escolher o prosseguimento do processo até o pronunciamento da sentença de mérito e à formação da coisa julgada. Todavia, pode os partícipes renunciar à decisão de mérito e à formação da coisa julgada, optando pela simples satisfação do direito. As partes não estão obrigadas a esperar a coisa julgada substancial, se não é isto que almejam.

Nessa perspectiva, vale trazer à colação Ricci (2010), que aduz:

Consolidar os próprios fundamentos significa todavia estabelecer as premissas para passos seguintes; e, a essa altura, não pode ser olvidado o problema de saber se não vale a pena tornar a tutela antecipatória de tipo satisfativo mais estável, prevendo que esta sobreviva em certos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito. Isto se obteria, por exemplo, se se impusesse à parte demandada (contra a qual a tutela antecipatória foi concedida) o ônus de propor uma contestação ou oposição dentro de um certo lapso, e se previsse que em caso de falta de contestação ou oposição no prazo o processo seria encerrado por uma sentença de indeferimento, com conservação da força executiva (ou mais genericamente satisfativa) do provimento antecipatório.⁸

Na França, a tutela de urgência é efetivada por meio de um processo de cognição sumária, de caráter provisório, independente da propositura de um processo principal para ratificar o provimento de

8 RICCI, op cit., p. 25.

urgência provisório. O instituto do *référé* é produto da prática forense que, absorve uma parte da jurisdição do procedimento ordinário. Está previsto no art. 808 do *Nouveau Code de Procédure Civile*, proporcionando celeridade na prestação da atividade jurisdicional e sumarizando o procedimento cognitivo com escopo de realizar a tutela satisfativa.⁹

O procedimento do *référé* tem como característica sua autonomia em relação ao processo principal, que pode ou não ser instaurado. Tem a finalidade de estabilizar, sumariamente, uma situação, parar uma ilicitude ou interromper um abuso, sem visar a definitividade. A decisão é desprovida da autoridade da coisa julgada.¹⁰ Na França 90% dos casos são resolvidos pelo instituto do *référé*, prescindindo do procedimento ordinário.¹¹

Inspirado no sistema do *référé*, usado no Direito francês, o ordenamento jurídico italiano prevê, nos arts. 306 e 307 do Código de Processo Civil, a extinção da tutela antecipatória, que se dá após a pronúncia do provimento satisfativo. Duas são as hipóteses de extinção previstas: por renúncia aos atos do processo (art. 306); e por inatividade das partes (art. 307). Nesse sistema, a extinção só ocorre quando, de alguma maneira, existe a vontade da parte contra a qual a tutela antecipada foi concedida. Com a extinção, o provimento antecipatório mantém a sua força executiva.¹²

O Direito italiano apresenta dois efeitos do provimento antecipatório, após sua extinção: o primeiro, disposto no art. 186 *quater*, os efeitos são de uma sentença que ainda não transitou em julgado, cabendo, portanto, interposição de recurso; no segundo, inserido no art. 186 *ter*, os efeitos são de uma sentença transitada em julgado.

Inspirado no modelo italiano, e admirador confesso da tutela antecipada brasileira, nos moldes do art. 273 do CPC vigente, Ricci (2010) afirmou que o direito italiano serve de exemplo ao direito brasileiro para

9 THEODORO JR., Humberto. Tutela Antecipada – evolução – visão comparativa – direito brasileiro e direito europeu. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; CHIOVITTI, Ana Paula (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas**: Estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419.

10 THEODORO JR., 2009, *passim*.

11 GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e a estabilização. **O processo**: estudos e pareceres. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p. 83-110.

12 RICCI, *op. cit.*, p. 27.

transformar a decisão em sede de tutela antecipatória em uma própria “sentença”. Assim se expressou o mencionado jurista sobre o tema:

No entanto, dele pode-se extrair inspiração para observá-lo como exemplo das soluções técnicas delineáveis com maior coerência sistemática, em abstrato; e dele pode-se extrair ao menos o argumento para essa conclusão: o futuro caminho da tutela antecipatória pode ser particularmente rico também quanto à transformação do provimento antecipado em verdadeira decisão, em hipóteses bem individualizadas e com a oportuna cautela. Sobre isso tudo vale a pena refletir, uma vez que não se deve excluir *a priori* que a disciplina do procedimento monitorio, também no Brasil, possa levar nessa direção.¹³

Instituto de alta relevância, adotado pelo novo Código de Processo Civil, que merece toda atenção, a estabilização da tutela antecipatória, prevista no art. 304, foi estudada com precisão, como tratado acima, pelo jurista italiano Edoardo Ricci. Pioneiro, os estudos do autor italiano sobre a tutela antecipada brasileira inspiraram os processualistas brasileiros que tiveram conhecimento aprofundado da estabilização da tutela antecipatória.

Com base nesses estudos, Ada Pellegrini Grinover, apoiada incondicionalmente por Teresa Arruda Alvim Wambier, sugeriu ao Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) a criação de um projeto de lei prevendo a estabilização da tutela antecipatória. Todavia, a proposta não foi acatada e ficou esquecida. Como bem dito por Teresa Arruda, a sugestão de Ada Pellegrini “estava dez anos à frente” daquela época.¹⁴

Após cinco anos, em uma reunião do IBDP, a comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Guilherme Marinoni, José Roberto dos Santos Bedaque e Kazuo Watanabe – com a colaboração de Carlos Alberto Carmona, que aperfeiçoou o instituto, voltou a discutir a ideia da estabilização da tutela antecipatória para propor um projeto de lei. Foi o senador Antero Paes de Barros quem pediu o texto do anteprojeto de Ada Pellegrini e o apresentou como Projeto ao Senado Federal. Infelizmente, por não ter sido apreciado no prazo, o Projeto decaiu.¹⁵

13 Ibid., p. 30.

14 GRINOVER, Ada Pellegrini. O difícil caminho da estabilização da tutela antecipatória. In: MENDES, A. et.al. **O Processo em perspectiva**: Jornadas brasileiras de Direito Processual. São Paulo: RT, 2013. p. 34.

15 Id., 2013, p. 34.

O IBDP, por meio de Ada Pellegrini, reapresentou a ideia da estabilização da tutela antecipatória à Comissão de Juristas instituída pelo Senado para elaboração do novo Código de Processo Civil. A Comissão aceitou a proposta, porém, com algumas modificações do modelo original. As regras acerca da estabilização da tutela antecipatória ficaram espalhadas em capítulo dedicado à tutela de urgência (satisfativa e cautelar), logo, haveria também a estabilização da tutela cautelar, - o que seria um erro, posto que esta espécie de tutela é provisória. Este equívoco foi retificado após conversa de Ada Pellegrini com o Ministro Luiz Fux, Presidente da Comissão.¹⁶

Após aprovação no Senado, o Projeto seguiu para revisão na Câmara dos Deputados. A primeira consolidação apresentada nesta Casa excluiu o instituto da estabilização da tutela antecipatória. Depois houve a sua reintrodução no texto do Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD).

A opção por limitar a estabilidade somente à tutela antecipatória não a estendendo à tutela acautelatória se dá em razão da natureza de cada uma delas: a primeira é satisfativa. A antecipação é da execução, atendendo de imediato a pretensão da medida que, em situação normal, seria concedida depois de proferida decisão em processo principal, por meio do procedimento ordinário. Há, portanto, coincidência entre os objetos buscados em ambos os momentos processuais. Já a segunda, é assecuratória; não tem conteúdo satisfativo; visa apenas assegurar a viabilidade da realização de um direito. Logo, a estabilização e técnica que não é cabível nas acautelatórias, pois seu objeto não é o mesmo do pedido principal.

Proclama o art. 304, *caput*, do novo Código de Processo Civil, que a tutela antecipada antecedente se tornará estável se não for impugnada mediante recurso adequado contra a decisão que a concedeu, no caso, agravo de instrumento (art. 1015, inciso I). O provimento judicial estabilizado somente será revisto, reformado ou invalidado quando for objeto de ação própria, a ser ajuizada dentro do prazo decadencial de dois anos (§ 5º). Nesse passo, é de todo oportuno destacar a lição de Mendes e Ávila (2015):

O novo CPC ainda cria a figura da estabilização da tutela antecipada, que ocorre quando a medida é deferida e não impugnada mediante o “respectivo recurso” (art. 302). Semelhante à coisa julgada, a deliberação judicial *estabilizada* permanece inalterada e eficaz até que seja objeto de

¹⁶ Ibid., p. 36.

ação própria de impugnação, a ser ajuizada no prazo decadencial de dois anos (§5º)¹⁷.

Após sua efetivação, o processo será extinto, conservando-se a eficácia da tutela concedida, sem que a decisão fique protegida pela coisa julgada (art. 304, § 1º c/c § 6º), podendo qualquer das partes demandar a outra com o objetivo de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada antecedente estabilizada (§2º). Para tanto, faz-se necessário requerer o desarquivamento dos autos em que houve a concessão da tutela pretendida, a fim de instruir a petição inicial da ação que visa reformar ou invalidar, prevento o juízo que proferiu a decisão concessiva (§4º).

A ação de conhecimento de que trata o §2º do art. 304 tem natureza desconstitutiva ou constitutiva negativa. O seu ajuizamento decorre do exercício de um direito potestativo pertencente a qualquer das partes à desconstituição do que foi julgado na decisão que deferiu o pedido na antecipação de tutela antecedente. Portanto, o prazo para ajuizamento é decadencial: não se interrompe, não se suspende nem se prorroga. Importante ressaltar que não se trata de uma ação rescisória (art. 966, NCPC), posto que não há, na estabilização da tutela antecipada, a coisa julgada material.

Segundo depreende-se do art. 316, “a extinção do processo dar-se-á por sentença”. Considerando que a decisão que concede a tutela antecipada antecedente após sua estabilização extingue o processo (art. 304, §1º)¹⁸, forçoso concluir que tal provimento é uma sentença. Portanto, impugnável por meio do recurso de apelação (art. 1.009, *caput* e § 3º)¹⁹. Contudo, importante destacar que, posteriormente à

17 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; ÁVILA, Henrique. Algumas das principais alterações do novo código de processo civil. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/algumas-principais-alteracoes-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

18 Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art.303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.
§ 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

19 Art. 1009. Da sentença cabe apelação.
[...]

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integram capítulo da sentença.

estabilização da tutela antecipada, a apelação só será admitida para corrigir erros formais (*error in procedendo*). É o que ocorre, por exemplo, quando a parte demandada interpõe o agravo de instrumento e comunica o juízo *a quo*, porém o cartório não junta as peças do instrumento²⁰ e, em razão desta falha, o juiz extingue o processo nos termos do art. 304, *caput*, NCPC.

A oportunidade de oferecer recurso a fim de reformar a decisão interlocutória, concessiva ou não, da tutela antecipada antecedente, é enquanto não ocorre a estabilização, sendo cabível, neste caso, o recurso de agravo de instrumento. Logo, não há possibilidade de oferecer apelação com tal objetivo.

Necessário dizer que, segundo assevera o art. 1.013, § 5º, “[...] o capítulo de sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação”. Este recurso, em regra, tem efeito suspensivo, exceto, conforme prever o art. 1.009, § 1º, V, na hipótese em que a sentença confirma, concede ou revoga a tutela provisória²¹.

20 Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso.

§ 1º Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento.

§ 2º Não sendo eletrônicos os autos, o agravante tomará a providência prevista no *caput*, no prazo de 3 (três) dias a contar da interposição do agravo de instrumento.

§ 3º O descumprimento da exigência de que trata o § 2º, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo de instrumento.

21 Art. 1012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

§ 2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.

§ 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la;

II - relator, se já distribuída a apelação.

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Note-se que o inciso também prevê a possibilidade de a sentença conceder ou negar a tutela provisória, corroborando com a afirmação de que a decisão que extingue a tutela antecipada antecedente é uma sentença.

Calha mencionar que a decisão que julga a tutela provisória de urgência antecipada incidental é de natureza interlocutória e, por isso, o recurso cabível é o agravo de instrumento, *ex vi* da inteligência do art. 1.015, inciso I, novo CPC.

5 (IM) POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO *EX OFFICIO*

Orientada pelo princípio da demanda ou inércia consagrada no art. 2º, do NCPC; em regra, o Estado-juiz só age se for provocado. Este princípio veda que os juízes exerçam a função jurisdicional sem que haja demanda, conseqüentemente, as tutelas de urgência em caráter antecedente só serão prestadas quando a parte interessada requerer, não podendo ser concedidas de ofício pelo juiz. Esse posicionamento é ratificado pelas observações feitas por Theodoro Júnior (2010) a respeito do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 e que merecem ser transcritas literalmente:

Também o art. 284 prevê a possibilidade de concessão de medidas de urgência de ofício pelo juiz. Se isto se justifica excepcionalmente no campo das tutelas cautelares, não se pode admitir que ocorra em relação à tutela antecipatória, cujo regime é sempre comandado pelo princípio *ne procedat iudex ex officio*²².

Ademais, o beneficiado pela concessão da tutela antecipada e que, em função dessa medida, provocou qualquer dano à outra parte nessa efetivação, responderá, segundo impõe o art. 302, incisos I a IV, NCPC, independentemente de culpa, pelos prejuízos sofridos pela parte contrária. Desta forma, a concessão *ex officio* gera um risco ao patrimônio da parte beneficiada que não pediu a antecipação da tutela satisfativa. A parte não é obrigada a pedir nem aceitar a tutela satisfativa. Este instituto é uma mera faculdade.

6 A TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL REQUERIDA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Consoante dicção do art. 1059 do Código de Processo Civil sancionado, “[...] à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública

22 THEODORO JR., Humberto. Primeiras observações sobre o projeto do novo código de processo civil. *Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 6, n. 36, p. 5-11, maio/jun. 2010.

aplica-se o disposto nos artigos 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009”.

O art. 1059 não fala, expressamente, a respeito da Lei 9.494/97, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, limitando-se apenas à incidência da tutela cautelar. Levando-se em consideração que a tutela antecipada também é espécie de tutela provisória, mesmo que o legislador tenha sido omissivo, às tutelas provisórias requeridas contra a Fazenda Pública devem ser aplicadas as normas da Lei 9.494/97. Dispõe o artigo 1º da retromencionada lei que será aplicada à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil em vigor o disposto nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.²³

A Lei nº 8.437/92 (trata da concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público), no art. 1º, *caput*, veda a concessão de medida liminar contra atos do Poder Público. Interpretando este dispositivo legal diante do novo Código de Processo Civil, entende-se que a tutela cautelar antecedente ou incidental, requerida em caráter liminar, não será concedida quando houver proibição legal para deferimento de providência semelhante em ações de mandado de segurança, como as que têm “[...] por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza” (art. 7º, § 2º, Lei 12.016/2009).

Depreende-se, da combinação do § 1º e § 2º, do art. 1º, que será defesa a concessão de medida cautelar inominada em caráter liminar ou não, no juízo de primeiro grau, quando contestado ato de autoridade que, em via de mandado de segurança, está figurado na competência originária de Tribunal, ressalvados os processos de ação popular e de ação civil pública. Assim, seguindo a regra, apenas as cautelares nominadas ou típicas poderão ser deferidas contra a Fazenda Pública. São elas, segundo o art. 301, *caput*: arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bem.

Importante destacar que as cautelares inominadas são cabíveis quando pleiteadas nos tribunais e é da competência do presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender a execução da liminar nas ações propostas contra o Poder Público ou seus

23 NA: Evidentemente, a partir de março de 2016, consoante dispõe o art.1.045, *caput*, do NCPC, quando o novo Diploma Processual entrará em vigor, os dispositivos legais referentes à tutela antecipada serão os arts. 303 e 304.

agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, quando houver interesse público, flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Nesse sentido, dispõe o art. 4º da Lei 8.437/92:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

Segundo o art. 4º, § 3º e §4º, cabe, no prazo de cinco dias, o recurso de agravo contra a decisão que conceder ou negar a suspensão da execução da medida liminar, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. Na hipótese da decisão que julgar o agravo manter ou restabelecer a decisão recorrida, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. Conforme disposto no § 5º, este novo pedido de suspensão é cabível também quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar citada no art.4º, *caput*.

Segundo o § 6º, art. 4º, a interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas em desfavor do Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão da execução da liminar nos termos do art. 4º, *caput*.

Reza o § 8º que “[...] as liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original”. A suspensão concedida cessará quando a decisão de mérito do processo principal transitar em julgado, conforme do § 9º.

Nas ações contra a Fazenda Pública que versem sobre compensação de créditos tributários ou previdenciários, não será admitida a concessão de medida liminar, conforme reza o art. 1º, § 5º. Também não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (§ 3º).

Não obstante o art. 1.012, §1º, inciso V, do Código de Processo Civil aprovado, afirmar que a apelação interposta contra sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória não terá efeito suspensivo, produzindo efeitos imediatamente após a sua publicação, a redação do art. 3º, da lei que disciplina as cautelares contra a Fazenda Pública dispõe que “[...] o recurso voluntário ou *ex officio*, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”. Dessa forma, a apelação contra a sentença que defere a tutela antecedente (art. 303, NCPC) contra a Fazenda Pública em ações que tratem de outorga ou adição de vencimentos ou reclassificação funcional terá efeito suspensivo. Isso ocorre porque norma específica afasta a aplicação da norma geral.

CONCLUSÃO

O ideal do que seria garantir a efetividade do processo mudou com o amadurecimento social; o que antes era visto como um processo efetivo, aquele em que se priorizava o reconhecimento do direito, e não a satisfação deste, passou a ser encarado como uma morosidade que arrisca a possibilidade de cumprimento do direito.

A partir de então, passou-se a entender como prioritária a efetividade do direito a ser reconhecido, pois o mero reconhecimento de sua existência não faria o menor sentido sem a possibilidade de satisfazê-lo.

A inserção da tutela antecipada antecedente e sua estabilização dispensam a autor que demonstrou, *ab initio*, ter razão em seu direito pleiteado a obrigação de ingressar com a ação principal para garantir a eficácia da decisão concessiva em cognição sumária.

Outro ponto positivo está na possibilidade de uma redução relevante no número de processos. Isso só será possível se a concessão do pedido em sede de antecipação de tutela for plena, pois o deferimento parcial não satisfará a autor que, a fim de alcançar sucesso na totalidade do que pediu, ajuizar o processo ordinário.

Não obstante o silêncio do novo Código de Processo Civil, fica vedada a concessão *ex officio*, posto que viola o princípio da inércia previsto no art. 2º, além de criar um risco patrimonial à parte beneficiada, uma vez que a responsabilidade de indenizar a outra que sofreu os efeitos da concessão da tutela satisfativa é objetiva.

Por fim, ainda que omissa art. 1059 a respeito da lei disciplinadora da aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública (Lei 9.494/97), concluímos plenamente cabível sua incidência, porque a tutela antecipada é espécie de tutela provisória.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1º jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18437.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 dez. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O difícil caminho da estabilização da tutela antecipatória. In: MENDES, A. et. al. **O Processo em perspectiva: Jornadas brasileiras de Direito Processual**. São Paulo: RT, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e a estabilização. In: **O processo: estudos e pareceres**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

MARCATO, A. C. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MACIEL JÚNIOR, V. de P. A tutela antecipada no projeto do novo CPC. In: FREIRE, A. et. al. **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPODIVM, 2013.

MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. **O projeto do CPC**: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; ÁVILA, Henrique. Algumas das principais alterações do novo código de processo civil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/algumas-principais-alteracoes-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

RICCI, Edoardo. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. **Instituto Brasileiro de Direito Processual**, São Paulo, set. 2010. Seção Doutrina – Cautelar e tutela antecipatória. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=1a0fa9026ede8b2afe79cde3e2d91c1b>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

THEODORO JR., Humberto. Primeiras observações sobre o projeto do novo código de processo civil. **Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 6, n. 36, p. 5-11, maio/jun. 2010.

THEODORO JR., Humberto. Tutela Antecipada – evolução – visão comparativa – direito brasileiro e direito europeu. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; CHIOVITTI, Ana Paula (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas**: Estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397-419.

A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Thiago Ferraz de Oliveira¹

Maísa de Sousa Lopes²

RESUMO: O tema reserva do possível tem sido invocado pelo Estado, na maioria das vezes, como forma de legitimar sua omissão na prestação dos direitos sociais básicos. O problema é que, desde a Constituição Federal de 1988, o Estado não efetivou a maioria dos direitos sociais, tornando-se um devedor perante a sociedade, daí porque a necessidade de investigar essa atuação frente aos obstáculos financeiros, verificando a possibilidade de efetivação de tais direitos, de forma homogênea, mesmo com avanços lentos nos Tribunais do País.

Palavras-chave: Reserva do possível. Mínimo existencial. Direitos sociais.

THE POSSIBLE RESERVE AND THE EXISTENTIAL MINIMUM IN ATTAINING SOCIAL RIGHTS

ABSTRACT: The “possible reserves” issue has been invoked by the State, most of the time, to legitimize its omission to provide basic social rights. The problem is: since the Constitution of 1988 the State has not confirmed most of the social rights, being in debt with society, that’s why the investigation of this acting due financial obstacles is needed, verifying the possibility of confirmation of such rights, evenly, even with slow advances in the courts of the country.

1 Graduado em Direito pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (2004), especialista em Ciência Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2008), servidor público do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, aprovado no LIV Concurso para ingresso na carreira de Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais (2014). Residente na R. Piratininga, 1700, apto. 802, Santa Fé, Campo Grande (MS), telefone (67) 8104.4746, email ferraz-t@hotmail.com

2 Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra (2014/2017). Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP/SP (2014), especialista em Direito Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2006) e graduada em Direito pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (2004). Advogada, com experiência na área de Direito Civil. Professora do Centro Universitário Anhanguera Campo Grande/MS - unidade 1, das disciplinas de Direito dos Contratos, Família e Sucessões. Residente na R. Jeribá, 325, sala 32, Chácara Cachoeira, Campo Grande (MS), telefone (67) 3029.2992, email maslop@hotmail.com

????????

????????

Keywords: Possible reservation. Existential minimum. Social rights.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar a reserva do possível e suas implicações na efetivação dos direitos fundamentais sociais, com a abordagem de temas como o mínimo existencial e o papel do judiciário nesta questão. A escolha do tema justifica-se pelo fato de tratar-se de um assunto em voga na doutrina e jurisprudência contemporânea, ademais a atual conjectura de crise financeira e escassez de recursos sobrelevam-no ainda mais.

Os direitos sociais básicos são indispensáveis a uma vida digna (mínimo existencial), a despeito da sua importância, verifica-se que são carecedores de atuação ou prestação positiva estatal, e quando reclamados, o Estado alega que não são efetivados pela ausência ou insuficiência de recursos disponíveis (reserva do possível).

O objetivo da investigação é a demonstração de que, apesar dos obstáculos econômico-financeiros do Estado para a realização dos direitos sociais, é possível efetivá-los, de alguma maneira, ainda que de forma não homogênea e com avanços lentos, nem que seja através da garantia de um mínimo existencial.

Dessa forma, analisar-se-á, em primeiro lugar, os direitos fundamentais sociais, sua delimitação quanto direito fundamental, bem como sua conformação jurídica constitucional, seu conteúdo, suas características e sua classificação como direitos prestacionais em sentido estrito, a distinção entre direitos sociais e políticas públicas e, a partir dessas noções iniciais, verificar-se-á a sua efetivação diante da existência ou não de recursos financeiros para tanto, o cerne do problema do presente estudo.

Por conseguinte, pretende-se compreender no que consiste o argumento da reserva do possível e se este é suficiente para afastar a obrigação do Estado como garantidor da concretização dos direitos fundamentais sociais. Nesse contexto, será estudado, ainda, o mínimo existencial, bem como o papel do Judiciário frente às questões levantadas.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos fundamentais têm uma importância, dignidade e força constitucionalmente reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o bem, a posição ou a situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico-constitucional à atuação dos poderes públicos. Por outro lado, no plano das relações entre os poderes públicos, em que os bens, posições ou situações tuteladas pelos direitos fundamentais são retirados da plena disponibilidade decisória do poder político democrático, sendo a sua garantia atribuída, em última análise, ao poder judicial, designadamente à justiça constitucional³.

Nesse passo, conquanto existam posições que recusam aos direitos sociais a natureza de verdadeiros direitos fundamentais, designadamente quando a Constituição Portuguesa não resolve explicitamente o problema, de acordo com as características acima apontadas, os direitos sociais preenchem claramente os primeiros requisitos – os atinentes à importância material, dignidade e força constitucionais e, numa interpretação adequada, se bem que controversa e discutível, passam a prova do segundo teste, ou seja, o de se constituírem em garantias jurídicas impostas judicialmente à observância dos poderes públicos⁴.

Sobre o regime dos direitos fundamentais sociais na Constituição Portuguesa, Andrade (2012)⁵ pontua que, ainda que entendidos em sentido estrito, como “[...] direitos económicos, sociais e culturais [...]” – isto é, direitos cujo conteúdo principal típico consiste em prestações estaduais sujeitas a conformação político-legislativa, sem incluir, por exemplo, “[...] os direitos, liberdade e garantias dos trabalhadores [...]”, que constituem em grande medida direitos à abstenção, com a função de defesa -, apesar de estarem sujeitos a um regime constitucional diferente, não constituem uma categoria de natureza radicalmente distinta dos direitos, liberdades e garantias.

O referido autor conclui afirmando que, além de também comportarem dimensões garantísticas negativas e de participação, os direitos sociais fundamentais dispõem de um conteúdo nuclear, ao qual se há de reconhecer uma especial força jurídica, pela sua referência imediata

3 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2010, p.251.

4 NOVAIS, op. cit., p. 252.

5 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra (POR): Edições Almedina, 2012, p. 357.

à ideia de dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o catálogo dos direitos fundamentais⁶.

Ainda sobre este problema da positivação constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais, Canotilho (2003) aponta as quatro principais possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais⁷:

(i) As normas consagradoras de direitos sociais, econômicos e culturais são, segundo alguns autores, *normas programáticas*. Por um lado, através das normas programáticas pode obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais, e por outro lado, as normas programáticas, transportando princípios conformadores e dinamizadoras da Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização.

(ii) Os *direitos sociais como normas de organização* é outro dos instrumentos jurídicos para a estatuição de direitos sociais. As normas constitucionais organizatórias atributivas de competência imporiam ao legislador a realização de certos direitos sociais. Ao impor constitucionalmente a certos órgãos a emanação de medidas tendentes à prossecução do bem-estar do povo, à sua segurança econômica e social, abrir-se-ia o caminho para as regulamentações legais dos direitos sociais.

(iii) Os *direitos fundamentais como garantias institucionais* é a terceira possibilidade de positivação de direitos sociais. A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos (ex. medidas protetoras da família, da saúde pública, da administração local).

(iv) Os direitos sociais como *direitos subjetivos públicos* é a quarta possibilidade de positivação. Há uma grande diferença entre situar os direitos sociais, econômicos e culturais num nível constitucional e com uma dimensão subjetiva, e considerá-lo como simples imposições constitucionais, donde derivariam direitos reflexos para os cidadãos.

Nesse ponto, abre-se um parêntese, a fim de comentar que a Constituição Brasileira de 1988 inovou ao abrigar os direitos sociais em capítulo próprio em seu catálogo dos direitos fundamentais, (em constituições pretéritas tais direitos estavam estabelecidos no capítulo da ordem econômica e social) atribuindo-lhes, enquanto direitos

6 ANDRADE, op. cit., pg. 356.

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra (POR): Edições Almedina, 2003, p. 474-476

fundamentais, “[...] parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”⁸. Não obstante, vários preceitos referentes aos direitos sociais são encontrados espalhados pela referida Constituição⁹.

Assim, não há dúvidas de que o art. 5º, § 1º da CF/88 assegura que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e não precisam de regulamentação para serem efetivadas, o que garante a exigibilidade e a concretização dos direitos sociais.

No caso espanhol, a Constituição de 1978 não contempla a categoria “direitos sociais”, optou-se pela rubrica “*principios rectores de la política social y económica*”, que encabeça o Capítulo Terceiro do Título I¹⁰. O autor Revenga Sanchez (2010) comenta que o repertório dos direitos sociais foi incorporado pela doutrina sob a mesma rubrica e que se reconhecem neles os mesmos atributos que distinguem os genuínos direitos fundamentais¹¹.

Assim, impõe-se destacar o conteúdo nuclear a que se referiu, com apoio nas lições de Novais (2010), consideram-se como direitos sociais como um todo integrantes daquele *corpus* os seguintes: um direito a um mínimo vital ou existencial (ou direito a um mínimo para uma existência condigna), um direito à saúde (ou a proteção à saúde), um direito à habitação (ou a uma habitação condigna), um direito à segurança social (ou à assistência social), um direito ao trabalho e um direito ao ensino (à educação ou à formação)¹².

8 SARLET, 2012, p. 66 apud TRINDADE; LEAL, 2013, p. 382.

9 NA: O título II da Constituição contempla os *Direitos e Garantias Fundamentais* (arts. 5º a 17), onde consta o Capítulo dos *Direitos Sociais*. O art. 6º prevê como direitos sociais: “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Os *Direitos dos Trabalhadores* são assegurados dentre deste Capítulo dos *Direitos Sociais* (arts. 7º a 11). O último Título da Constituição é o VIII, que contempla a *Ordem Social*, e possui 08 Capítulos (dentre os quais: Seguridade Social, Saúde, Previdência Social, Seguridade Social, Educação, Cultura e Desporto, Meio Ambiente, Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso. No art. 170, VIII, encontra-se a “busca do pleno emprego” como fundamento da ordem econômica.

10 NA: O título I da Constituição Espanhola é dividido em três subcategorias, que encabeçam as Seções Primeira e Segunda do Capítulo II e o Capítulo III, a saber: “derechos fundamentales y libertades públicas” (Seção Primeira do Capítulo II), “derechos y deberes de los ciudadanos” (Seção Segunda do Capítulo II), “principios rectores de la política social y económica” (Capítulo III).

11 REVENGA SANCHÉZ, Miguel. Los derechos sociales (Instrumentos de Garantia en La Constitucion Espanola. In SCAFF, Fernando Facury; RAMBOLI, Roberto; REVENGA SANCHÉZ, Miguel (coord). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 46-47.

12 NOVAIS, op. cit., p. 40.

A partir dessa definição, o mencionado autor verifica que eles apresentam duas comuns e decisivas características¹³:

(i) o respectivo objeto de proteção respeita ao acesso individual a bens de natureza econômica social e cultural absolutamente indispensáveis a uma vida digna, mas (ii) com a particularidade de se tratar de bens escassos, custosos, a que os indivíduos só conseguem aceder se dispuserem, eles próprios, por si ou pelas instituições em que se integrem, de suficientes recursos financeiros ou se obtiverem ajuda ou as correspondentes prestações da parte do Estado.

Portanto, como os direitos sociais dizem respeito a bens de que nossas sociedades não dispõem em abundância, mas que são indispensáveis ao bem-estar e a uma vida digna, tais normas impõem ao Estado não apenas o dever de respeitar e proteger o acesso a tais bens, mas também a realização de prestações fáticas destinadas a promover o acesso a esses bens econômicos, sociais ou culturais a quem não dispõe de recursos próprios para alcançá-lo¹⁴.

Consigna-se, conforme Canotilho (2003), que, à medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos, resulta, de forma imediata, para os cidadãos: o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (por exemplo: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos) e o direito de igual quota-parte nas prestações fornecidas por esses serviços ou instituições à comunidade¹⁵.

Sobre a possibilidade de classificar os direitos fundamentais sociais, a fim de situá-los, segundo Alexy (2002), eles derivam dos denominados direitos a prestações, que se dividem em direitos à proteção, direitos de organização e procedimentos, e direitos a prestações em sentido estrito (ou direitos fundamentais sociais)¹⁶.

13 NOVAIS, op. cit., p. 41.

14 NOVAIS, op. cit., p. 42.

15 CANOTILHO, op. cit., p. 478.

16 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri (ESP): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 419-501.

Os direitos de proteção são compreendidos como aqueles direitos fundamentais cujo titular tem o poder de exigir do Estado a devida proteção contra ingerência de terceiros. Por sua vez, os direitos à organização e procedimento asseguram ao indivíduo a oportunidade de exigir do Estado a “[...] emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos”¹⁷. Os direitos à prestação em sentido estrito ou direitos fundamentais sociais, objeto do presente estudo, não são direitos dirigidos contra o Estado, mas sim obrigações prestacionais positivas (a exemplo da saúde, moradia, educação), que devem ser satisfeitas por meio de um fazer, uma conduta positiva sob a incumbência do poder público, sendo que “[...] se o indivíduo dispusesse de meios suficientes ou se houvesse uma oferta suficiente no mercado poderia também obter de particulares”¹⁸.

Dessa forma, do conceito de prestações em sentido estrito, evidencia-se o papel do Estado como garantidor da efetivação dos direitos fundamentais sociais¹⁹, sob este viés, salienta-se que todos estes direitos têm um custo, já que pressupõe um dever de agir do Estado, conforme comentado, isto é, carecem da implementação de políticas públicas para serem consolidados.

Nesse diapasão, importa distinguir os direitos sociais das políticas públicas. Pode-se afirmar que os direitos sociais são realizados por meio de políticas públicas (de segurança social, de educação, de saúde) orientados segundo o princípio básico e estruturante da solidariedade social. Políticas públicas são, portanto, a expressão concretizadora ou realizadora dos direitos fundamentais sociais, isto é, as diferentes formas pelas quais estes podem ser conformados, concretizados ou efetivados²⁰.

Neste contexto, Canotilho (2003) explica no que consiste a política de solidariedade social²¹:

17 SARLET, 2012, p. 197 apud TRINDADE; LEAL, 2013, p. 383.

18 ALEXY, op. cit., p. 482.

19 NA: No direito Português, sobre o Estado e sobre as demais entidades públicas recai, por força do art. 9º, alínea “d”, a tarefa fundamental de promover a efetivação dos direitos sociais.

20 DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos a efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra (POR): [s.n.], 2008, p. 69.

21 CANOTILHO, op. cit., p. 518.

Designa-se, por isso, política de solidariedade social o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Europeia) gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito económico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade, o sistema de protecção da juventude, o sistema de protecção de deficientes e incapacitados (cfr. CRP, arts. 63º, 67º/2/b, 69º, 70º/1/e, 71º e 72º)

Bucci (2006 apud NATAL; PAMPLONA, 2014) conceitua as políticas públicas, de forma que se extrai sua operacionalidade²²:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planeamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Há de se reconhecer que, em tempos de escassez de recursos públicos, a igual satisfação de todas as demandas sociais é difícil de ser alcançada, ainda mais quando em tempos de crise económica, verifica-se o aumento das necessidades da população. Nesse sentido, Duarte complementa que esse cenário acaba por exigir que a escolha quanto à destinação das receitas públicas num quadro de escassez dê-se segundo uma perspectiva geral e não de maneira isolada, devendo ser consideradas todas as peculiaridades próprias das variações económicas e sociais²³.

A partir dessas noções iniciais, a questão da previsão em abstrato dos direitos sociais, bem como o custo do Estado para sua realização, assume relevância no que diz respeito à efetivação desses direitos à existência ou não de recursos financeiros para tanto, o que conduz ao problema que se pretende abordar no presente trabalho.

Contudo, antes de adentrar ao cerne da discussão, necessário se faz identificar a natureza dos direitos fundamentais sociais sob seus aspectos subjetivos e objetivos.

22 BUCCI, 2006, p. 39 apud NATAL; PAMPLONA, 2014.

23 DUARTE, op. cit, p. 91.

2 A PERSPECTIVA SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais sociais guarda relação com o que se poderia qualificar de “eficácia dirigente” que estes direitos suscitam em relação aos órgãos estatais. Assim, trata-se de uma ordem endereçada ao Estado no sentido de que a este compete a obrigação perene de buscar a concretização dos direitos fundamentais sociais, constituindo estes em diretrizes para a aplicação e a interpretação do direito infraconstitucional²⁴.

Segundo Canotilho (2003), os preceitos constitucionais disciplinadores dos direitos sociais assinalam os contornos da dimensão objetiva de duas formas: com imposições legiferantes, apontando para a obrigatoriedade de o legislador atuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos, com a distribuição de prestações aos indivíduos, densificadoras da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais²⁵.

A propósito, segundo Andrade (2012)²⁶:

Em primeiro lugar, os preceitos relativos aos direitos sociais a prestações não são meramente proclamatórios, constituem normas jurídicas preceptivas, que, enquanto tais, concedem aos indivíduos posições jurídicas subjetivas (a que chamamos pretensões) e estabelecem garantias institucionais, impondo ao legislador a obrigação de agir para lhes dar cumprimento efetivo – constituem, assim “imposições legiferantes”. Em consequência, os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais gozam da força jurídica comum a todas as normas constitucionais imperativas.

Não obstante a dimensão objetiva assinalada a estes direitos, os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas. Assim, são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias. Nem o Estado

24 Cf. LEAL; TRINDADE, 2013.

25 CANOTILHO, op. cit., p. 476.

26 ANDRADE, op. cit., p. 363.

nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de proteção destes direitos²⁷.

A perspectiva subjetiva leva ao problema do direito ao reconhecimento a prestações sociais (sob a ótica do titular) e se encontra ligado à indagação sobre os próprios limites do Estado, visto que, considerando que a existência de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional constitui exigência deste regime de Estado, é de se questionar até onde vai a obrigação do Estado no que se refere à concretização do ideal de justiça social e, da mesma forma, qual o *quantum* destas prestações podem (ou não) ser judicialmente pretendidas pelos particulares²⁸.

A isso podem ser atribuídas diversas razões, que vão desde a falta de densidade normativa suficiente e a necessidade de conformação legislativa até as limitações orçamentárias, sem falar no fato de os direitos a prestações sociais, na maioria das vezes, envolverem decisões (políticas) acerca de políticas públicas, que não podem ser levadas a efeito pelos juízes, a não ser excepcionalmente para a salvaguarda do conteúdo essencial do direito de cunho social, sob pena de malferir-se a independência dos Poderes. Por outro lado (e com relação a isso há um certo consenso), não podem os direitos fundamentais ser lidos como meras promessas, conselhos ou apelos a instâncias políticas sem vinculatividade jurídica própria²⁹.

A respeito desta problemática, Canotilho (2003) defende a efetivação dos direitos sociais³⁰:

O entendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na *função* dos direitos fundamentais e põe com acuidade o *problema da sua efectivação*. Não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma “reserva do possível”, para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples “apelo” ao legislador. Existe uma verdadeira *imposição constitucional*, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos (cfr. Artigos 2º, 9º/d, 80º, 81º).

27 CANOTILHO, op. cit., p. 476.

28 Cf. LEAL; TRINDADE, 2013.

29 DUARTE, op. cit., p. 46.

30 CANOTILHO, op. cit., p. 478.

[...]

Por outro lado, a inércia do Estado quanto à criação de condições de efetivação pode dar lugar a *inconstitucionalidade por omissão* (art. 283º), considerando-se que as normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou a realizam diminuído a efetivação legal anteriormente atingida.

Conclui-se, com apoio aos ensinamentos de Duarte, segundo o qual pode-se afirmar que os direitos fundamentais, tomados nessa dimensão objetiva, operam, ao mesmo tempo, como um sistema de valores (uma ordem objetiva fundamental), que deve orientar a atuação de todo o Estado e a ordem jurídica como um todo, e também como uma mais-valia jurídica, irradiando-se no reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos (e para além) da perspectiva subjetiva³¹.

3 A RESERVA DO POSSÍVEL E SUA IMPLICAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A obrigação jurídica que recai sobre os poderes públicos por força do reconhecimento de um direito social é um dever jurídico faticamente dependente do respectivo custo, pelo que a exigibilidade judicial desse direito fica intrinsecamente condicionada ao que o Estado pode fornecer em função das suas disponibilidades econômicas, de acordo com a máxima *ultra posse nemo obligatur*³².

Nesse ponto, é necessário pontuar o problema da escassez. Gustavo Amaral, ao tratar do tema “Direito, Escassez e Escolha”³³, em primeiro lugar, classificou os graus de escassez em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial: a escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta; a escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos; a escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas por condutas coativas dos cidadãos; a escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação.

31 DUARTE, op. cit., p. 50.

32 NOVAIS, op. cit., p. 90

33 AMARAL, GUSTAVO. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 134.

Consequente, o referido autor aponta outro problema, quanto à alocação de recursos: a divisibilidade e a homogeneidade do bem a ser alocado. A divisibilidade é a capacidade de compartilhamento do bem e a homogeneidade é a oferta igualitária de determinada prestação³⁴.

Dessa forma, não apenas a questão da escassez dos recursos desafia o Poder Público, mas também a alocação de recursos de forma divisível e homogênea, que podem culminar numa má prestação de serviços públicos e consequente ineficácia das prestações sociais.

Nesse contexto de escassez de recursos e em contrapartida a alta demanda de prestações sociais, ademais como os direitos sociais pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado, rapidamente, aderiu-se à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos³⁵.

A reserva do possível surgiu na jurisprudência alemã no período dos anos 1970, em um caso em que se discutia a questão da limitação de vagas nas universidades, no qual o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu que determinadas prestações estatais estão adstritas àquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade de maneira razoável³⁶.

Na mesma época, atento a essa dimensão econômico-financeira dos direitos a prestações sociais, Haberle formulou o conceito de “reserva das caixas financeiras”, cuja ideia central é a concepção de que os direitos de cunho social, nos casos e na medida em que envolvam prestações

34 AMARAL, op. cit., p. 135.

35 CANOTILHO, op. cit., p. 481.

36 SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; RAMBOLI, Roberto; REVENGA SANCHÉZ, Miguel. (coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 25.
NA: Ainda, segundo o Tribunal Constitucional Alemão, a limitação de vagas estabelecidas pela Universidade da Bavária não era adequada em face de: “[...] seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou menor dos candidatos tenha que adiar o início do curso desejado por um tempo mais ou menos longo. [...] Candidatos socialmente mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior” Tal limitação, contudo, “[...] passa pelo fato de que a capacidade disponível não é suficiente para alocar todos devidamente qualificados ao ensino superior”. BVERFGE 33, 303, de 18/07/1972.

custeadas pelo Poder Público, encontram-se submetidos à limitação dos recursos financeiros do Estado³⁷.

Assim, a reserva do possível é conceituada por Novais como constituindo essa limitação imanente a este tipo de direito: mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos necessários recursos, daí a designação mais expressiva de reserva do financeiramente possível³⁸.

Segundo Miranda, os direitos econômicos, sociais e culturais estão sujeitos à reserva do possível, e as respectivas normas concretizadoras têm de ser entendidas nestes termos³⁹:

1º) Quando se verificarem condições econômicas favoráveis, essas normas devem ser interpretadas e aplicadas de modo a de delas se extrair o máximo de satisfação das necessidades sociais e a realização de todas as prestações;

2º) Ao invés, não se deparando tais condições – em especial por causa de recessão ou de crise financeira – as prestações têm de ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes;

3º) Situações de escassez de recursos ou de exceção constitucional (estado de sítio ou de emergência) podem provocar a suspensão destas ou daquelas normas, mas elas hão-de retomar a sua efetividade, a curto ou médio prazo, logo que restabelecidas a normalidade da vida coletiva.

Ademais, pode-se fundamentar a tese da reserva do possível no art. 22º da Declaração Universal, que deixa os direitos econômicos, sociais e culturais “[...] ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com as organizações e os recursos de cada povo [...]”, bem como no item n.º. 1 do art. 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que assevera que os Estados-partes comprometem-se a adotar medidas que garantam o pleno exercício dos direitos reconhecidos no referido acordo até “[...] o máximo de seus recursos disponíveis”⁴⁰.

37 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ‘Metodologia Fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2008, p. 107.

38 NOVAIS, op. cit., p. 91.

39 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2012, p. 494.

40 MIRANDA, op. cit., p. 483

Observa-se que a reserva do possível se insere no âmbito judicial em ações relativas à exigibilidade de direitos fundamentais sociais ante a omissão ou deficiência da prestação estatal, constituindo-se em uma matéria de defesa do Estado. Assim, é compreendida no sentido de insuficiência de recursos orçamentários, sendo utilizada como justificativa para não concretização de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais⁴¹.

Duarte alerta para o recurso excessivo a esse argumento, muitas vezes utilizado como “desculpa genérica” para a não efetivação de boa parte dos direitos fundamentais sociais, ainda que plenamente realizáveis⁴². O que não se pode admitir.

Dessa forma, um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão, adianta-se que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do *mínimo social*⁴³.

O mínimo social também é chamado de mínimo existencial, como restou consagrado na doutrina e jurisprudência brasileiras, ou de direitos constitucionais mínimos, pela doutrina e jurisprudência americanas.

Nesse ponto, é necessário conceituar e delimitar a importância do mínimo existencial, enquanto fundamento para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

3.1 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO MECANISMO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a efetivação e concretização dos direitos sociais. Ademais, ela encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto do ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana⁴⁴.

41 Cf. NATAL; PAMPLONA, 2014.

42 DUARTE, op. cit., p. 106.

43 CANOTILHO, op. cit., p. 481.

44 RABELO, Janáina da Silva. A cláusula da reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro: o papel do poder judiciário na defesa de direitos

O princípio da dignidade da pessoa humana assume importante atribuição demarcatória estabelecendo o limiar do que se convencionou denominar de “[...] padrão mínimo na esfera dos direitos sociais [...]”, e quanto a este há sim um direito subjetivo exigível pelo indivíduo⁴⁵.

A noção de “mínimo existencial”, segundo Rabelo (2014), resulta, por implicitude de determinados preceitos constitucionais, na compreensão de um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar à pessoa acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança⁴⁶.

A referida autora conclui com uma citação do estudioso Sarlet (2010, apud Rabelo, 2014) que afirma: “[...] a um mínimo existencial, compreendido aqui – não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo vital) mas, mais que isso, uma vida com dignidade”⁴⁷.

O mínimo existencial é protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações sociais. A respeito da dupla face do mínimo existencial (como direitos negativos e direitos prestacionais), Theodoro e Silva (2014) expõe que, quanto ao *status libertatis ou negativus*⁴⁸:

Dessa forma, a essência dessa categoria de direito está na *proibição imediata de interferência imposta ao Estado*. Daí se explica a nomenclatura de direito de *status libertatis ou negativus*, afinal, aqui é gerada uma obrigação negativa ao Estado, ou seja, deixar de fazer algo, uma

fundamentais. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 23, 2014, Santa Catarina. **Anais...** Santa Catarina: Editora UFSC, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b12189170921fa4>>. Acesso em 01 nov. 2014.

45 Cf. LEAL; TRINDADE, 2013.

46 Cf. RABELO, 2014.

47 SARLET, 2010, p. 105-106 apud RABELO, 2013, p. 5.

48 THEODORO, Marcelo Antonio; SILVA, Lais Batistuta. Custo do direito: apontamentos sobre o conflito entre reserva do possível e mínimo existencial. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 23., 2014, Santa Catarina. **Anais...** Santa Catarina: Editora UFSC, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=757c26bb260eb37f>>. Acesso em 01 nov. 2014.

obrigação de abstenção. Como exemplo de tais direitos estão a vida, a integridade física, a liberdade de expressão, propriedade privada, entre outros.

Por seu turno, quanto ao *status* positivo ou a prestações, o referido doutrinador ensina que:

Também denominados de direitos de *status* positivo ou a prestações, são aqueles que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, com o objetivo de melhorar suas condições de vida, de forma a garantir os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo a liberdade de *status libertatis*, anteriormente tratadas.

Portanto, o mínimo existencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade do Estado, sendo, assim, a reserva do possível não pode servir de justificativa para omissão estatal que comprometa as condições mínimas necessárias a uma vida digna.

A proposta suscita ainda, segundo Novais, a questão de se saber como se determina o mínimo existencial, problema inevitável a partir do momento em que se faz desta ideia o critério que determina a vinculatividade jurídica dos direitos sociais. Considera-se mínimo existencial como último reduto, como patamar de prestação mínima exigida por razões de sobrevivência física e moral como pessoa, daí a qualificação existencial ou vital, significando uma proteção contra as ameaças à sobrevivência, uma garantia mínima da existência fisiológica, associado, portanto, à garantia dos pressupostos mínimos de uma sobrevivência digna e, logo, de alimentação, roupa, cuidados de saúde e de alojamento sem cuja existência a dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida estaria ameaçados⁴⁹.

Já numa visão mais ambiciosa, defende o referido autor, o mínimo existencial seria ampliado em função da existência da pessoa num contexto sociocultural, significando também condições reais de uma existência digna em função desse contexto, associado já, portanto, as exigências de prestação material que, considerados dinamicamente o desenvolvimento e as disponibilidades do Estado e a evolução cultural das necessidades individuais, procuram assegurar as condições de desenvolvimento da personalidade, de participação e de integração comunitária.

Apoia-se em outros exemplos para enriquecer o tema, vale anotar a indicação de Alexy a respeito do que integra o mínimo existencial, para

49 NOVAIS, op. cit., p. 194-195

quem são direitos sociais mínimos, *verbi gratia*, um “mínimo vital”, uma morada modesta, a “educação escolar”, a “formação profissional” e um padrão “mínimo de assistência médica”⁵⁰.

Amaral expõe sua divergência quanto à posição de exigibilidade do mínimo existencial. Primeiro, afirma que “a determinação concreta do mínimo existencial seria fugida e variável histórica e geograficamente. Haveria, portanto, uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o “não mínimo”. Segundo, faz outra crítica, no que tange à unidimensionalidade do enfoque, que vislumbra apenas o grau de essencialidade, pois “a exigibilidade não decorre apenas de características ônticas da necessidade, mas também da excepcionalidade da situação concreta”. Exemplifica citando que um cataclismo, natural ou social, pode momentaneamente tornar inexigível algo que pouco antes o era⁵¹.

Em vistas dessas divergências, o autor apresenta outra formulação. As prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação ou de justificar porque não o faz. Esta justificativa será apenas a existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim, tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. Depois de apresentar um gráfico com a relação entre a essencialidade e excepcionalidade, conclui que o grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial. Quão mais necessário for o bem para a manutenção de uma existência digna, maior será o grau de essencialidade.

Assim, quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida. Caberá ao aplicador ponderar essas duas variáveis, de modo que, se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será justificável.

Pode-se concluir afirmando que, ainda que a ideia central ínsita à teoria da reserva do possível seja correta, não há como se negar a realização das prestações sociais inerentes a, pelo menos, um mínimo existencial, que proporcione condições mínimas para uma vida digna. Dessa forma, surge a inevitável questão: havendo inércia do poder público quanto à realização do mínimo existencial, é possível a efetivação dos direitos fundamentais sociais por meio dos tribunais?

50 ALEXY, op. cit., p. 495.

51 AMARAL, op. cit., p. 213.

3.2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A consequência de o Estado não promover o atendimento integral dos direitos sociais a todos os que careçam é o surgimento de insatisfações (individuais ou coletivas), que deságuam no Poder Judiciário⁵², que se revela como última instância capaz de concretizar tais direitos. Dessa forma, impõe-se esclarecer o papel do judiciário na efetivação dos direitos sociais.

O Poder Judiciário, como instância de discussão democrática, atua como interventor e transformador da realidade jurídica, garantindo e efetivando os direitos não assegurados pelos demais poderes, além de se destacar como defensor da Constituição e do Estado de Direito, razão pela qual sua atuação, principalmente em face da inércia do Legislativo e do Executivo⁵³, é de grande relevância, e não poderia deixar de ser abordada na presente dissertação.

Ademais, não há que se cogitar que o Judiciário, ao atuar, interfere nos demais poderes, ferindo, assim, o princípio da separação dos poderes; sua atuação é legítima nas hipóteses em que os órgãos estatais deixam de cumprir o comando constitucional, frustrando a eficácia jurídico-social.

Na defesa da intervenção do Poder Judiciário, Natal e Pamplona (2014) comentam⁵⁴:

[...] é da própria natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício das atividades dos demais poderes, na medida em que é o Poder Constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade destas atividades com a Constituição Federal (APPIO, 2005, p. 149-150). Frisa-se que todos os Poderes devem atuar de modo a cumprir os objetivos constantes no texto constitucional, residindo neste ponto à harmonia dos poderes.

[...]

Assim, verifica-se a legitimidade de interferência do Poder Judiciário diante da incapacidade dos órgãos políticos no cumprimento de suas obrigações, uma vez que busca-se sanar uma lacuna deixada pelos entes estatais a fim de se garantir a efetividade da justiça social e das normas constitucionais.

52 Cf. LEAL; TRINDADE, 2013.

53 Cf. RABELO, 2014.

54 Cf. NATAL; PAMPLONA, 2014.

Cumpra apontar o problema narrado por Duarte (2008), uma decisão judicial que – isoladamente e, portanto, alheia ao contexto da realidade socioeconômica – imponha a efetivação de determinado direito social para além do seu conteúdo mínimo tanto pode suscitar sérias controvérsias sobre uma eventual intromissão indevida na esfera política como pode acarretar desde significativas consequências macroeconômicas até problemas relativos à igualdade na repartição dos custos e benefícios dos direitos fundamentais sociais⁵⁵.

O referido autor complementa que, nessa situação, apenas um único indivíduo seria contemplado pela atuação socialmente realizadora do Judiciário, em detrimento de todas as demais pessoas que, embora eventualmente se encontrem na mesma situação, não fizeram parte da relação processual em que se deu a decisão.

No mesmo sentido, manifestaram-se Theodoro e Silva (2014)⁵⁶:

Tem-se entendido que em situações extremas as despesas realizadas em função de direitos prestacionais judicialmente impostos inviabilizam outros projetos estatais, e possivelmente até afetaria projetos relacionados a outros direitos fundamentais. Sendo assim, tais prestações, uma vez determinadas pelo Judiciário em favor do autor de ação nesse sentido, poderiam concentrar o aporte de recursos de tal modo que se tornaria impossível estendê-lo a outras pessoas, com evidente “prejuízo ao princípio igualitário”. Afinal, por exemplo, porque o tratamento custoso contra o câncer de uma pessoa é mais importante do que a realização de exames de custo menos elevado em outras várias pessoas?

Nessa conjuntura, Trindade e Leal (2013) asseveram que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade constituem eficazes arrimos às decisões judiciais. O princípio da proporcionalidade se apresenta como instrumento metódico de controle de atos – tanto omissivos como comissivos – dos poderes públicos, se apresentando enquanto dupla função, seja como proibição de excesso ou como proibição de proteção insuficiente. O princípio da razoabilidade demanda um equilíbrio entre os instrumentos utilizados e os fins perseguidos⁵⁷. Depara-se com o necessário sopesamento de valores constitucionais protegidos.

55 DUARTE, op. cit., p. 93

56 Cf. THEODORO; SILVA, 2014.

57 Cf. LEAL; TRINDADE, 2013.

Segundo o doutrinador Novais (2010), conquanto a jurisprudência constitucional portuguesa sobre direitos sociais submerja, durante muito tempo, numa atitude de contenção e sistemática condescendência para com a atuação do legislador, pode-se destacar que o Tribunal Constitucional deu um passo da maior relevância quando transpôs o reconhecimento deste direito fundamental a um mínimo vital para o plano de observância de um dever estatal de promoção, como se infere do Acórdão n.º. 509/02⁵⁸:

[...] sobre o rendimento social de inserção, para o Tribunal Constitucional, o Estado está não apenas obrigado a respeitar e proteger a garantia de um mínimo vital de que o particular já dispõe, e a que acedeu pelos próprios meios, como também obrigado a promover, positiva e negativamente, o acesso a um tal mínimo através de correspondentes prestações do Estado quando o particular está numa situação de extrema penúria e não dispõe dos necessários recursos. Ou seja, segundo o Tribunal, o Estado está obrigado a fornecer prestações que garantam a todos esse mínimo vital e a não afectar negativamente a continuidade objectiva da garantia dessas prestações na ordem jurídica.

Recorde-se que, no citado Acórdão n. 509/02, o Tribunal considerou inconstitucional a norma que, a partir de então, retirava às pessoas entre os 18 e os 25 anos o direito ao rendimento social de inserção (pretérito rendimento mínimo garantido) a que anteriormente tinham acesso, ainda que não se afectasse o direito subjectivo às prestações por parte dos titulares menores de 25 anos que já estivessem a auferi-las.

Portanto, o Tribunal considerou que a norma em questão atingia o “[...] conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna [...]”; enquanto tal, constituía uma violação do principio da dignidade da pessoa humana e era por esse fato inconstitucional. Disso decorreria a proibição de o Estado revogar, sem substituição, as normas que preveem a atribuição de prestações, pecuniárias ou em espécie, destinadas a assegurar os pressupostos materiais mínimos de uma existência condigna.

Ainda, a respeito da jurisprudência constitucional portuguesa sobre direitos sociais, destacam-se o Acórdão n.º. 88/04, que considerou inconstitucionais as exigências de prova que o Estatuto das Pensões de Sobrevivência no Funcionalismo Público impunha ao beneficiário da pensão de sobrevivência por morte de beneficiário da Caixa Geral de Aposentações que com ele convivía em união de facto⁵⁹, e o Acórdão n.º. 67/07, que considerou inconstitucionais as normas legais segundo as quais é exigível aos particulares o pagamento das prestações de saúde quando

58 NOVAIS, op. cit., p. 388.

59 “[...] por violação do princípio da proporcionalidade, tal como resulta das disposições conjugadas dos artigos 2º, 18º, n.º 2, 36º, n.º 1, e 63º, n.ºs 1 e 3, todos da Constituição da República Portuguesa”.

estes não se identifiquem como utentes e não façam prova que são titulares ou que requereram o cartão de utente do SNS, que anteriormente era facultativo, nos dez dias seguintes à interpelação para pagamento⁶⁰.

No primeiro caso, o Tribunal reconheceu o direito à segurança social como um direito social e sujeitou-o não apenas ao controle de observância do princípio da igualdade, mas também ao controle de proporcionalidade. No segundo caso, o Tribunal reconheceu que a sanção pecuniária, imposta por incumprimento do dever de identificação como utente, constituiria “[...] uma restrição desproporcionada e excessiva a tal direito social”.

O doutrinador mencionado afirma que, para uma equiparação de fundo entre direitos de liberdades e direitos sociais na jurisprudência constitucional, faltaria apenas dar dois passos derradeiros: O primeiro, o reconhecimento de que as limitações aos direitos sociais são restrições a direitos fundamentais pelo que, em Estado de Direito, só são admissíveis quando há razões suficientemente ponderosas que justifiquem a restrição. O segundo, o reconhecimento de que o âmbito de proteção jusfundamental sobre que incidem tais restrições é constituído tanto pela norma constitucional de garantia como pelas normas ordinárias de concretização e conformação das normas constitucionais⁶¹.

Ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil, a respeito do afastamento da reserva do possível em face da proteção do mínimo existencial, a estudiosa Natal constatou que, nas ações judiciais em que se postulavam o direito à saúde ou à educação, comumente proferem-se decisões favoráveis ao afastamento do argumento estatal da reserva do possível em face da garantia das prestações mínimas que assegurem a existência digna da pessoa humana⁶².

A título de exemplo, transcreve-se o posicionamento do STF a respeito do tema versado e o direito de saúde:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL.

60 NOVAIS, op. cit., p. 390-391.

61 NOVAIS, op. cit., p. 390.

62 Cf. NATAL; PAMPLONA, 2014.

VIOLÂÇÃO. INOCORRENCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.04.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 642536 AgR, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05.02.2013, ACORDÃO ELETRONICO DJe-038 DIVULG 26.02.2013, PUBLIC 27.02.2013)

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal, em primeiro lugar, assentou a possibilidade de o Judiciário intervir na consolidação dos direitos fundamentais sociais, ademais, ponderou os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível e decidiu que, em se tratando do direito à saúde, é possível a concretização dos direitos sociais conforme pretendido.

Entretanto, mesmo diante da violação da dignidade da pessoa humana, verificou-se no AI 623773⁶³, referente à indenização por danos morais em razão da excessiva população carcerária, que a reserva do possível foi utilizada como fundamento para o não deferimento da prestação pleiteada.

63 Ementa: “DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA – INVIABILIDADE – DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul acolheu pedido formulado em embargos infringentes, ante fundamentos assim resumidos (folha 48): EMBARGOS INFRINGENTES – RECURSOS INTERPOSTOS PELOS RÉUS – APRECIÇÃO CONJUNTA – AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL – ESTADO QUE ESTA BUSCANDO MELHORAR O SISTEMA PRISIONAL DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E DISPONIBILIDADE FINANCEIRA/ORÇAMENTÁRIA – SUPOSTO ATO OMISSIVO DO ESTADO EM GARANTIR A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO – INAPLICABILIDADE DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA – ACORDÃO REFORMADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO”. (STF – AI 723773 MS, Relator Min. MARCO AURELIO, Data de julgamento 30/06/2009, data de publicação DJe-147 05/08/2009)

Constatou-se, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal não possui um critério balizador de suas decisões, que depende do caso concreto. Todavia, é desejável que, diante de situações reais que demonstrem o comprometimento de um direito fundamental básico, não se abstenha de conceder a prestação positiva sob a mera alegação da reserva do possível.

Portanto, cabe ao Judiciário, ao apreciar demandas individuais ou coletivas relativas à reivindicação de direitos sociais, ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial e a excepcionalidade da situação, para que possa se efetivar a justiça social.

CONCLUSÃO

Os direitos sociais são de extrema importância para sociedade, pois garantem uma vida digna, justa e solidária para todos. Dessa forma, a efetivação dos direitos sociais constitui-se como exigência do reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, abordou-se o processo de reconhecimento dos direitos sociais na esfera do direito positivo, levando-se em consideração a importância do direito internacional neste contexto e sua positivação constitucional.

Estudou-se, também, a perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos sociais, a fim de enriquecer o tema, sem, contudo, pretender esgotá-lo. A perspectiva objetiva se revelou como um verdadeiro vetor interpretativo do sistema constitucional, ao passo que a perspectiva subjetiva diz respeito à identificação dos limites daqueles direitos sob a ótica do seu titular.

O atendimento às prestações sociais demanda recursos, notoriamente, escassos; surge, assim, o conflito que se propôs enfrentar no presente estudo.

Averiguou-se que a teoria da reserva do possível tem sido invocada para dificultar e até mesmo obstar o acesso a esses direitos fundamentais, quando se destaca a ausência ou insuficiência de recursos financeiros disponíveis como recusa para a concretização das prestações sociais. Conquanto, verificou-se que a utilização da figura da reserva do possível tem sido feita de modo generalizado, arbitrário e desproporcional.

Contudo, a reserva do possível somente pode ser arguida excepcionalmente. Os direitos sociais, por se tratarem de direitos

fundamentais, impõem ao Estado a obrigação de efetivá-los. Assim, deve estar a salvo, pelo menos, o mínimo existencial; portanto, a reserva do possível não pode servir de justificativa para omissão estatal que comprometa as condições mínimas necessárias a uma existência digna.

Ademais, diante da inércia ou deficiência dos órgãos políticos na efetivação dos direitos sociais, cabe ao Judiciário o papel de protetor de tais direitos, sem que isso signifique violação do princípio da separação dos poderes. Evidencia-se que ao Poder Judiciário foi atribuída a função corretiva da atuação deficiente dos outros órgãos.

No entanto, comentou-se que o Judiciário determinará que o Poder Público cumpra a prestação pleiteada, atribuindo ao ente estatal um ônus financeiro, o que pode ocasionar o esgotamento de sua capacidade orçamentária. A respeito dessa problemática, basta que a decisão seja embasada nas condições de razoabilidade e proporcionalidade.

Observou-se, por fim, que os tribunais têm garantido o mínimo existencial consubstanciado na dignidade da pessoa humana em detrimento ao argumento da reserva do possível, principalmente em ações que tratam da exigibilidade do direito à saúde e à educação, embora o tema ainda se encontre em fase de desenvolvimento jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madri (ESP): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMARAL, GUSTAVO. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.ed. Coimbra (POR): Edições Almedina, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra (POR): Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 'Metodologia Fuzzy' e 'camaleões normativos' na problemática actual dos direitos económicos, sociais e

culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2008a.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2008b.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos a efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra (POR): [s.n.], 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2012.

NATAL, Mariane; PAMPLONA, Danielle Anne. Reserva do possível e a atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 23., 2014, Santa Catarina. **Anais...** Santa Catarina: Editora UFSC, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cb5e167492be00a8>>. Acesso em: 31 out. 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2010.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (1976). **Lex: Assembleia Constituinte**, Lisboa: 2 abr. 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/.../ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 01 nov. 2014.

RABELO, Janaina da Silva. A cláusula da reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro: o papel do poder judiciário na defesa de direitos fundamentais. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 23., 2014, Santa Catarina. **Anais...** Santa Catarina: Editora UFSC, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b12189170921fa4>>. Acesso em 01 nov. 2014.

REVENGA SANCHÉZ, Miguel. Los derechos sociales (Instrumentos de Garantia en La Constitución Espanola. In: SCAFF, Fernando Facury; RAMBOLI, Roberto; REVENGA SANCHÉZ, Miguel. (coord). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 43-52.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil.

Garantias Constitucionais de Financiamento e Judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury, RAMBOLI, Roberto, MIGUEL, Revenga (coord). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 21-42.

THEODORO, Marcelo Antonio; SILVA, Lais Batistuta. Custo do direito: apontamentos sobre o conflito entre reserva do possível e mínimo existencial. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC, 23., 2014, Santa Catarina. **Anais...** Santa Catarina: Editora UFSC, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=757c26bb260eb37f>>. Acesso em 01 nov. 2014.

TRINDADE, Antônio César; LEAL, Rogério Gesta. As dimensões da reserva do possível e suas implicações na efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Unoesc International Legal Seminar**, Chapecó, v. 2, n. 1, p. 381-393, 2013. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4033/2176>>. Acesso em: 31 out. 2014.

VICTOR, Abramovich; CHRISTIAN Courtis. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid (ESP): Trotta, 2002.

UM OLHAR DE LONGO ALCANCE NA BUSCA INCESSANTE PELA IMPLEMENTAÇÃO DA SOCIALIDADE: dificuldades imersas no atual contexto de crise e a esperança no desenvolvimento sustentável

Márcia Raquel Madruga Cruz¹

RESUMO: Visando a uma melhoria na qualidade de vida, os embates sociais sempre ocuparam posição de destaque no palco político, econômico e social dos países, revelando a imensidão de necessidades humanas, seja através da não ingerência estatal verificada no panorama liberal, seja a exigência de uma atuação positiva relacionada ao estágio de desenvolvimento do Estado Social. Deste modo, o binômio necessidades humanas infinitas vs. recursos limitados foi posto como centro das discussões acadêmicas e políticas, principalmente no atual contexto de crise global, no qual se verifica a nítida discrepância entre as cláusulas constitucionais de bem-estar e a realidade fática das finanças públicas das nações. Neste sentido, o presente trabalho intenta salientar a relevância de reflexões acerca de novas diretrizes para as atividades estatais, com uma redução da 'obesidade' do Estado social tradicional a partir da confluência de novos atores sociais, bem como uma nova gestão sob a pauta da sustentabilidade, de modo que esta mudança de paradigmas implique a efetiva concretização de bem-estar social presente e futuro, ou seja, a observância da fundamentalidade dos direitos sociais aliada à perspectiva do princípio da justiça intergeracional.

Palavras chave: Direitos sociais. Crise do Estado Social. Justiça intergeracional. Sustentabilidade

**Ver tradução para o Inglês: UM OLHAR DE LONGO
ALCANCE NA BUSCA INCESSANTE PELA
IMPLEMENTAÇÃO DA SOCIALIDADE: dificuldades
imersas no atual contexto de crise e a esperança no
desenvolvimento sustentável**

1 Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra (2014).

ABSTRACT: Aiming at a life quality improvement, the social conflicts have always occupied a prominent position in the political, economic and social stage of the countries, revealing the immensity of human needs, either through non-state interference perceived in the liberal stance or the requirement of a positive performance related to the stage of welfare State development. Thus, the infinite human needs binomial vs. limited resources was placed as a center of academic and political discussions, especially in the current context of global crisis, in which there is a clear discrepancy between the constitutional clauses of wellness and the factual reality of nations' public finances. Therefore, this work intends to highlight the importance of reflections about new guidelines for state activities, with a reduction of the traditional welfare State's 'obesity' from the confluence of new social actors, as well as a new management under the sustainability agenda, so that this paradigm shift implies the effective achievement of present and future social welfare, in other words, in the compliance of the social rights fundamentality coupled with the principle of intergenerational justice perspective.

Keywords: Social rights. Crisis of the Welfare State. Intergenerational justice. Sustainability

INTRODUÇÃO

O calcanhar de Aquiles da economia em âmbito mundial tem como ponto fulcral o contexto de crise econômico-financeira, ponto este que justifica a preocupação iminente acerca das finanças públicas e da sustentabilidade das gerações futuras.

A relação intrínseca dos direitos sociais com os custos financeiros advindos do desejo de sua efetivação na realidade da comunidade consagra o ponto em comum entre os direitos positivos e a justiça intergeracional, ao passo que o Estado possui limitações orçamentárias, situação deveras agravada no tempo presente, de um lado, não podendo, em decorrência das atribuições inerentes ao Poder Público, relegar a prossecução de bem-estar em seu aspecto atemporal², fator basilar da dignidade da pessoa humana, por outro lado³.

2 NA: Insta salientar a ampliação do conceito de bem comum de um nível nacional para um supranacional e, posteriormente, para um bem comum da humanidade, sendo esta considerada sob o caráter da metafísica relacional como sendo a interação entre as sociedades passadas, atuais e futuras.

3 Rocha (2012, p. 625) salienta esta confluência e modela a socialidade a partir das novas bases do aparato organizatório estatal – “estadualismo moderado”, tendo em vista que a prossecução do interesse público constitucionalmente consagrado deve realizar-se amparado pelas dimensões da equidade intergeracional.

Logo, há, no contexto europeu principalmente, a observância de uma realidade de cortes públicos severos, atacando, sobremaneira, o montante despendido com as políticas sociais; enquanto, em países em desenvolvimento como o Brasil, o caminho trilhado ainda é no sentido de conquistas no quadro dos indicadores sociais, apesar de a economia deste também ter sentido os efeitos perversos da crise financeira, tendo em vista tratar-se de uma crise de reflexos globais.

Todavia, como outrora salientado, em qualquer situação que as Nações se encontrem, seja ciclos econômicos agravados, seja contextos que propiciem um estágio de desenvolvimento da comunidade, os poderes públicos, bem como a população em geral, devem atentar para as consequências das atividades humanas, das decisões políticas e do uso racional da Ciência e da Tecnologia, pois tais ações podem resultar em efeitos nefastos de longo alcance, sendo acertada a utilização corrente da denominação ‘sociedade de risco’. Este novo pensamento sugere a preocupação crescente com a inter-relação entre as gerações, propiciando a abertura de novos horizontes, sob as diretrizes da equidade intergeracional, consubstanciando a responsabilidade daí gerada em atuações ativas e não, simplesmente, em situações de abstenção.

Este contexto infere a reflexão acerca de medidas políticas, econômicas, jurídicas⁴ e de tantos outros ramos da ciência no seio da comunidade europeia para o equilíbrio entre as limitações das finanças públicas e a manutenção dos níveis sociais advindos dos incessantes e instigantes embates sociais, ou seja, medidas governamentais visando a uma estabilização ou, pelo menos, suavização do atual ciclo econômico, bem como o repensar de uma nova forma de política e gestão na realidade social de países como o Brasil, através das ideias de justiça intergeracional e sustentabilidade⁵, destacando lições e aprendizados importantes nessa

4 Loureiro (2010a), coadunando com as lições de Castanheira Neves, denota a relevante preocupação / inserção no direito em geral (*Fernrecht*) e, especificamente, na seara do constitucionalismo – “teoria da constituição à distância” - de uma responsabilidade para com as futuras gerações, maximizando o quadro da dignidade da pessoa humana com o princípio da sustentabilidade, trazendo para o novo panorama a exigência de “revisitação de operadores dogmáticos e teóricos”.

5 A amplitude e complexidade refletida pela ampla gama de medidas inculcadas em vários segmentos sociais abarca a ideia de sustentabilidade, em contraposição a noção de sustentabilismo, na qual impera o protagonismo de sua dimensão econômico-financeira (LOUREIRO, 2010a, p. 40). Neste estudo emprega-se uma noção de sustentabilidade em sentido amplo, isto é, a formulação de ações nos variados campos viabilizadoras de alterações substanciais no quadro da realidade atual e vindoura. Neste sentido, Nabais (2011) demonstra a influência do sistema fiscal em relação ao tripé da sustentabilidade (econômica, social e ambiental).

situação de escassez europeia de dimensão mundial⁶.

1 JUSTIÇA INTERGERACIONAL: PENSAR ANTES DO AGIR EM UM TEMPO NÃO TÃO DISTANTE⁷

Reflexões acerca da justiça sempre detiveram espaço significativo na esfera doutrinária, entretanto, a ampliação para análises intertemporais⁸ a partir da adoção de ações e medidas no tempo presente e sua influência para gerações vindouras, foi percebida mais recentemente, a partir dos efeitos negativos quanto à questão ambiental, esta expandindo-se em variadas vertentes, como a poluição, preservação da biodiversidade, aproveitamento racional dos recursos naturais, problemática das fontes energéticas não renováveis e altamente poluentes e, por fim, o ordenamento do território.⁹ Posteriormente, a responsabilidade orientada para o futuro se situou no campo econômico-social, abarcando situações como a sustentabilidade do sistema de segurança social, o aumento desenfreado do desemprego juvenil¹⁰, o expressivo endividamento público, entre outras

6 NA: Esta afirmação possui o sentido de reconhecer que a crise atual expande-se por variadas dimensões e perspectivas, como a financeira inicialmente, passando para toda a atividade econômica, gestão, política e, ainda, matrizes sociológicas e culturais. Logo, as soluções pretendidas devem alavancar mudanças estruturais de todo o sistema, incorrendo em medidas de curto prazo para frear a situação demasiada angustiante do contexto atual, bem como em resoluções / instrumentos de médio e longo prazo para uma atuação mais profunda e consciente que ataquem os reais problemas, evitando o retorno aos erros anteriores.

7 NA: Utiliza-se nesta análise acadêmica um sentido temporal amplo para a justiça intergeracional, confluindo, assim, as ideias de uma justiça intrageracional e intergeracional e a noção de sobreposição de gerações – solidariedade de aproximação. Logo, propõe-se uma concretização atual dos direitos sociais, não relegando uma visão futurística de bem-estar advindos de sua implementação.

8 NA: Há, também, autores críticos quanto uma teoria de justiça intergeracional, tendo em vista que o leque de integrantes de uma futura geração ainda não nasceu, não obtendo, assim, a qualificação de sujeito de direitos, bem como, não se pode garantir o direito a um objeto específico que possa, no futuro, não existir. Exprimindo tal ideia, Beckerman (2006) cita as lições de Steiner. BECKERMAN, Wilfred. The impossibility of a theory of intergenerational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) **Handbook of intergenerational justice**. Cheltenham, UK / Northampton, MA, (EUA): Edward Elgar, 2006, p. 56. Entretanto, Beckerman (2006) traz o sentido de responsabilização da geração presente no sentido de obrigação moral, através de medidas observadas no plano prático, como a eficiência das instituições e fruição real de direitos humanos básicos, o que implicaria um conceito de justiça mais contundente, tendo em vista que a atribuição de ‘direitos’ a indivíduos inexistentes concederia um caráter mais irreal, utópico, sem manifestação prática. Neste diapasão, Loureiro (2010a, p. 43) aduz que estas obrigações constituem-se como deveres não correlativos de direitos.

9 Cf. SILVA, 2010, p. 459-503.

10 Acerca da tensão existente entre os ‘avós’ e ‘netos’ – sustentabilidade do sistema de segurança social X desemprego juvenil, ver estudo de Kirchheim e Feiten (2013).

manifestações, revelando, assim, a diversidade de perspectivas inculcidas na concepção de justiça intergeracional.

A normatividade de referido conceito possui expressão na esfera dos princípios¹¹, conferindo-lhe, assim, uma carga axiológica superior, por denotar não apenas um comando imperativo e sim um conjunto de valores que norteiam os arcabouços jurídicos nacionais e internacionais, dando-lhe azo a sua multifuncionalidade, seja no plano integrativo, normativo ou interpretativo.

Lumer (2006)¹², em sua significativa contribuição na seara do princípio da justiça intergeracional, enuncia um rol de orientações dispostas na concepção daquele mandamento nuclear, quais sejam: hedonismo ético, universalismo beneficiário, prioridade, compromisso limitado e eficiência ou economia.

A noção de hedonismo ético sustenta que o bem-estar é valor moral intrínseco, podendo ser considerado como objetivo último, ou seja, o moralmente relevante corresponderia às orientações no sentido qualitativo de bem-estar. Contrapõe-se às alternativas acriticas, como a ‘necessidade de orientação’, por basearem-se em suposições empíricas, as quais, muitas vezes, não condizem com a realidade, bem como por conterem um conceito bastante indeterminado, como a ideia de ‘necessidade’, correspondendo diferentes qualificações e orientações a depender de cada indivíduo e do seu estilo de vida.

De acordo com o subprincípio do universalismo beneficiário, o compromisso moral de cada um beneficia a todos indistintamente e não apenas aqueles limitados espacial e temporalmente ou, ainda, que estão inseridos em determinados grupos sociais, tendo em vista que o bem-estar é valor moral intrínseco, *rivalizando, assim*, com teorias que limitam a ética ao estado contemporâneo, como o desconto temporal¹³ e o provincianismo.

11 Esta fórmula jurídica sofreu, ao longo dos séculos, alterações profundas, como percebe-se pela manifestação de sua normatividade e premência de tais conceitos na moderna dogmática jurídica, bem como pela influência exercida na ‘nova interpretação constitucional’. Para uma visão mais pormenorizada da ascensão de uma teoria dos princípios na era pós-positivista ver estudo de Barroso e Barcellos (2006).

12 LUMER, Christoph. Principles of generational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) **Handbook of intergenerational justice**. Cheltenham, UK • Northampton, MA, (EUA): Edward Elgar, 2006, p. 39-52.

13 Silva (2010, p. 496) também tece críticas quanto à utilização da taxa do desconto temporal por alguns economistas, ao passo que esta implica a diminuição proporcional da responsabilidade da geração presente à medida que as consequências das decisões tomadas no atual momento vão avançando no tempo.

A prioridade, noção da justiça distributiva, enfatiza a mudança de bem-estar dos indivíduos em pior situação. Assim, o hedonismo denota o bem-estar como valor moral, enquanto o *prioritarianism* demonstra a preponderância em elevações de bem-estar nos integrantes do tecido social que se encontram em situações de carência mais expressivas em relação àqueles que se encontram em uma situação mais confortável. Tal ideia diverge de várias teorias, como o utilitarismo (despreza a situação inicial das pessoas, igualando, assim, o nível de melhorias no bem-estar de todos, não priorizando determinadas situações); o princípio *maximin* (ou *leximin*) – (a visão de prioridade para as pessoas em pior situação é manifestada de forma absoluta. Logo, relegando as melhorias destinadas aos indivíduos em melhor situação) e o igualitarismo (o bem individual deve ser distribuído igualmente).

A partir do subprincípio do compromisso limitado, percebe-se que o compromisso moral de cada um deve ir além do cumprimento das normas morais socialmente impostas (possibilidade de sanção); entretanto, possui uma limitação, haja vista que a elevação máxima impossibilita a realização racional prática desta finalidade. As orientações desprendidas deste princípio rivalizam com as diretrizes da maximização e do contratualismo individualista.

Por fim, a eficiência exige o emprego direcionado e eficiente do compromisso moral, através, por exemplo, da utilização racional e eficaz das finanças públicas no sentido de uma melhoria no bem-estar da população, levando sempre em conta os princípios antecedentes.

O deontologismo, pelo qual normas morais fundamentais nunca poderiam ser desrespeitadas, obstaculiza a verificação do princípio da eficiência, ao passo que a inobservância de certas normas poderiam ensejar o aumento de bem-estar em alguns aspectos. Por conseguinte, a fim de estabelecer uma solução conforme todos os princípios viabilizadores de uma justiça intergeracional, é necessária a inclusão de circunstâncias excepcionais em casos determinados.

Logo, a atuação público-privada quanto à responsabilidade para com as gerações futuras (*Nachwelt*) configura-se como ponto atual e substancial no quadro da ciência jurídica contemporânea¹⁴, seja em nível

14 Tremmel (2006) indica a inserção da justiça intergeracional e da sustentabilidade em sentido amplo no seio do constitucionalismo a partir de exemplos de variados países, como a Argentina, Suíça e Polônia, dados analisados em tópico posterior; enaltecendo, na mesma linha diretiva, o papel da dogmática constitucional na proteção das gerações futuras, ver também Haberle (2006); no contexto português, tais noções são evidenciadas, com foco na sustentabilidade do sistema de segurança social (LOUREIRO, 2010b, p. p. 128-129; 261-264). Há, ainda, a nítida preocupação com a futuro nas legislações ambientais, financeiras e, até mesmo, penais, manifestando, sobremaneira, o relevante papel do Direito nesta problemática.

constitucional, seja a partir da análise de outros ramos do Direito, bem como em atos normativos correlacionados a uma interconstitucionalidade¹⁵, no contexto da União Europeia ou da Organização das Nações Unidas - ONU, enaltecendo a ideia do 'constitucionalismo multi-nível' e estabelecendo uma dimensão transnacional do problema em debate.

Nessa linha de orientação, a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 66, n^o 2, "d", introduziu, a partir de 1997, o dever de respeito ao princípio da solidariedade entre gerações, abraçando a causa do desenvolvimento sustentável impregnado na noção de justiça intergeracional. Contudo, percebe-se a necessidade de uma evolução progressiva e constante, tendo em vista a insuficiência e limitação do campo de proteção de referidas medidas jurídico-normativas à sustentabilidade ambiental. Seguindo a tendência, o ordenamento jurídico brasileiro também dispõe acerca desta dimensão da sustentabilidade no artigo 225 da Carta Política, manifestando desafios semelhantes aos percebidos no campo geográfico português.

A sustentabilidade é empregada neste estudo como uma dimensão ou vertente do princípio da justiça intergeracional¹⁶, que também se configura como princípio jurídico, tendo em vista que a ciência do Direito detém uma preocupação quanto a sua regulação e concretização.¹⁷

Referida noção¹⁸ abarca ideias como planejamento, informação, transparência, avaliação, entre outros, ou seja, reflete um conjunto de

15 Figurando-se como exemplos no panorama internacional, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, a Carta das Nações Unidas e a Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes para com as Gerações Futuras, de 1997 (UNESCO, 1997).

16 Apesar do presente trabalho acadêmico aduzir uma inter-relação entre o princípio da justiça intergeracional e o princípio da sustentabilidade, pois propugna a concretização dos direitos sociais com esteio em ambos, insta salientar a autonomia dos dois princípios referidos, podendo existir uma política sustentável a médio prazo, porém não direcionada para a justiça intergeracional (LOUREIRO, 2010b, p. 279).

17 Canotilho (2010, p. 7-8; 12) enuncia vários preceitos normativos da Carta Política portuguesa que abraçam a ideia de sustentabilidade, principalmente na seara ambiental – "ecologização da ordem jurídica portuguesa", como os artigos 9^o (tarefa fundamental); 81^o, "d" (princípio fundamental da organização econômica); art. 81^o, "a", "m" e "n" (incumbência prioritária do Estado); art. 66^o, n. 1 (direito fundamental); art. 66^o, n. 2 (dever jusfundamental do Estado e dos cidadãos) e, por fim, o art. 66^o, n. 2, "c", "d", "e", "f" e "g" (princípio vetor e integrador de políticas públicas. Revela, assim, o caráter de relevância dado a esta problemática, chegando a falar em um "novo paradigma secular".

18 NA: Nesta perspectiva há uma similitude com o fenômeno do desenvolvimento sustentável. A noção de desenvolvimento sustentável suporta uma base tricotômica de indicadores: crescimento econômico, eficiência social e índices ambientais positivos, como percebe-se a partir das linhas orientadoras do documento da ONU "Nosso Futuro Comum", conhecido, também, como Relatório Brundtland. Logo, a sustentabilidade é vista como um princípio integrativo de variadas dimensões que não se desligam do fator tempo, pois as consequências de ações presentes devem observar as consequências no tempo futuro – ideia de ética do futuro, denotando, assim, o aspecto da justiça intergeracional.

ações complexas em variados setores, não necessariamente no segmento financeiro, que visem uma melhoria qualitativa do bem-estar presente e, conseqüentemente, futuro, encontrando, assim, correspondência com o desenvolvimento no futuro, pois a responsabilidade para com as gerações longínquas não pode figurar apenas como elemento retórico nos diversos documentos nacionais e internacionais.

Insurge, assim, três dimensões a partir do referido princípio: sustentabilidade interestatal – equidade entre países ricos e países pobres; sustentabilidade geracional – equidade na perspectiva entre diferentes grupos etários de uma mesma geração, e a sustentabilidade intergeracional – equidade entre gerações.¹⁹

Por conseguinte, o fim primordial do conceito de sustentabilidade - e da equidade intergeracional – é a persecução da justiça²⁰, desenvolvendo-se tal processo a partir de ações governativas formuladas para este intento, como também o estreitamento da liberdade de conformação do legislador, que deve sempre pautar suas atividades a partir das noções propulsoras deste princípio.

A visão inicial de uma justiça intergeracional parece recorrer, principalmente, à mudança de mentalidade e, algumas vezes, de cultura, no sentido de uma atuação mais corajosa, eficaz e consciente dos cidadãos²¹, uma vez que as conseqüências dos atos atuais se perpetuarão no tempo, imprimindo uma reflexão de base ético-filosófica para o assunto da equidade entre gerações²².

19 Ibid., p. 8-9.

20 Uma releitura da justiça social sob a dimensão da equidade intergeracional é delineada por Agius (AGIUS, 2006, p. 330).

21 Silva (2010, p. 472) manifesta a preocupação com a cultura civilizacional de fins, bens e benefícios imediatos, no momento em que há uma reviravolta tecnológica e científica capaz de alterar os paradigmas do próprio aspecto temporal. Nesta linha, ensina: “Uma ética de responsabilidade dirigida ao futuro, que exija a incorporação do tempo longo no agir político e individual, defronta-se com um clima cultural e técnico-científico extremamente desfavorável: por um lado, uma sociedade que vive apenas no presente e disposta a quase tudo para maximizar o seu bem-estar momentâneo; por outro lado, uma sociedade que detém a capacidade tecnológica e material para afectar negativamente, por vezes em termos irreversíveis, a vida dos homens da gerações futuras, por mais longínquo que seja o horizonte em que estas se situem.”

22 No campo filosófico, a contribuição de Rawls (2013) em matéria de justiça entre gerações foi de significativa medida, sendo, assim, impossível deixar de mencioná-la, pois figurou como passo inicial no debate filosófico contemporâneo. O professor de filosofia atribuía a importância de um ‘princípio da justa poupança’, o qual justificava o recebimento de benefícios por uma geração obtidos através da anterior – acumulação de capital para as gerações subseqüentes, bem como a responsabilidade da

Este viés ético dos cidadãos deve vir atrelado aos comportamentos públicos de boa governança²³, pontuando o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade como itens valorativos dos mais diversos setores dos poderes públicos. Entretanto, neste contexto político, manifesta-se a problemática dos sistemas eleitorais como sendo um dos dilemas estruturais da democracia, tendo em vista que a pretensão de se atingir o poder é elemento propulsor de visões imediatistas a fim de atrair mais eleitores e aliados, imperando, assim, a formulação de políticas de curto prazo, mesmo passando pelo tortuoso caminho do endividamento público e custos sobrecarregados para as gerações futuras.

Neste diapasão, assume a premência de um pensamento voltado para a perpetuação e sobrevivência da espécie humana (e não só desta), apontando possíveis soluções que passarão pelos mais variados segmentos sociais, como percebe-se pela ideia de sustentabilidade, a partir de uma atuação conjunta da população e dos poderes públicos por meio de um intenso debate público.

Portanto, na medida em que as consequências onerosas de atos praticados no tempo presente poderão ser percebidas no futuro, as pessoas que vivem no contexto global atual poderão, de alguma forma, serem responsabilizadas para que não ocorra a perpetuação dos pontos negativos, pois o próprio Estado está imbuído de um dever de proteção para com a posteridade. Este caminho de mão dupla implica a observância do princípio da proporcionalidade e suas decorrências legais, como a salvaguarda do conteúdo essencial dos direitos e a segurança jurídica, para que haja um equilíbrio institucional e se verifique uma maior

atual para com as que lhe sucederem, a fim de concederem o suporte necessário para a verificação de instituições justas que desenvolvam e protejam as liberdades básicas. Tal pensamento foi, ao longo do tempo, sendo desenvolvido em meio às pertinentes críticas, como a insuficiência e inadequação da teoria rawlsiana, ao passo que esta relega a importância da manutenção do estado da natureza na consideração do bem-estar futuro. Para mais exemplos, ver também os estudos de Dierksmeier (2006) e Agius (2006, p. 323-325).

- 23 Nas relações administrativas revela-se de significante contribuição os desenvolvimentos acerca do princípio da precaução. A doutrina brasileira inclui dito princípio no gênero prevenção, só que esta implica uma certeza quanto à ocorrência do dano, enquanto o princípio constitucional de precaução exige a intervenção pública quando se afigure uma forte verossimilhança de danos gravosos, seja no campo da vigilância sanitária, ambiental, dentre outros, sendo imperioso ressaltar a conjugação com o princípio da proporcionalidade na criação e instituição de medidas. Para maiores desenvolvimentos, ver estudo de Freitas (2007). No contexto específico de uma responsabilidade para com o futuro, Gardiner (2006) mostra os dilemas e virtudes da aplicação do princípio da precaução, salientando sua melhor utilidade comparado à prática habitual da política do custo-benefício. Neste sentido, as ações orientadas para o futuro devem ser revestidas de cautela, tendo em vista a possibilidade – em decorrência da incerteza científica – de efeitos negativos para a posteridade, sendo de mau gosto e, de certa forma, ilícita, a aposta acerca da perpetuação do homem (GARDINER, 2006, p. 156 et seq.).

harmonia entre o desenvolvimento sustentável, os direitos da geração contemporânea e os direitos dos seres humanos vindouros.

2 A JUSTIÇA INTERGERACIONAL COMO FATOR AGREGADOR DE NOVOS ATORES SOCIAIS NA DIREÇÃO POLÍTICA ESTATAL

A centralização perseguida na direção política clássica do Estado está, atualmente, defasada, o que pode ser percebido pela crise do Estado Social, marcada pelas más gestões, observância de corrupção desregrada, maior densidade do setor público expressa pelo aumento das despesas públicas, de um lado, e constante diminuição das receitas públicas, por outro.

A classe política enxerga a massa popular como um círculo eleitoral, implementando políticas de curto prazo, apenas visando a seu favorecimento pessoal e à chegada ao Poder²⁴, relegando, muitas vezes, políticas de melhor distribuição e aproveitamento dos recursos disponíveis, sob o olhar, assim, da justiça intergeracional.

A influência midiática²⁵, em decorrência do poderio econômico dos sujeitos da arena política, não exerce sua tarefa²⁶ primordial, que seria a propagação de informações verídicas, para que a população conseguisse extrair as bases fundantes dos partidos e propostas dos políticos, e assim, decidisse a melhor opção do 'jogo político', e, sim, cria o problema de uma "univocidade identitária artificial e casuística do fenômeno político"²⁷. Com isso, um dos possíveis caminhos para a saída desta crise e a reinvenção da fórmula do Estado Social seria a descentralização na direção política,

24 Esta atuação dos governantes é explicada a partir do "teorema do votante mediano", que busca a formulação de políticas públicas a partir de preferências gerais (maior número de eleitores), sendo um dos fatores dos 'fracassos do Estado' na provisão do bem-estar social. Nesta linha argumentativa a favor da participação do Terceiro Setor no triângulo do bem-estar – Mercado, Estado e Terceiro Setor. (PEREIRINHA, 2008, p. 118-119).

25 Bonavides denota a mídia como obstáculo à democracia participativa (BONAVIDES, 2009, p. 839).

26 Müller (2008) evidencia a liberdade da imprensa, contudo, critica a mercantilização da informação formadora da opinião pública, pois esta configuraria a medida concretizadora da democracia e esta não pode estabelecer-se ao alvedrio do alto poder econômico de uma parcela da sociedade.

27 LEAL, Rogério Gesta. Qual democracia? A necessidade premente de romper com a univocidade identitária artificial e casuística do fenômeno político. *Revista do Direito*. Rio Grande do Sul, n. 39, p. 4, jan./ jul., 2013.

com a inclusão de novos atores sociais, propondo, assim, uma alteração na arquitetura organizativa do Estado.²⁸

Este auxílio e participação conjunta de outros setores da sociedade, ao lado do poder público, na persecução de um bem comum ou vontade geral, emergem o paradigma de um Estado cooperativo de caráter supletivo.

Esta atuação supletiva corrobora a multiplicidade de sujeitos responsáveis pela condução do esquema político-social, não constituindo o setor público como principal ou, até mesmo, único prestador destas funções sociais, impondo, assim, uma certa fragmentariedade e descentralização no comando das despesas sociais, mesmo o financiamento sendo em parte ou total suportado pelo Estado, como ocorre com as parcerias público-privadas.²⁹

Imperioso ressaltar a existência de tarefas sob o domínio do Estado, que estão, assim, excluídas, pelo menos de início, da gestão por outras instituições sociais, como as relativas à segurança nacional, à administração da justiça e à regulação dos dispositivos legais.

Contudo, o poder público pode atuar nestes segmentos de maneira regulatória ou fiscalizatória, e não necessariamente como agente prestador, o que o investe em um caráter integrativo e subsidiário.

Esta dimensão contemporânea da subsidiariedade³⁰ é o oposto do verificado no Liberalismo clássico, no qual a supletividade era forma de expressão do exercício excepcional do Estado, já aquela é princípio caracterizador da ingerência dos mais variados setores sociais, seja público ou não.

28 Proposta delineada por Faveiro (2002) ao falar em “menos Estado”, adicionando a perspectiva de “melhor Estado” Ambas dimensões concedem o suporte finalístico da presente dissertação, tendo em vista a persecução de uma justiça social calcada na ‘nova gestão política’, esta abarcando a inclusão de novos atores sociais, bem como a eficiência e racionalidade das instituições e instrumentos políticos, jurídicos, econômicos e sociais (FAVEIRO, 2002, p. 188 et seq.).

29 Machado e Costa (2012) tecem críticas quanto à complexidade de muitos contratos para implementação destas parcerias público-privadas, ao passo que os vultosos encargos advindos de tal acordo perduram por um lapso temporal alargado, atingindo o sistema fiscal das gerações vindouras. Entretanto, manifestam o outro lado da moeda, que o Estado ao realizar o referido pacto está investido de legitimação decorrente do processo democrático, bem como o fim primordial do negócio é a satisfação do interesse público ou, pelo menos, deveria ser. Para uma análise do Tribunal de Contas na agenda brasileira, ver estudo de Barroso (2002).

30 Salema (2010, p. 89) expõe o espaço fluido e indeterminado onde se encontra o princípio da subsidiariedade na era contemporânea, tendo em vista posicionamentos vários em relação à sua fundamentação e concretização.

A criação e regulação de novos sujeitos e meios para a formação desta interação político-social evidencia a figura da *governance* e a ideia de *welfare pluralism*³¹, deixando, no passado, o modo de condução política a partir do “Estado soberano jurídico-hierarquicamente dirigente”³², porém não excluindo sua contribuição e importância.

2.1 A INFERÊNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA (RE) DEFINIÇÃO DA ARQUITETURA ORGANIZATIVA DO ESTADO

O controle social pode ser percebido através de duas perspectivas. A primeira, observada, principalmente, em contextos políticos autoritários, tem como agente ativo o Estado, ou seja, este exercendo uma política de dominação perante os indivíduos, integrantes do tecido social. Já a segunda, é observada pelo prisma da coletividade, isto é, o elo existente entre a participação popular, a democracia e a garantia e fruição dos direitos.

O presente estudo tem a segunda dimensão como objeto de análise, ao buscar uma concretização real dos direitos fundamentais, especificamente no campo dos direitos sociais, a partir de uma ampliação dos atores sociais envolvidos, tendo em vista as consequências negativas decorrentes do Estado paternal.

A participação política se efetiva a partir da consolidação da cidadania³³, a qual entrelaça seu desenvolvimento com o surgimento e o reconhecimento dos direitos, podendo ser analisada, assim, a partir de três dimensões: cidadania civil, política e social.

A cidadania civil verifica-se a partir da conquista dos direitos civis ou direitos de primeira geração, decorrentes da Revolução Francesa, os quais são, tipicamente, direitos individuais oponíveis ao Estado, isto é, intentam uma abstenção por parte deste a fim de que se possa efetivar a liberdade tão aclamada e desejada.

31 Para uma análise do *welfare pluralism* focado na atividade do Terceiro Setor, seja por meio de comportamentos altruístas da família, amigos e vizinhos ou, ainda, por instituições voluntárias, como é o caso das Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS) ver estudo de Pereirinha (2008, p. 103-125).

32 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A governance do terceiro capitalismo e a constituição social. In. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Entre discursos e culturas jurídicas**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 154.

33 Sugerindo um esquema evolucionar da cidadania, ver Marshall apud Lima (2002, p. 109 et seq.).

A consagração dos direitos políticos, incluindo o direito de participar dos rumos da Nação a partir de sua inclusão nos órgãos parlamentares ou, ainda, o direito de escolher seus representantes legítimos a partir do sufrágio³⁴, faz emergir a figura da cidadania política.

Já a cidadania social, reflete a busca por melhores condições de vida, o que seria fator de contribuição para uma fruição real da liberdade, uma efetiva participação no debate público e um pluralismo agregador das diversidades existentes.

Assim, os direitos sociais constituem-se como fruto das lutas, inicialmente, ligadas ao direito ao trabalho, ao passo que o liberalismo econômico e o capitalismo da época, ao invés de efetivarem a liberdade, um dos dogmas da trilogia francesa, oprimiram, sobremaneira, os trabalhadores, oferecendo-lhes condições desumanas, agravando a situação com a Revolução Industrial.

Logo, observa-se que a conquista e a defesa dos direitos na Era Moderna estavam entrelaçadas com a capacidade de organização das massas, contribuindo, por conseguinte, para a consolidação da democratização e seu fundamento de participação política.

Observa-se nesta temática a influência demasiada negativa da globalização econômica³⁵, tendo em vista que dito fenômeno ataca, sobremaneira, a concepção de um território delimitado e atenua, consideravelmente, a influência da sociedade nas decisões políticas, econômicas e sociais, pois as políticas governamentais passam a ter uma abrangência global.

O poder político, legitimado pelo povo, encontra-se, atualmente, em um processo de transformação de seu âmbito, como também de sua própria noção originária, ao passo que o poder econômico assume as bases de controle das políticas e fluxos de capital, pessoas e bens, como percebe-se pela criação de organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, que, imbuídos em uma finalidade

34 NA: A democratização foi se consolidando a medida que a participação popular foi se tornando mais abrangente e eficaz, como, por exemplo, com a consagração do direito de sufrágio pleno nos séculos XIX e XX. Na França, apesar de seu reconhecimento constitucional em 1793, só teve solidez e fruição em 1848, quando a legislação consolidou o sufrágio universal; na Inglaterra verificou-se a amplitude do sufrágio em 1919 ao estender referido direito ao eleitorado feminino; já nos Estados Unidos a verificação dessa universalidade se deu com a 19ª Emenda, em 1920. (Id., p. 107).

35 Lima (2002, p. 203 et seq.) expõe as consequências negativas da globalização econômica e das práticas neoliberais no plano político-participativo.

formal de supervisão e auxílio dos países com perturbações econômicas, condicionam o implemento desta ajuda, restringindo, de alguma forma, a capacidade do Estado-nação no desenvolvimento de suas políticas domésticas.

Logo, a economia de mercado conduz a uma concepção dos cidadãos como meros consumidores, implicando uma visão egoística e indiferente frente ao debate político, relegando a segundo plano todas as conquistas e embates em torno dos direitos dos cidadãos, verificados nos séculos XVIII, XIX e XX, consubstanciados nas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Em decorrência dessa mudança de perspectiva, observa-se um quase retorno à prática de que apenas as pessoas detentoras de capital estariam aptas a influírem nas decisões do campo político, tendo em vista que a globalização e o poderio econômico são causas da exclusão social.

A legitimidade do poder estatal não está completamente configurada com o ato formal de exercício do direito de sufrágio, no qual este se configura como uma das manifestações da vontade popular. Para se deter uma legitimidade efetiva e real faz-se mister uma participação social³⁶ em meio ao pluralismo do debate político, seja pelos instrumentos políticos, normatizados na Lei Fundamental, como o referendo³⁷ e plebiscito, seja pela influência dos integrantes da comunidade nas escolhas de prioridades, legítima ação governamental, através da administração participativa³⁸.

Insera-se neste ponto a contribuição da aplicação do princípio da subsidiariedade a fim de possibilitar uma maior integração e unidade entre a sociedade e o Estado e como consequência desta uma democracia participativa mais consolidada e eficaz.

36 NA: Apesar das diferenciações entre participação comunitária, popular e social, principalmente no que concerne ao lapso temporal e fundamentos de cada figura na realidade socioeconômica brasileira, utiliza-se neste item uma similitude entre as denominações.

37 NA: O referendo pela despenalização do aborto foi ponto de destaque na organização da sociedade de movimentos diversificados (Movimento Cidadania e Responsabilidade pelo Sim / Movimento Diz que Não), manifestando o signficante poder de participação cívica nos destinos da Nação, revelando, assim, a democracia participativa como base para a difusão de ideias e geradora de um debate público consistente. Trazendo os dilemas dos integrantes desta caminhada cívica dos movimentos sociais, ver também Freire (2008).

38 Para uma visão evolutiva da participação popular, com ênfase na seara da administração da justiça, manifestando, assim, a tendência social na organização do poder político, ver estudo de Figueira (1984).

O princípio da subsidiariedade manifesta-se no plano geográfico europeu através das determinações e diretrizes do Tratado de Maastrich, o qual corrobora uma união comunitária de alguns países na denominada União Europeia. Logo, o desenvolvimento da concepção deste princípio perpassa por diversificadas problemáticas da era contemporânea, como a globalização e suas consequências em vários setores sociais, a democracia participativa, o pluralismo, a relação Estado-sociedade, entre outros.

A subsidiariedade tem uma plurissignificação, pois se encontra inserida em diversos temas da realidade social. O Direito Canônico, através de suas Encíclicas³⁹, trouxe à baila a subsidiariedade como diretriz para o bom relacionamento entre o Estado, as pessoas, as famílias e os corpos intermédios do tecido social. Já no campo jurídico, verifica-se uma correlação da concepção do princípio da subsidiariedade com as noções de complementariedade e supletividade, indicando o auxílio dos variados setores sociais e econômicos na busca e concretização de um bem comum, de um lado, e um elemento limitador da ingerência do Estado na sociedade, por outro, evidenciando-se, assim, a dupla dimensão, positiva e negativa, do princípio da subsidiariedade.

A verificação de um abrupto descontrole social, manifestado, de um lado, pelo desalinhamento das funções estatais, pela má gestão pública e burocracia exacerbada, advindos da centralização do poder estatal, e, por outro lado, pelo aumento progressivo e constante das reivindicações de necessidades por parte da sociedade, implica a (re)construção de uma 'nova' arquitetura organizatória do ente estatal e, também, a (re) organização da relação deste com os integrantes da comunidade política.

Uma das vertentes dessa reconstrução estatal apresenta-se com a diminuição das funções deste, ultrapassando a figura do Estado interventor para a elevação de um Estado fiscalizador, contudo, não confluindo com as bases do Estado mínimo do século XIX, ao passo que as transformações ocorridas no seio social não deixam espaços para a manutenção deste modelo sócio-político na Era Contemporânea. Deve o Estado reformular suas funções para fomentar o desenvolvimento das individualidades e atuar, conjuntamente, para a promoção do bem-estar.

A participação do terceiro setor, evidenciada por ações de base solidária dos segmentos informais da sociedade – “entreprajuda básica”⁴⁰

39 A doutrina aponta como primeira manifestação da subsidiariedade no Direito Canônico, a Encíclica Quadregésimo Anno, de 15 de maio de 1931 (BARACHO, 1996, p. 25).

40 Compartilhando um pensamento voltado para a elevação do papel da entreajuda básica para o desenvolvimento social local, ver estudo de Catarino (2010, p. 165-176).

(família, vizinhos, amigos, dentre outros), bem como por entidades organizadas a nível local, nacional ou internacional, é de expressiva importância na busca por justiça sob as diretrizes da sustentabilidade do sistema, indicando, assim, a nítida preocupação com a provisão do bem-estar na longa passagem do tempo⁴¹.

A descentralização⁴², forma de organização do ente estatal que propõe uma repartição das competências, também é uma perspectiva da redução burocrática do Estado, a qual é tida como uma das causas da crise estatal atual. Neste diapasão, as políticas públicas organizadas a nível local fornecem uma maior integração Estado-sociedade, tendo em vista o conhecimento mais aprofundado acerca das questões sociais preocupantes que assolam referida comunidade e uma participação popular mais efetiva, tanto no momento da criação e organização como na etapa de controle da medida adotada.⁴³

Alguns estudiosos⁴⁴ defendem o federalismo como uma forma de Estado ensejadora dos aspectos positivos da aplicação do princípio da subsidiariedade, como a descentralização garantidora de uma maior participação democrática, proteção mais eficaz das minorias, fomento da diversidade histórica e individual, dentre outras vantagens.

Intenta-se dizer que a aplicação do princípio da subsidiariedade implica uma repartição de competências entre o Estado e a sociedade, atribuindo a esta os afazeres que seja capaz de realizar, deixando o poder

41 A participação popular deve, assim, abraçar os anseios da geração atual, contudo, sem relegar os efeitos manifestos sob uma ética do futuro, em decorrência da vulnerabilidade das gerações vindouras, contrapondo-se à noção de uma 'desresponsabilização intergeracional' (manifestação de uma 'corrupção moral') (GARDINER, op. cit., p. 148-169).

42 NA: Esta inclusão de variados atores em auxílio ao Estado é uma das perspectivas fundamentais do presente estudo para evidenciar a (re) construção de um Estado Social no qual não haja a negação dos direitos sociais e sim o reconhecimento da importância de referidos direitos para a geração atual e para as futuras, isto é, a análise da jusfundamentalidade dos direitos sociais e de sua contribuição para a realidade da sociedade sob o paradigma da justiça intergeracional.

43 Fidélis e Pires (2008) revelam posicionamento favorável a uma atuação pública a nível local, tendo em vista a maior proximidade com a população-alvo das políticas públicas adotadas, bem como maior expressão na participação de segmentos não estatais, em decorrência dos valores emanados do novo sentido da governação. Contudo, demonstram, através de estatísticas, as dificuldades na implementação de tais políticas pelas autoridades locais, como a ausência de maior apoio do Governo central, de suporte técnico especializado e a carência de políticas nos ambientes econômico e social, ao passo que a predominância das questões ambientais diminui o alcance amplo do desenvolvimento sustentável perseguido.

44 BARACHO, op. cit., p. 43 et seq.

público atuar como agente auxiliar, através de uma função de ajuda, criando condições necessárias para uma atuação eficaz da sociedade e corpos intermediários, bem como uma função supletiva, quando incorrer uma atuação insuficiente daquela sociedade menor, possibilitando uma convivência pacífica da liberdade com a economia⁴⁵.

E, por outro lado, o princípio referido acima implica uma gestão das finanças públicas pelos entes federados, que detém um poder de decisão abaixo do Governo central, possuindo a vantagem de estarem mais próximos da população, alvo das questões sociais que assolam, negativamente, a vida de cada um, podendo criar e aplicar soluções mais eficazes no combate a tais problemas.

A fim de obter um suporte teórico e prático para a provisão de bem-estar, a melhor proposta seria a de confluência de algumas dimensões da Teoria do Federalismo Financeiro.

Tendo em vista que muitos problemas sociais, como a pobreza extrema, se verificam a partir de fatores locais através de uma visão micro acerca de determinada questão de ordem social (perspectiva baseada no próprio indivíduo e sua família), bem como de fatores supra locais, a partir de uma dimensão mais geral, como a situação econômico-social do país, infere-se a adoção de medidas a nível local, pautadas em uma das dimensões do federalismo – princípio da subsidiariedade – e sua característica inerente de descentralização, como também a formulação de ações e políticas sociais e econômicas a nível nacional, exigindo critérios mais precisos quanto à definição de atribuições e poderes de cada ente a fim de evitar efeitos negativos deste tipo de ‘parceria’, como a duplicação de custos e redundância de ações em determinado espaço geográfico.

A proposta trilhada dá azo à aplicação do conceito de Desenvolvimento Social, o qual direciona a atuação pública a partir de uma tríplice dimensional: visão integrada das políticas sociais, maior participação popular e territorialização das intervenções⁴⁶, sendo o suporte basilar deste tópico do trabalho.

45 Afirma Baracho (1996, p. 63): “Dentre os diversos problemas, de difícil transposição, para uma sociedade justa, pressupõe-se que a realização das liberdades recusa a intervenção estatal, enquanto a efetivação de certa igualdade implica intervenção estatal. A ideia de subsidiariedade seria a recusa radical das duas teorias opostas, com a aceitação de formas dotadas de solidariedade, sendo que a ideia de subsidiariedade seria o eixo central, que permitiria ultrapassar a dicotomia e efetuar a passagem para nova forma de existência política, social, econômica e jurídica.”

46 Diretrizes enunciadas por Cabral (2010, p. 151-164) com foco na questão social da pobreza.

3 JUSTIÇA INTERGERACIONAL COMO FATOR JUSTIFICANTE DE MEDIDAS RACIONAIS NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO

Na seara pública, a justiça intergeracional implica a observância de medidas racionais que sejam aptas a fornecer um ambiente econômico-financeiro equilibrado e um desenvolvimento social com índices qualitativos ascendentes.

Estas variantes encontram-se, atualmente, em um paradigma instável, em decorrência da crise europeia, geradora do atual contexto de escassez⁴⁷. Esta contextualização econômico-social enseja a iminente preocupação com as finanças públicas da Nação, a racionalidade do sistema fiscal e a gestão de políticas públicas eficientes com o intuito de manutenção dos índices sociais.

Em tempos de crise, uma transmutação de políticas governamentais afigura-se como medida essencial, apertando o laço da Economia⁴⁸ e instituindo trajetórias de sustentabilidade para que não ocorra um déficit extremo na qualidade de vida dos cidadãos e a oneração excessiva das futuras gerações, finalidades estas perseguidas nos dias de hoje, primordialmente, através do sistema tributário e políticas tributárias instituídas e desenvolvidas pelo Estado, concedendo o suporte necessário para a Economia, a partir do equilíbrio entre produção, consumo, investimento, poupança e pleno emprego⁴⁹.

47 O termo escassez, neste ponto, refere-se à carência de recursos financeiros disponíveis. Contudo, uma visão maximalista enxerga a crise europeia como fato gerador de variadas tipologias de 'escassez', como a "sustentabilidade vital", exposta por Ferreira (2013, p. 587-607), que seria a falta de indivíduos portugueses ocasionada pela queda exorbitante da natalidade, ocasionando a inversão da pirâmide demográfica.

48 Salienta-se que a adoção de medidas com critérios e elementos econômicos não têm o condão de reduzir o Direito à Economia, e sim possibilitar a confluência das duas ciências a fim de obter um maior conhecimento acerca do fenômeno jurídico-social e possibilitar maior concretização dos direitos previstos no seio do texto constitucional. Para uma visão favorável à referida junção, ver estudo de Marcílio (2009).

49 NA: Variantes estas que concedem o critério da racionalidade às políticas tributárias desenvolvidas pelo Governo central. Logo, visam o desenvolvimento econômico, e não o simples crescimento econômico, ao passo que aquele abarca a ideia de harmonização entre modernização, crescimento, inovação tecnológica, de um lado, e a proteção do ambiente e uma melhoria qualitativa nas estruturas sociais, por outro lado, coadunando, assim, com a visão de justiça social ensinada por Amartya Sen (RIBEIRO, 2013).

Logo, intenta-se com estas atitudes o equilíbrio das finanças públicas⁵⁰, ou seja, uma readequação dos índices de despesas e receitas. Aduz Ferreira (2013)⁵¹ que a despesa pública ampara-se em três pilares: obras públicas, auxílio à indústria financeira e a proteção social.

Neste diapasão, sustenta que, para alcançar o principal objetivo governamental em tempos de escassez, que é a atenuação desta despesa, é mister a diminuição do montante despendido para as obras públicas, excetuando-se as de caráter essencial e urgente; a regulação e controle mais efetivo no que concerne ao gasto com a indústria financeira e a redução dos níveis de proteção, sem onerar excessivamente os cidadãos atuais.

Em relação à receita, temos que o meio preponderante de arrecadação é através dos impostos, o que implica a afirmação de que a maioria dos países do globo terrestre constituem estados fiscais, ou seja, o financiamento dos Estados advém, primordialmente, de tributos unilaterais, e não da arrecadação de taxas – não configurando um Estado taxador (*Gebührenstaat*)⁵² – ou de outras espécies tributárias.

O surgimento do Estado fiscal, em contraposição ao Estado patrimonialista da Idade Média, este com financiamento através das receitas obtidas dos rendimentos da Coroa, e ao Estado empresarial verificado, principalmente, nos Estados socialistas do século XX, os quais produziam e distribuíam bens e serviços, atrelou-se a ideia de que os contribuintes aceitavam, tacitamente, um contrato com o Estado, sendo este o responsável pelo recebimento, gestão e aplicação do montante dos tributos despendidos pela comunidade, através do princípio da capacidade contributiva, a fim de que haja um emprego racional e equilibrado destas finanças em prol da sociedade civil organizada.⁵³

50 NA: A eficiente gestão das finanças públicas implica a observância, além das regras jurídicas sobre tal fato, de sua caracterização triangular: atuação vinculada – competências heteronomamente determinadas e vinculadas à Constituição e à legislação infraconstitucional, trazendo à baila o princípio da segregação funcional; realista – verificação de necessidade e fundamentalidade das previsões de receitas/despesas, a fim de evitar “derrapagens orçamentais” e “orçamentos rectificativos”; e, por fim, uma atuação responsabilizante – controle que possa inferir acerca da satisfação dos resultados da gestão financeira, através da análise entre *Inputs* e *Outputs* e, caso necessário, a aplicação de sanções para os agentes responsáveis (ROCHA, op. cit., p. 633-638).

51 FERREIRA, op. cit., p. 601-602.

52 Acerca da dissipação da ideia de um Estado taxador para determinados segmentos, como a questão ecológica ou mesmo para financiar o Estado em geral, Nabais (2011, p. 14-16; 43) mostra-se um pouco reticente nesta matéria, trazendo os motivos de tal reflexão.

53 Para uma explicação bastante didática acerca da evolução do sistema fiscal no contexto português, ver estudo de Nabais (2010, p. 65-69).

Neste sentido, a pessoa-cidadão, qualificada como contribuinte e integrante da sociedade politicamente organizada, concede legitimidade para o Estado estatuir contributos fiscais de ordem pecuniária visando à realização de necessidades sociais no âmbito coletivo – caráter de socialidade - e, conseqüentemente, atingindo o cidadão individualmente considerado, que possui, em decorrência desta relação jurídica, o dever de contribuir.

Logo, a constituição fiscal arquiteta juridicamente meios e instrumentos de controle para que haja uma verdadeira efetividade nos destinos desse financiamento, como a observância do princípio da legalidade fiscal e a aprovação anual do orçamento pelo poder competente.⁵⁴

A evolução do sistema fiscal, perpassando pelos estados liberal e social, remete a visões díspares de adequação do binômio despesa-receita, tendo em vista que o liberalismo remete à ideia de um Estado enxuto, enquanto as ações despendidas para a manifestação do estado social elevaram, significativamente, o índice de despesas públicas relacionadas às prestações sociais, ocasionando, ao longo dos anos, uma tempestade econômico-financeira, que alcançou o ápice com a declaração de crise em Agosto de 2007.

Logo, o tempo de progresso do estado social estagnou⁵⁵ e, com isto, manifestaram-se as conseqüências negativas deste tipo de Estado, como o *apartheid* fiscal⁵⁶, ocasionado pela globalização econômica e gerador de elevadas cargas tributárias, principalmente para os contribuintes de menor rendimento, bem como o aumento significativo das despesas

54 Para uma visão acerca das debilidades sofridas pela Constituição originadas no atual contexto de crise financeira e econômica e, conseqüentemente, pelos princípios fundadores desta ordem jurídica, como o princípio da legalidade, da segurança jurídica, dentre outros, bem como a manifestação de insuficiência dos controles da atividade administrativa, relevando a importância do papel do Tribunal de Contas e a necessidade de seu “upgrade” (artigo 214 da Constituição portuguesa), ver estudo de Machado e Costa (2012, p. 149-163).

55 NA: O desequilíbrio, no continente europeu, das variadas dimensões do Estado pode ser percebido, estatisticamente, através de dados expostos pelo Gabinete de Estatísticas da União Europeia – EUROSTAT, bem como forças mobilizadoras no sentido de um desenvolvimento sustentável. UNIÃO EUROPEIA. *European Statistical System*. Disponível em: <<http://goo.gl/sl6b31>>. Acesso em: 16 set. 2014

56 NABAIS, 2013, p. 19-62.

públicas, considerando-se, neste ponto, as despesas fiscais⁵⁷⁻⁵⁸ relativas às deduções e isenções da carga tributária de agentes econômicos e sociais, fatos geradores do fenômeno de déficit orçamental e, conseqüentemente, o expressivo aumento do endividamento público⁵⁹.

Este quadro atual de desordem nas mais diferentes dimensões do Estado conduz à preocupação iminente de sua sustentabilidade, sendo esta uma das vertentes do panorama da justiça intergeracional, ansiosos por soluções nos mais variados campos, como medidas econômico-financeiras, político-jurídicas, sociais e ambientais, revelando, assim, a substancialidade e atualidade da presente pesquisa.

Nabais (2013)⁶⁰ sustenta como medidas tendentes a um equilíbrio econômico-financeiro uma diminuição da máquina político-administrativa a partir da diminuição do elemento humano no governo e, conseqüentemente, a retirada do montante do orçamento despendido para o seu financiamento salarial; alterações no texto constitucional, propugnando uma atenuação da carga tributária ao fixar limites à tributação; no plano político, eleição de políticos e partidos dispostos a lidar, diferentemente, com a crise, consubstanciados a partir de planos de governos cujas medidas seriam no sentido de uma redução da carga fiscal, bem como a aplicação de uma nova gestão pública pautada, primordialmente, pela eficiência⁶¹ dos serviços públicos.

57 NA: Insta salientar que nem todos os benefícios fiscais compreendem-se na realidade como despesas fiscais, apesar de assim os qualificarem à primeira vista, como expressa a noção de benefícios fiscais dinâmicos, os quais através de auxílios às determinadas atividades objetivam efeitos positivos para a economia nacional, não caracterizando-se, efetivamente, como aumento das despesas públicas, e sim elevação das receitas através da melhoria daquelas negociações.

58 Não encontra acolhida positiva a figura dos benefícios fiscais *stricto sensu* (benefícios fiscais estáticos) nas lições de Silva (2013), reconhecendo os efeitos negativos advindos deste instrumento, amparado pelo direito de investimento estrangeiro, como sua inefetividade e a possibilidade de conseqüências econômicas desastrosas nas hipóteses de revogação de tais atos, seja por motivações políticas e jurídicas internas ou motivações de ordem externa decorrente da economia mundial.

59 Para uma análise crítica e esclarecedora acerca do exponencial aumento da dívida pública alemã, combatendo os possíveis argumentos para referido fato, principalmente, através de um estudo pautado nas conseqüências de perda do poder político, sugerindo, assim, uma visão de estratégias políticas para esta significativa elevação da despesa pública, o que poderia ser freado ou, pelo menos, desacelerado com alterações a nível constitucional impositivas de limitações orçamentárias e reforma do sistema eleitoral, bem como, o controle do orçamento total delegado a uma entidade imparcial, ver estudo de Süssmuth e Weizsäcker (2006, p. 170-184).

60 NABAI, op.cit., p. 49-52.

61 NA: No espaço geográfico brasileiro o princípio da eficiência alcançou nível constitucional

Relativamente à sustentabilidade social, aduz o referido autor que os custos da tempestade econômico-financeira devem ser suportados pelas gerações passadas, presentes e futuras, consubstanciando uma “solidariedade intergeracional”, evitando, assim, a sobrecarga e consequências nefastas para uma geração apenas.

Este tripé multidimensional - racionalidade, eficiência e sustentabilidade - expande seus tentáculos pelos mais variados campos e, devido à globalização, nos mais distantes espaços territoriais, não encontrando barreiras temporais, pois buscam a estabilidade da situação atual para que a busca pelo desenvolvimento sustentável seja novamente a atração principal no palco da justiça intergeracional.

Logo, nas linhas subsequentes procura-se analisar as implicações destas diretrizes sob a perspectiva de uma racionalidade do sistema fiscal, trazendo à baila medidas econômicas e financeiras que têm o intento de prossecução do estado de normalidade; a eficiência na gestão das políticas públicas como manifestação da *good governance*, bem como o papel da ciência jurídica direcionado para uma ética do futuro.

3.1 AS POLÍTICAS ANTICRISE SOB AS VESTES DA SUSTENTABILIDADE DOS ESTADOS

A inquietação quanto ao desequilíbrio das contas públicas, manifestado pelo desenfreado gasto da riqueza nacional e aumento exponencial do endividamento público, de um lado, e a expressiva carga tributária, por outro, configuram-se como fatores justificadores da insatisfação dos contribuintes⁶² frente ao atual contexto de crise, por enveredarem negativamente também nas searas econômica e social.

Com efeito, não é por acaso que a mudança de paradigma se faz necessária para (re)encontrar os trilhos corretos no sentido de uma normalidade e estabilidade econômico-financeira.

A obesidade do Estado descortinou os efeitos danosos ocasionados por esta sobrecarga e implantou na consciência global as pautas do dia,

com a Emenda 19 nos idos de 1998, sustentando no plano político-normativo uma nova visão da Administração Pública relacionada às atuações transparentes, imparciais e eficazes, objetivando uma melhoria na qualidade de vida da população.

62 NA: A sustentabilidade financeira do Estado pode ser vista a partir de sua dimensão subjetiva, ou seja, a maneira como os encargos tributários são distribuídos pelos contribuintes, sendo a suportabilidade a designação mais adequada nesse caso. Para desenvolvimentos desta dimensão ver também Nabais (2011, p. 36 et seq.).

quais sejam: a diminuição de atividades produtivas e serviços advindos diretamente do ente estatal, admitindo, assim, uma nova arquitetura deste, elevando a noção de um Estado Regulador e de Garantia, o qual modelará suas funções, bem como as dos demais atores sociais, a partir do desenvolvimento de conceitos como racionalidade e sustentabilidade econômico-financeira, erigindo a necessidade de um controle mais efetivo quanto ao binômio receita-despesa para alcançar os resultados positivos dos interesses públicos⁶³.

3.1.1 A SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA NO CONTEXTO PORTUGUÊS

O panorama de escassez, pelo qual o continente europeu ultrapassa, como dito reiteradamente neste estudo, conduz à adoção de medidas difusas em variados segmentos a fim de que se (re)estabeleça o equilíbrio econômico-financeiro e, com isso, o desenvolvimento sustentável se veja (re)afiorado.

Na seara econômica, Portugal adotou medidas semelhantes às verificadas no continente europeu, tendo em vista a centralização da política monetária, em decorrência da Zona Euro, sendo tais fundamentações refletidas no contexto brasileiro, como poderá ser percebido por ocasião da exposição dos efeitos e soluções para a crise mundial verificadas neste espaço geográfico.

Logo, objetivando estancar o aumento exponencial do desemprego, como também alavancar os níveis expressivos do setor produtivo e o consumo, as medidas no campo fiscal⁶⁴⁻⁶⁵ colocaram-se como pontos de destaque, operando através de incentivos e benefícios às pequenas e médias empresas e alguns setores específicos da economia, como o automobilístico, reduzindo a carga tributária e ofertando meios especiais e

63 Para maiores desenvolvimentos quanto as tipologias de controle fiscal, levantando uma 'legalidade substancial' decorrente da confluência dos princípios da legalidade tributária e eficiência fiscal, ver estudo de Santos (2011, p. 205-250).

64 NA: A diversidade e complexidade de tais medidas podem ser percebidas pela leitura da Lei nº 64/2008, de 5 de Dezembro do ano referido; da Lei nº 64-A/2008 (Lei do Orçamento do Estado para 2009) e da Proposta de Lei do Programa Orçamental Iniciativa para o Investimento e o Emprego, de 16 de Janeiro de 2009, que altera a Lei do Orçamento 2009.

65 Para uma exposição detalhada das primeiras soluções adotadas para o equilíbrio do sistema financeiro, especificamente através da concessão de garantias pessoais pelo Estado e de medidas para reforço da solidez financeira das instituições de crédito, ver estudo de Santos (2009).

facilitados de pagamento de débitos⁶⁶.

No campo da segurança social, uma das atitudes verificadas no cenário português foi a instituição de uma Contribuição Extraordinária de Solidariedade⁶⁷ (CES) a partir da Lei de Orçamento do Estado do ano 2011, encontrando suporte no princípio da justiça intergeracional.

Tal tributo configurava-se como uma contribuição obtida através das reformas, pensões, subvenções e outras prestações pecuniárias de idêntica natureza, correspondendo a uma taxa de 10% sobre o montante excedente de determinado valor (superior a 5.000 euros).

O tributo manteve-se na Lei do Orçamento do Estado para o ano seguinte (LOE/2012), entretanto, verificou-se uma separação dicotômica desta taxa de acordo com o valor percebido, bem como sua elevação (taxa de 25% sobre o montante que excedesse 5.030,64 euros e 50% sobre o valor que superasse os 7.454,96 euros).

No ano posterior (LOE/2013), esta espécie tributária viu-se novamente readequada de acordo com seus fins, expandindo a base contributiva através da inclusão de regimes complementares de iniciativa coletiva privada, como também a disposição de taxas⁶⁸ diferenciadas e progressivas de acordo com o montante recebido pelos contribuintes.

66 Lopes (2009) expõe uma visão crítica da política orçamental adotada em Portugal, enunciando as diretrizes seguidas, seus principais pontos negativos e, ao final, sustentando métodos de avaliação mais acurados de referidas medidas, como a instituição de órgãos de caráter fiscalizatório e consultivo.

67 Silva (2013) reflete acerca da natureza jurídica deste tributo parafiscal inserido na espécie das contribuições, tendo em vista que o Tribunal Constitucional inseriu-a na espécie tributária das contribuições financeiras a favor das entidades públicas, em decorrência da omissão legislativa quanto à disciplina desta terceira categoria tributária, sendo necessário inserir neste círculo os novos tributos surgidos em leis especiais, sejam eles contribuições em sentido estrito; tributos especiais ou, ainda, tributos independentes (figura extraída das orientações germânicas e na qual incluem-se as contribuições para segurança social – qualificação jurídica da CES defendida pela professora da Universidade de Coimbra.

68 Instituídas da seguinte forma no artigo 78 da Lei 66-B/2012 (LOE/2013) : 1 - As pensões pagas a um único titular são sujeitas a uma contribuição extraordinária de solidariedade (CES), nos seguintes termos: a) 3,5 % sobre a totalidade das pensões de valor mensal entre (euro) 1350 e (euro) 1800; b) 3,5 % sobre o valor de (euro) 1800 e 16 % sobre o remanescente das pensões de valor mensal entre (euro) 1800,01 e (euro) 3750, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5 % e 10 %; c) 10 % sobre a totalidade das pensões de valor mensal superior a (euro) 3750. 2 - Quando as pensões tiverem valor superior a (euro) 3750 são aplicadas, em acumulação com a referida na alínea c) do número anterior, as seguintes percentagens: a) 15 % sobre o montante que exceda 12 vezes o valor do IAS mas que não ultrapasse 18 vezes aquele valor; b) 40 % sobre o montante que ultrapasse 18 vezes o valor do IAS.

O atual Governo pretendeu alterar, novamente, este paradigma tributário, instituindo, em caráter duradouro, a Contribuição de Sustentabilidade, com vigência a partir do ano de 2015, com novas bases de cálculos atuariais e patamar mínimo de pensão no valor de 1000 euros, em substituição à Contribuição Extraordinária de Solidariedade. Contudo, o Tribunal Constitucional português, no Acórdão 575/2014⁶⁹, manifestou-se pela inconstitucionalidade dos artigos 2º e 4º, relacionados ao âmbito de aplicação da referida medida e sua base de cálculo, por violação do princípio da proteção da confiança.

As medidas referidas neste subtópico confluem com as diversas vertentes da sustentabilidade em sentido amplo – econômica, financeira e social – conduzindo as ações públicas para o espaço circular no qual tais dimensões estão inseridas, que é o caminho da justiça intergeracional, tendo em vista que este princípio manifesta uma preocupação com os efeitos gravosos de tais perspectivas para as gerações vindouras. Por conseguinte, ao se (re)estabelecer o equilíbrio financeiro, refletindo implicações positivas no segmento econômico e social, há o retorno de provisões de bem-estar para a geração atual e também para as futuras.

3.1.2 A INFLUÊNCIA DA TEMPESTADE ECONÔMICO-FINANCEIRA NO ESPAÇO BRASILEIRO

Em meio à crise internacional, os países em desenvolvimento, como o Brasil, a fim de evitarem a percepção das consequências nefastas daquela no seio da economia nacional, adotaram algumas medidas para alavancar sua política industrial, objetivando, assim, um desenvolvimento sustentável⁷⁰ atrelado à uma competitividade em contexto global, coadunando com os objetivos constitucionais estabelecidos no artigo 3º da Carta Política brasileira.

Uma destas atitudes pôde ser percebida através da instituição do Plano Brasil Maior⁷¹, pelo qual o Governo Federal busca a adoção de

69 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 575/2014. Plenário, Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha (Conselheira Maria Lúcia Amaral). Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140575.html>>. Acesso em: 16 set. 2014.

70 NA: A noção de desenvolvimento sustentável insere uma visão socioambiental nas variadas políticas governamentais, denotando, assim, uma evolução na ideia originária de crescimento econômico, de caráter demasiado restrito, bem como, na posterior visão de desenvolvimento econômico, havendo nesta, ainda, a insignificante preocupação com as questões sociais e ambientais, segmentos de valor substancial perseguidos pela sociedade atual.

71 GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Crise do estado fiscal, competitividade e bem-estar social. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Trajectórias de*

diretrizes para revestir o parque industrial nacional de condições para rivalizar com os demais comércios do cenário internacional.

A Administração apontou sua política industrial no sentido da inovação tecnológica, da ampliação das exportações, de um suporte mais acurado para as pequenas e micro empresas, entre outras ações que viabilizassem uma maior segurança no quadro da economia nacional frente às intempéries percebidas a nível global, principalmente no continente europeu.

Estas orientações dirigidas ao fortalecimento da indústria nacional persegue uma sustentabilidade do quadro social, bem como a preservação do meio ambiente, ou seja, as medidas adotadas pretendem a inserção da economia nacional no círculo das potências mundiais, abraçando as atuais e imprescindíveis causas das sustentabilidades social e ambiental.

Outro instrumento utilizado pelo Governo central para o enfrentamento da crise econômica foi o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), instituído antes mesmo da insurgência do caos verificado no panorama internacional.

Este programa governamental conduzia a política econômica nacional através da redução transitória das alíquotas de alguns impostos para determinados segmentos da economia, como o automobilístico, financeiro, construção civil, dentre outros, e seguia com políticas econômicas do governo anterior, como o câmbio flutuante e o respeito pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), atuando este documento jurídico como o principal viabilizador de uma nova forma de gestão do patrimônio público, tendo em vista que estabelece limites orçamentários na atuação dos gestores estatais⁷².

Tais medidas têm o poder de perquirir, nos mais reticentes leitores, dúvidas quanto à verificação dos efeitos daquelas, tendo em vista que as diretrizes implicam a consequente redução da arrecadação de receita pública. Por outro lado, o caráter transitório da maioria destas ações indica a finalidade emergencial de enfrentamento da crise de dimensão global sem que se denote, com mais afinco, os efeitos funestos na economia nacional.

sustentabilidade: tributação e investimento. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 101-114. Para uma análise do corpo textual do Plano, ver também site do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

72 Expondo uma visão positiva da referida lei, ver também Ribas e Silva (2013, p. 387-405).

Contudo, mister salientar que o Governo Federal deve harmonizar sua política macroeconômica com as diretrizes apontadas anteriormente para que haja o equilíbrio econômico e social pretendido, pois medidas isoladas não surtirão efeitos proveitosos caso existam obstáculos paralisantes, como o aumento significativo dos juros e a elevada carga tributária.

Apesar de segmentos privados possuem uma certa desconfiança quanto aos efeitos desta política governamental por alegarem serem tais medidas insuficientes para o objetivo pretendido, deve-se reconhecer o esforço do poder público para que a indústria brasileira obtenha posição de destaque no quadro econômico externo, bem como ter em consideração que a maioria das atitudes políticas exigem um lapso temporal para que seus efeitos positivos sejam percebidos.

3.2 A NOVA GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: EFICIÊNCIA E RACIONALIDADE

As políticas públicas, ações governamentais responsáveis, primordialmente, pela promoção dos direitos fundamentais, são esculpidas a partir de um fundamento filosófico, que é a centralidade do homem e sua dignidade, como também em um firmamento jurídico, que é a organização do sistema de normas⁷³, a partir da funcionalidade dos direitos fundamentais, ensejando, assim, a legitimidade do Governo e do Direito na consecução da justiça social.

A proposição que justifica a unicidade perseguida por esse estudo é que o exercício das liberdades clássicas aliada a uma concretização real dos direitos prestacionais possui a capacidade de gerar um bem-estar básico para os indivíduos desta geração, como também possibilita um movimento ascendente para uma vida melhor ao longo dos anos e o aperfeiçoamento cada vez maior da justiça.

Logo, busca-se, ao mesmo tempo, o desenvolvimento e conforto para a geração corrente e uma abertura de oportunidades para a vindoura, atentando para a extensão dos impactos das políticas públicas atuais no tempo que está por vir, ou seja, este raciocínio busca evitar uma ruptura entre as gerações a partir de um conjunto de ações que tenham consequências positivas tanto para os seres humanos no presente momento como para a posteridade.

73 NA: Vale lembrar a classificação teórica destas em regras e princípios, contudo este não constitui momento oportuno para dita análise.

É mister relatar que os direitos não são e não devem ser estagnados no tempo, nem muito menos os indivíduos, ou seja, o princípio que é analisado neste estudo encontra implicações em variados direitos e o que se busca neste projeto é a unidade da justiça intergeracional com os direitos positivos e a evolução humana.

A efetivação deste princípio, portanto, está intimamente ligada à economia⁷⁴ da nação, de um lado, possuindo implicações na racionalização das políticas públicas⁷⁵, como também ao psicológico dos indivíduos, como os comportamentos humanos que intentam a preservação e a perpetuação desta espécie na Terra, arraigados a estes o comprometimento social e a solidariedade, como refletido outrora.

Inserindo, neste contexto, as ações governamentais destinadas à estabilidade econômico-financeira, através de políticas fiscais e extrafiscais, propala-se, também, a inquietação quanto aos efeitos destas medidas no quadro social da comunidade política. Em outras palavras, outro ponto de apreensão do poder público relaciona-se à questão do retorno da tributação para esta sociedade, através de políticas públicas racionais e eficazes, principalmente no campo da concretização dos direitos sociais⁷⁶, viabilizando melhorias nos indicadores sociais.

Logo, a partir da análise do quadro geral do Estado percebe-se as implicações de determinado segmento nos demais, como, por exemplo, da atividade econômica e dos instrumentos fiscais nas medidas e políticas sociais, o que exige, sobremaneira, a unicidade de pensamento quanto à boa gestão pública, devendo levar em consideração a estrutura nacional e a ordem internacional, já que a globalização, fragmentação das fronteiras

74 O economista Galbraith (1996) trata da relação entre uma economia estabilizada e melhores decisões no campo social para a prossecução de uma sociedade justa, evitando que os menos afortunados caem no estigma violência – crime – drogas.

75 Sen (2000, p. 106) chama atenção para as variadas maneiras de se avaliar a real relação de uma determinada política pública e a prossecução da justiça, denotando o elo existente entre justiça social e os direitos positivos.

76 NA: As políticas públicas destinadas ao fomento do bem-estar da sociedade a partir da concretização dos direitos sociais insere-se na espécie políticas sociais, enraizando-se em variadas vertentes, como a redistribuição de recursos (seja através da criação e gestão de serviços públicos pela Administração para os menos afortunados ou através da progressividade fiscal – ‘redistribuição vertical’ dos recursos); políticas sociais de inclusão social, a exemplo das cotas para ingresso em instituição de ensino superior e em concursos públicos por determinados segmentos da sociedade, ou, ainda, políticas sociais que tenham por finalidade conceder suporte para os indivíduos afetados por riscos inerentes à estrutura social contemporânea, como o desemprego, velhice, doença, através do sistema de segurança social.

e atuação dos organismos transnacionais conduzem a uma nova forma de governança.

O administrador público, portanto, possui o relevante papel de implantar na realidade da comunidade política os preceitos consagrados em textos jurídicos ou não⁷⁷, os quais idealizam uma estrutura social capaz de atender às necessidades dos indivíduos, seja de forma coletiva e/ou individual, bem como viabilizar o desenvolvimento de sua personalidade. Contudo, com a agitação quanto à ineficácia do Estado paternal, este panorama sentiu diversas modificações no seu quadro organizativo, com a inclusão de novos atores sociais, como a sociedade civil, a participação de entidades não governamentais e, até mesmo, organismos internacionais.

Por conseguinte, a atuação de agentes legitimados e competentes para tal fim, através da criação, implantação, desenvolvimento e gestão de políticas públicas⁷⁸, exige um tratamento mais acurado, sob as vestes da sustentabilidade e da racionalidade das finanças públicas, devendo verificar os limites estabelecidos pelas regulações no campo do direito, bem como demais conceitos ligados à *'good governance'*.

Esta perspectiva de significativa importância e íntima ligação com as políticas de tributação na seara das políticas públicas (sociais) se perfaz no campo de sua gestão financeira, ou seja, obtenção de receitas através do Estado fiscal, como já delineado anteriormente, e a racionalidade quanto ao destino destas⁷⁹. Esta assertiva responde a indagação feita acerca de quem paga a conta do Estado, ou seja, de onde o Poder Público retira os recursos financeiros necessários para atender às necessidades humanas e realizar suas finalidades.

77 NA: Alertando para o fato de que as políticas públicas são objeto de estudo mais específico de outras áreas, além da jurídica, como a sociologia, economia política, ciência política, dentre outras, motivo pelo qual o presente estudo não possui a pretensão de aprofundar determinada matéria.

78 Os desafios enfrentados no contexto das políticas públicas são de caráter bastante difuso, como a ausência de uma cultura cívica de participação na direção política, bem como a indeterminação, muitas vezes, do instrumento normativo disciplinador de determinada política estatal, dentre outros. Acerca deste tema, ver também Boggi (2013, p. 407-437).

79 Nesta dupla perspectiva impera a aplicação do fator eficiência no sentido da *'boa administração'*, ideia esta inculcada em vários documentos internacionais, como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, encontrando desenvolvimentos na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. As palavras de Ives Martins salientam a importância de uma eficiência fiscal para um desenvolvimento no aspecto econômico-social: "[...] o que distingue, pelo prisma da eficiência, uma política de arrecadação de uma política tributária é que, a primeira, gera pouco desenvolvimento econômico e social, além de injustiça tributária, e a segunda propicia o crescimento econômico e social e a justiça fiscal." (MARTINS apud SANTOS, 2011, p. 217).

Insta salientar que esta racionalidade perseguida na formulação das políticas públicas implica a escolha de opções – decisões alocativas de recursos escassos⁸⁰ - pelos representantes eleitos democraticamente pela sociedade – *tragic choices* – conduzindo a negação de outros direitos, sendo necessário um planejamento fundamentado e sério das intervenções estatais selecionadas e um debate entre profissionais de diversas áreas, como juristas, economistas, gestores e população, a fim de avaliar o custo-benefício de tais medidas governamentais, denotando, assim, a insuficiência da análise na seara da micro justiça (realizada no âmbito do Poder Judiciário).

Dita análise encara, de forma bastante contundente, a questão do princípio da eficiência na atuação estatal, em decorrência de uma relação jurídica administrativa que embasa a ideia de um retorno qualitativo positivo para a sociedade, tendo em vista que esta integra o elemento humano - contribuintes, mantenedores da figura do Estado. Revela-se, assim, a interdisciplinaridade entre a ordem jurídica, econômica e social para a manutenção dos valores máximos da sociedade, como a persecução da justiça social e a dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, a ideia geral de eficiência alia a verificação de resultados satisfatórios com a escolha racional dos recursos e meios utilizados para a satisfação das necessidades humanas, trazendo elementos da ciência econômica e, conseqüentemente, critérios utilizados para o melhor funcionamento do mercado para o âmbito da Administração Pública.

O princípio da eficiência está estampado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 37 da Carta Magna⁸¹. Com isso, o legislador busca traduzir em normas claras e objetivas a inquietação de toda a sociedade com as conseqüências desastrosas que uma má, ineficiente e corrupta gestão pública pode implicar ao se vir diante de desequilíbrios econômico-financeiros, afetando não apenas os integrantes atuais da estrutura social, como também a geração vindoura.

80 Acerca do tema, ver também Amaral (2001). Referido autor salienta a natureza essencialmente política das decisões alocativas, sendo, assim, próprias daqueles que estão na função executiva e legislativa, inclinando tais escolhas em duas ordens ou perspectivas: quanto gastar e onde gastar. Busca, portanto, limitar a atuação do Judiciário no seio das prestações positivas, concedendo-lhe um suporte de elementos para a função hermenêutica, realizando um controle de forma e de eventuais abusos, contudo, não controle de conteúdo.

81 Sobre esta temática no contexto brasileiro, ver estudo de Muniz (2007, p. 85-100).

A doutrina portuguesa, amparada pelo uso recorrente do princípio e critério da eficiência no seio da Administração Pública⁸², justifica sua utilização através de diversas abordagens, como no esteio da dogmática alemã tratando de uma aplicação do direito constitucional não escrito; para outros, a dinâmica do Estado Social por si só levanta a necessidade de tal prática e sugerem alguns ainda que o princípio da eficiência decorre das orientações da ordem constitucional lusitana⁸³.

A jurista Suzana Tavares⁸⁴ expõe a limitação constitucional em relação a referido princípio (art.81, “c” e “d” da Constituição da República Portuguesa) como parâmetro de organização do setor público e critério de funcionamento do mercado, respectivamente. Contudo, manifesta sua relevância e premência nos contextos da organização administrativa, da gestão financeira equilibrada e racional e dos procedimentos administrativos, sendo a verificação do critério da eficiência nestes setores propulsionada pelo ‘transconstitucionalismo’ e diluição em outros princípios e valores constitucionais.

A observância do princípio da eficiência conduz, assim, a, pelo menos, uma dupla perspectiva: função obtida a partir de uma visão administrativa do princípio e a função retirada da dimensão de controle.

A primeira perspectiva relaciona-se às escolhas advindas das decisões alocativas das funções executiva e legislativa, as quais devem possuir como sustentáculo as bases da informação, acompanhamento técnico especializado, debate público acerca das necessidades humanas e alocação racional dos recursos, elementos enaltecidos a partir da política britânica do *new public management*. Nesse sentido, a proposta de alteração do agir administrativo para ações e medidas mais consistentes e eficazes, levando a sério as novas bases da boa administração, revela-se premente,

82 O programa XVIII Governo Constitucional (2009-2013) enuncia a eficiência como uma das diretrizes para a sustentabilidade financeira do Estado, ao lado da modernização da gestão dos recursos públicos e do reforço da *Governance* e transparência (“sinceridade financeira”) dos processos de gestão dos recursos públicos. PORTUGAL. Assembleia da República. **Programa do XVIII Governo Constitucional 2009-2013**. Disponível em: <<http://goo.gl/4Ua3g7>> Acesso em: 16 set. 2014.

83 SANTOS, op. cit., p. 215-216.

84 SILVA, Suzana Tavares da. O princípio (fundamental) da eficiência. In: ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO, 3., 2009, Porto. **Anais...** Porto (POR): Universidade de Porto, 2009. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/12441/1/O%20princ%C3%ADpio%20da%20efici%C3%AAncia.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2014.

em decorrência da mudança do próprio tecido social⁸⁵, bem como o contexto de (in)sustentabilidade global.

O segundo momento de aplicação do princípio da eficiência realiza-se no âmbito de controle judicial⁸⁶ da primeira função, salientando que o poder julgador não possui legitimidade e critérios justificantes para uma análise acerca da política em si, devendo recair a avaliação jurisdicional sobre a implementação destas políticas, ou seja, os meios escolhidos pela atividade administrativa, possuindo como elementos fundamentadores para tomada de decisão os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé e, de modo subentendido, o princípio da eficiência, ampliando o campo hermenêutico para além da verificação da legalidade.

Portanto, objetivando-se a frenagem dos efeitos negativos da ineficácia de uma boa gestão financeira outrora delineados, bem como índices mais expressivos da participação da sociedade em geral na gestão de políticas públicas, torna-se imperioso o uso de instrumentos de fiscalização e a instituição de indicadores sociais técnico-científicos⁸⁷ em determinado período de tempo, capazes de demonstrar a eficiência e a racionalidade das medidas governamentais, ou seja, a adequação do binômio gastos públicos despendidos e resultados qualitativos obtidos, a partir da análise dos resultados de variantes, viabilizando a evolução progressiva e constante desta nova política econômica sustentável perseguida nos dias atuais.

3.3 O PAPEL DO DIREITO NO SENTIDO DE UMA ÉTICA DO FUTURO

Nas linhas finais do presente estudo, salientando que não houve a intenção de esgotar o tema proposto, devido à sua amplitude e imbricação com outras ciências e variados ramos do Direito, ao lado da perspectiva constitucional delineada desde o início, procura-se levantar a querela da justiça intergeracional, sob a tutela do Direito positivo vigente nos diferentes ordenamentos jurídicos espalhados pelo globo terrestre.

85 NA: Neste ponto, eleva-se a figura do cidadão-cliente (terminologia *trendy*) na busca por melhor qualidade dos serviços públicos (SILVA, op. cit., p. 29).

86 NA: Como já explorado em capítulo anterior, o grau de controle jurisdicional das políticas públicas diferencia-se em decorrência do contexto histórico, econômico e social da Nação. Para uma análise acerca deste tipo de controle no âmbito português, brasileiro e sul-africano, ver também Alexandrino (2010).

87 RIBAS; SILVA, op. cit., p. 396 et seq.

A mudança de mentalidade, manifestada pelo maior empenho e participação da comunidade nos movimentos sociais, bem como a atuação do setor privado em confluência com as medidas adotadas no âmbito do poder público, concedem um aparato mais sólido no sentido de uma preocupação com a sustentabilidade do atual modelo de Estado e, paralelamente, uma reflexão acerca da justiça intertemporal, construindo um elo entre as ações de hoje e a mitigação dos gravosos danos para o tempo presente e para o futuro.

Contudo, isto não figura como soluções últimas ou suficientes.

A necessidade de uma regulação através do Estado de Direito, a partir de preceitos disciplinadores das atuações referidas anteriormente, principalmente, no âmbito das atividades fiscais realizadas pelo ente público se mostram necessárias, ao passo que, muitas vezes, a atuação desarrazoada do governante visa a, sobretudo, uma política de satisfação de necessidades atuais dos seus eleitores e aliados, relegando as consequências nefastas para a posteridade, o que caracteriza um dilema fundamental e problema estrutural da democracia⁸⁸.

Logo, a dúvida patente que se coloca é a de que forma a Constituição, enquanto instrumento de limitação do poder público, de um lado, e fomentador de ações viabilizadoras de um bem-estar, por outro, pode inserir uma vinculação do ente estatal aos interesses das futuras gerações, pautando seus processos decisórios a partir de uma responsabilização para com a posteridade.⁸⁹

O debate inicial da perspectiva jurídico-constitucional perpassa pela vinculação do Estado de Direito a uma ética fundada no futuro, tendo em vista a (im)possibilidade de conferir a posição de titular de um direito a indivíduos que ainda não nasceram.⁹⁰

A análise simplista daqueles que sustentam a hipótese de insustentabilidade de tal ocorrência é justificada e limitada pela dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Entretanto, a estrutura multifuncional de tais direitos, através de sua extensão objetiva, implica a atribuição de

88 Nesse sentido, ver também Tremmel (2006, p. 188).

89 SILVA, op. cit., p. 480.

90 Manifestando-se contrariamente à atribuição de direitos às gerações futuras como já salientado em momento anterior, ver também Beckerman (2006, p. 56).

direitos a todos os homens, em todos os lugares e tempos⁹¹, focando a dimensão intergeracional nos deveres da geração atual para com aqueles que hão de suceder-lhes, bem como a limitação dos direitos da geração contemporânea, ao passo que sua utilização abusiva e desarrazoada enseja efeitos nos direitos das gerações vindouras.⁹²

Em vista disso, a necessidade de salvaguardar as gerações vindouras, sob a perspectiva de uma ética do futuro, releva-se premente. As orientações delineadas por Tremmel (2006)⁹³ conduzem para a institucionalização de medidas de tutela dos interesses das gerações futuras, seja por meio de soluções normativas com a incorporação de normas em sede constitucional⁹⁴, como limitações orçamentárias a fim de evitar o aumento desproporcional do endividamento público, seja por soluções institucionais, através de entidades e órgãos⁹⁵ que atuem no sentido de uma fiscalização e combate aos efeitos nocivos de quaisquer atos que venham atingir as pessoas ainda não nascidas, atuação verificada, principalmente, na vertente ambiental.

No primeiro plano, o autor menciona as formas pelas quais as cláusulas referentes à justiça intergeracional encontram-se dispostas em documentos constitucionais de alguns países, podendo valer-se para a sua positivação de cláusulas gerais⁹⁶, normas com referência à questão

91 SILVA, op. cit., p. 480.

92 Silva (2010, p. 480) denota a característica natural da atemporalidade dos direitos fundamentais. Logo, manifesta uma dimensão intergeracional destes direitos, incluindo-se na dogmática brasileira os direitos sociais, a qual implica a observância da preservação do catálogo inserto na ordem constitucional nacional para os indivíduos contemporâneos, bem como, para as gerações futuras.

93 TREMMEL, op. cit., p. 188 et seq.

94 Rocha (2012, p. 629-630) segue a mesma linha, propugnando limites constitucionais para que haja a observância da equidade intergeracional na gestão das finanças públicas, como a positivação de regras de exigência de equilíbrios orçamentários, já existentes em muitas ordens jurídicas; estabelecimento de limites máximos para a despesa pública e dívida pública, bem como, a restrição ou proibição de recurso ao crédito.

95 Israel e Hungria são exemplos deste tipo de abordagem (TREMMEL, op. cit., p. 191). Para outra visão favorável à necessidade de instituição de representantes das gerações futuras a fim de buscarem decisões mais satisfatórias no âmbito da equidade intergeracional a partir de um debate argumentativo entre os agentes responsáveis por atividades que possam afetar negativamente a posteridade e o "Guardião" desta, ver estudo de Agius (2006, p. 322-323).

96 Menciona como exemplos os preâmbulos das Constituições da Estônia, Polônia e Ucrânia (TREMMEL, op. cit., p. 192).

ecológica⁹⁷, bem como preceitos relativos à atividade financeira⁹⁸, sendo todos direcionados à sustentabilidade da humanidade.

Portanto, a tendência à positivação de normas aptas a fornecer um fundamento legal e/ou constitucional diante da preocupação com as futuras gerações mostra-se como instrumento de relevante substância para a conscientização gradual e constante dos múltiplos atores sociais no sentido de um empenho conforme a égide de uma teoria da justiça intergeracional.

A incursão da ciência do Direito pode ainda ser analisada sob uma perspectiva diversa da anterior, colocando os fatos e situações atuais sob as diretrizes da sustentabilidade, ou seja, o parâmetro normativo agindo no atual “estado de emergência econômico-financeiro”⁹⁹. Com efeito, os juristas devem utilizar preceitos constitucionais e não simplesmente condicioná-los aos critérios econômicos em tempos de anormalidade.

Nesse sentido, este estado de exceção funcionaria como parâmetro supralegal, concedendo um suporte legitimador de medidas de prossecução do (re)equilíbrio financeiro, no sentido de partilha dos riscos, como a limitação de possíveis indenizações decorrentes do incumprimento de obrigações contratuais, sendo a ausência do cumprimento advinda da situação temporária do estado de necessidade financeiro¹⁰⁰ ou uma renegociação dos contratos em que o Estado intervenha, sob o mesmo argumento.

A par disso, a observância ao princípio da igualdade para a contribuição dos encargos públicos insere-se como disciplina substancial para a temática da distribuição igualitária dos riscos e efeitos danosos no atual contexto de escassez de recursos disponíveis, configurando-se impossível a manutenção dos níveis e indicadores sociais de tempos atrás.

97 Além dos já citados, como o brasileiro e português, grande número de textos constitucionais explicitam a preocupação relativa à posteridade com ênfase na situação ambiental, como percebe-se a partir do art. 41, n. 1 da Constituição Argentina e do art. 20a da Lei Fundamental de Bona. (Ibid., p. 193-196).

98 Verifica-se em um número mais reduzido a existência, em sede constitucional, de cláusulas ligadas à matéria financeira, como procede a Lei Fundamental Germânica em seus artigos 109 e 115 (Ibid., p. 197). Guimaraes (2012) expõe uma crítica substancial a esta cláusula financeira alemã, com base na cláusula de exceção redigida posteriormente e na ampla margem imputada pela Corte Constitucional Federal às atuações, muitas vezes, desarrazoadas dos parlamentares.

99 Silva (2011) analisa os prolongamentos do atual contexto de escassez, procurando demonstrar o relevante papel da juridicidade frente ao caos gerado pela anormalidade econômico-financeira e fiscal.

100 NABAIS, 2011, p. 33-34.

O princípio da universalidade também deve incorrer nas decisões jurisdicionais no contexto de agravamento fiscal, a partir da análise minuciosa de medidas majorantes de tributos e concessão de benefícios fiscais, evitando a sobrecarga em um determinado segmento social, ocasião em que se verifica o fenômeno do *apartheid fiscal*, já explorado em linhas anteriores e, conseqüentemente, o desequilíbrio das finanças públicas.

Ao lado dessas variadas soluções trazidas ao longo do presente estudo, insiste-se no olhar para as disposições constitucionais e legislativas, sejam normativas, processuais ou institucionais já existentes nas ordens jurídicas nacionais e a real importância de sua concretização, principalmente no campo dos direitos sociais, os quais consubstanciam um maior relevo ao fomento do bem-estar, expondo, neste diapasão, a relação intrínseca entre a concretização dos direitos fundamentais sociais e a preocupação com as gerações futuras.

Portanto, a justiça intergeracional se revelou, sobremaneira, uma problemática tão atual, interessante e rica em desenvolvimentos que sua proteção, sob as vestes da ética do futuro e da responsabilidade para com a posteridade, requereu a intervenção da ciência jurídica para que se manifestasse nos debates públicos como uma pauta de valores mais sólidos e possuísse um caráter de vinculação dos poderes públicos, bem como dos membros do tecido social.

REFERÊNCIAS

AGIUS, Emmanuel. Intergenerational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) **Handbook of intergenerational justice**. Cheltenham, UK / Northampton, MA (EUA): Edward Elgar, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. Controle jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto (POR), Ano 7, p. 147-169, 2010.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídico para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31274-34849-1-PB.pdf>> Acesso em: 16 set. 2014.

BECKERMAN, Wilfred. The impossibility of a theory of intergenerational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) **Handbook of intergenerational justice**. Cheltenham, UK / Northampton, MA (EUA): Edward Elgar, 2006, p. 53-71.

BOGGI, Cassandra Libel Esteves Barbosa. Ordem jurídica, econômica e estatal na concepção de um Estado regulador de garantias por meio de políticas públicas e instrumentos econômicos. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). **Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento**. Coimbra (POR): Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 407-437.

BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de (Org.). **Direitos humanos, Democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A governance do terceiro capitalismo e a constituição social. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Entre discursos e culturas jurídicas**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Tékhné**, Barcelos, n. 13, p. 07-18, jun. 2010. Disponível em <http://www.scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 16 set. 2014.

CATARINO, Acácio. Ação solidária de proximidade: breve reflexão. In: FERREIRA, Eduardo Paz et al. **Conferência crise, justiça social e finanças públicas**. Lisboa (POR): Almedina, 2010.

DIERKSMEIER, Claus. John Rawls on the rights of future generations. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) **Handbook of intergenerational justice**. Cheltenham, UK / Northampton, MA (EUA): Edward Elgar, 2006.

UNIÃO EUROPEIA. **European Statistical System**. Disponível em: <<http://goo.gl/sl6b31>>. Acesso em: 16 set. 2014.

FARREIRO, Vítor. **O estatuto do contribuinte**: a pessoa do contribuinte no estado social de direito. Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2002.

FERREIRA, Eduardo Paz et al. **Conferência crise, justiça social e finanças públicas**. Lisboa (POR): Almedina, 2010, p. 151-164.

FERREIRA, Paulo Marrecas. Finanças públicas e sustentabilidade: desafios para uma justiça intergeracional que não sacrifique o futuro pelo desaparecimento dos presentes. In: FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier**: economia, finanças públicas e direito fiscal. v. 2, Coimbra (POR): Almedina, 2013, p. 587-607.

FIDÉLIS, Teresa; PIRES, Sara Moreno. Implementação da Agenda Local 21 em Portugal: desafios para a sustentabilidade local. **RevCEDOUA - Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra (POR), ano 11, v. 1, n. 21, p. 59-77, 2008.

FIGUEIRA, Álvaro Reis. Formas de participação popular na administração da justiça em Portugal. **Separata da Revista Scientia Iuridica**, Braga (POR), n. 191-192, tomo 33, set./dez. 1984.

FREIRE, André (Org.) **Sociedade civil, democracia participativa e poder político**: o caso do referendo do aborto, 2007. Lisboa (POR): Fundação Friedrich Ebert, 2008.

FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da precaução e o direito fundamental à boa Administração Pública: por uma visão de longo prazo nas relações intertemporais de Direito Público. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 407-421, jan./dez. 2007.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Crise do estado fiscal, competitividade e bem-estar social. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). **Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento**. Coimbra (POR): Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 101-114.

GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade justa**. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

GARDINER, Stephen M. Protecting future generations: intergenerational buck-passing, theoretical ineptitude and a brief for a global core precautionary principle. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) **Handbook of intergenerational justice**. Cheltenham, UK / Northampton, MA (EUA): Edward Elgar, 2006, p. 148-169.

GUIMARÃES, Hubertus Fernandes. **O Estado Social contemporâneo: um modelo sustentável?** 2012. 129 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra (POR), 2012.

HÄBERLE, Peter. A constitutional law for future generations – the ‘other’ form of the social contract: the generation contract. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) **Handbook of intergenerational justice**. Cheltenham, UK / Northampton, MA, (EUA): Edward Elgar, 2006.

KIRCHHEIM, André; FEITEN, Pedro Reinaldo. O iminente conflito intergeracional na disputa da agenda das políticas de bem-estar social. In: CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes da; STAHLHÖFER, Iásin Schäffer (Org.). **Direitos Humanos, Constituição e Políticas Públicas**. Curitiba: Multideia, 2013.

LEAL, Rogério Gesta. Qual democracia? A necessidade premente de romper com a univocidade identitária artificial e casuística do fenômeno político. **Revista do Direito**, Rio Grande do Sul, n. 39, jan./ jul., 2013.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização Econômica Política e Direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LOPES, José Silva. As políticas orçamentais de combate à presente crise econômica. In: FERREIRA, Eduardo Paz et al. **Conferência crise, justiça social e finanças públicas**. Lisboa (POR): Almedina, 2009, p. 41-57.

LOUREIRO, João Carlos. Autonomia do direito, futuro e responsabilidade intergeracional: para uma teoria do Fernrech e da Fernverfassung em diálogo com Castanheira Neves. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n. 86, p. 15-47, 2010a.

_____. **Adeus ao Estado Social?** A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”. Coimbra (POR): Wolters Kluwer Portugal; Coimbra Editora, 2010b.

LUMER, Christoph. Principles of generational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) **Handbook of intergenerational justice**. Cheltenham, UK / Northampton, MA, (EUA): Edward Elgar, 2006.

MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. O Tribunal de Contas como guardião da Constituição? A relevância constitucional do controlo financeiro externo em tempos de crise. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de et al. (Coord.). **Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Lisboa (POR): Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Coimbra Editora, vol. II, 2012, p. 155-156.

MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 17, n. 66, jan./mar. 2009, p. 155-169.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. O Estado Social no contexto internacional e europeu. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, ano 7, p. 85-95, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Vinte anos da Constituição: reconstruções, perspectivas e desafios*. Conferência de Abertura do XVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, Brasília 2008. Tradução: Ana Paula Costa Barbosa. Disponível em: <<http://goo.gl/7sWGKg>> Acesso em: abril / 2014.

MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. O princípio da eficiência na administração pública brasileira. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 6, p. 85-100, 2007.

NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do estado social. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, ano 7, p. 51-83, 2010.

_____. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra (POR): Almedina, 2011.

_____. A crise do estado fiscal. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). **Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento**. Coimbra (POR): Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

PEREIRINHA, José António. **Política social**. Formas de actuação no contexto europeu. Lisboa (POR): Universidade Aberta, 2008.

PORTUGAL. Lei de Orçamento do Estado para 2013. **Diário [da] República**, Lisboa (POR), 31 dez. 2012. 1ª série, nº 252. 199 p.

PORTUGAL. Assembleia da República. Programa do XVIII Governo Constitucional 2009-2013. Disponível em: <<http://goo.gl/4Ua3g7>>. Acesso em: 16 set. 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Carlos Pinto Correia. 3. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2013.

RIBAS, Lídia Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro da. Reflexões sobre a importância do estabelecimento de limites orçamentários e indicadores de monitoramento na gestão de políticas públicas no Brasil. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). **Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento**. Coimbra (POR): Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 387-405.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Medidas fiscais e políticas públicas em tempos de crises econômicas. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). **Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento**. Coimbra (POR): Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 63-99.

ROCHA, Joaquim Freitas da. Sustentabilidade e finanças públicas responsáveis. Urgência de um direito financeiro equigeracional. In: CORREIRA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. v. 1, Coimbra (POR): Coimbra Editora, 2012.

SANTOS, Luís Máximo dos. As medidas de combate à crise financeira em Portugal. **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**, Coimbra (POR), ano 2, n. 1, p. 95-117, mar. 2009.

SANTOS, Marta Costa. Novos paradigmas no controlo do sistema fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra (POR): Almedina, 2011, p. 205-250.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Jorge Pereira da. Breve ensaio sobre a protecção constitucional dos direitos das gerações futuras. In: ATHAYDE, Augusto; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F. P. D. (Org.). **Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral**. Coimbra (POR): Almedina, 2010.

SILVA, Suzana Tavares da. O princípio (fundamental) da eficiência. In: ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO, 3., 2009, Porto. **Anais...** Porto (POR): Universidade de Porto, 2009. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/12441/1/O%20princ%C3%ADpio%20da%20efici%C3%Aancia.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra (POR): Almedina, 2011, p. 61-91.

_____. Razão de Estado e princípio da razoabilidade. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). **Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento**. Coimbra (POR): Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 115-151.

_____. O problema da justiça intergeracional em jeito de comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013. **Cadernos de Justiça Tributária**, Braga, n. 0, p. 6-18, abr./jun. 2013.

STEINER apud BECKERMAN, Wilfred. The impossibility of a theory of intergenerational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) **Handbook of intergenerational justice**. Cheltenham, UK / Northampton, MA (EUA): Edward Elgar, 2006.

SÜSSMUTH, Bernd; WEIZSÄCKER, Robert K. von. Institutional determinants of public debt: a political economy perspective. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) **Handbook of intergenerational justice**. Cheltenham, UK / Northampton, MA (EUA): Edward Elgar, 2006.

TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) **Handbook of intergenerational justice**. Cheltenham, UK / Northampton, MA (EUA): Edward Elgar, 2006.

O PRINCÍPIO DA SIMETRIA NO FEDERALISMO BRASILEIRO E A SUA CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Samuel Sales Fonteles¹

RESUMO: O pacto federativo atribuiu autonomia aos entes políticos para que promovam sua própria organização. Tal liberdade é delimitada constitucionalmente por princípios não explicitados pela Constituição que os previu, o que tem gerado uma grave insegurança jurídica. Por vezes, a norma constitucional se reveste de índole federal, isto é, dirige-se somente à União. Em outros casos, a norma constitucional assume uma feição nacional, sendo endereçada aos demais componentes da aliança federativa. Em outras palavras, nem sempre há consenso a respeito daquilo que as constituições estaduais devem, não devem ou podem assimilar. Este trabalho busca razoavelmente esclarecer alguns parâmetros para elucidar quando e como deverá ser utilizado o princípio da simetria.

Palavras-chave: Simetria. Assimetria. Federalismo. Autonomia. Organização.

THE PRINCIPLE OF SYMMETRY IN BRAZILIAN FEDERALISM AND YOUR CONSTITUTIONAL CONFORMATION

ABSTRACT: The federal pact gives autonomy to political entities to promote their own organization. Such freedom is defined constitutionally by principles not spelled out in the Constitution that he has provided, which has generated serious legal uncertainty. Sometimes the constitutional provision is of federal nature, i.e., it is directed only to the Union. In other cases, the constitutional rule is national feature, being addressed to other components of the federal alliance. In other words, there is not always consensus on what the state constitutions should, should not or can assimilate. The job search reasonably clear up some parameters to clarify when and how it should be used the principle of symmetry.

1 Promotor de Justiça do Ministério Público de Rondônia. Ex-Defensor Público. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Constitucional (EBEJI).
E-mail: samuelsalesfonteles@gmail.com.

RECEBIDO EM: 30/06/2015 ACEITO EM: 23/12/2015

Keywords: Symmetry. Asymmetry. Federalism. Autonomy. Organization.

1 INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil é formada pelos entes União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que, segundo reza a Constituição Federal de 1988 (art. 1º), integram uma aliança indissolúvel. A propósito, trata-se de um pleonasma, afinal, por definição, toda federação é indissolúvel. Nenhum componente do pacto federativo pode se desgarrar do todo, pois, ao contrário do que ocorre nas confederações, o federalismo é inconciliável com o chamado direito de secessão².

O modelo federal pode surgir da aglutinação de partes, até então soberanas, que abdicam de sua soberania para participar de um Estadomãe. Na prática, opera-se um “suicídio de Estados” para viabilizar o nascedouro de um único Estado Nacional. As colônias britânicas assim entenderam ao originar os Estados Unidos, movimento este que a doutrina cunhou de federalismo centrípeto. Diversamente, também é possível trilhar caminho inverso, quando um todo é objeto de rachaduras. Se um Estado Unitário é fraturado em pequenas partes, mas, a despeito disso, consegue conservar sua unidade, convola-se em Estado Federal. Trata-se de uma origem denominada centrífuga, da qual o Brasil é exemplo.

Se existe uma palavra que resume o espírito do pacto federativo, certamente é o vocábulo “autonomia”, assim entendido como uma liberdade constitucionalmente delimitada. As partes do todo são autônomas (livres) para eleger seus governantes (capacidade de autogoverno), erigir sua própria Administração Pública (capacidade de autoadministração), editar suas leis e organizar-se politicamente (capacidade de auto-organização e normatização própria). É exatamente a última dessas capacidades, qual seja a de auto-organização, que será o epicentro deste trabalho, notadamente

2 Isso não inibe o sonho nutrido por alguns brasileiros de verem seus estados desvencilhados do Brasil, sobretudo no sul do país. No entanto, movimentos separatistas não são abraçados pela ordem constitucional de 1988. Na música popular brasileira, a cantora Elba Ramalho gravou a polêmica canção “Nordeste Independente”, cuja letra é atribuída ao escritor Bráulio Tavares e ao poeta repentista Ivanildo Vilanova, na qual se diz: “Já que existe no Sul esse conceito, de que o Nordeste é ruim, seco e ingrato, se existe a separação de fato, é preciso torná-la de direito”. Curiosamente, a letra original contém estrofes não gravadas pela cantora, a exemplo de um trecho que alude à necessidade de homologação de partilha dessa divisão nacional. Para além da poesia, o fato é que a Constituição Federal de 1988 previu mecanismos para impedir separações dessa natureza, entre eles, o instituto da intervenção federal (art. 34, I, CF/88), quando todos os demais membros da aliança se unem – o ente União nada mais é do que isso – para impedir o estado rebelde de abandonar o vínculo indissolúvel, na veladura da integridade nacional.

tomando-se como referência os Estados-membros e o Distrito Federal. No que tange aos Municípios, o aprofundamento do assunto escapa dos limites deste artigo, devendo ser enfrentado em um estudo monográfico a ser publicado no futuro.

Pois bem. Nesse condomínio político chamado federação, cada ente federativo organiza-se a partir de um documento jurídico distinto: o Município e o Distrito Federal organizam-se pelas Leis Orgânicas respectivas; os Estados são organizados por suas constituições estaduais; e, como é intuitivo, a União extrai sua organização da Constituição Federal.

Todavia, a liberdade dos entes não é o único fruto produzido pela árvore do federalismo, de do qual também se colhem inúmeras limitações e aprisionamentos. A aliança federativa é fonte de bônus, mas também de ônus. Se, por um lado, é certo que a federação presenteia os entes com autonomia, ninguém duvida que também lhe amputa parcela considerável de sua liberdade organizacional. O mesmo Estado Federal que dá com uma mão, retira com a outra. Isso se deve ao fato de que a feitura de constituições estaduais ou leis orgânicas deve observar princípios encartados na Constituição Federal, nem sempre evidentes aos elaboradores das normas estaduais, distritais e municipais³. Surge um dos maiores desafios do Direito Constitucional: como promover uma organização política segura dos Municípios, dos Estados e do Distrito Federal sem que sejam violados os princípios a que faz referência a Constituição Federal, mormente quando não se conhece, com exatidão, que princípios são esses?

Fosse um provimento jurisdicional, caberia a oposição de embargos declaratórios para aclarar uma omissão. Em se tratando de um

3 Segundo o art. 25 da Carta de 1988, "Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição". No art. 125 do mesmo diploma, averbrou-se que "Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição". No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o constituinte estabeleceu que "Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta" (art. 11, *caput*). De maneira semelhante, no que toca ao Distrito Federal, dispõe a Lei Maior: "O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição". Consoante o art. 29 da Carta Magna, "O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:". O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no art. 11, parágrafo único, assevera que "Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual".

mandamento constitucional, o problema transfere-se para os domínios da hermenêutica constitucional e nela eterniza-se. É espinhosa a tarefa de detectar se determinado dispositivo constitucional deve, não deve ou pode ser incorporado ao Direito Constitucional dos Estados, pois, como tudo em Direito, há zonas cinzentas de indeterminação. A fronteira entre a autonomia desses Entes e as imposições decorrentes do pacto federativo é muito tênue. O fim colimado por este artigo é o de lançar alguma luz sobre essa área nebulosa, estabelecendo diretrizes mínimas para que o leitor possa saber o que é, quando e como deve ser aplicado o princípio da simetria. O enfoque serão as constituições estaduais e a lei orgânica distrital, relegando-se a análise das leis orgânicas municipais para uma monografia específica sobre o assunto.

O tema assume relevo porque o princípio da simetria tem sido um perigosíssimo instrumento de retórica, invocado como argumento para que o Supremo Tribunal Federal – STF mutile as constituições estaduais e leis orgânicas⁴, fulminando-as de inconstitucionalidade. Na sua forma pura, o princípio da simetria é um importante mecanismo de preservação do pacto federativo; desvirtuado, converte-se em uma arma letal apontada contra a federação. Portanto, urge descortinar esse obscuro princípio, tão caro à democracia, à separação dos poderes e à segurança jurídica.

2 LIMITAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE NA DOCTRINA DE RAUL MACHADO HORTA

Reputa-se poder constituinte decorrente a autoridade de que se revestem os Estados para elaborarem suas constituições estaduais, raciocínio extensível ao Distrito Federal, por ocasião da elaboração da sua Lei Orgânica⁵. Diferentemente do constituinte originário, o constituinte

4 Embora usualmente invalidadas pelos Tribunais de Justiça, as leis orgânicas municipais também podem ser declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, bastando para tanto que seja interposto um recurso extraordinário, no bojo de uma ação direta de inconstitucionalidade, quando a norma da carta estadual é uma reprodução obrigatória da Carta Federal (STF, Rcl 383).

5 Ainda que a terminologia “Lei Orgânica” tenha causado uma perplexidade inicial, porque leis orgânicas municipais não têm sido consideradas como constituições municipais, o certo é que tem prevalecido a concepção pela qual a Lei Orgânica Distrital é, na essência, uma Constituição Distrital, devendo ser tida como uma emanção do Poder Constituinte Decorrente. O Pleno do Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema: “A Lei Orgânica do Distrito Federal constitui instrumento normativo primário destinado a regular, de modo subordinante - e com inegável primazia sobre o ordenamento positivo distrital - a vida jurídico-administrativa e político-institucional dessa entidade integrante da Federação brasileira. Esse ato representa, dentro do sistema de direito positivo, o momento inaugural e fundante da ordem jurídica vigente no âmbito do Distrito Federal. Em uma palavra: a Lei Orgânica equivale, em força, autoridade e eficácia jurídicas, a um verdadeiro estatuto constitucional, essencialmente equiparável às Constituições promulgadas pelos Estados-membros” (ADIn-MC 980/DF).

decorrente é marcado pelo seu caráter limitado, exatamente porque deve obediência aos princípios estipulados na Constituição Federal. Mais uma vez, indagamos: que princípios são esses?

Considerando que o constituinte de 1988 optou por não explicitá-los taxativamente, a doutrina constitucionalista brasileira não mediu esforços na tarefa de elaborar teorias científicas capazes de indicar precisamente as limitações do constituinte decorrente. Nessa missão, destacaram-se as construções de Raul Machado Horta, expoente da Escola Mineira de Direito Constitucional.

A doutrina de Raul Machado Horta é responsável pela identificação, na Constituição, das chamadas normas centrais. Tais normas albergam em sua essência a viga mestra do modelo federalista e, portanto, devem necessariamente ser absorvidas pelo constituinte decorrente. Oportunas são as palavras de Horta (1995, p.23):

A Constituição Federal de 1988 contém na sua estrutura um tipo de norma vinculada diretamente à organização da forma federal de Estado, que denomino de normas centrais. Estas normas ultrapassam a organização da União, para alcançar a estruturação constitucional do Estado-membro, em fase ulterior, que dependerá do poder constituinte do Estado, titular da organização constitucional do Estado Federado.

O número de normas centrais é inversamente proporcional à autonomia federativa dos entes, na medida em que tais comandos são de observância cogente pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal. Assim, em um Estado federativo de índole centrífuga, descentralizador, tais normas são mais escassas. Em se tratando de um federalismo de feição centrípeta, centralizador, as normas aludidas são mais abundantes. Já no chamado federalismo de equilíbrio, adotado atualmente no Brasil, o número de normas centrais equivale à média aritmética dos modelos federativos anteriores. Segundo Horta (1997, p. 178):

O federalismo de equilíbrio, que superou o federalismo centrífugo de escassas normas centrais e o federalismo centrípeta de plétóricas normas centrais, corresponde à forma de organização apta a assegurar, contemporaneamente, o desenvolvimento das normas centrais da Constituição Federal, dentro de concepção equidistante de modelos extremados.

As normas centrais foram classificadas pelo constitucionalista em três categorias: princípios constitucionais, princípios estabelecidos e normas de preordenação. As chamadas normas de reprodução seriam originadas

da transplantação de quaisquer dessas espécies para uma constituição estadual. Ou seja, na sistemática horteana, trasladar uma norma central para a carta estadual rende ensejo a uma norma de reprodução. Façamos um breve apinhado dessas categorias.

Os princípios constitucionais, cuja desobediência dá azo à intervenção federal, são aqueles informadores do regime político. A norma constitucional que previu o regime democrático (art. 1º, parágrafo único), portanto, é um exemplo de princípio constitucional. A Carta Cidadã ergueu à estatura de princípios constitucionais normas que, segundo o autor, são dotadas da permanência de valores institucionais comuns, elencando-as no art. 34, VII, da CF/88⁶. Hodiernamente, os princípios constitucionais correspondem aos denominados princípios sensíveis.

Os princípios estabelecidos, a seu turno, seriam limitações outras do constituinte decorrente, que demandam interpretação sistemática para serem identificados. Alojamos, consoante o constitucionalista, nas normas relativas à repartição de competências, ao sistema tributário, à organização dos Poderes, aos direitos e garantias fundamentais, à educação, à família, à cultura *etc.* Estão, pois, localizados ao longo do texto constitucional.

Por derradeiro, as normas de preordenação organizam os Estados-membros de maneira apriorística. São exemplos as normas referentes à Justiça e ao Ministério Público estaduais. Tais regras dirigem-se diretamente a esses entes políticos. Aqui, já é possível apresentar uma crítica à classificação do notável constitucionalista. Quando a Constituição Federal disciplina o Ministério Público dos Estados, não se trata de uma reprodução, mas sim de uma preordenação. Como pode o ilustre jurista afirmar, então, que as normas de preordenação são normas centrais e, a seu turno, se trasladadas para as cartas estaduais, transmudam-se em normas de reprodução? Há nisso uma incongruência.

Há, ainda, que se mencionar as denominadas normas de imitação. Segundo o conceito do próprio autor, “as normas de imitação exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência da sugestão exercida pelo modelo superior” (HORTA, 1964, p. 192 e 193). Como o próprio nome revela, traduzem a clonagem de modelos organizacionais ou institutos,

6 Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000].

não por imposição do constituinte, mas por mera sugestão. Logo, são marcadas pela voluntariedade, na medida em que a adesão por parte dos Estados-membros é espontânea.

3 UMA NOVA SUGESTÃO DE CATEGORIA DE NORMAS

A classificação horteana foi de uma contribuição incomensurável e, inclusive, utilizada como parâmetro para julgados do Supremo Tribunal Federal. Não obstante, contém algumas inadequações terminológicas, nem sempre se afigura clara, além de conter omissões.

Segundo a teoria do professor de Minas Gerais, as normas centrais conferem homogeneidade ao Estado Federal. Entretanto, nem sempre é assim. Conforme apontado, norma central é gênero que alberga as normas de preordenação. Ora, tal espécie, em boa verdade, dá ensejo a uma heterogeneidade, uma vez que, geralmente, instaura órgãos ou regras que apenas existem nos Estados e não na União. Por exemplo, quando a Carta Magna instituiu o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados, estipula uma organização sobremodo diferenciada na órbita federal e estadual. Não existe, a toda evidência, homogeneidade nisso.

Outrossim, ainda segundo a doutrina de Horta, todas as normas centrais que forem transplantadas para uma constituição estadual originarão normas de reprodução. Há nisso um contrassenso, eis que as normas de preordenação não são uma reprodução do modelo federal, mas, sim, regras que, muitas vezes, são dirigidas aos Estados com exclusividade. Trata-se do cumprimento de um comando e não de uma reprodução. Esta pressupõe uma clonagem, o que não acontece nas normas de preordenação.

À luz dos argumentos expendidos, sugere-se uma nova classificação de normas relacionadas à limitação do constituinte decorrente. Trata-se de uma classificação tripartite, inspirada nos modais deonticos da permissão, da proibição e da obrigatoriedade. Doravante, as normas serão enquadradas de maneira tricotômica: normas de reprodução proibida, normas de reprodução permitida e normas de reprodução obrigatória.

3.1 NORMAS DE REPRODUÇÃO PROIBIDA

Os Estados-membros nem sempre poderão tomar o paradigma federal como referência para copiar o comportamento da União. Em se tratando de institutos tipicamente federais, haverá, não raro, obstáculos insuperáveis para esse transplante. O pacto federativo implica um mínimo de heterogeneidade.

A proibição de reprodução pode advir, por exemplo, da adoção do sistema presidencialista, sistema de governo em que a mesma pessoa titulariza as chefias de Estado e de Governo. Com arrimo no art. 86, §§ 3º e 4º, da CF/88, o Presidente da República não estará sujeito à prisão, nas infrações comuns, enquanto não sobrevier sentença condenatória, bem como não poderá ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções. Cuida-se de prerrogativas inerentes ao Chefe de Estado, o que faz com que seja proibida a reprodução de tais imunidades nas constituições estaduais. Governadores não chefiam Estados, mas Governos. Inextensíveis, portanto, aos governadores de Estado⁷, pois o Brasil é uma federação e não uma confederação. O fundamento é dos mais simplórios.

Outro fundamento que pode dar lastro à proibição da reprodução de uma norma constitucional é o fato de que somente o constituinte originário pode excepcionar a si mesmo. Disso resulta que o constituinte decorrente não tem legitimidade para ampliar exceções constitucionais, assunto que não comporta uma verticalização neste artigo.

Também é possível lembrar que as competências legislativas ou administrativas da União podem impedir a sua reprodução pelos demais entes, afinal, só se pode copiar uma conduta quando se está legitimado a praticá-la. Apenas para ilustrar, ainda que se tenha admitido a edição de medidas provisórias por governadores, jamais esses atos normativos poderiam dispor sobre Direito Civil. Somente uma medida provisória editada pelo Presidente da República é instrumento legítimo para veicular temas afetos ao Direito Civil, posto que à União compete legislar privativamente sobre esse ramo da árvore jurídica (art. 22, I, CF/88).

Um silêncio eloquente do constituinte também é capaz de interditar a reprodução de uma norma. É possível implementar uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF no âmbito dos Tribunais de Justiça? Ora, sabe-se que o constituinte de 1988 previu a ação direta de inconstitucionalidade e explicitamente cuidou de estendê-la aos Estados-

7 Nesse sentido, confira-se o julgado da ADIn 1008/PI: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ - OUTORGA DE PRERROGATIVAS DE CARÁTER PROCESSUAL PENAL AO GOVERNADOR DO ESTADO - IMUNIDADE A PRISÃO CAUTELAR E A QUALQUER PROCESSO PENAL POR DELITOS ESTRANHOS À FUNÇÃO GOVERNAMENTAL - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO REPUBLICANO - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO - PRERROGATIVAS INERENTES AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA ENQUANTO CHEFE DE ESTADO (CF/88, ART. 86, PARS. 3. E 4.) - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. PRINCÍPIO REPUBLICANO E RESPONSABILIDADE DOS GOVERNANTES. [...] A imunidade do Chefe de Estado à persecução penal deriva de cláusula constitucional exorbitante do direito comum e, por traduzir consequência derogatória do postulado republicano, só pode ser outorgada pela própria Constituição Federal.

membros (art. 125, §1º, CF/88). Se não o fez para a ADPF, certamente assim não o desejou. E não se diga que a possibilidade de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC estadual autoriza, por indução, uma ADPF estadual. A uma, porque a ADC e a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI são ações dúplices ou ambivalentes; logo, quando a Constituição atribuiu aos Tribunais de Justiça a competência para julgarem ações diretas de inconstitucionalidade, implicitamente, também permitiu que afirmassem a constitucionalidade do ato impugnado. A duas, porque a ADC foi implementada por uma emenda à Constituição (EC n.º 03/93), portanto, cronologicamente, não poderia o constituinte originário estender para os Estados aquilo que ainda não existia em 05/10/1988.

Situação diferente é a da ADPF, que sempre existiu, desde o nascedouro da ordem constitucional outubrina, mas nunca foi estendida para os Estados. Infere-se que a norma constitucional do art. 102, §1º, é de reprodução proibida, ante a existência de um silêncio eloquente proibitivo. O silêncio constitucional é aprofundado em um estudo monográfico, não sendo possível detalhá-lo nestas breves linhas.

3.2 NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA

Determinadas normas constitucionais são de uma importância singular, de tal sorte que sua assimilação não se sujeita ao talante dos demais entes federativos. A reprodução, nesses casos, é medida de rigor. Em uma federação, a ninguém é dado ser excessivamente diferente, destoando da aliança em aspectos considerados essenciais ao bom convívio dos entes políticos.

Seria paradoxal, por exemplo, um Estado Nacional monárquico com Estados-membros republicanos⁸. Também não se admite um Estado Nacional presidencialista com municípios parlamentaristas. Conclui-se que um mínimo de homogeneidade é indispensável à (boa) conservação do pacto federativo.

Em apertada síntese e com a objetividade que este artigo requer, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal tem construído uma jurisprudência nem sempre coerente sobre o assunto. Há, contudo,

8 Nem mesmo as constituições estaduais dos Estados Unidos, cuja autonomia não encontra precedentes no Direito Comparado, podem ignorar o princípio republicano. Nas palavras de Thomas Cooley, "A faculdade que tem o povo de emendar ou rever a sua Constituição é limitada pela Constituição Federal. Ela não pode abolir a forma republicana de governo nem conter disposição alguma que produza o exercício de qualquer poder explícita ou implicitamente proibido aos Estados pela Constituição Federal". [COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas/SP: Russell Editores, posição 11323, *Kindle Edition*].

alguns temas que reiteradamente têm sido considerados como dignos de reprodução. Segundo o Excelso Pretório, são normas de reprodução obrigatória aquelas que versam sobre a separação dos poderes⁹, o processo legislativo¹⁰, as comissões parlamentares de inquérito¹¹ e os tribunais de contas¹². Em todas essas temáticas, não há espaço para a discricionariedade. A absorção pelas constituições estaduais é compulsória, devendo, ainda, haver uma conservação dessas regras no corpo das cartas estaduais. É que, grosso modo, as normas de reprodução obrigatória também atuam como cláusulas pétreas estaduais, na medida em que estão imunes a tentativas de reforma por parte das Assembleias, órgãos incumbidos do dever de reproduzi-las e, também, de conservá-las. Obviamente, o rol apresentado não revela qualquer pretensão de esgotar tudo aquilo que necessariamente deve ser incorporado no direito constitucional estadual, mas já revela um mínimo de calculabilidade e previsibilidade quando se trata da construção pretoriana do STF.

Como o próprio nome revela, as normas de reprodução obrigatória implicam uma clonagem do instituto *mutatis mutandis*. Daí resulta a consequência natural dessa espécie: a impossibilidade de se ampliar, reduzir ou adaptar a regra ou o princípio por ela albergado. Muda-se apenas o que deve ser mudado, observando-se o paralelismo das formas, mas a reprodução deve ser fiel, pelo menos naquilo que couber. Figure-se, por exemplo, que uma proposta de emenda deve ser aprovada em ambas as Casas do Congresso. Parece óbvio que a regra não pode ser reproduzida de maneira idêntica no ordenamento constitucional dos Estados, pois as Assembleias são unicamerais. A solução é ignorar a norma neste particular.

9 Não se trata de nenhuma novidade, uma vez que tais conclusões já foram alcançadas por mentes como a de Aliomar Baleeiro, que, na época, ocupava uma das cadeiras do Supremo Tribunal Federal. Assim, em meados da década de 70, o ilustre tributarista relatou o Recurso Extraordinário de nº 74.193/GB, reportando-se à Carta de 1946: “Os estados, sem embargo de autonomia para sua organização e administração, já estavam adstritos, sob a Constituição Federal de 1946, às linhas mestras do regime, devendo guardar simetria com o modelo federal em matéria de divisão, independência e competência dos poderes, assim como princípios reguladores do funcionalismo público”.

10 ADIn 1353/RN. Em sentido contrário: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Professor Titular (aposentado) da Faculdade de Direito da USP. Para o referido autor (2009, p. 255), “gozando os Estados de autonomia, sendo as exceções de se interpretarem restritivamente, parece descabido o posicionamento da Suprema Corte. Com efeito, não se atina com a razão de ser a cópia do processo legislativo federal um princípio obrigatório para os Estados.”.

11 ADIn 3619/SP. Inconstitucional, por conseguinte, a Constituição Cearense, quando assevera que a Comissão Parlamentar de Inquérito poderá ser instaurada “[...] sempre que o requerer a quarta parte de seus membros [...]” (art. 56, *caput*). Não se pode alterar o quórum previsto na Carta Federal, qual seja, de 1/3.

12 Rcl. 6702 AgR – MC/PR.

É de se ressaltar, ainda, que, conforme já decidido pelo STF, as normas de reprodução obrigatória podem incidir no âmbito estadual, mesmo sem que estejam expressamente previstas na Carta do Estado-membro. Assim já se manifestou o Guardião da Constituição, embora em alusão às normas centrais, na ADI 2076/AC: “Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local”.

Também não se deve olvidar uma particularidade: em regra, as decisões de mérito, em sede de ações diretas de inconstitucionalidade, são irrecuráveis. Porém, em se tratando de representações de inconstitucionalidade estadual, desde que o parâmetro de controle seja normas de reprodução obrigatória, as decisões dos Tribunais de Justiça desafiarão a interposição de Recurso Extraordinário, cujos efeitos serão *erga omnes*¹³.

3.3 NORMAS DE REPRODUÇÃO PERMITIDA

Em uma federação, os Estados-membros não podem ser reduzidos a meras miniaturas da União, isto é, a uma réplica em menor escala. O mesmo se diga dos Municípios em relação aos Estados, considerando que o Brasil adota um federalismo de 3º grau. A relação existente entre a União e os demais entes políticos está longe de ser representada por triângulos semelhantes, que, possuindo ângulos idênticos, somente se diferem pela dimensão.

As normas de reprodução permitida, como o próprio nome exprime, albergam matérias alteráveis pelo constituinte decorrente, ou seja, sua reprodução é uma faculdade. Correspondem, na essência, às denominadas normas de imitação, segundo o magistério do saudoso Horta. A liberdade organizacional dos entes políticos é vislumbrada exatamente nas chamadas normas de reprodução permitida, que, em um Estado Federal, devem ser tidas como regra. Assim, sobrevivendo dúvida na categorização da norma, uma hermenêutica constitucional afinada com o pacto federativo há de sinalizar para essa categoria (*in dubio pro federatio*).

Um exemplo de norma constitucional de reprodução permitida é aquela prevista no art. 57, §4º. Diferentemente do que ocorre no Congresso Nacional, é possível, no âmbito estadual, a recondução de Membros da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa para a eleição imediatamente

13 STF, Rel 383.

subsequente¹⁴. Note-se que a regra em apreço não diz respeito à separação dos poderes, pelo contrário, assume uma feição *interna corporis* do Poder Legislativo. A propósito, conclusão muito semelhante foi alcançada por Rigolin (2010)¹⁵, no que diz sobre a possibilidade do pagamento de verbas “indenizatórias” para vereadores e deputados estaduais que comparecem a sessões extraordinárias. Para o eminente publicista, o fato de a Constituição Federal proibir o pagamento de indenizações para os parlamentares federais, por convocações durante o recesso legislativo (art. 57, §7º), não autoriza a conclusão de que a regra é de reprodução obrigatória no âmbito dos Estados e Municípios.

O STF também considerou como norma de reprodução permitida o art. 131, §1º, da CF/88¹⁶. O precedente originou-se da Constituição de São Paulo, que estatuiu a impossibilidade de pessoas alheias à Procuradoria do Estado se tornarem chefes desta Instituição. Noutro dizer, a escolha do Procurador Geral do Estado somente poderia recair sobre membros de carreira, o que limitou sobremodo o universo de escolha do Chefe do Executivo. O Excelso Pretório decidiu que a autonomia dos Estados-membros é suficiente para criar requisitos para a nomeação do Procurador-Geral do Estado, mesmo inexistindo regra simétrica federal para o Advogado-Geral da União, que, pelo paralelismo das formas, lhe é correspondente¹⁷.

Conquanto a favor da autonomia dos entes, tal decisão não é digna de aplausos. Primeiramente, porque se viu que regras de iniciativa devem ser respeitadas no âmbito estadual. Logo, matéria que verse sobre provimento de cargos em comissão é de iniciativa exclusiva do Governador.

14 Esta Corte [...] tem entendido [...] que o §4º do art. 57, que veda a recondução dos membros das Mesas das Casas legislativas federais para os mesmos cargos na eleição imediatamente subsequente, não é princípio constitucional de observância obrigatória pelos Estados-membros. - Com maior razão, também não é princípio constitucional de observância obrigatória pelos Estados-membros o preceito, contido na primeira parte desse mesmo §4º do art. 57 da atual Carta Magna, que só estabelece que cada uma das Casas do Congresso Nacional se reunirá, em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e a eleição das respectivas Mesas, sem nada aludir - e, portanto, sem estabelecer qualquer proibição a respeito - à data dessa eleição para o segundo biênio da legislatura.

15 RIGOLIN, Ivan. As Simetrias Constitucionais: Pagamento de Sessão Extraordinária: Mudou o Direito na Constituição. In: _____. **Direito Administrativo: Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 157-163.

16 Art. 131, §1º, CF/88 - “A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada”.

17 ADI 2581. Declarou-se a constitucionalidade do art. 100, parágrafo único, da Constituição de São Paulo.

Ademais, o Procurador-Geral do Estado tem *status* de Ministro, devendo ser, à semelhança do Advogado-Geral da União, de livre nomeação e de livre exoneração por parte do Chefe da Administração Pública estadual. O fundamento repousa no próprio sistema presidencialista, que pressupõe essa liberdade de escolha por parte do Presidente. A propósito, do assunto ocupou-se Moraes (2004, p. 187) em monografia dedicada ao presidencialismo:

A primeira tarefa que deve ser realizada pelo Presidente da República, logo após prestar o juramento do cargo, é formar sua equipe, que conduzirá os rumos da Administração Pública durante a duração de seu mandato, ou seja, criar um corpo de assessores de confiança por meio do qual poderá atuar.

Em relação a determinados cargos, excetuados os Ministros de Estado, conforme analisado anteriormente, a regra de nomeação direta pelo Presidente da República pode sofrer atenuações, exigindo-se prévia aprovação do Senado Federal.

Vê-se que os Ministros de Estado são de livre nomeação, o que acaba por alcançar o Advogado-Geral da União, que tem *status* de Ministro, bem como, por simetria, o Procurador-Geral do Estado. Confiança, por sua vez, é atributo conquistado ao longo do convívio, não podendo ser objeto de imposição. Ninguém pode ser compelido a confiar. Não foi elogiável a decisão do Supremo Tribunal Federal.

No que concerne às medidas provisórias, tem prevalecido que os Estados podem adotá-las para seus governadores. Cuida-se de uma possibilidade, não de uma obrigatoriedade. Logo, situam-se no âmbito das normas de reprodução permitida¹⁸. Tal entendimento deflui, inclusive, da interpretação *a contrario sensu* do art. 25, §2º, da CF/88.

18 ADI 2391/SC, ADI 812-9/TO e ADI 425-5/TO. Em sentido contrário: José Afonso da Silva. Essas palavras do insigne constitucionalista (2015, p. 626): “E medidas provisórias, podem as Constituições estaduais instituí-las? Em edições anteriores, respondemos que nada justificava sua existência no âmbito estadual, mas não víamos proibição em que o fizessem. Até onde sabemos, os Estados (e também os Municípios) evitaram adotá-las. E hoje, *re melius perpensa*, achamos ponderável o argumento de que, sendo exceção ao princípio da separação dos poderes, só valem nos limites estritos em que foram elas previstas na Constituição Federal, ou seja, apenas no âmbito federal, não se legitimando seu acolhimento nem nos Estados e nos Municípios”. Clève: (2010, p. 244), em célebre monografia a respeito do tema, parece concordar com o caráter impertinente das medidas provisórias nos compartimentos estadual e municipal: “Todavia, desde o ponto de vista político, às Coletividades Federadas não é recomendável a utilização das providências emergenciais. Deveras, as medidas (i) constituem mecanismos legislativos extraordinários que se prestam para regular questões emergenciais mais afetas à competência da União; depois, (ii) porque a competência legislativa dos Estados-membros e Municípios, embora com a Constituição de 1988, é reduzida. Com as medidas provisórias, os legislativos estaduais e municipais restariam ainda mais esvaziados. Cumpre lembrar, entretanto, que os constituintes estaduais e os legisladores orgânicos municipais não se deixaram seduzir pela inexistência de vedação à adoção da medida provisória. Tanto que, em geral, as Cartas Políticas estaduais e municipais preferiram não contemplá-la”.

Por fim, cumpre advertir que o texto do preâmbulo não é de reprodução obrigatória nas Cartas dos Estados-membros. Nem por isso se deve reputá-los como norma de reprodução permitida, pois de norma não se cuida¹⁹. O preâmbulo não se reveste de força normativa, na medida em que se traduz em mera apresentação desprovida de juridicidade. Não pode ser paradigma de controle de constitucionalidade, embora se lhe reconheça um valor hermenêutico, eis que aponta os vetores axiológicos da República.

A respeito do preâmbulo e de como o seu teor é despido de comandos jurídicos, aduz o constitucionalista português Miranda (1992, p. 207):

A sua forma e a sua extensão aparecem extremamente variáveis, desde as sínteses lapidárias de estilo literário aos longos arrazoados à laia de relatórios preliminares ou exposições de motivos; desde a invocação do nome de Deus ou do título de legitimidade do poder constituinte ao conspecto histórico; desde a alusão a um núcleo de princípios filosóficos-políticos à prescrição de determinados objetivos programáticos.

Portanto, embora a sua reprodução se insira no âmbito de autonomia dos Estados-membros, o preâmbulo não é norma jurídica, ainda que seja parte integrante da Constituição. Não poderá nunca ser tido como norma de reprodução permitida.

4 PRINCÍPIO DA SIMETRIA

O princípio da simetria é decorrência lógica do pacto federativo. Logo, ambos surgiram simultaneamente, isto é, por força da Carta de 1891, que, em seu artigo 63, dispunha que “Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitadas os princípios constitucionais da União”. Hoje, também encontra guarida na Constituição Federal. Topograficamente, sua positivação varia a depender do pano de fundo em que venha a ser aplicado. Quando os destinatários são os Estados-membros, é de se reconhecer que foi alojado implicitamente nos arts. 25 e 125 do corpo permanente, bem como no art. 11 do ADCT (os mesmos dispositivos que previram a existência do constituinte decorrente). Quando os destinatários são os Municípios, a previsão encontra-se no art. 29 da CF/88. Sendo uma

19 **Eis o julgamento da ADI 2076/AC:** EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

decorrência lógica do mínimo de homogeneidade que se espera de um pacto federativo, os dispositivos acima devem ser combinados com os arts. 1º e 18, ambos da Constituição Federal.

Simetria transmite a noção de paralelismo, harmonia e proporção. Daí resulta a sua íntima ligação com as ciências exatas. Simetria é a “semelhança entre duas metades” (HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2001, p. 407). Encontra-se essa qualidade na natureza, valoriza-se-lhe na Arquitetura, nas Artes e até mesmo na Música. Enfim, há um poderoso elo entre a simetria e o que é belo. Matematicamente, a ideia de simetria traduz a equidistância de dois elementos em relação a um eixo. Situa-se, pois, no domínio da geometria.

O Direito importou da Matemática a expressão para utilizá-la de maneira analógica. No mundo jurídico, o eixo é a Carta Magna. Os elementos correspondem aos entes políticos, que devem organizar-se tão próximos do eixo constitucional quanto a União, no que couber.

Mas a noção de simetria também traz consigo a ideia de conservação, e isso é o mais importante. A correlação entre ambas foi registrada na obra de Romann (2000, p. 79, grifo nosso):

Em 1918, a matemática alemã Emmy Noether demonstrou uma ligação notável entre a conservação e a simetria: para cada simetria há uma quantidade conservada. Os sistemas que têm simetria de rotação conservam o momento angular; os sistemas que são simétricos no espaço (que não se alteram quando se move todo o sistema) conservam o momento linear; os sistemas que são simétricos no tempo (que não dependem de *quando* são observados) conservam a energia; diz-se que os sistemas que têm simetria de reflexo conservam *paridade*. [...] Todas essas novas relações apoiam a convicção dos cientistas de que a simetria, com sua correlata, a conservação, é uma característica fundamental do mundo natural.

Ora, assim também o é no mundo jurídico. O princípio da simetria indiscutivelmente é um dos instrumentos de conservação do pacto federativo, pois inibe discrepâncias intoleráveis na aliança. Consoante Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 114), “os governos federativos têm mais tendência à anarquia entre os membros que à tirania no corpo soberano”. Temer (2005, p. 68), consciente da vulnerabilidade do pacto, chega a apontar a necessidade de existência de elementos mantenedores do federalismo.

Logo, o princípio simétrico assume a relevante missão de conservação de um Estado Federal.

4.1 A DUPLA DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA

Uma vez apresentadas as normas de reprodução, torna-se possível compreender o âmbito de incidência e o conteúdo do princípio da simetria. O postulado simétrico é corolário do federalismo e, de início, decorre da homogeneidade mínima imposta pela aliança. Assim, concretiza-se por intermédio das normas de reprodução obrigatória. Portanto, terá aplicação quando as normas da Constituição da República versarem acerca da tripartição das funções, das comissões parlamentares de inquérito, do processo legislativo, entre outros temas cujo exame escapa aos objetivos deste trabalho.

Esse é o aspecto mais convencional e difundido, sobretudo nas decisões do STF e na doutrina. Cuida-se da dimensão negativa do princípio da simetria, que rende ensejo ao enfraquecimento da autonomia dos entes mediante a sua delimitação. O princípio da simetria em sua faceta negativa afigura-se como um instrumento de conservação do próprio pacto federativo, desde que de maneira proporcional, sob pena de atentar contra a própria aliança, uma vez que exageros podem aniquilar a autonomia dos entes que a compõem.

A dimensão negativa do princípio da simetria é uma visão pessimista do postulado e muito apresentada pela doutrina, que parece ignorar a sua dimensão positiva, apresentada adiante. Essas são as palavras de Maluf (1995, p. 170):

Tornou-se a federação brasileira, cada vez mais, uma federação orgânica, de poderes sobrepostos, na qual os Estados-membros devem organizar-se à imagem e semelhança da União; suas constituições particulares devem espelhar a Constituição Federal, inclusive nos seus detalhes de ordem secundária, e suas leis acabaram subordinadas, praticamente, ao princípio da hierarquia.

Araújo e Nunes Júnior (2002, p. 14) também realçam a dimensão negativa do princípio em questão:

O princípio da simetria, segundo consolidada formulação jurisprudencial, determina que os princípios magnos e os padrões estruturantes do Estado, segundo a disciplina da Constituição Federal, sejam tanto quanto possível, objeto de reprodução nos textos das constituições estaduais.

Não é de todo correto justificá-lo partindo-se da homogeneidade imposta pelo federalismo e das normas de reprodução obrigatória. A própria aliança implica não apenas uma autonomia derogatória do modelo federal, mas também uma autonomia adesiva. Também, nesse caso, se manifestará o princípio da simetria, dessa vez, por meio das normas de reprodução permitida e tendo como pressuposto a existência de um silêncio constitucional permissivo. Tal aspecto foi felizmente indicado pelo constitucionalista Oliveira (2006, *on line*):

Por este princípio, o que a Constituição Federal previr para o âmbito federal, que **puder ser adotado** pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, sem prejuízo do pacto federativo ou qualquer ofensa à Constituição, **não lhes será proibido fazer**, reproduzindo, para os seus níveis de atuação, os preceitos da Carta Fundamental. (grifo nosso).

A concepção de Jorge Hélio Chaves denota facultatividade, adesão voluntária a um preceito constitucional destinado à União e cuja reprodução não infrinja a Carta Magna. Portanto, para o ex-Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, situa-se o princípio da simetria no âmbito das normas de reprodução permitida ou, na linguagem de Horta, nas normas de imitação. Trata-se da dimensão positiva do postulado simétrico, que fortalece a autonomia adesiva dos Estados-membros. O princípio da simetria, diferentemente do que parece entender a maior parte da doutrina, não se limita à reprodução dos ônus, mas também da adesão aos bônus.

Em suma: por força do princípio da simetria, na sua dimensão negativa, os Estados-membros e os Municípios, ao se organizarem mediante suas cartas estaduais e leis orgânicas, não devem se distanciar do eixo constitucional além das fronteiras impostas pelo federalismo, o que se garantirá através das normas de reprodução obrigatória; em sua dimensão positiva, no silêncio permissivo do constituinte, os sobreditos entes poderão reproduzir o paradigma federal, desde que nos limites de sua autonomia adesiva e por meio das normas de reprodução permitida. Neste último caso, o princípio da simetria não passa de um argumento para justificar uma analogia, pois, diante do silêncio acerca da organização dos entes menores (Estados, Distrito Federal e Municípios), estes se espelham na norma que regulou a organização do ente maior (União), para adotá-la²⁰.

20 Por exemplo: quem deve suceder o prefeito municipal se este renunciar ao cargo e sobrevivendo a morte simultânea do vice-prefeito e do presidente da Câmara? As leis orgânicas não costumam decifrar essa indagação. Diante de um buraco normativo no sistema municipal ou estadual, deve-se buscar resposta na Constituição Federal, fonte *primária* para colmatar essas lacunas. Não se trata de aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, pela qual há um intercâmbio entre as plúrimas fontes

4.2 PRINCÍPIO DA ASSIMETRIA

Importa notar que a aliança, além de pressupor certa homogeneidade, impõe uma heterogeneidade mínima. Diante disso, é possível falar até mesmo no princípio da assimetria, na medida em que os Estados devem se diferenciar da União em matérias veiculadas nas chamadas normas de reprodução proibida. O postulado assimétrico, então, incidirá em algumas exceções constitucionais, em matérias cuja competência normativa é assenhorada privativamente pela União, bem como em todas as regras e prerrogativas inerentes à União como representante do Estado Nacional, insuscetíveis de reprodução, posto que de uma confederação não se cuida.

O princípio da assimetria decorre da necessidade de ruptura mínima da igualdade entre a organização da União e dos demais entes, sob pena de instaurar-se um Estado unitário. O aprofundamento da temática será objeto de estudo monográfico específico.

legislativas. No caso em estudo, não há reciprocidade, isto é, não é uma via de mão dupla: apenas a Constituição Federal é fonte para colmatar lacunas nas cartas estaduais e leis orgânicas, jamais o contrário. Valendo-se do paradigma federal, percebemos que, havendo a impossibilidade de o presidente do Senado ocupar a presidência da República, o presidente do STF é o próximo da linha sucessória (art. 80, CF/88). Não obstante, tal norma é inaplicável ao caso em exame, pois não há poder Judiciário no plano municipal. Conclui-se que também não foi oferecida resposta satisfatória na Carta Federal, ou seja, tem-se uma úlcera normativa. Isso não impede de encontrarmos uma solução análoga por aproximação. Para tanto, devemos forçar uma situação limite também no plano federal: quem sucederá o presidente da República, caso este renuncie e sobrevenha a morte simultânea do vice-presidente, do presidente da Câmara, do presidente do Senado e do presidente do STF? A Constituição Federal é lacunosa. De fato, não há norma constitucional para regular esta hipótese. Mesmo assim, é possível intuir a solução: será realizado um pleito para a escolha do novo presidente da Câmara dos Deputados, que, por sua vez, deverá suceder o presidente da República, até que sejam concluídas as novas eleições (art. 81 da CF/88). Uma vez solucionado o problema no âmbito federal, por analogia (por aproximação) e por simetria, chegamos à solução: deverá ser realizado um novo pleito para que seja escolhido o novo presidente da Câmara dos Vereadores. O eleito ocupará necessariamente o cargo de prefeito, não podendo recusar-se, sob pena de perda do cargo em razão do abandono de suas responsabilidades funcionais. Cumpre indagar: a norma paradigma para a analogia (no exemplo acima, art. 80) é de reprodução obrigatória, proibida ou permitida? Ora, se de reprodução obrigatória se tratasse, não haveria lacuna propriamente dita, afinal, ainda que não explicitada na carta estadual ou lei orgânica, irradiaria seus efeitos em todo o âmbito nacional, ainda que com as adaptações pertinentes. Por outro lado, jamais poderíamos usar uma norma de reprodução proibida no âmbito estadual ou municipal como paradigma analógico, justamente em face da vedação de que tal regra incida nos âmbitos regionais e locais. O que nos resta? Resta concluir, a toda evidência, que a natureza jurídica da norma constitucional, que permite ser empregada como paradigma analógico para suprir lacunas em constituições estaduais e leis orgânicas, é de norma de reprodução permitida. Não sendo dado ao juiz eximir-se de julgar um caso por não haver norma que o regule (*non liquet*), tem-se que a única via possível é valer-se de uma analogia, empregando uma norma da Constituição Federal que possua natureza de reprodução permitida. Pelo menos, até que o ente federativo faça bom uso da sua autonomia, passando a normatizar a hipótese até então esquecida. Alguma solução necessariamente há de ser adotada pelo Estado ou Município, ainda que não seja idêntica àquela eleita pela União.

4.3 CARÁTER ESTÉTICO E PRÉ-CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA

Conforme foi dito alhures, a simetria possui uma inegável qualidade estética e de organização. Padrões simétricos costumam ser associados ao que é belo e ordenado. Pessoas mais perfeccionistas, por exemplo, costumam corrigir um quadro torto na parede, alinhar os sapatos deixados na gaveta ou até mesmo organizar roupas por cores. Trata-se da poderosa influência estética que a simetria exerce sobre os seres humanos.

Consoante a doutrina processualista, o juiz não é neutro, mas deve ser imparcial. Significa que todo magistrado carrega consigo suas experiências de vida, traumas, opiniões íntimas e marcas deixadas em sua biografia. No entanto, exige-se que aja com imparcialidade. Ora, o mesmo raciocínio é de ser aplicado àquele que exerce o poder constituinte originário, isto é, ao ser humano que redige uma Constituição. Este não é neutro e pode ser fortemente influenciado pelas ideias de simetria, mesmo que de maneira inconsciente.

Ferreira Filho (2009, p. 143), por exemplo, assevera que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Judiciário a iniciativa para deflagrar o processo legislativo (art. 61), apresentando projetos de lei, em razão do amor que os povos latinos nutrem pela simetria, e não da separação dos poderes. Segundo o referido autor:

[...] se a reserva dessa iniciativa resguarda o Judiciário contra intromissões extemporâneas, não impede seja o Legislativo que decida sobre a organização dos serviços, secretarias etc. do Judiciário.

Em realidade, o amor à simetria, tão caro aos povos latinos, é que mais tem inspirado essa concessão, cuja importância é secundária. De fato, em muitos Estados onde o Judiciário não conta com a iniciativa legislativa, sua independência é bem mais respeitada do que nalguns onde goza ele desse poder.

Como se vê, para além da preordenação das constituições estaduais e leis orgânicas, a simetria atua subliminarmente, em um momento pré-constitucional, como uma poderosa influência estética a ser exercida inconscientemente sobre aquele que chamou para si a missão de organizar, alinhar e padronizar os elementos constitutivos de um dado Estado Nacional, por meio da feitura de uma Constituição.

5 CONCLUSÃO

Diante das considerações tecidas, é possível apontar algumas conclusões alcançadas neste estudo:

a) Perquirir se Estados e Municípios devem ou não observar um parâmetro da Carta Federal, quanto às suas organizações políticas fundamentais, poderá envolver uma zona cinzenta de indeterminação, porque o raciocínio envolve a interpretação de um *silêncio constitucional*.

b) À luz de uma classificação tricotômica, inspirada nos modais deonticos, o raciocínio pode ser sistematizado com mais facilidade. É possível classificar as normas constitucionais em três categorias: normas de reprodução obrigatória, normas de reprodução permitida e normas de reprodução proibida.

c) O princípio da simetria, a depender da natureza da norma tomada como referência, poderá assumir dois conteúdos distintos: uma dimensão negativa e uma dimensão positiva.

d) A dimensão negativa do princípio da simetria traduz a observância cogente de um modelo federal, quando em jogo uma norma de reprodução obrigatória e um silêncio mandatório. O STF tem considerado como normas de reprodução obrigatória aquelas que versam sobre a separação dos Poderes, o processo legislativo, as Comissões Parlamentares de Inquérito e os Tribunais de Contas.

e) A dimensão positiva do princípio da simetria é lastreada na autonomia adesiva, para copiar ou não um modelo federal, quando diante de uma norma de reprodução permitida e de um silêncio permissivo. Nesse caso, a simetria atua mais como um argumento de analogia do que como um princípio propriamente dito. Na hermenêutica constitucional, a dimensão positiva deve assumir um peso argumentativo maior. O campo normativo é indicado por exclusão: aquilo que não é obrigatório é permitido.

f) O próprio constituinte originário pode sofrer a influência da simetria, mas, nessa hipótese, trata-se de um raciocínio pré-constitucional e estético, não de um comando jurídico.

g) O pacto federativo e a existência de normas de reprodução proibida autorizam a dedução de um princípio da *assimetria*, por vezes, associado à ideia de um silêncio proibitivo. A assimetria deverá ser observada, principalmente, quando a norma constitucional referir-se ao

Estado e não à União; quando cuidar de uma exceção constitucional e quando envolver matérias de competência privativa da União.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHAVES DE OLIVEIRA, Jorge Hélio. Olhar jurídico de Jorge Hélio. **O Povo On Line**, Fortaleza, 5 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/colunas/olharjuridico/582523.html>>. Acesso em: 13 abr. 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3. ed. Cidade: Revista dos Tribunais, 2010.

COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas/SP: Russell Editores, *Kindle Edition*.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O poder constituinte**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

HAMILTON, Alexander; MADSON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HORTA, Raul Machado. **A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Santa Maria, 1964.

_____. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. Normas centrais da Constituição Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 135.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Presidencialismo**. São Paulo: Atlas, 2004.

ROHMANN, Cris. **O livro das ideias**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito Constitucional Estadual**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

A QUESTÃO DA JUSTA CAUSA NA DESTITUIÇÃO DOS ADMINISTRADORES:

UMA ANÁLISE LUSO-BRASILEIRA

Lívia Ximenes Damasceno¹

RESUMO: Este trabalho teve como objetivo analisar a destituição dos administradores nas sociedades. Foi feita uma análise comparativa da legislação de dois países, Brasil e Portugal. A questão da destituição dos administradores é resolvida, por regra geral, em ambos os países em análise, pela livre destituição. Sob essa regra, o administrador poderá ser destituído da sua função sem qualquer motivo em específico. Questionou-se a possibilidade de, no estatuto, conter uma cláusula específica que modificasse essa regra geral, ou seja, uma cláusula exigindo que para o administrador ser retirado de sua função fosse necessária uma justa causa. Depois, tratou-se do que seria exatamente “justa causa”, ressaltando-se que não é o mesmo conceito dado pelas leis trabalhistas. Por fim, tratou-se dos benefícios e malefícios da destituição com e sem justa causa.

Palavras-chave: Administradores. Destituição. Justa causa.

THE QUESTION OF JUST CASE ON THE DIMISSAL OF DIRECTORS: A LUSO BRASILIAN ANALYSIS

ABSTRACT: This study aimed to analyze the removal of directors in companies. A comparative analysis of the legislation of two countries, Brazil and Portugal was made. The issue of removal of directors is resolved, as a rule, in both countries under review, the free removal. Under this rule, the administrator can be removed from their duties without any reason in particular. Questioned the possibility of the statute contain a specific clause to modify this general rule, ie a clause requiring the administrator to be removed from its function a fair issue was necessary. Then, this was exactly what would be “just cause”, stressing that it is not the same concept given by labor laws. Finally, he talked about what would be the benefits and harms of dismissal with or without cause.

1 Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra em Portugal. Especialista em Direito Civil e em Direito Empresarial pela Faculdade Professor Damásio de Jesus. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Professora de Direito Empresarial e Direito Civil (Contratos) na Faculdade Evolução Alto Oeste Potiguar. E-mail: livia.ximenes@yahoo.com.br

Keywords: Directors. Dimissal. Just case.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intento de falar da destituição dos administradores nas sociedades, especificamente no que tange à questão da justa causa. Será feita uma análise, primordialmente, da destituição de um administrador nas sociedades anônimas; porém, comentários aos outros tipos societários também não de ser feitos.

Estudar-se-á tal assunto de forma comparada entre a legislação portuguesa e brasileira. Ressalta-se, todavia, que a legislação brasileira, ao contrário da portuguesa, adota o sistema dualístico (germânico) na estrutura orgânica para a administração e controle das sociedades anônimas. Sistema este que, após o advento da Lei nº 6.404/76, tornou-se obrigatório, com exceções para as sociedades fechadas privadas de capital fixo, cuja duplicidade nos órgãos da administração é opcional.

Desta forma, irá se comparar, analogicamente, o conselho de administração português com a diretoria² brasileira.

Em ambos os países em análise, a questão da justa causa é pouco discutida, tendo em vista que a legislação já se manifestou expressamente pela desnecessidade de justa causa na destituição de um administrador. No presente trabalho, porém, buscar-se-á, questioná-la.

Abreu (2013)³, em decorrência dos argumentos utilizados por Correia (1993)⁴, questiona a justa causa da seguinte forma:

A perda da confiança dos acionistas nos administradores, com ou sem razões ponderosas, não poderia fundamentar a justa causa? Devem os administradores ser a “*longa manus*” dos sócios majoritários ou servir o interesse comum de todos os sócios e, eventualmente, outros interesses

2 A diretoria é um órgão que reúne um conjunto de poderes e atribuições harmônicas entre seus membros, os quais os exercem individualmente. [CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de Sociedades Anônimas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 161]. É composta por, no mínimo, 2 membros que exercerão o cargo por um prazo máximo de 3 anos com a possível reeleição.

3 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013. v. 2. p. 629-630.

4 CORREIA, Luís Brito. **Os administradores de Sociedades Anônimas**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 699-702.

legítimos? Não poderá haver justa causa de destituição quando os administradores se revelam incapazes de responder às novas exigências da sociedade, mesmo que estas novas exigências sejam em decorrência de rápidas mudanças no mercado ou no quadro de circunstâncias que a sociedade atua? Para o estímulo do trabalho do administrador em prol dos acionistas, não seria suficiente a possibilidade de destituição com justa causa, bem como as possibilidades de não reeleição ou de ações de responsabilidade civil?

Em busca de responder tais questionamentos, no primeiro capítulo, será exposto o que é a destituição dos administradores, a sua regra geral, o conceito de justa causa. No segundo, serão demonstradas as posições das doutrinárias a cerca da necessidade ou não de se exigir justa causa na destituição, bem como os argumentos utilizados na defesa da sua posição.

2 DESTITUIÇÃO DOS ADMINISTRADORES

O cargo de administração nas sociedades é de suma importância, principalmente nas sociedades anônimas, visto sua função ser a de servir a sociedade da forma mais eficaz, para a concretização do interesse dela sem desmerecer, contudo, a sua importância nas demais sociedades.

A destituição do cargo de administrador é uma das formas de cessação da relação de administração, juntamente com a caducidade, renúncia e acordo revogatório. Na destituição, a sociedade, por ato unilateral, através do seu órgão competente, retira os poderes de um ou vários administradores, pondo fim, portanto, à relação de administração.

2.1 REGRA GERAL DA DESTITUIÇÃO NO BRASIL E EM PORTUGAL

A regra geral, tanto no Brasil como em Portugal, para todos os tipos societários⁵, é a livre destituição do administrador, ou seja, a sociedade pode fazer cessar a relação de administração a qualquer momento e sem a necessidade de justa causa.⁶

5 Ressalta-se que, apesar de a regra geral ser a mesma entre todos os tipos societários, ela se aplica mais fortemente a uns tipos do que a outros.

6 Fora da regra (exceção), no direito português, ficam os gerentes com direito especial à gerência (257º, 3) e os administradores (simultaneamente) membros da comissão de auditoria (nas sociedades anônimas com estrutura organizatória do tipo monístico) – art. 423º, E, 1 – [ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Diálogos com a jurisprudência, III. Destituição de Administradores. **Direito das Sociedades em revista**. Coimbra, v. 5, ano 3, p. 16, mar. 2011].

Essa conclusão pode ser retirada, na lei portuguesa, nos artigos 191º⁷, 257º, 403º, 430º do Código das Sociedades Comerciais - CSC para a sociedade em nome coletivo, por quotas e anônimas de sistema tradicional, monístico⁸ e germânico, respectivamente. Na lei brasileira, encontra-se no art. 1063 do Código Civil para as sociedades limitadas⁹ e art. 143 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S/A) para as sociedades anônimas¹⁰.

O que se percebe, nesses artigos, é a desnecessidade de expor algum motivo que justifique a destituição do administrador. Isso não significa, contudo, que não existam casos em que haverá, sim, motivos e, quando houver, as consequências decorrentes da destituição não serão as mesmas para os casos sem justa causa. A título de informação, quando ocorre destituição sem justa causa, no direito português, é garantida ao administrador destituído uma indenização; no direito brasileiro, todavia, esse direito não é garantido por lei. O administrador, porém, terá direito a uma indenização ao ser destituído sem justa causa caso o próprio estatuto assim preveja.¹¹ ¹²

7 A regra, de acordo com o artigo em questão, só é válida para os gerentes não sócios. O contrato de sociedade pode prever, entretanto, que a regra seja aplicada também aos gerentes sócios, em caso contrário ou em omissão do contratual, o gerente sócio só poderá ser destituído com alegação em justa causa.

8 Exceção à comissão de auditoria (art. 423 – E, 1 do CSC Português).

9 Chama-se, no Brasil, as sociedades por quotas de sociedade limitada.

10 Exceção para a comissão de auditoria. (art. 142, IX, parágrafo 2º da Lei das S/A)

11 Em concordância com o não dever de indenizar a destituição: ATO ADMINISTRATIVO. LEGALIDADE. DESTITUIÇÃO DO CARGO DE DIRETOR DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - SOCIEDADE ANÔNIMA. DANO MATERIAL. Considerando que a Administração Pública, tanto pode revogar como também pode invalidar seus próprios atos, bem como há previsão no estatuto de constituição da empresa de que **o Conselho de Administração está autorizado a deliberar sobre a destituição de seus Diretores (fls. 50/53), não há que se falar em ilegalidade do ato quando destituiu do cargo de diretor de desenvolvimento e projetos**. As sociedades de economia mista sob forma de sociedade anônima é imposição que consta de lei de âmbito nacional (Lei nº 6.404/76, inciso II do art. 142), tendo em vista que Estados e Municípios não tem competência para legislar sobre direito civil e comercial. Observo, pois, a presença de um ato administrativo, baseado na conveniência e oportunidade da Administração Pública, representada, neste caso, pelo Conselho de Administração. Além disso, observo presente o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, com respaldo nos princípios basilares insertos no artigo 37, caput, da Constituição da República, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. **Por isso, não vislumbro que tenha havido dano material decorrente do ato administrativo**. [BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Relator: Desembargador Osmair Couto. Data de Julgamento: 25 abr. 2006. Tribunal Pleno, grifo nosso].

12 Para mais informações sobre as consequências da destituição com e sem justa causa: LABAREDA, João. **Direito Societário Português**: Algumas Questões. Lisboa: Quid Juris? Sociedade editora, 1998. p. 83 et seq.

Ressalta-se, por fim, que a destituição de um administrador não exige nenhum motivo para ser considerada válida, mesmo sendo discricionária, é válida e é, portanto, um ato lícito.

2.1.1 CLÁUSULA EXIGINDO JUSTA CAUSA

Outro ponto importante de frisar é a questão da possibilidade ou não do estatuto fixar uma cláusula exigindo a justa causa na destituição dos administradores, ou seja, uma cláusula que exceção a regra geral da livre destituição.

Em Portugal, no que tange às sociedades por quotas, o artigo 257º, nº 2 do CSC manifesta-se, expressamente, a aceitar tal cláusula contratual. Em relação às sociedades anônimas existe divergência doutrinária. A doutrina majoritária não acata essa possibilidade de existir uma cláusula estatutária permitindo apenas a destituição com justa causa e argumenta “a impossibilidade de derrogação de normas com caráter cogente das disposições que regulam a sociedade anônima”¹³. A doutrina contrária, por sua vez, entende que tal raciocínio aplicado às sociedades por quotas pode e deve ser igualmente aplicado às anônimas, alegando para isso que “não se percebe quais interesses de ordem pública, dos credores sociais ou da sociedade impeçam a derrogação estatutária da regra da livre destituição”¹⁴. No Brasil, diferentemente, a doutrina coloca-se quase unânime a considerar a impossibilidade de existir cláusula estatutária exigindo a necessidade da justa causa nos casos de destituição, pois as regras sobre “demissibilidade *ad nutum* é matéria de ordem pública, não podendo o estatuto revogá-la”¹⁵.

2.2 CONCEITO DE JUSTA CAUSA

O conceito de justa causa, no direito português, não vem expresso na lei, assim cabe à jurisprudência e à doutrina defini-lo, entretanto, não se deve confundir este com o conceito da justa causa trabalhista. Coaduna

13 RODRIGUES, Ilídio Duarte. **Administração da sociedade por quotas e anônimas**. Lisboa: Petrony, 1990. p. 243.

14 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013. v. 2. p. 643. Em concordância com esse pensamento: LABAREDA, João. **Direito Societário Português: Algumas Questões**. Lisboa: Quid Juris? Sociedade editora, 1998. p. 86-87.

15 CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de Sociedades Anônimas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 83.

com esse pensamento, Correia (1993)¹⁶, ao dizer que o conceito de justa causa de despedimento da lei laboral (o mais elaborado pela doutrina e jurisprudência) parece demasiado restritivo.

O art. 257º do CSC aponta, exemplificativa e genericamente, como justa causa a violação grave dos deveres do gerente e a sua incapacidade para o exercício normal das respectivas funções¹⁷. O art. 403º, n. 4 do CSC também aponta exemplificadamente a justa causa como sendo a violação grave dos deveres do administrador e a sua inaptidão para o exercício normal das respectivas funções.

Rodrigues (1990)¹⁸ sustenta que a justa causa há de ser um fato ou uma situação que torne inexigível à sociedade o respeito pelo interesse da estabilidade do vínculo por parte do administrador, ou seja, tem que existir uma situação que torne praticamente impossível a manutenção da relação de administração. Labareda (1998)¹⁹, por sua vez, diz que há justa causa na destituição de gerentes, administradores ou diretores quando, atentas às circunstâncias da sociedade e do gestor, ser àquela inexigível que mantenha a relação de administração e ao gestor ser infundada a pretensão de que a sociedade permaneça com a relação.

A impossibilidade da continuidade do vínculo, relatada anteriormente, dar-se-á, em decorrência do que diz a lei, da violação dos deveres do gerente (administrador ou diretor) e da incapacidade ou da inaptidão.

No que diz respeito à violação dos deveres dos administradores (deveres estatutários, deveres legais específicos, deveres legais gerais²⁰), segundo Abreu (2013)²¹, a própria lei comina hipóteses da destituição com justa causa: arts. 398º, 5 e 254º, 5 (exercício não autorizado de atividade concorrente com a da sociedade); 447º, 8 (não comunicação com a sociedade,

16 CORREIA, Luís Brito. *Os administradores de Sociedades Anónimas*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 706.

17 VENTURA, Raúl. *Sociedades por Quotas: comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2006. v. 3. p. 92.

18 RODRIGUES, op. cit., p. 246.

19 LABAREDA, op. cit., p. 82.

20 Para mais informações a respeito dos deveres dos administradores: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Responsabilidade Civil dos Administradores*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2010.

21 ABREU, op. cit., p. 632.

com culpa, da posse, aquisição, oneração ou cessação de titularidade de ações e obrigações); 449º, 4 e 450º (abusos de informações). Constituem igualmente justa causa de destituição os comportamentos criminosos previstos no CSC; os comportamentos criminosos praticados no âmbito da sociedade; a prática reiterada de atos excedendo o objeto social -mesmo que não danosos- (art. 6º, 4); a apresentação injustificadamente tardia dos relatórios de gestão e das contas do exercício (arts. 65º, 5; 67º e o art. 20º, 1, h, 2º parte do CIRE); o desrespeito de regras básicas da escrituração da sociedade; o aproveitamento em benefício próprio de oportunidades de negócio ou de bens da sociedade; a perda, intencional ou por desleixo, de condições necessárias ou convenientes para a vida da sociedade; entre outros.

Em relação à incapacidade, ainda em conformidade com o autor supracitado, essa resulta, essencialmente, na revelada falta de conhecimentos necessários para uma gestão ordenada e/ou na impossibilidade física decorrente, por exemplo, de doença prolongada (ou incurável) impeditiva do exercício normal das respectivas funções²². Para além dessas situações, o referido autor cita outras que podem inviabilizar a manutenção da relação de administração, tais quais: situações referíveis aos administradores enquanto tais (ex.: desentendimento frequente entre administradores – mesmo que não culposos – que prejudiquem o bom andamento dos negócios sociais) ou de forma pessoal (ex.: insolvência de um administrador que reflita negativamente na sociedade – afugentando financiadores ou clientes e prática de algum crime praticado fora da sociedade que abale seriamente a confiança no caráter do administrador)²³.

No Brasil, a doutrina manifesta-se pouco a esse respeito. O motivo de tal fato é a desnecessidade de se conceituar justa causa, já que, como visto, independentemente da destituição ter fundamentos ou não, não cabe nenhum direito indenizatório ao administrador destituído. Ademais, apenas informa-se que a justa causa deverá ser comprovada diretamente em uma ação de responsabilidade, ou seja, “quando haja motivo grave, deve haver a justificativa sumária na ata, deixando-se para a ação própria de responsabilidade (art.159 da lei 6.404/76) a invocação fundamentada dos motivos no seu inteiro teor”²⁴. Visto isso, para que o administrador tenha contra si uma ação de responsabilidade, deverá violar deveres e responsabilidades do seu cargo, tais como: o dever de diligência, de

22 ABREU, 2013, p. 633. Em sentido contrário, no que tange a incapacidade: CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de direito das sociedades**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1. p. 896.

23 ABREU, op. cit., p. 636.

24 CARVALHOSA, 2009, p. 82.

respeitar a finalidade das suas atribuições, dever de lealdade, dever de informar e de respeitar os possíveis conflitos de interesse²⁵.

3 NECESSIDADE OU NÃO DA JUSTA CAUSA NA DESTITUIÇÃO?

Sabe-se já que a função de administrador é a de servir a sociedade, a fim de alcançar todos os interesses por ela perseguidos.

Em decorrência da função do administrador em face da sociedade, assinala Labareda (1998)²⁶ que não podia a lei deixar de tender a conferir prevalência ao interesse da sociedade na sua normal conflituação com o interesse pessoal dos gestores, sem prejuízo da fixação de esquemas de compensação quando o interesse lesado o mereça. A expressão privilegiada dessa tendência revela-se exatamente no poder de destituição, acolhido em termos significativamente amplos.

Ambas as leis em análise conferiram amplos poderes aos sócios de uma sociedade para que estes possam destituir os seus administradores sem muitas burocracias.

A favor da regra da livre destituição, Correia (1993)²⁷ diz que, nos casos de perda da confiança dos sócios nos administradores, que normalmente resultam da descoberta de atos ilícitos, de inabilidades ou erros de gestão, deve-se conceder, ao órgão competente para a destituição, a possibilidade de decisão rápida e, porventura, até inesperada para o administrador, visto que não se pode deixar que um administrador, nessas circunstâncias, continue a ter amplos poderes decisórios sobre os bens dos acionistas que nele não confiam, bem como prevenir qualquer possibilidade de o destituído exercer represálias ou dificultar a prova dos seus atos. Cita, também, a questão de haver mudanças rápidas no mercado ou no quadro das circunstâncias em que a sociedade atua, exigindo, para isso, alterações de estratégia e de novas pessoas mais adequadas para as realizar.

Entende-se, no presente trabalho, que tais argumentos utilizados pelo autor referem-se, primordialmente, no que tange a importância de se trocar de administrador o mais breve possível, pois a demora

25 Estes deveres e responsabilidades estão descritos na Lei das Sociedades Anônimas no Capítulo XII, Seção IV. Para mais informações sobre o assunto: BULGARELLI, Waldírio. **Manual das Sociedades Anônimas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 179 et seq.

26 LABAREDA, op. cit., p. 70-71.

27 CORREIA, Luís Brito. **Os administradores de Sociedades Anônimas**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 700.

poderia ocasionar um prejuízo à sociedade, pois a perda de confiança, principalmente as que resultam da descoberta de atos ilícitos, inabilidades ou erros de gestão, bem como a incapacidade para acompanhar as novas estratégias do mercado, são questões que justificariam a justa causa. Ora, caso o administrador incorra em alguma dessas situações, deixará de exercer a sua função corretamente como tal e, desta forma, incorrerá nos conceitos de justa causa acima descritos.

Já em relação à importância de substituição rápida do administrador, apesar de existir no ordenamento jurídico português, especificamente no art. 1484º-B do CPC, a possibilidade de um processo especial de destituição e suspensão de administradores que, em tese, tornaria o processo de destituição mais célere, ainda carece de muitas regulamentações, assim, mesmo ao tentar recorrer a este instituto, a sociedade poderia sim, ainda, ser prejudicada com a demora na destituição dos administradores²⁸. O motivo do perigo da demora, porém, seria suficiente para viabilizar a desnecessidade de justa causa? E quanto à indenização paga aos administradores destituídos sem justa causa, não seria também um prejuízo à sociedade, visto que é ela que arca com o montante da indenização?

Outro argumento também utilizado pelo autor supracitado, agora em relação exclusiva da confiança, é a constante troca de acionistas em determinada sociedade. Assim, portanto, seria importante aos novos acionistas possuírem confiança em quem está administrando a sociedade.

Sem dúvida, a regra da livre destituição serve aos interesses (ao menos) dos sócios de controle – não só dos atuais, como também dos futuros (as tomadas de controle estão facilitadas pelo fato de se saber que é possível renovar imediatamente a administração). E quando os administradores da sociedade recebem ordens dos sócios majoritários que sejam contrárias aos seus deveres como administrador? Eis o dilema do administrador: ou obedece (embora saiba que não tem de obedecer e que o acatamento é contrário ao seu dever de diligência) e mantém-se no lugar, ou não acata as instruções e arrisca-se a ser destituído (apesar de sem justa causa)²⁹.

Em continuidade, Correia (1993) levanta ainda a questão da motivação dos administradores, ou seja, como os administradores podem ser destituídos a qualquer tempo, eles encontram-se em constante motivação para exercer a sua função da melhor forma possível.

28 Para mais informações a cerca desse tipo processual: Miscelâneas do IDET, n. 7: O Processo especial de destituição e suspensão dos gerentes problemas suscitados pelo nº 2 do artigo 1484º-B do CPC.

29 ABREU, op. cit., p. 630.

De fato, a motivação é de suma importância para qualquer profissional, não sendo diferente no cargo de administração das sociedades. Por outra perspectiva, a motivação, intrinsecamente ligada à instabilidade do cargo de administração, é de prévio conhecimento do administrador, então convencionar uma indenização a título de estabilidade da relação de administração não reduz os efeitos que se deseja ter em manter o administrador sempre motivado?

Em contrapartida, a doutrina contrária à destituição sem justa causa, notoriamente a alemã, manifesta sua opinião na necessidade de independência dos administradores, afirmando que estes devem sempre observar os deveres de lealdade e, com isso, trabalhar sempre em prol dos interesses da sociedade, ponderando os interesses dos sócios, os quais não poderão destituí-lo livremente.

Por fim, Ripert (1977)³⁰, doutrinador francês, afirma que a regra da livre destituição é ruim, pois vai de encontro à estrutura institucional da companhia. E em decorrência do fato de ser a assembleia geral que elege os membros do Conselho de administração, membros esses que terão poder legal de direção da sociedade, faz uma comparação desse sistema ao sistema de mandato dado aos governantes de um país. Por isso, entende que só caberia à assembleia destituir os seus administradores com justificado motivo, submetendo a decisão ao Poder Judiciário.³¹

Diante do exposto, percebe-se que ambos os argumentos sobre a necessidade ou não de justa causa são fortes e plausíveis. Não se conseguindo, portanto, precisar, exatamente, qual sistema seria melhor do que o outro. Em decorrência disso, nem mesmo os doutrinadores afirmam com toda a certeza qual seria o mais adequado à sociedade, apesar de pouco se discutir a cerca desse assunto, tendo em vista a legislação ter se acatado expressamente o sistema da livre destituição.

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou as legislações portuguesas e brasileiras no que tange a destituição dos administradores, tendo sido constatado que, apesar de terem estrutura orgânica para a administração e controle das sociedades anônimas distintos, no aspecto aqui tratado, pouco diferem.

30 RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité élémentaire de Droit Commercial*. 9 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977. v. 1. p. 784.

31 Ressalta-se, todavia, que a posição defendida por Ripert (1977), só continua válida àqueles que consideram a relação de administração semelhante ao mandato público.

A regra da livre destituição impera nos dois países. Portugal a acata, mas garante ao administrador destituído o direito a uma indenização. O Brasil, todavia, não garante esse direito ao destituído.

Falou-se também da possibilidade de existir uma cláusula estatutária exigindo justa causa para a destituição. Em Portugal, apesar da doutrina maioritária não acatar tal possibilidade, existem renomados juristas, como Coutinho de Abreu e João Labareda, a defender essa possibilidade, por não vislumbrarem quais direitos de ordem pública, de credores sociais ou da sociedade que impeçam a derrogação da cláusula de livre destituição. No Brasil, a doutrina mantém-se praticamente unânime a não aceitar tal cláusula nos estatutos.

Abordou-se o conceito de justa causa que, nos dois países, a doutrina tende a entender como o fato que torne insustentável a manutenção da relação de administração. A própria lei, por sua vez, elenca alguns fatos que concorrem para tornar essa relação de administração insustentável, tais como: deveres de cuidado, lealdade, diligência, etc.

Posteriormente, argumentos prós e contras da regra da livre destituição de vários ordenamentos jurídicos distintos foram expostos.

Após essas análises, conclui-se que a livre destituição dos administradores traz mais benefício à sociedade, pois proporciona agilidade e confiança dos sócios. Argumentos esses, aqui, considerados prevalentes em face aos argumentos contrários à regra. Quanto à questão da indenização, porém, não se percebe a necessidade dela, apenas se nota um prejuízo da sociedade quando tem de pagá-la, visto que o administrador, antes de assumir o cargo, tem pleno conhecimento da instabilidade da função que irá exercer e mesmo assim a aceita, não havendo, portanto, em que se falar em danos materiais, pois são inerentes à profissão.

Por fim, também não se vislumbra, nesse *paper*, quais direitos da ordem pública, de credores e da própria sociedade barram a possibilidade de cláusula estatutária exigindo justa causa. Portanto, nada melhor do que a própria sociedade decidir, nessa questão, o que será melhor para facilitar o alcance dos seus objetivos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013. v. 2.

_____. **Do abuso de direito**. Coimbra: Almedina, 2006. Reimpressão da edição de 1999.

_____. **Responsabilidade Civil dos Administradores**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. Diálogos com a jurisprudência, III. Destituição de Administradores. **Direito das Sociedades em revista**. Coimbra, v. 5, ano 3, mar. 2011.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as sociedades por ações. Diário Oficial [da República Federativa da União], Brasília, 16 dez. 1976.

BULGARELLI, Waldírio. **Manual das Sociedades Anônimas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de Sociedades Anônimas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de direito das sociedades**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1.

CORREIA, Luís Brito. **Os administradores de Sociedades Anônimas**. Coimbra: Almedina, 1993.

CRISTIANO, Romano. Órgãos da Sociedade Anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CUNHA, Paulo Olavo. **Direito das Sociedades Comerciais**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

JESUS, Solange Fernanda Moreira. O Processo Especial de Destituição e Suspensão dos Gerentes: problemas suscitados pelo nº 2 do artigo 1484º-B do CPC. In: **Miscelâneas do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho**, n. 7. Coimbra: Almedina, 2011.

LABAREDA, João. **Direito Societário Português: Algumas Questões**. Lisboa: Quid Juris? Sociedade editora, 1998.

PORTUGAL. **Legislação Comercial e das Sociedades Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2012.

RIPERT, Georges; ROBLOT, René. **Traité élémentaire de Droit Commercial**. 9 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977. v. 1.

RODRIGUES, Ilídio Duarte. **Administração da sociedade por quotas e anônimas**. Lisboa: Petrony, 1990.

VENTURA, Raúl. **Sociedades por Quotas: comentário ao Código das Sociedades Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2006. v. 3.

SOMOS TODOS IGUAIS: A UNIÃO CONSTITUCIONAL DE CASAIS HOMOAFETIVOS E O PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN

Vítor Boaventura Xavier¹

RESUMO: O presente artigo tematiza a questão da previsão constitucional à união homoafetiva a partir da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, paradigmática do rompimento com o passado constitucional. A constitucionalidade da união homossexual é fruto de raciocínio interpretativo que considerou os princípios enunciados pela Constituição para concluir pela viabilidade da formalização perante a jurisdição brasileira. O enfoque será a problematização da questão constitucional ilustrada pelo *Leading Case*, a ADPF nº 132, a partir da perspectiva de Ronald Dworkin e de raciocínios adicionais acerca da Moralidade, da Justiça e do Direito.

Palavras-chave: União Homoafetiva. Constitucionalidade. Princípios. Comunidade política. Igualdade. Valoração. Moral decisão. Resposta imperativa.

WE ARE ALL EQUALS: THE SAME-SEX CIVIL UNION AND A THEORETICAL ESSAY ON RONALD DWORKIN'S REASONING

ABSTRACT: The paper deals with the constitutional possibility of a same sex civil union starting from the decision, by the Brazilian Supreme Federal Court in the case: "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132", illustrative of the disruption to the constitutional past. The same-sex civil union's constitutionality results from an interpretative reasoning that has considered the main principles declared by the text to end up reaching its possibility in the Brazilian Legal Jurisdiction. Focused on questioning how the inquiry made on the leading case gets a clear answer when taken into Ronald Dworkin's perspective inasmuch additional reasoning among morality, Justice and Law.

1 Graduando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Pesquisador iniciante do Programa de Iniciação Científica PROIC/UnB. E-mail: vitorboaventura5@gmail.com.

RECEBIDO EM: 22/06/2015 ACEITO EM: 10/07/2015

Keywords: Same-sex civil union. Constitutionality. Principles. Political community. Equality. Valuation. Moral decision. Imperative answer.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132² e a Ação Direta de

- 2 “ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na

Inconstitucionalidade nº 4277³ adotou postura paradigmática ao reconhecer

posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em: 05 maio 2011. DJe, Brasília, DF, n. 198].

- 3 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL.

HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão

a possibilidade constitucional da união estável para casais do mesmo sexo com ineditismo no Estado brasileiro. As ações foram ajuizadas pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, e pela Procuradoria-Geral da República, respectivamente.

O governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ), na ADPF nº 132, alegou que o não reconhecimento da união entre casais do mesmo sexo seria contrário aos preceitos fundamentais constitucionais da igualdade, da liberdade e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, pleiteou que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil⁴, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.⁵

A ADI nº 4277 pretendia reconhecer a entidade familiar da união entre indivíduos do mesmo sexo e a igualdade para a ampliação dos direitos e deveres daqueles casais em união estável também para as uniões homoafetivas. Com as decisões no sentido de afirmar os direitos dos casais em união estável também aos homossexuais, a Corte Suprema

em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em: 05 maio 2011. DJe, Brasília, DF, n. 198].

4 “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher; configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição da família.” [CC, art. 1723, caput].

5 Supremo reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**. Brasília, maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>> Acesso em: 4 dez. 2013.

posicionou-se de maneira contramajoritária, em garantia, portanto, dos direitos fundamentais enunciados pela Carta da República.

Esse rompimento com o passado⁶ com a concepção tradicional dos relacionamentos é elemento central da discussão a seguir, cujo enfoque será a problematização da questão constitucional ilustrada pelo *leading case*, a ADPF nº 132, a partir da perspectiva de Ronald Dworkin e de raciocínios adicionais acerca da Moralidade, da Justiça e do Direito.

Isso porque, apesar da convicção de que a “justiça envolve virtude e escolha: meditar sobre a justiça parece levar-nos inevitavelmente a meditar sobre a melhor maneira de viver” (SANDEL, 2012, p.18), da investigação acerca da posição adotada pela Corte emerge a conclusão de que decisão tomada foi a mais adequada à igualdade constitucional, além de sua justificativa em consideração ao direito como integridade⁷.

Dworkin percebeu que, ante o poder decisório dos juízes, a interpretação com sede em princípios enunciados pela Constituição, aplicando-os aos casos controvertidos ou *hard cases*, seria possível reduzir a incidência de concepções morais e individuais de Justiça em detrimento da postulação normativa, postulada justamente por emergir de pacto comunitário.

Assim, alternativa à conformação do poder decisório do julgador às máximas da Constituição seria a distinção “entre princípios que estabelecem direitos, por um lado, e políticas (*‘policies’*) que fixam objetivos sociais coletivos por outro”⁸, de modo que os juízes, quando no exercício de suas atividades, devem julgar baseados em princípios, delegando aos demais poderes do Estado temas ínsitos às suas esferas. (NINO, 2010; DWORKIN, 2002).

Os juízes devem, além disso, deterem-se a considerar, em suas decisões, princípios que façam parte de uma teoria “que não só permita justificar todas as outras decisões que os se proponham a tomar, como

6 Os ministros estavam conscientes de seu papel nesse sentido, conforme observou o Ministro Celso de Mello em seu voto: “Na realidade, Senhor Presidente, o julgamento que hoje se realiza certamente marcará a vida deste País e imprimirá novos rumos à causa da comunidade homossexual.” [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Voto: Celso de Mello. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em: 05 maio 2011. DJe, Brasília, DF, n. 198, p. 227, grifo nosso].

7 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Camargo. Versão Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

8 NINO, Carlos Santiago. **Introdução a análise do direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 511.

também justifique todas as normas institucionalmente reconhecidas [...]”⁹. A seguir, prosseguiremos rumo à verificação da coerência do *leading case* com as citadas restrições discricionárias, bem como com a adequação de princípios, imprescindível para a teoria de Dworkin, motivo pelo qual vamos atentar alguns pontos importantes à sua elaboração teórica.

I) A abordagem principiológica e os trabalhos de Ronald Dworkin

O que é o Direito? O teórico buscou focalizar a conceituação do Direito, sobretudo com ênfase na sua aplicação. Diante de respostas em aberto e da dificuldade em definir conceitualmente o termo, apontou para a relevância dos casos, em que as definições são aplicadas. A teoria do Direito e a sua prática seriam, sob essa perspectiva, elementos indissociáveis.

A integridade do Direito é, portanto, o objetivo fundamental do autor. A compreensão do Direito como integridade refere-se à ideia de coerência constitucional, coerência essa com os princípios partilhados pela comunidade personificada. A integridade é também uma exigência, uma virtude atraente e fundamental à relação entre Democracia e Direito.

Dworkin acreditava ser o Direito um campo em que perguntas não incitam diversas respostas. Ao contrário, as questões jurídicas conteriam somente uma resposta: a resposta correta. Contraponto importante às teorias axiológicas da Justiça e do Direito, considerou que a única imparcialidade possível na contemporaneidade é a parcialidade completa. Dessa forma, inicia sua análise pelo factual para proceder uma crítica conceitual.

No período do pós Segunda Guerra, a constituição e a operacionalização do Direito demandavam legitimidade, vigorava sentimento de mal-estar com as dimensões científica, prática e o conteúdo artístico ou não do Direito – a prática e a democracia deveriam se conectar para o êxito dessa demanda. Assim, a ordem constitucional (compreendida como fundamento da aplicação do direito) se fundiu à legitimidade – fundamental à compreensão do Direito - seja nas sociedades modernas ou pós-tradicionais.

Esse novo contexto inaugurou nova lógica, em que características antes periféricas tornaram-se essenciais ao conceito de Direito: a interpretação das decisões e a operacionalização crítica do campo jurídico. Dworkin propõe, assim, uma análise principiológica (deontológica), em que princípios vigoram com força normativa, porém distintos às regras, quando em situação de colisão.

9 Idem, p. 512.

As antecipações devem ser evitadas e verificadas nos casos concretos, consideradas as distinções inerentes a cada caso existente. O Direito é também entendido como contrafactual ou contramajoritário¹⁰, sendo sua questão central *como* estabelecer a liberdade, a legitimidade discursiva e sua conciliação com o sentido da igualdade que emana da Constituição. A Democracia é entendida como legitimação dos direitos majoritários em concomitância a um sistema de garantias contramajoritárias (capazes de garantir respeito às minorias e aos seus direitos fundamentais).

Os precedentes não poderiam ser imposições imparciais às distinções semânticas e fáticas decorrentes do passar do tempo, pois o Direito precisa adaptar-se à temporalidade e transformar-se. A justificação ou superação dos precedentes nas decisões judiciais representariam não uma postura equivocada perante o Direito; ao contrário, denotariam habilidade dos advogados e operadores do Direito em trazer, abandonar ou negar elementos em consideração às especificidades dos casos concretos em análise. (DWORKIN, 1999).

II) A questão interpretativa

A interpretação é ponto não menos importante. Dworkin assevera que uma postura interpretativa¹¹ perante o Direito é necessária, visto que determinadas práticas e tradições são compartilhadas, porém podem conter a controvérsia e o contraditório em si. A linguagem, sua tessitura sempre aberta mostram o incômodo com a questão do 'agulhão semântico'¹².

A tessitura aberta da linguagem mostra-se como algo a ser enfrentado pelo Direito. A interpretação vigora com tal centralidade na atividade jurídica que ao próprio conceito de Direito é conferida a ideia de análise das relações entre texto e princípio. Fica clara a distinção entre os pressupostos epistemológicos do início da Modernidade e os pressupostos

10 Dworkin afirma a igualdade ou outros valores considerados relevantes à manutenção dos direitos fundamentais e resguarda a principal assertiva democrática, e também legitimadora do constitucionalismo: 'somos livres e iguais'. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Camargo. Versão Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

11 A interpretação poderia ser dividida em *interpretação conversacional; científica; artística; ou interpretação de uma prática social* – sendo as duas últimas formas de interpretação criativa. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Camargo. Versão Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

12 O agulhão semântico refere-se ao fato de que somente "podemos discutir se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar como exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses". (DWORKIN, 1999, p. 55). Assim, a verdadeira divergência somente seria possível se aceitos e seguidos os mesmos critérios para decidir nossas posições.

da Modernidade tardia, de mais reflexão. A sociedade passa a refletir sobre si mesma, a pensar não sobre uma ordem e seu papel em um estado de coisas, mas, sim, a pensar a própria ordem e a própria sociedade, debate presente também na seara jurídica, notadamente, um fruto do social.

A correta apreensão do sentido de interpretação depende da retomada da questão da linguagem e seus pressupostos filosóficos. Importante a distinção entre a Filosofia Analítica e Hermenêutica na Modernidade tardia. A primeira, representada pelas ideias, buscou uma estrutura da linguagem, de forma mal sucedida. Enquanto isso, a segunda, buscou as condições de significação da linguagem – a qual operaria não somente como jogo, mas também como pano de fundo.

O agulhão semântico e a tessitura aberta da linguagem não precisariam de resolução, mas justamente de interpretação, de forma que a dúvida fundamental acerca da linguagem pudesse permanecer. O enfrentamento da questão por Dworkin proposto opera sob lógica gadameriana da interpretação.

Diante desse cenário, que papel desempenha a interpretação do Direito em uma sociedade democrática? Atento ao fato de que regras e seu sentido arbitrário referem-se à existência pura das enunciados, inexistentes em crítica ou valor, Dworkin mostra que uma interpretação somente pode ser considerada válida a partir da Constituição, e que nas sociedades em que a postura interpretativa vigora, a atenção às regras “deixa de ser mecânica; não é mais a deferência a uma ordem única. As pessoas agora tentam impor um *significado* à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la a luz desse significado.”¹³

Façamos uma digressão hermenêutica: quando se interpreta um texto, influencia-se pelas pré-compreensões. Contudo, ao final da leitura, retorna-se às pré-compreensões agora alteradas pela influência da experiência hermenêutica que acaba de tomar rumo. Dworkin ressalta que o Direito aproxima-se da Literatura, pois ambos são campos em que sentidos são atribuídos a textos, o que não isenta o produto do Direito de críticas, constante a crítica aos seus fundamentos e legitimidade passam a ser questionados. O ceticismo em relação ao direito e a demanda por um conteúdo crítico à hermenêutica são colocações pertinentes.

13 DWORKIN, 1999, p. 58.

A tese cética¹⁴ principal advoga ser um erro filosófico “supor que as interpretações podem ser certas ou erradas, verdadeiras ou falsas”¹⁵. Sua explicação evita a discricionariedade e indaga inicialmente se o Direito é funcional, além do que rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas – não estratégicas. O Direito deveria ser, assim, imparcial, e também a sua aplicação, dado que apresenta utilidade quanto aos aspectos valorativos da sociedade e critica tanto a ideia de que direitos individuais possam prevalecer sobre aquilo que de outra forma, traria melhor futuro ou vantagens à comunidade, como os desafios à aplicação do direito como integridade (impossibilidade de garantir a ação dos agentes do direito quando no ato de sua aplicação).

Em resposta, Dworkin alerta que a defesa cética da rigidez arrisca o direito à prática recorrente de arbitrariedades. Por vezes, a hermenêutica pretende-se acrítica, e assim reveste-se de argumentos de autoridade cuja pretensão é a inibição da crítica à interpretação jurídica, de consequências tais como a abusiva utilização de argumentos de autoridade por aqueles que já a detém. Vale lembrar que a ênfase axiológica, e também legalista do Direito, incitou mal-estar e ceticismo, uma vez ser recorrente a inverídica concepção de que em Direito existe uma infinidade de interpretações – todas válidas. A distinção entre certo e errado, adequado e inadequado, é necessária à qualquer crítica.

No entanto, a própria crítica exige características básicas para sua realização: “devem, todos, ‘falar a mesma língua’”, em ambos os sentidos da expressão. Mas essa semelhança de interesses e convicções só deve manter-se até um certo ponto: deve ser suficientemente densa para permitir a verdadeira divergência, mas não tão densa que a divergência não possa manifestar-se”. (DWORKIN, 1999, p. 77).

Em tópico intitulado *Uma digressão: a justiça*, Dworkin compara a ideia da Justiça com o princípio da cortesia, uma vez que, assim como

14 Divisão entre ceticismo interior e exterior da atividade da interpretação. Ceticismo interior como “posição autônoma’ sobre a melhor interpretação de alguma prática ou obra de arte, e o ceticismo *no exterior e em torno* dessa atividade”. (DWORKIN, 1999, p. 96). Dworkin mostra que enquanto um cético interior diria: “Você está errado”, um cético exterior diria: “Concordo com você, também penso ser essa a leitura mais esclarecedora da peça”. Isso implica dizer que o ceticismo interno volta-se à substância, “apoiada na solidez da atitude interpretativa geral para pôr em dúvida todas as possíveis interpretações de um objeto de interpretação específico” (DWORKIN, 1999, p. 97), enquanto o ceticismo externo é “uma teoria metafísica, não uma posição interpretativa ou moral”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Camargo. Versão Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

15 Idem.

a cortesia, seria uma *Instituição* que interpretamos, dotada de história, a qual cada um de nós adere “quando aprendemos a adotar a atitude interpretativa a propósito de exigências, justificativas e desculpas que vemos outras pessoas formulando em nome da justiça”. (DWORKIN, 1999, p. 91).

A existência de paradigmas relativos à ideia do justo, da Justiça relaciona-se intimamente aos argumentos pacíficos acerca da cortesia. Mostra que a Justiça, enquanto instituição interpretativa, não pode ser concebida de maneira avalorativa, ao contrário, uma concepção de justiça interpretativa tem em si a ideia de compromisso, de onde seu valor provém. (DWORKIN, 1999).

A narrativa, compreendida à luz do pensamento de Dworkin, constitui mecanismo que permite o giro da História, a admissão de argumentos opostos, sua abertura para o futuro sem qualquer perda de coerência interpretativa. No Direito, isso se dá mediante a manutenção da coerência¹⁶ e da legitimidade. Exemplo dessa abertura, ou mesmo da possibilidade de rompimento com paradigmas do passado, aconteceu com a mudança de posicionamento da corte norte-americana do caso *Blasse Versus Ferguson* em comparação ao caso *Brown Versus Board of Education of Topeka* e no julgamento pelo STJ da ADPF nº 132. Diante da infinidade de teorias e concepções, desde as mais conservadoras às mais pragmáticas, os argumentos acerca do Direito não podem estar ausentes em conteúdo principiológico.

Nesse sentido, as decisões em casos difíceis devem ser tomadas levando-se em conta uma argumentação que considere o Direito como direito (integridade) e sejam coerentes quanto aos seus princípios. Argumentação essa vedada ao apontamento de qualquer outra coisa senão o Direito e a sua correta aplicação do direito, garantida mediante o recurso aos argumentos ‘constitucionais’ e ao raciocínio jurídico. (DWORKIN, 1999).

As relações entre Direito e Política são abordadas em diversos momentos pelo autor ao longo do texto. Em um primeiro momento, mostra-se que a Política recorre ao Direito para obter legitimidade; enquanto isso, o Direito busca na Política a força para sua efetividade (operacionalização). Os debates entre ativistas e originalistas são um exemplo em que a

16 A coerência é o compromisso, o posicionamento do aplicador do direito, no ato de aplicação das leis, munido do conteúdo argumentativo principiológico. No entanto, a coerência emerge em contexto de colisão, enfrentamento de princípios opostos para a obtenção da melhor decisão – da decisão coerente. (DWORKIN, 1999).

distinção, por ele considerada fundamental, entre Direito e Política não acontece. Dworkin afirmou que quer seja o ativismo ou o originalismo, os dois efetivamente faziam o Direito, utilizando-o como pretexto para a aplicação de um ideário político. (DWORKIN, 1999).

A seguir, passemos à exposição da ideia de Dworkin acerca da noção de integridade na Política e no Direito.

A integridade é virtude política, “ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal” (DWORKIN, 1999, p. 261), uma virtude atraente a admitir interesses e vontades individuais sempre desafiantes. A integridade resultaria, pois, do tensionamento constante entre uma equanimidade abstrata (*fairness*) e exigências concretas por Justiça. A coerência constitucional ou “*moral coherence*” refere-se à coerência para com os “*moral rights*”. Assim:

A integridade como um ideal político se adapta e explica características de nossa estrutura e prática constitucional que, de outro modo, mostram-se enigmáticas. Desse modo, sua posição como parte de uma interpretação bem-sucedida dessas práticas depende de saber se interpretá-las desse modo ajuda a mostrá-las em sua melhor luz. (DWORKIN, 1999, p. 259-260).

Operar com essa tensão remete à integridade de modo tal que o Direito não possa ser reduzido à mera adoção de procedimentos. Evidente a concepção de Democracia do autor, o qual a compreende como conjunto de normas abstratas em adição a procedimentos que resultam em algo. Contrário ao decisionismo, Dworkin ressalta que, pelo fato de os raciocínios acerca da Justiça sempre ocorrerem por meio de juízos de valor absolutamente concretos, impossível a identificação e satisfação das exigências por Justiça a não ser a partir da análise dos casos e da atenção às suas particularidades.

As comunidades se instituem por serem conjuntos de indivíduos a partilharem espaços comuns em um dado momento. Sua personificação seria processo de causa aleatória, espontânea no tempo, para prover a si própria o cuidado, a garantia a si própria da equidade, igualdade e justiça. A coerência para com os princípios da comunidade bem como a aplicação desses aos casos concretos somente é possível se conseguirmos apreender de maneira completa o conceito de comunidade política para o autor.

Uma vez instituídas, as comunidades passam a determinar as regras de sua convivência – estabelecem-se laços normativos. Neste ponto, as

normas, ou regras gerais abstratas não se importam com qualquer outra circunstância ou argumento principiológico, os princípios são tomados como regras¹⁷.

Em suma, após etapa *fática* de instituição e consolidação, e uma passagem pelas *regras*, as comunidades constituem-se como *comunidades de princípios*, cuja virtude soberana é a igualdade. Logo, o funcionamento concreto das normas passa a oferecer conteúdo principiológico, para o qual um juízo de adequação de princípios é imprescindível. Nesse sentido:

Uma associação de princípio não é, automaticamente, uma comunidade justa; sua concepção de interesse equitativo pode ser falha ou violar direitos de seus cidadãos ou de cidadãos de outras nações, do mesmo modo que em qualquer comunidade associativa verdadeira, como vimos há pouco. Mas o modelo dos princípios satisfaz as condições da verdadeira comunidade melhor do que qualquer outro modelo de comunidade possível para pessoas que divergem sobre a justiça e a equidade a serem adotadas. (DWORKIN, 1999, p. 257).

Ao contrário das comunidades de regras, as quais, apesar de serem comunidades sempre modernas - calcadas em princípios - os tomavam como regras, a comunidade de princípios liberta-se do texto¹⁸. Percebe a impossibilidade da subsunção inquestionável às regras e exige que o Direito opere como uma justificativa capaz de conferir ao conteúdo normativo caráter de justiça (DWORKIN, 1999).

Antes de avançar ao próximo ponto, cabe uma análise mais detalhista da postura da comunidade diante dos direitos fundamentais e princípios considerados soberanos. A abertura do direito para o futuro impõe pensar a existência de um contexto de imprevisibilidade acerca das circunstâncias a partir das quais os princípios irão incidir, pois, nos momentos de crise, os direitos fundamentais são limitadores do jogo político. Liberal para as questões políticas, contrário ao pragmatismo e seu inerente consequencialismo estrito, Dworkin defende esse posicionamento restritivo da ação na arena política, conforme segue:

17 Dworkin classifica as possíveis soluções adotadas pelas comunidades diante dos de situações difíceis ou moralmente controvertidas.

18 Não se trata de desconsiderar a importância do texto. Ao contrário, ele é o vetor da interpretação. No entanto, não pode ser tomado como regra, e sim como princípio. Em todo caso, vale indagar: o que dizer de matérias produzidas por legislaturas comprometidas com a injustiça ou o desrespeito aos princípios fundamentais partilhados pela comunidade? (DWORKIN, 1999).

Para cumprir essa função de ‘travas’ contra medidas que sacrificam algumas pessoas com a justificativa de que isso redundaria em maior benefício de outras, esses direitos devem ser reconhecidos por normas de caráter constitucional ou tratados internacionais. Embora os procedimentos democráticos de eleição e controle dos órgãos estatais tornem menos factível a violação desse princípio, não garantem de modo algum que uma maioria não possa sacrificar, em prol de seus próprios interesses, certos indivíduos ou grupos minoritários, por isso o funcionamento de uma democracia deve ser limitado pelo reconhecimento de direitos individuais que não estão submetidos ao voto majoritário. (NINO, 2010, p. 493-494).

Ressalte-se que questões tais como o reconhecimento da união estável para casais homoafetivos poderiam ser facilmente indeferidas se submetidas à consulta popular. Exemplo recente ocorreu na Califórnia, em plebiscito realizado sobre a permissão do casamento entre casais do mesmo sexo, onde a maioria dos cidadãos do estado manifestou-se contrariamente ao matrimônio¹⁹. Dessa forma, fica claro que a maioria da população, ao manifestar-se sobre tais temas controversos, pode decidir perfiçada em suas concepções e ideologias e olvidar direitos de minorias.

A jurisprudência norte-americana pode também nos ser útil à tarefa por nós empreendida na análise da ADPF 132 à luz do pensamento de Dworkin. A opinião da Ministra-presidente da Suprema Corte de Massachusetts, no caso *Goodbridge versus Departamento de Saúde Pública* (2003), apesar de fazer menção ao casamento, é ilustrativa a esse respeito:

Muitas pessoas têm sólidas convicções religiosas, morais e éticas de que o casamento deveria limitar-se à união de um homem e uma mulher e de que a conduta homossexual é imoral. Muitas têm convicções religiosas, morais e éticas igualmente sólidas de que pessoas do mesmo sexo têm direito a se casar e de que casais homossexuais deveriam receber o mesmo tratamento dado a casais heterossexuais. Nenhuma dessas opiniões responde à questão que temos diante de nós. Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não impor nosso código moral. (MARSHALL apud SANDEL, 2012, p. 318).

A integridade obriga a consideração também de uma união estável entre cidadãos do mesmo sexo, uma vez que o posicionamento em contrário representaria nada além de discriminação contra esses indivíduos, além da negação da igualdade constitucionalmente resguardada a todos integralmente. Em que residiria a coerência de princípios em uma decisão a esse respeito? Façamos um exame mais atento sobre a integridade no Direito (DWORKIN, 1999).

19 Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/11/06/us/politics/06ballot.html?_r=0>. Acesso em: 20 jun. 2015.

O exame da integridade no Direito terá início com a contraposição às manifestações convencionalistas do direito enquanto “relatos voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro”. (DWORKIN, 1999, p. 271). Conforme exposto, Direito aproxima-se da Literatura, de modo que às atividades humanas de uma forma geral é atribuído caráter interpretativo. Assim, o sentido da compreensão não pode ser separado da interpretação subjetiva, da temporalidade e das experiências culturais. Essa questão enaltece a abertura do Direito para o futuro.

Os problemas dos convencionalistas e dos pragmáticos quanto ao conceito de Direito e também sobre sua relação com a Política são superados. À integridade não importa se juízes, quando em sua aplicação, efetivamente fazem ou descobrem o Direito. A tessitura aberta da linguagem, quando analisada por pragmáticos ou convencionalistas, produz nada além de política. Aos primeiros, o consequencialismo estrito, por vezes, os impede de decidir em atenção às especificidades do caso e ao cumprimento das exigências por justiça do mesmo. Aos segundos, o contrário. A coerência exigida para com os pactos da comunidade muitas vezes reveste-se de rigidez e o conteúdo de suas decisões, sempre discricionárias, desconsidera a integridade no direito. (DWORKIN, 1999).

A teoria literária, embora muito semelhante ao direito compreendido à luz do pensamento de Dworkin, não responde diretamente problemas jurídicos. Diante da semelhança entre a literatura e o direito, o autor tenta construir argumentos para a solução das indagações do direito. Entendido tal como uma narrativa, uma obra literária coletiva, passa a ter investigado seu nexos, sua autoria, encadeamento e coerência.

A interpretação jurídica passa a ser caracterizada como obra de autoria indeterminada, fruto do trabalho de várias mãos ao longo da História. Além disso, as dissonâncias e rupturas com o passado devem estar garantidas para a manutenção da coerência. Da mesma maneira que ocorre na Literatura, a significação e o compromisso com a coerência não podem ser imutáveis, inflexíveis em relação às mudanças no tempo. Justamente por essa rigidez, a defesa dessa linearidade para a coerência deve ser evitada, visto que a dissonância, conforme exposto anteriormente, é primordial à coerência do texto. Trata-se não da negação da consonância, mas também a admissibilidade da dissonância, da resignificação do passado. (DWORKIN, 1999).

III) A União homoafetiva como a única resposta correta e considerações finais

Consoante a natureza da narrativa proposta, a análise da decisão da ADPF nº 132 à luz do pensamento de Dworkin teve o detalhamento referente aos pormenores do caso decididamente abreviado, seguindo-se breve exposição do posicionamento do relator, o Ministro Ayres Britto, cuja argumentação e voto foram acompanhados, pelo menos em parte, pela maioria do colegiado:

[...] têm sido ininterruptamente violados os preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica (ambos topograficamente situados no caput do art. 5º), da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º). Donde ponderar que a homossexualidade constitui “fato da vida [...] que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros”. Cabendo lembrar que o “papel do Estado e do Direito em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos.”²⁰

Notadamente, nas *alegações constitutivas da fundamentação ou causa de pedir*, o relator citou o compromisso constitucional para com os Princípios da Igualdade, Liberdade, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Segurança Jurídica, Razoabilidade ou da Proporcionalidade.

Ilustrativo também o seguinte excerto dos fundamentos do pedido do governador do Rio de Janeiro, ao requerer a aplicação do “método analógico de integração do Direito para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões igualmente estáveis que se dão entre pessoas de sexo diferente.”²¹

A decisão da corte constitucional brasileira foi interessante, sobretudo, por incitar raciocínios acerca da Moralidade e da Justiça. Inevitável parece ser, diante da decisão da arguição em análise, questionar se a decisão da Corte foi a mais justa, a decisão correta. Indagação cujas respostas distintas, em razão de argumentos, deixam a impressão ao observador desatento que uma infinidade de argumentos é capaz de dirimir a questão, seja a favor da igualdade de direitos ou da sua negativa.

Bem verdade que todas as respostas, consideradas em seus argumentos, avalorativos ou deontológicos, defendem como sua a melhor explicação, a decisão mais correta dentre todo o universo de possibilidades disponível. Entretanto, apenas uma decisão é correta e aceita *in casu*.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em: 05 maio 2011. **DJe**, Brasília, DF, n. 198, p. 11.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em: 05 maio 2011. **DJe**, Brasília, DF, n. 198, p. 12.

A integridade, assim, exige dos juízes uma postura independente das pré-concepções, da religião, da posição política dos mesmos. É uma postura que exige dos magistrados encarar o Direito como tal, de modo a perseguir e garantir, através do raciocínio principiológico, os valores mais elementares e imprescindíveis à comunidade personificada. Toda a exposição anterior buscou ressaltar essa postura compromissada para com a coerência constitucional, mesmo quando a coerência impõe decisões difíceis, contramajoritárias. O Direito, sob essa perspectiva, pode não se popularizar, porém mantém-se firme na luta pela justiça nas decisões. O ministro Celso de Mello, ao proferir o seu voto, observa, de maneira sensível, essa questão:

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional.

Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, o proferir este julgamento – que já se mostra impregnado de densa significação histórica -, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática.²²

Impossível, parece-nos, a este ponto, conceber decisão da Corte para a Arguição do Governo do Estado do Rio de Janeiro de qualquer outra forma que não essa. Apesar de difícil, por ser um caso em que princípios colidem, é observável a interposição de conflitos entre direitos fundamentais constitucionais. Sandel relembra que a sustentação da autonomia e da liberdade de escolha podem não ser suficientes para justificar o direito dos casais homoafetivos a se unirem perante o Estado. Devemos indagar, para além, muito além da defesa das liberdades de escolha, se a união homoafetiva é “digna de respeito e reconhecimento por parte da comunidade”. (SANDEL, 2011, p. 319).

Assim, a integridade demanda que a força normativa principiológica seja levada a sério. Levá-la a sério, em termos práticos, significa afirmar o direito à união desses casais, independentemente se do mesmo sexo ou de

²² Ibid., p. 227-228.

sexo oposto. A virtude política, quando aceita pela comunidade, pretende-se universalista em um aspecto primordial: o compromisso para com a perseguição de uma interpretação e aplicação do Direito à sua melhor luz. O ato de aplicação tornou-se ato de compreensão (DWORKIN, 1999).

REFERÊNCIAS

CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. **Cadernos da Escola Legislativa**. Belo Horizonte, v. 5, n. 3, p. 22-71, jan./jun. 1997.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Camargo. Versão Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução a análise do direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.