

REVISTA JURÍDICA DA
PROCURADORIA-GERAL DO
DISTRITO FEDERAL

CENTRO DE ESTUDOS

ISSN 0419-4454

RJPGDF	Brasília	v. 40	n. 1	p. 1-239	jan./jun. 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
Vanessa Barbosa da Silva
Lityz Ravel Hendrix Brasil Siqueira Mendes

COLABORADORES
Alexandre Leone Rodrigues
Rosineide Rodrigues Muniz

PRODUÇÃO GRÁFICA/DIST.
Zona Cultural Produções Visuais

Capa / Diagramação:
Lucimar F. Jorge

Revisão:
Edna Alves

Foto Capa:
Bruna Queiroz

*Solicita-se permuta. Pídesse 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, 2015.
v. 40, 21,5 cm.

Periodicidade semestral
ISSN 0419-4454

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

CDU 34(05)

PARECERISTAS CONVIDADOS

Adamir de Amorim Fiel	Idenilson Lima da Silva
Amom Albernaz Pires	Jorge Barbosa Teodósio
Ana Maria Isar dos Santos Gomes	Júlio César de Paula Guimarães Baía
Andrea de Albuquerque Nobre	Júlio César Moreira Barbosa
Aroldo Velozo de Carvalho Júnior	Júlio César Morgan Pimentel de Oliveira
Bernardo Vassalle de Castro	Leandro Zannoni Apolinário de Alencar
Bruno César Gonçalves Teixeira	Leonardo Antonio de Sanches
Bruno Paiva da Fonseca	Leonardo Vieira Lins Parca
Camila Rocha Portela	Lígia de Fátima Pereira de Brito
Carla Gonçalves Lobato	Lucas de Oliveira da Silva
Carlos Odon Lopes da Rocha	Luís Fernando Belém Peres
Carolina da Silva Gomes	Luiz Filipe Ribeiro Coelho
Cassimiro Marques de Oliveira	Marcos Euclésio Leal
Clarissa Reis Iannini	Marlon Tomazette
Daniel Augusto Mesquita	Natália Brezolin Vuori
Dilma Carvalho Dias Nogueira	Niedjha Lucienne Abdalla Santos
Eduardo Muniz Machado Cavalcanti	Paulo Henrique Figueredo de Araújo
Fernando José Longo Filho	Paulo Sérgio Ferreira Filho
Filipe Ferreira Munguba	Rafael Soares Duarte de Moura
Flávia Aparecida Squinca	Raphael Sampaio Malinverni
George Antonio de Sousa Rosa	Renata Barbosa Fontes da Franca
Grace Adelaide Freitas de Abreu	Sérgio Murta Machado Filho
Guilherme Pereira Dolabella Bicalho	Valdson Gonçalves de Amorim
Heloísa Monzillo de Almeida	Vítor de Medeiros Lula da Mata
Hugo de Pontes Cezário	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

A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo <i>José Sérgio da Silva Cristóvam</i>	13
O Regime Constitucional das Regiões Metropolitanas e seus desafios <i>Ivan Luis Barbalho Maia</i>	35
Interesse público e a responsabilidade da administração nas terceirizações trabalhistas <i>Bernardo Vassalle de Castro</i>	57
Alteração do uso de imóveis: flexibilização do planejamento urbano de Brasília em busca de adequação às demandas sociais <i>Lília Almeida</i>	73
A tutela inibitória ambiental como instrumento para a prevenção da poluição sonora urbana <i>Alexandre Silva dos Santos</i>	91
Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) <i>Gabriela Luna Santana Gomes</i>	117
Declaração de Inconstitucionalidade de benefício fiscal de ICMS concedido sem prévio convênio CONFAZ e consequências práticas <i>Luciana Marques Vieira da Silva Oliveira</i>	135
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: parâmetro, objeto e subsidiariedade <i>Rafael Carvalho de Fassio</i>	165
Teoria Geral da Fraternidade Objetiva: dar o peixe ou ensinar a pescar? <i>Mauricio José dos Santos Bezerra</i>	185
Mandado de Injunção 27 anos: história e memória <i>Luiz Felipe da Mata Machado Silva</i>	201

DOCTRINA ESTRANGEIRA

O rótulo ecológico europeu e a cidadania ambiental

Carlos Sérgio Madureira Rodrigues..... 219

APRESENTAÇÃO

A Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal chega à edição de seu volume 40, n. 1, afirmando-se como um valioso veículo de aperfeiçoamento do Direito Brasileiro - prestigiada por articulistas, pareceristas e leitores em todo o país.

O crescente interesse que nossa Revista vem despertando em toda a comunidade jurídica nacional, tanto pela qualidade do material publicado aqui como pela mútua colaboração com outras mídias no país, reflete a aproximação e alimenta o avanço de sua classificação CAPES no padrão de excelência para revistas científicas.

Então, seguros de que estamos no caminho certo, reafirmamos nosso compromisso com o desenvolvimento constante desse instrumento, ao tempo que agradecemos e parabenizamos a todas as pessoas que despenderam esforços para que mais essa leitura chegasse às nossas mãos.

Brasília, 11 de setembro de 2015

PAOLA AIRES CORRÊA LIMA

Procuradora-Geral do Distrito Federal

NOTA DO EDITOR

A presente edição da Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal se inicia 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 dotadas de dignidade. O autor prega, assim, a superação do paradigma tradicional do regime jurídico administrativo fundado na lógica da verticalização de prerrogativas e privilégios da Administração Pública, bem como da concepção de que interesse público e privado estejam, *ipso facto*, em oposição.

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 descon sideração da personalidade jurídica, previsto no Novo Código de Processo Civil. Tendo a autora produzido es corço teórico sobre questões de direito material associadas 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 exp ressas 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 CÔNFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária). Amparada em percuciente 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 inovar no ordenamento, não podendo essa ser aplicada de forma retroativa.

Rafael Carvalho de Fassio 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 n. 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 duto autor português, preocupações quanto ao risco da má 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

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ESTRUTURANTE DO DIREITO ADMINISTRATIVO

José Sérgio da Silva Cristóvam¹

RESUMO: O presente ensaio aborda o tema da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo, a partir da construção de um renovado regime jurídico administrativo, com a travessia de um modelo mais autoritário, imperativo e autocrático de Administração Pública (paradigma tradicional), para uma perspectiva mais consensual, dialógica, isonômica, democrática e de construção plural das decisões administrativas (paradigma da Administração Pública democrática).

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Princípios constitucionais estruturantes. Regime jurídico administrativo. Administração Pública democrática.

THE HUMAN DIGNITY AS A STRUCTURAL CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT: This paper discusses the theme of human dignity as a structural constitutional principle of Administrative Law, from the construction of a new legal administrative system, with the crossing

¹ Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutorado Sanduíche junto ao Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade Técnica de Lisboa (Portugal). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Especialista em Direito Administrativo pelo CESUSC (2003). Professor de Direito Administrativo nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito do CESUSC. Professor de Direito Administrativo na ESMESC, na ESA-OAB/SC e na ENA/Brasil, em convênio com a École Nationale d'Administration (l'ENA/França), bem como em Cursos de Pós-Graduação em Direito da UNIDAVI, UNOESC, UNISUL, UnC, Estácio de Sá e diversas outras instituições. Membro fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC) e da Academia Catarinense de Direito Eleitoral (ACADE). Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Conselheiro Estadual da OAB/SC (triênio 2013-2015). Vice-Diretor Geral da ESA-OAB/SC (triênio 2013-2015). Presidente do Comitê de Mobilização para a Reforma Política (OAB/SC). Membro da Comissão de Direito Constitucional e da Comissão da Moralidade Pública da OAB/SC (triênio 2013-2015). Assessor Jurídico do Sindicato dos Trabalhadores na Rede Estadual de Ensino de Santa Catarina (SINTE/SC). Advogado militante na seara do Direito Público. *E-mail:* jscristovam@gmail.com

RECEBIDO EM: 28/06/2015

ACEITO EM: 26/08/2015

of a more authoritarian model, and autocratic imperative of Public Administration (traditional paradigm) for a more consensual perspective, dialogic, isonomic, democratic and plural construction of administrative decisions (paradigm of Public Administration democratic).

Keywords: Human dignity. Structural constitutional principles. Legal administrative system. Public Administration democratic.

1 INTRODUÇÃO

O discurso do novo constitucionalismo trouxe consigo a recuperação da centralidade do debate em torno da dignidade da pessoa humana. Seguramente, esta é uma das mais (ou a mais) rica, fecunda e recorrente temática de toda a metodologia constitucional contemporânea. Até pela abrangência e os variados enfoques, que transbordariam os limites desse estudo, a abordagem da noção de dignidade humana ficará limitada aos seus contornos básicos, no mais das vezes, relacionados ao enfoque principal do regime jurídico administrativo.²

A tamanha confiança depositada no resgate do lugar de honra da dimensão humanística, como freio e barreira àqueles mais sombrios e degradantes episódios de guerras que varreram a Europa na primeira metade do século XX, tem levado a filosofia e a dogmática constitucional a reservar-lhe um dos mais altaneiros tronos de fundamento axiológico-normativo de toda ordem constitucional, uma espécie de reitora máxima do Estado constitucional de direito. Nesse sentido, o constitucionalista pátrio Bonavides chega a defendê-la, em uma retórica de inegável exortação, como a “norma das normas dos direitos fundamentais, elevada assim ao mais alto posto da hierarquia jurídica do sistema”. Um princípio que estabelece limites à ação estatal e protege a liberdade humana, pelo que “sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em

2 Para uma análise panorâmica do princípio da dignidade da pessoa humana, seus fundamentos históricos e filosóficos e sua estrutura normativa, consultar: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Coimbra: Almedina, 2012, p. 27-57; MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 933-949. v. I.; MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro de dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados” (BONAVIDES, 2003, p. 232-233).

Com efeito, a centralidade do princípio da dignidade humana e sua condição de base axiológica dos sistemas constitucionais contemporâneos estão decantadas no discurso jurídico ocidental desde as últimas décadas do século passado. Por outro lado, tanto naquelas ordens constitucionais em que a dignidade da pessoa humana ainda não consta expressamente positivada como nos sistemas que a colocam como princípio fundamental do Estado democrático de direito (caso brasileiro), não se pode desconsiderar que “o projeto normativo, por mais nobre e fundamental que seja, nem sempre encontra eco na *práxis* ou, quando assim ocorre, nem sempre para todos ou de modo igual para todos” (SARLET, 2006, p. 26).

Não se pode negar que, da tatuagem normativa constitucional à fotografia da realidade das ruas e dos corredores palacianos dos órgãos estatais, há sempre uma desfocada e pouco nítida expressão de efetividade daqueles quadros normativos. Nada obstante, malgrado o inegável e ainda elevado *deficit* de concretização do princípio da dignidade humana na realidade sensível da sociedade brasileira, ressoa inegável o seu enorme potencial libertário e progressista, enquanto princípio fundamental do Estado democrático de direito (artigo 1º, III da CF/88). Em uma ordem constitucional como a brasileira, fortemente marcada por uma perspectiva axiológica e substantiva de promessas e compromissos liberais e sociais, a concretização da Constituição representa um projeto contínuo, multifário e sempre inacabado, uma espécie de utopia concreta, emancipatória e vinculativa, um reluzente e insuprimível farol ético, político e normativo a apontar na direção de uma comunidade cada vez mais justa e igualitária (ou menos injusta e desigual).

Nessa atmosfera sociopolítica ainda bastante hostil à igualdade material e de brutais contrastes sociais, a normatização da dignidade humana como princípio fundamental desempenha um papel decisivo, uma baliza constante a direcionar a sociedade e principalmente os poderes constituídos, inclusive sob pena de uma inequívoca crise de legitimidade, que pode tomar variadas formas, desde a apatia política até movimentos radicais de contestação, cada vez mais visíveis e acentuados, uma medida fiel de que se está a alcançar maiores níveis de maturidade democrática e consciência de cidadania, mesmo que exista uma elevada dose de ruídos, tensões e interferências nesse diálogo. Antes, porém, do debate em torno da dignidade humana como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo, convém que se apresentem as linhas gerais desse novo regime jurídico administrativo, que marca o paradigma da Administração Pública democrática.

2 O NOVO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES

O fenômeno da constitucionalização do Direito, com profundos reflexos na metodologia constitucional contemporânea, está destacadamente colonizando a dogmática jurídico-administrativa a partir da edificação de um sofisticado e abrangente sistema constitucional administrativo. A atual disciplina administrativa não pode prescindir de uma concepção umbilicalmente vinculada à matriz constitucional, o conjunto de normas constitucionais que conformam o atual regime jurídico administrativo.

Mas a adequada e sistematizada concepção de um regime jurídico administrativo, constitucionalmente vinculado enquanto estrutura normativa e conjunto de finalidades e objetivos, deve vir acompanhada da construção normativo-axiológica das suas linhas mestras (princípios estruturantes). Se considerada a superação (total ou parcial) daquele paradigma tradicional, que fundava e legitimava o regime jurídico administrativo no princípio da supremacia do interesse público, com a decorrência do assimétrico e verticalizado sistema de poderes e prerrogativas da Administração Pública, impõe-se a reconstrução das bases de justificação e conformação sistemática desse regime, agora sobre fundamentos estruturantes capazes de afinar o diálogo e manter uma dialética de legitimidade sinfônica com todo o arranjo normativo constitucional, sob a batuta instrumental e horizontalizante do Estado constitucional de direito e do paradigma emergente da Administração Pública democrática.³

Nesse contexto, em que se desenha o paradigma emergente da Administração Pública democrática, despontam como princípios estruturantes da disciplina administrativa a dignidade da pessoa humana, o Estado democrático de direito e o princípio republicano não como parâmetros normativos que possam isoladamente sustentar o regime jurídico administrativo, mas como verdadeira trindade principiológica estruturante assecuratória dos padrões de unidade interior e adequação

3 Para uma análise aprofundada sobre a questão da superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público, bem como a construção do novo regime jurídico administrativo comum ao paradigma da Administração Pública democrática, a partir dos princípios constitucionais estruturantes da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O conceito de interesse público no Estado constitucional de direito: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. 2014. 379 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

valorativa, conformadores de todo o edifício constitucional administrativo. A partir de uma leitura sistemática e comprometida com a plena efetividade das normas constitucionais, o regime jurídico administrativo, assim submetido a um verdadeiro “choque de constitucionalização”, resplandece renovado e reestilizado em seus conceitos e nos contornos dos institutos tradicionais. Não por qualquer irresponsável ou pouco ilustrada doutrina de simples abandono daquele modelo, mas por uma profunda e radical revisão da sua lógica conceitual e dos seus limites operacionais e normativos.

Por princípios estruturantes, expressão recorrentemente referida, pode-se entender aquelas “traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”, as diretrizes normativas fundamentais, constitutivas e indicativas “das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional”. Assim concebidos, os princípios estruturantes acabam por alcançar concretização pela via de outros princípios e regras constitucionais de densificação, que iluminam “o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno” (CANOTILHO, 2003, p. 1173-1174).

Nesta quadra, com esteio na doutrina do constitucionalista lusitano Canotilho (2003), vale esclarecer que os princípios estruturantes ganham concretização político-normativa a partir do correspondente conjunto de “princípios gerais fundamentais” (princípios constitucionais gerais densificadores), dos “princípios constitucionais especiais” (princípios constitucionais setoriais de densificação) e também do sistema de regras constitucionais, qualquer que seja a sua natureza (regras de organização – regras de competência, de criação de órgãos, de procedimentos; regras materiais – de direitos fundamentais, de garantias institucionais, definidoras de tarefas do Estado, constitucionais impositivas).

Este conjunto normativo de princípios (gerais e especiais) e regras constitucionais conforma e funda a própria noção de sistema normativo, inclusive a partir da importante densificação ponderacionista dos círculos de conformação legislativa e de concretização administrativa e judicial. Alerta-se que aqui não se cogita de um sentido estático ou qualquer concepção diretiva hierarquizada (dos princípios gerais para os especiais e depois para as regras), mas uma noção dinâmica, aberta, dialética e orgânica, em uma espécie de razão substantiva, adjetiva e instrumental da própria perspectiva de regime jurídico administrativo, sob as bases do Estado constitucional de direito e dos parâmetros da juridicidade administrativa.

Os firmes ventos de constitucionalização do Direito Administrativo exigem o abandono da lógica tradicional, quase sempre informada por um epicentro normativo e conceitual de dimensão estatal. No salão

nobre da juridicidade administrativa, abre-se agora a mesa de honra para a perspectiva axiológico-normativa da dignidade humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano. A própria finalidade precípua (compromisso genético) da Administração Pública está em fazer-se prisioneira cativa da promoção e defesa dos direitos fundamentais, base não só para os fins da atividade administrativa, mas também fundamento de legitimidade à própria existência estatal. Segue-se, pois, para o debate do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio estruturante desse novo regime jurídico administrativo.

3 SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ANTECEDENTES HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS

Antes do debate relacionado à perspectiva conceitual e normativa da dignidade humana, importa promover uma (ainda que) breve recuperação da sua perspectiva histórica. Essa genealogia remete à Antiguidade clássica grega, em que a noção de dignidade da pessoa estava muito relacionada à posição que cada indivíduo ocupava na comunidade política. Para a filosofia política aristotélica, fundada em uma concepção organicista de sociedade, cada indivíduo faz parte do corpo orgânico da sociedade, desempenhando sua respectiva função social. Tanto que a concepção de felicidade ou vida boa do indivíduo (bem supremo aristotélico) somente seria atingível por meio da convivência na *pólis*, onde cada qual cumpriria a sua respectiva função. Esse modelo de comunidade política permite que se possa falar em uma “quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas” (ARISTÓTELES, 2009, p. 13-17).

Mas o constitucionalista gaúcho Sarlet esclarece que, ainda na Antiguidade clássica, a partir do pensamento estoico,⁴ a dignidade já era concebida como uma qualidade inerente ao ser humano, um dado intrínseco que o distinguia das demais criaturas, “no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade”. Também na Antiguidade clássica romana o pensamento ciceroniano “desenvolveu

4 Suplanta os limites do presente estudo a apresentação do estoicismo e seus principais fundamentos filosóficos. Apenas para ilustrar: “O estoicismo, em especial, apoiava o seu Cosmopolitismo em dois elementos fundamentais: na ideia de uma razão universal que regula todas as coisas segundo uma ordem necessária; na consciência de que a razão fornece ao homem normas infalíveis de ação que constituem o direito natural. Além disso, o estoicismo, ao exaltar os valores intelectuais, fazia consistir a distinção entre o sábio e os demais homens justamente na consciência da caducidade dos ideais da pátria e do Estado”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 293-294. v. I.

uma compreensão de dignidade desvinculada do cargo ou posição social”, o que permite “reconhecer a coexistência de um sentido moral (seja no que diz às virtudes pessoais do mérito, integridade, lealdade, entre outras, seja na acepção estoíca referida) e sociopolítico de dignidade (aqui no sentido de posição social e política ocupada pelo indivíduo)” (SARLET, 2006, p. 30-31).

Ainda sobre a dimensão histórica, uma das mais influentes e destacadas contribuições à formação política e filosófica da noção de dignidade humana pode ser atribuída à doutrina teológica judaico-cristã. Uma perspectiva humanista de centralidade da pessoa humana, a mais perfeita criatura divina, pode ser recuperada já no Antigo Testamento, no Livro de Gênesis, quando o ser humano é descrito como a imagem e semelhança do Deus criador, com o desígnio celestial de crescer, multiplicar e dominar a Terra.⁵ Com o Novo Testamento e a construção das bases da moralidade cristã, a doutrina fundada no grande mandamento do “amor ao próximo” passa a figurar como um dos principais legados do Cristianismo à noção de dignidade humana.⁶

Com efeito, a teologia cristã ostenta uma posição destacada na reflexão ocidental sobre a dignidade humana, que lhe é herdeira direta, inclusive na formulação moderna da noção de pessoa, uma concepção antropológica fundada na ideia de imagem e semelhança divina. Essa perspectiva divina e espiritual da noção de pessoa conferiu primeiramente ao termo “dignidade” uma espécie de “função eminente”, passando depois para um “atributo por excelência da pessoa” (MAURER, 2005, p. 65-66). Nesta quadra, pode-se recuperar na escolástica tomista as bases de uma original e influente doutrina de autodeterminação e liberdade (arbítrio) não somente no sentido de reconhecer o fundamento da dignidade humana na imagem e semelhança do Criador, mas que “também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função de sua própria vontade” (SARLET, 2006, p. 31).

Abre-se aqui um parêntese para consignar que toda essa histórica filosofia política da fé cristã, fundada na solidariedade, no respeito e no

5 Do Antigo Testamento, no Livro de Gênesis, capítulo 1, versículo 28: “Crescei e multiplicai-vos, enchei e dominai a Terra” (Gn 1, 28). GÊNESIS. In: A BÍBLIA SAGRADA. Tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

6 Do Evangelho segundo São João, capítulo 15, versículo 12: “Este é o meu mandamento: amai-vos uns aos outros, como eu vos amo” (Jo 15, 12). JOÃO. In: A BÍBLIA SAGRADA. Tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

amor ao próximo, não impediu que no seio da Igreja Católica fossem conduzidos alguns dos mais brutais e irracionais movimentos de desrespeito e desconsideração da dignidade humana. Disto serve como mais horroroso e desumano exemplo a chamada Santa Inquisição, que por um longo período assolou boa parte da velha Europa.⁷ Por outro lado, como esclarece o constitucionalista português Miranda, movimentos como a “Doutrina Social da Igreja, as intervenções dos últimos Papas sobre problemas concretos, o Concílio Vaticano II, a ação dos bispos em numerosos países, a iniciativa de diversas comunidades, a oposição de vários grupos a regimes autoritários e totalitários”, todos estes fatores revelam “o reencontro dos católicos com os direitos e liberdades fundamentais, assim como importantes contribuições para a mudança de mentalidades e de estruturas em numerosos países, sobretudo na América Latina” (MIRANDA, 2012, p. 50).

Retomando o debate central, convém dizer que a Modernidade concluiu o processo histórico de secularização e laicização da dignidade humana, encontrando na doutrina kantiana uma das suas mais destacadas e difundidas vertentes filosóficas. Com base em uma noção de dignidade vinculada à perspectiva da autonomia ética do indivíduo, verdadeiro fundamento da noção de dignidade, erige-se a concepção de que a pessoa não pode ser tratada, nem por ela própria, como objeto. A partir da natureza racional do ser humano, a teoria kantiana funda na autonomia da vontade (autodeterminação), comum apenas aos seres racionais, a própria noção secularizada e dessacralizada de dignidade humana. A dignidade humana abandona suas vestes sacrais e assume uma nudez racional-individualista de autodeterminação, que vai acompanhá-la Modernidade afora (SARLET, 2006, p. 32-33).

A partir desses elementos filosóficos, Kant estabelece sua célebre doutrina da dignidade humana, fundada no imperativo de que o ser humano existe como um fim em si mesmo, não como meio ou instrumento, mas como a própria razão última da sua existência. Para ser fiel às exatas palavras do Filósofo de Königsberg, o ser humano “existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim” (KANT, 1980, p. 134).

7 Para um estudo sobre a Santa Inquisição, consultar: GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 8. d. São Paulo: Saraiva, 1994.

Na filosofia kantiana, os seres irracionais, cuja existência não depende da vontade humana, mas da própria natureza, possuem um valor relativo (meios) e são chamados de coisas. Assim, os seres racionais (as pessoas) não podem ser usados ou considerados como simples meios, porquanto dotados de dignidade. Dignidade que, na doutrina kantiana, é um fim diverso do preço, pois se “uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas, quando uma coisa está acima de todo preço e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade”, o que permite conhecer e reconhecer “como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço” (KANT, 1980, p. 140).

Inegavelmente, as formulações kantianas sobre a dignidade humana representam uma das mais engenhosas e importantes bases para o discurso filosófico e jurídico da Modernidade. Para o Filósofo de Königsberg, a pessoa é dotada de dignidade porque é autônoma e livre. A autonomia representa “o princípio da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”, pelo que “liberdade, autonomia e dignidade formam uma trilogia inseparável”. Mas não uma liberdade no sentido egoístico de fazer o que se quer. Para a filosofia kantiana, “o homem é autônomo quando os seus atos estão em conformidade com a lei moral. Ora, esta lei é universal. O homem age de forma livre quando obedece à razão, e não à sua razão. A intenção deve ser isenta de qualquer interesse pessoal, de qualquer paixão egoísta” (MAURER, 2005, p. 76).

Esses breves antecedentes históricos e filosóficos contribuem com necessárias reflexões para que se possa adentrar na dimensão conceitual e normativa da dignidade humana, o debate acerca do seu significado e conteúdo na perspectiva jurídico-constitucional.

4 A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO AXIOLÓGICO FUNDAMENTAL

A definição do significado e do conteúdo normativo da dignidade humana está longe de representar uma tarefa fácil, muito menos a construção de um conceito capaz de abarcar a sua complexidade histórica, cultural, axiológica e normativa e que possa ser útil e efetivo no seu processo de aplicação, sobretudo como parâmetro de limitação das ações estatais e promoção dos direitos e garantias fundamentais. Esta dificuldade conceitual decorre, em larga medida, da própria vagueza e indeterminação características dos conceitos jurídicos indeterminados, em especial a

dignidade da pessoa humana, uma noção polissêmica e marcada por uma elevada dose de ambiguidade e porosidade, submetida a um descontínuo e instável processo de construção e desenvolvimento.⁸

Mas com isso não se quer conduzir à ideia (errônea, por sinal) de que não seria possível a construção de um conceito jurídico de dignidade humana, capaz de alcançar a sua inerente complexidade. Aqui não se está a fazer referência a alguns aspectos da existência humana (integridade física, intimidade, vida), mas a “uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano”, no sentido do “valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa” (SARLET, 2006, p. 40).

Para esta parametrização conceitual, interessa recuperar os contornos em que foi estabelecida a noção de dignidade humana pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, logo após todo aquele estado de horrores e atrocidades que marcaram a Segunda Guerra Mundial. A partir de uma clara matriz kantiana de autonomia e direito de autodeterminação humana, assim prescreve o seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.⁹

Esses são os contornos pelos quais a dignidade humana se pulverizou pelas Constituições da segunda metade do século passado, com destacado *status* na Lei Fundamental alemã de 1949 (artigo 1.1), na Constituição portuguesa de 1976 (artigo 1º) e na Constituição espanhola de 1978

8 Nesse sentido, consultar: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999, p. 24.

9 Sobre a temática, importa também registrar as três primeiras justificativas que constam do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “*Considerando* que o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo; *Considerando* que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo no qual os seres humanos gozem de liberdade de expressão e de crença e da liberdade do medo e da miséria, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; *Considerando* que é essencial, para que o Homem não seja obrigado a recorrer, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, que os direitos humanos sejam protegidos pelo estado de direito”. ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/preamble.html>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

(preâmbulo e artigo 10.1), apenas para referir algumas das mais influentes no Segundo Pós-Guerra. No Brasil, com o advento da Constituição Cidadã, a dignidade humana foi alçada à condição de princípio fundamental do Estado democrático de direito (artigo 1º, III da CF/88). Há, ainda, previsão expressa no seu artigo 170, *caput*, no sentido de que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna; também, no artigo 226, § 7º, quando estabelece que o planejamento familiar funda-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; no artigo 227, *caput*, quando assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade; por fim, no artigo 230, *caput*, que garante ao idoso o amparo e a defesa da sua dignidade e bem-estar.

Nesta esteira de considerações, sem desprestigiar a perspectiva natural da noção de dignidade humana como uma qualidade inata e algo inerente à natureza humana, SARLET aponta o relevante sentido cultural da ideia de dignidade humana, “fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente” (SARLET, 2006, p. 46).

Todos esses elementos históricos, filosóficos e culturais conduzem o constitucionalista pátrio a oferecer uma sofisticada e aberta conceituação jurídica de dignidade da pessoa humana, aqui integralmente compartilhada e subscrita, enquanto qualidade intrínseca e distintiva de todos os seres humanos, que lhes garante igual respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Isso exige um complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa contra todo e qualquer ato degradante e desumano, bem como lhe garantam as mínimas condições existenciais para uma vida saudável, capazes de promover sua participação ativa e corresponsável no seu destino e na vida em comunhão com as outras pessoas.¹⁰

No Brasil, como inclusive decorre expressamente do texto constitucional, não há maiores celeumas na qualificação da dignidade da pessoa humana como norma jurídica fundamental do Estado constitucional de direito, um princípio axiológico que fundamenta e irradia normatividade para todo o sistema de regras e princípios constitucionais. Como já se disse em outras oportunidades, com o claro deslocamento do epicentro normativo

10 Nas exatas palavras de SARLET: “Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*”. (SARLET, 2006, p. 60).

constitucional do Estado para a pessoa humana, resta inegável que são os poderes constituídos e o aparato estatal que se fundam e legitimam em função da dignidade humana e não esta que se funda no Estado. O Estado é que funciona como meio (instrumento) de concretização e promoção dos ditames finalísticos substantivos e instrumentais relacionados à dignidade humana, fim e medida de legitimação da normatividade constitucional estabelecida e dos próprios poderes constituídos.

Neste quadrante, pode-se mesmo sustentar que o princípio da dignidade humana funciona como genuíno parâmetro de consubstancialidade para outros direitos fundamentais.¹¹ Inclusive, como esclarece o filósofo alemão Habermas, nada obstante a assimetria histórico-temporal entre as concepções de direitos humanos e dignidade humana, estes dois conceitos sempre guardaram um estreito nexos conceitual, embora inicialmente apenas implícito. A invocação dos direitos humanos alimenta-se da indignação dos ofendidos face à violação da sua dignidade humana. Portanto, a dignidade humana reveste-se da qualidade de “fonte moral da qual se alimentam os conteúdos de todos os direitos fundamentais”, desempenhando um “papel catalizador” na “composição dos direitos humanos a partir da moral da razão e da sua forma jurídica”, o que “explica a força explosiva, do ponto de vista político, de uma utopia concreta” (HABERMAS, 2012, p. 31-32).

Em suma, a dignidade humana apresenta-se como autêntico princípio axiológico fundamental da ordem constitucional brasileira. Uma estrutura normativa que, afora o seu inegável conteúdo ético e moral (aspecto natural, cultural e filosófico), assume o *status* de norma formal e materialmente constitucional, dotada de eficácia plena e efeito vinculante a toda ordem normativa estabelecida, às atividades legislativas, administrativas e judiciais, bem como impositiva de respeito e consideração por toda a comunidade política.

Nesse sentido, ganha destacado relevo a concepção de que o princípio da dignidade humana ostenta uma condição funcional dúplice, sendo simultaneamente limite (dimensão negativa) e tarefa (dimensão positiva) dos poderes estatais, da comunidade e dos particulares. Como um *Janus* pós-moderno, aponta diretamente para duas dimensões (faces) complementares: uma defensiva (negativa), outra prestacional (positiva). Isso, inclusive, permite a superação (em partes) daquela concepção

11 Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do Homem. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XLVII, n. 1 e 2, p. 313-331, 2006, p. 322-330.

kantiana de dignidade humana centrada na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, já que é tarefa do Estado assegurar às pessoas uma mínima condição de vida digna.

Como limite, o princípio da dignidade humana assegura que a pessoa não poderá, em qualquer hipótese, ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria ou de terceiros (até mesmo pessoas em quadros vegetativos ou alienados mentais têm direito a um tratamento com respeito humanístico e dignidade). Disso resulta a garantia de direitos fundamentais (negativos) contra atos que violem a pessoa ou a exponham a graves ameaças. Enquanto tarefa, o princípio da dignidade humana impõe deveres concretos dos órgãos estatais, capazes de proteger a dignidade de todos, inclusive por meio de medidas prestacionais (positivas) que promovam a dignidade humana e assegurem as condições existências mínimas (vida digna) (SARLET, 2005, p. 30-32). Esta dimensão dualista da dignidade humana aliada à nova topografia constitucional que aponta para a centralidade da pessoa (personalismo constitucional) oferecem valorosas possibilidades de diálogo entre o princípio da dignidade humana e o regime jurídico administrativo.

5 AS RELAÇÕES ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, A SEGURANÇA JURÍDICA, A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA, A BOA-FÉ E O PROCESSO DISCIPLINAR: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A densificação do paradigma emergente, que funda o novo regime administrativo a partir do princípio estruturante da dignidade humana, passa por um processo de reconformação e afirmação de uma série de princípios constitucionais expressos e implícitos, que ganham um novo colorido e uma renovada dimensão normativa.

Um dos princípios que reassume lugar de proeminência no novo regime jurídico administrativo é o princípio da segurança jurídica,¹² sorvendo carga de normatividade e legitimação política diretamente do princípio da dignidade humana, do regime constitucional de direitos fundamentais e da própria noção de justiça da ordem jurídica constitucional. As dimensões constitucionais de liberdade e igualdade reclamam uma sólida noção de estabilidade das relações jurídicas, com a efetiva segurança jurídica dos cidadãos e dos demais atores sociais e

12 Para um estudo panorâmico do princípio da segurança jurídica e sua relação com o princípio da legalidade, consultar: SILVA, Almiro do Couto e. Princípio da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 11-31, 2004.

econômicos na forma como são aplicadas as leis e nos mecanismos de atuação administrativa. A noção de segurança jurídica toma, assim, uma perspectiva de valor transcendental da própria ordem jurídico-política constitucional, uma das suas mais destacadas finalidades, muito mais sofisticada do que aquela posição estática e prisioneira da legalidade formal do paradigma tradicional.

No Brasil, a proteção da segurança jurídica goza de respaldo constitucional enquanto princípio constitucional implícito, que pode ser extraído diretamente do princípio da dignidade humana (artigo 1º, III da CF/88) e do sistema de proteção aos direitos fundamentais (artigos 5º, *caput* e 6º da CF/88), como também do próprio princípio estruturante do Estado democrático de direito (artigo 1º, *caput* da CF/88). Há, ainda, cláusula constitucional expressa que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI da CF/88), expressões normativas de densificação do princípio da segurança jurídica (BINENBOJM, 2008, p. 177-180).

Sobre o tema, o jurista SILVA esclarece que a segurança jurídica ostenta uma dimensão dúplice (objetiva e subjetiva): a primeira, “de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada”; a outra, “de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação” (SILVA, 2004, p. 36).

Na mesma linha, diretamente vinculado e decorrente do princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança legítima dos cidadãos impõe ao Estado o dever de não frustrar as legítimas expectativas dos indivíduos na manutenção da estabilidade da atuação estatal, ainda que, por vezes, fundada em ilegalidades. Neste quadrante, há situações que produzem na esfera de expectativas do indivíduo uma justa confiança de estabilidade, o que impõe ao Estado “limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, atribuindo-se consequências patrimoniais por essas alterações”, para preservar a “crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos” (SILVA, 2004, p. 37).

Outro princípio que assume destacada posição normativa nesse renovado regime administrativo é o princípio da boa-fé, também

diretamente vinculado ao princípio estruturante da dignidade humana e um dos seus mais ricos e dinâmicos princípios de densificação na seara jurídico-administrativa. O princípio da boa-fé assume a condição de princípio constitucional implícito, sendo que, afora o respaldo direto no princípio da dignidade humana, resta amparado naquelas disposições normativas que conferem *status* constitucional ao princípio da segurança jurídica, ante a sua aproximação operativa.¹³

No âmbito específico do Direito Administrativo, há que se reconhecer, ainda, que o princípio da boa-fé encontra seu *status* constitucional a partir da dimensão objetiva do próprio princípio da moralidade administrativa (artigo 37, *caput* da CF/88), pelo que o seu aspecto objetivo “veicula a boa-fé objetiva no campo do direito público-administrativo, exigindo um comportamento positivo da Administração e impondo a ela deveres de conduta transparente e leal”. Desta forma, há casos em que a omissão administrativa pode assegurar ao cidadão um direito subjetivo público a prestações do Poder Público ou a indenizações, de modo que a “proteção à confiança legítima dos administrados é seu principal desdobramento, não havendo, em princípio, óbice para o aproveitamento dos institutos decorrentes da boa-fé objetiva desenvolvida no campo jurídico-privado aos domínios do direito público-administrativo” (GIACOMUZZI, 2001, p. 308-309).

A doutrina especializada comumente distingue o sentido objetivo da boa-fé do seu aspecto subjetivo. Na interessante síntese de NOBRE JUNIOR, a “a boa-fé é valorada, também no direito administrativo, ora como padrão de conduta, a exigir dos sujeitos do vínculo jurídico atuação conforme à lealdade e à honestidade (boa-fé objetiva), ora como uma crença, errônea e escusável, de uma determinada situação (boa-fé subjetiva)”. Nesse sentido, o autor ressalta que a hipótese da boa-fé objetiva “alcança maior influência no terreno aplicativo, sendo de grande valia no concernente aos atos e contratos administrativos, procedimento administrativo, serviços públicos, atividade reguladora e na responsabilidade estatal na intervenção sobre a ordem econômica”. Já a dimensão da boa-fé “em sua vertente psicológica é suscetível de um mais restrito emprego, sendo de valia quanto às sanções administrativas e em algumas relações entre o Estado e seus servidores” (NOBRE JUNIOR, 2002, p. 150-151).

13 Para um estudo panorâmico sobre o princípio da boa-fé no Direito Administrativo, consultar: ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no Direito Administrativo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1917, set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11783>>. Acesso em: 03 fev. 2014; GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Na disciplina jurídico-administrativa, uma das maiores demonstrações de densificação legislativa dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima dos cidadãos e da boa-fé pode ser recuperada da Lei Federal n. 9.784/1999, em especial no artigo 2º, *caput* (previsão do princípio da segurança jurídica), no artigo 2º, *parágrafo único*, IV (atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé), no artigo 2º, *parágrafo único*, XIII (interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação), e também no artigo 54, *caput* (decadência administrativa para anulação de atos ilegais com efeitos favoráveis aos destinatários).

O artigo 54, *caput*, da Lei Federal n. 9.784/99 representa um excelente exemplo de densificação ponderativa legislativa, no sentido que, antevendo a enorme e recorrente possibilidade de colisões *in concreto* entre os princípios da legalidade administrativa e da autotutela da Administração Pública, de um lado, e os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima dos cidadãos e da boa-fé administrativa, de outro, a partir da clara ponderação favorável ao princípio estruturante da dignidade humana, mas sem desconsiderar o princípio republicano, o legislador infraconstitucional estabeleceu o prazo decadencial de cinco anos para que o Poder Público possa rever seus atos e os efeitos deles decorrentes, se favoráveis aos destinatários.

Antes do advento da referida ponderação legislativa, a Administração Pública dispunha de um espectro mais amplo de atuação, mas, mesmo assim, já havia a sua obrigação de promover a imediata concretização constitucional, com a fixação interna de limites temporais e materiais gerais (não casuísticos) à autotutela e à revisão dos atos administrativos, que, embora ilegais, trouxessem efeitos favoráveis aos destinatários, se de boa-fé. O referido espaço de ponderação administrativa decorre da aplicação direta e imediata do sistema de regras e princípios constitucionais.

Outro importante aspecto de aplicação do princípio estruturante da dignidade humana na disciplina jurídico-administrativa refere-se à seara do processo disciplinar¹⁴ e do Direito Administrativo sancionatório em geral.¹⁵ A partir do enfoque humanístico do princípio da dignidade da pessoa, inúmeros princípios constitucionais adquirem um colorido

14 Para um estudo panorâmico sobre o processo administrativo disciplinar e seus princípios constitucionais informadores, consultar: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

15 Para um estudo panorâmico sobre o Direito Administrativo sancionatório, consultar: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

normativo muito mais determinante. Neste quadrante, a simples leitura sistemática e teleológica dos princípios do devido processo legal administrativo (artigo 5º, LIV da CF/88), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV da CF/88)¹⁶ já demonstra o completo descompasso e mesmo a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante n. 05, do Supremo Tribunal Federal, quando prescreve que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.¹⁷ Mais do que uma inadequada leitura constitucional, a referida súmula normativa ofende diretamente aos artigos 1º, III e 5º, LV da Constituição Federal, do que decorre a sua inconstitucionalidade, por contraposição direta ao princípio constitucional axiológico-estruturante da dignidade humana e ao princípio constitucional da ampla defesa, que não pode prescindir da defesa técnica, no caso de processos administrativos disciplinares, porquanto diretamente relacionada ao seu núcleo essencial.

Mas não são apenas os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa que ganham nova dimensão normativa por ocasião da aplicação aos processos administrativos disciplinares. O princípio estruturante da dignidade humana coloniza em tal medida a seara do processo administrativo disciplinar e do Direito Administrativo sancionatório em geral que todas aquelas disposições de garantias constitucionais penais ao acusado passam a ostentar legítima aplicação, em maior ou menor amplitude, como elementos de garantia ao servidor e ao cidadão em geral. Apenas para exemplificar, seguem algumas disposições constitucionais penais aplicáveis no âmbito do processo administrativo disciplinar e do Direito Administrativo sancionatório em geral: tipicidade penal-administrativa e reserva de lei (artigo 5º, XXXIX da CF/88); juiz natural administrativo (artigo 5º, XXXVII e LIII da CF/88); presunção de inocência (artigo 5º, LVII da CF/88); irretroatividade da legislação penal-administrativa, salvo para beneficiar o servidor (artigo 5º, XL da CF/88); vedação ao uso de provas obtidas por meio ilícito (artigo 5º, LVI da CF/88).

Cabe ressaltar, ainda, que a atuação legislativa de ponderação e densificação constitucional não faz cessar a possibilidade de novas

16 Para uma análise da função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar, consultar: STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. A função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: aproximações entre Elio Fazzalari e Jürgen Habermas. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). **Direito e Administração Pública**: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 23-39.

17 Nesse mesmo sentido, consultar: KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. A (in)constitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 9, n. 9, p. 292-311, jan./jun. 2011.

ponderações concretas pelo Poder Público para o caso daquelas situações não alcançadas pela mediação legislativa, o que não exclui também o âmbito da ponderação judicial, todas sempre vinculadas à satisfação otimizada das finalidades constitucionais e à prevalência dos direitos fundamentais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegavelmente, a partir das considerações acima alinhadas, pode-se sustentar a existência das condições jurídicas instrumentais e substantivas de transição para um renovado regime jurídico administrativo, com a superação daquele paradigma tradicional estático, fundado na supremacia do interesse público e na lógica da assimetria e verticalização de prerrogativas e privilégios da Administração Pública. Um regime administrativo fundado na trindade principiológica estruturante da dignidade humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano. O modelo de Estado constitucional de direito e a dimensão da juridicidade administrativa constroem as bases para a travessia de um modelo mais autoritário, imperativo e autocrático de Administração Pública para uma perspectiva mais consensual, dialógica, isonômica, democrática e de construção plural das decisões administrativas (paradigma emergente da Administração Pública democrática).

A unidade principiológica tridimensional desse renovado regime jurídico administrativo comprime amplamente aqueles tradicionais matizes autoritários, assimétricos e verticalizados do agir administrativo, submetendo o Poder Público a um novo parâmetro de legitimação constitucional, o da justificação democrática e da defesa e promoção dos direitos fundamentais. O “legitimômetro constitucional” da Administração Pública somente atinge seus níveis minimamente exigidos quando a Administração Pública abandona suas vestes autoritárias de autolegitimação, imperatividade e autocracia e assume uma nudez reveladora de transparência efetiva, de publicidade plena das razões políticas e jurídicas das ações e (sobretudo) omissões administrativas, com a construção das decisões políticas a partir do diálogo franco e aberto com a sociedade, que passa a controlar (direta e imediatamente) a eficiência e os resultados do agir administrativo.

Neste cenário, os princípios de defesa dos interesses dos cidadãos, como a segurança jurídica, a proteção da confiança legítima e a boa-fé, assumem tonalidades de concretização muito mais decisivas nas situações de conflitos entre interesses, porquanto representam vetores de densificação

do princípio da dignidade humana. A própria condição de defesa do cidadão ante o Poder Público reclama o mais amplo reconhecimento dos direitos e garantias individuais (disciplina penal administrativa), fatores de proteção do indivíduo contra aquela genética administrativa da autoridade e da assimetria. Todos esses parâmetros contribuem de forma destacada e indelével para a construção e consolidação desse novo regime jurídico administrativo, fundado no paradigma da Administração Pública democrática.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no Direito Administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1917, set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11783>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2009.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/preamble.html>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. I.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O conceito de interesse público no Estado constitucional de direito**: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. 2014. 379 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

GÊNESIS. In: **A BÍBLIA SAGRADA**. Tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001.

GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 8. d. São Paulo: Saraiva, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Coimbra: Almedina, 2012.

JOÃO. In: **A BÍBLIA SAGRADA**. Tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Coleção "Os Pensadores").

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. A (in) constitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 9, n. 9, p. 292-311, jan./jun. 2011.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61-87.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 933-949. vol. I.

_____. **Manual de Direito Constitucional:** direitos fundamentais. t. IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado luso-brasileiro de dignidade humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. **Dimensões da dignidade:** ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-43.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004.

_____. Princípio da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 11-31, 2004.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. A função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: aproximações entre

Elio Fazzalari e Jürgen Habermas. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). **Direito e Administração Pública**: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 23-39.

TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do Homem. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XLVII, n. 1 e 2, p. 313-331, 2006.

O REGIME CONSTITUCIONAL DAS REGIÕES METROPOLITANAS E SEUS DESAFIOS

Ivan Luis Barbalho Maia¹

RESUMO: Com o processo de urbanização e conurbação no Brasil, surgiram as primeiras regiões metropolitanas com o objetivo de integrar as funções públicas de interesse de mais de um município. A expectativa era de que os problemas fossem resolvidos com maior agilidade e eficiência com a instituição de um colegiado metropolitano que planejasse a atuação e coordenasse a execução de obras e serviços de interesse comum. Infelizmente, principalmente por ausência de políticas públicas e de instrumentos de governança, elas não conseguiram resolver os graves problemas sociais das metrópoles brasileiras. As regiões metropolitanas, no Direito brasileiro atual, correspondem a uma previsão constitucional que autoriza os Estados a instituir organismos voltados para a gestão dos interesses regionais, aqueles que são de interesse de mais de um município, e que por isso não têm a particularidade de ser conceituados como interesse predominantemente local, atraindo para os municípios a competência para legislar e executar medidas voltadas para o efetivo atendimento. O desenho que surgiu com a Constituição Federal de 1988, de autonomia dos municípios e definição das regiões metropolitanas como incumbência exclusiva dos estados, revelou um paradoxal arranjo político que, necessariamente, deve ser equacionado. Esse paradoxo está assentado em uma ordem política incompleta, marcada pela gestão metropolitana esvaziada de efetivo poder, autonomia e recursos; por incumbências concorrentes e compartilhadas que ainda devem ser arranjadas entre os entes federados; e pela necessidade de se instituir um marco legal e público que dê conta da associação entre os entes federados. O presente artigo mostra-se muito pertinente em vista das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.842/RJ e 2.077/BA e pela promulgação da Lei Federal nº 13.089 de 12 de janeiro de 2015, comumente conhecida como o “Estatuto da MetrÓpole”.

Palavras-chave: Regiões Metropolitanas. Direito das cidades.

THE CONSTITUTIONAL REGIME OF METROPOLITAN AREAS AND THEIR CHALLENGES

1 Administrador e graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Atualmente assessora a Presidência da Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A – Embasa.

RECEBIDO EM: 30/06/2015

ACEITO EM: 20/07/2015

ABSTRACT: With the process of urbanization and conurbation in Brazil, came the first metropolitan areas in order to integrate public service of interest to more than one municipality. The expectation was that the problems were solved with greater speed and efficiency with the introduction of a metropolitan board that planned the action and coordinate the execution of works and services of common interest. Unfortunately, mainly due to lack of public policies and governance tools, they have failed to solve the serious social problems of Brazilian cities. The metropolitan areas, in the current Brazilian law, correspond to a constitutional provision that allows states to establish institutions engaged in the management of the region, those that are of interest to more than one municipality, and therefore not have the distinction of being conceptualized as predominantly local interest, attracting to municipalities the power to legislate and implement measures aimed at effective care. The design they came up with the 1988 Federal Constitution of autonomy of municipalities and definition of metropolitan areas as the exclusive task of the states revealed a paradoxical political arrangement that necessarily must be solved. This paradox is seated in an incomplete political, marked by the metropolitan management emptied of effective power, autonomy and resources; By errands competitors and shared still to be arranged between the federal entities; and the need to establish a legal and public framework to take account of the association between the federated entities. This article shows very relevant in light of recent decisions handed down by the Supreme Court under the Direct Actions of Unconstitutionality 1,842 / RJ and 2077 / BA and the enactment of Federal Law nº. 13,089 of January 12, 2015, commonly known as the “Statute of the Metropolis”.

Keywords: Metropolitan areas. Right of cities.

1 INTRODUÇÃO

A constituição e a ampliação das metrópoles configuram um processo vigoroso e dinâmico, baseado na transformação e na construção de espaços urbanos que trazem desafios ampliados para a sociedade e o Estado, à medida que condensam um amplo conjunto de demandas e desafios que expõe a lógica da gestão fragmentada dos territórios – sejam municípios, vilas ou cidades.

As regiões metropolitanas, no Direito brasileiro atual, correspondem a uma previsão constitucional que autoriza os Estados a instituir organismos voltados para a gestão dos interesses regionais, aqueles

que são de interesse de mais de um município, e que por isso não têm a particularidade de ser conceituados como interesse predominantemente local, atraindo para os municípios a competência para legislar e executar medidas voltadas para o efetivo atendimento.

Segundo nos ensina Dallari (2014, p. 5), a “primeira grande inovação foi, precisamente, a afirmação da autonomia dos municípios pela primeira Constituição republicana e federativa, de 1891”. Logo, o surgimento da região metropolitana como um novo elemento de grande relevância a ser considerado na organização política da República Federativa e na distribuição constitucional de competências e encargos entre as unidades federadas e aquelas que, em uma peculiaridade brasileira, não são unidades da federação, mas gozam de autonomia política constitucionalmente protegida, que são os municípios.

Verifica-se, pois, que o maior ou ao menos o primeiro obstáculo a ser enfrentado é o de natureza política, do ponto de vista do poder e da organização institucional. Afinal, a criação e a gestão metropolitana, conforme o desenho constitucional de 1988, são atribuições dos estados que adotaram critérios e modelos distintos para todo o País, sendo que, na maior parte das regiões metropolitanas, a participação estatal está assentada em estruturas “teóricas” de paridade, vinculadas a fundos metropolitanos que não chegaram a existir, criados apenas no papel, ou que se tornaram figuras frágeis e não utilizadas.

O desenho que surgiu com a Constituição Federal de 1988 de autonomia dos municípios e definição das regiões metropolitanas como incumbência exclusiva dos estados revelou um paradoxal arranjo político que, necessariamente, deve ser equacionado.

Esse paradoxo está assentado em uma ordem política incompleta, marcada pela gestão metropolitana esvaziada de efetivo poder, autonomia e recursos; por incumbências concorrentes e compartilhadas que ainda devem ser arrançadas entre os entes federados; e pela necessidade de se instituir um marco legal e público que dê conta da associação entre os entes federados.

2 O DIREITO À CIDADE E O TRIUNFO DAS METRÓPOLES

Conforme anotou o célebre sociólogo norte americano Park (1967, p. 3), “ao criar a cidade o homem criou a si mesmo”. Isso porque os centros urbanos são a extensão das pessoas, não apenas em relação aos prédios e corredores de veículos. É a constatação de que os povos tendem a evitar

a dor e o sofrimento e a guiar suas escolhas em busca de prosperidade e felicidade, aspirações ligadas às funções sociais da cidade.

O direito à cidade corresponde ao conjunto de garantias e bens constitucionalmente protegidos cuja titularidade foi entregue aos seus moradores. Assim, os diversos territórios que compõem a região metropolitana devem ser considerados como referência dessa identidade, mesmo porque, o cidadão metropolitano é, por conceito, o que não conhece fronteiras intermunicipais e que estabelece no seu cotidiano intensas trocas afetivas, culturais, econômicas e sociais com os diversos lugares no espaço da metrópole.

Na forma do art. 182 da Constituição Federal de 1988, foi determinado que a política de desenvolvimento urbano tenha por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. É o reconhecimento ao direito à cidade e aos bens coletivos nela disponíveis. A integração do espaço urbano corresponderia à construção de uma cidade que deve ser compartilhada. Daí o relevo das regiões metropolitanas como agentes aglutinadores de experiências pluralistas.

O compromisso em garantir o direito à cidade é tamanho que em várias partes do mundo tem surgido experiências buscando implementar uma governança metropolitana de qualidade, sem isolamentos ou provincianismos.

São novas formas de governança urbana decorrentes de um direito natural à cidade, cujos desafios que lhe são apresentados não costumam ser de fácil superação. A luz brasileira quanto a este delicado diagnóstico vem, contudo, da própria Constituição Federal que, antevendo o futuro urbano que abraçaria, estabeleceu a possibilidade de os Estados, por meio de lei complementar, criarem regiões metropolitanas para, em aliança com os municípios metropolitanos, concretizar o direito à cidade.

Um terço da população mundial está de mudança. Esse deslocamento dos vilarejos para as cidades se iniciou a partir da Segunda Guerra Mundial, quando os moradores da América do Sul e do Oriente Médio foram morar nas periferias das cidades. Agora, está no seu estágio mais intenso. “Em 1950, 309 milhões de pessoas em países como o Brasil viviam em cidades. Até 2030, serão 3,9 bilhões” (SAUNDERS, 2013, p. 22).

Para Leal (2014, p. 11), as metrópoles triunfaram. Segundo este autor paulista:

600 cidades são responsáveis por 60% do PIB global. Hoje, 243 milhões de americanos se aglomeram em 3% do país: a zona urbana. Uma

população de 36 milhões de pessoas vivem na cidade e no entorno de Tóquio, a região metropolitana mais produtiva do mundo. São Paulo e a Cidade do México têm mais de 20 milhões de habitantes. Buenos Aires e Rio de Janeiro mais 10 milhões. Na fila vem Lima, Bogotá, Santiago, Salvador, Brasília, Belo Horizonte e Caracas.

Como pode ser observado, a solução para gerir esses gigantes foi a integração em regiões metropolitanas que, no Brasil, tem expresso amparo constitucional, mostrando a extraordinária visão quanto ao futuro urbano que o país teria.

É a concretização do art. 3º, I e III da Constituição, que elege como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Também o art. 23, X, que diz ser da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios combaterem as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

A Constituição Federal de 1988 estabelece compromissos às cidades que só uma boa governança é capaz de cumprir. Logo no Preâmbulo se afirma a necessidade de assegurar exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. O art. 6º, por sua vez, fala em educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

O triunfo das metrópoles é a glória dos povos que, motivados pela busca por prosperidade e felicidade, confiaram nessas áreas a sorte para os seus destinos. É preciso reconhecer esse fato e usufruir dos mecanismos disponibilizados pioneiramente pela Constituição Federal de 1988 na defesa de um futuro que deve ser de todos nós.

3 O REGIME CONSTITUCIONAL DAS REGIÕES METROPOLITANAS

A metropolização é um processo histórico que parte da urbanização e, antes de ser jurídico, é socioeconômico e geográfico e pode ser verificado em todo o cenário internacional. No Brasil, ele se intensificou a partir da década de 1950 e caracterizou-se pelo intenso ritmo de crescimento em volta das principais capitais estaduais.

Para Silva (1997, p. 195):

por regiões metropolitanas entendem-se aqueles municípios que gravitam em torno de grande cidade, formando com esta uma unidade socioeconômica, com recíprocas implicações nos serviços urbanos e interurbanos. Assim sendo, tais serviços deixam de ser exclusivo interesse local, por vinculados estarem a toda comunidade metropolitana.

Definindo regiões metropolitanas, Grau (1979, p. 12) pouco diverge do conceito anteriormente apresentado. Para ele, em sentido amplo, seriam as regiões metropolitanas:

o conjunto territorial intensamente urbanizado, com marcante densidade demográfica, que constitui um polo de atividade econômica, apresentando uma estrutura própria definida por funções privadas e fluxos peculiares, formando, em razão disso, uma mesma comunidade socioeconômica em que as necessidades específicas somente podem ser, de modo satisfatório, atendidas através de funções governamentais coordenada e planejadamente exercitadas.

Neste ponto, vale recordar as palavras do ministro do Supremo Tribunal Federal - STF Corrêa, no julgamento da ADI 1842, quando afirmou :

as regiões metropolitanas correspondem a uma forma de administração pública flexível e moderna, que garante eficiência e eficácia no gerenciamento das funções e dos serviços públicos, tanto urbanos quanto regionais, por meio das entidades federadas integradas, sob a coordenação do Estado-membro, em face dos interesses comuns coletivos.

A realidade da metrópole, verificada a partir desse movimento dinâmico de crescente urbanização e conurbação, com impactos sociais, ambientais e econômicos, impõe à Administração Pública o desafio de uma atuação mais planejada e racional. Ao mesmo tempo, a busca por soluções para a gestão do espaço metropolitano induz à reformulação das formas tradicionais de organização, de planejamento e de execução das funções públicas e pelo desenvolvimento de arranjos institucionais que pressupõem uma articulação das diversas instâncias que atuam sobre o espaço urbano.

Para Pires (1986, p. 2), esta realidade demanda “tratamento próprio”, que há de ser dado sob um prisma que possibilite mesmo uma macrovisão da trama que se desenrola na metrópole, sob uma ótica supra-

local, para aferição das questões surgidas na inter-relação das localidades, comunidades.

Verifica-se, pois, que o tema das regiões metropolitanas tem relevância significativa sob o enfoque da dogmática do Direito, especialmente sob o ponto de vista de avaliar os critérios que devem nortear a institucionalização das regiões metropolitanas com vistas à realização de determinadas funções da Administração Pública no âmbito de um arranjo institucional que ainda não está bem delineado no Brasil e considerando-se interesses que fogem às formas tradicionais de exercício das competências pelos entes federados.

A Constituição Federal dedicou apenas um dispositivo para a questão das regiões metropolitanas, mas há vários outros valores constitucionais que se relacionam com a institucionalização do espaço metropolitano.

Além disso, considerando que o artigo 25, §3º parece indicar que a justificativa/motivação para a criação das regiões metropolitanas reside na necessidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de “funções públicas de interesse comum”, que, por evidente, ultrapassam os limites territoriais e administrativos de um só município, é natural que a institucionalização de uma região metropolitana tenha desdobramentos no exercício de competência do município, em todas as suas dimensões – organização, planejamento, execução e controle.

4 AUTONOMIA MUNICIPAL E REGIÕES METROPOLITANAS: A CONVIVÊNCIA HARMÔNICA CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDA

O município como entidade político-jurídica autônoma surgiu com a Constituição de 1891, momento que os principais partidos políticos do período do Segundo Império incluíam a autonomia dos municípios entre os requisitos para o estabelecimento de uma sociedade livre.

Com efeito, na Constituição de 1891, consagrou-se uma fórmula que se tornaria tradicional no Direito Público brasileiro. É a expressão contida no artigo 68: “Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”.

Para Dallari (2014, p. 6), tratando desse momento histórico brasileiro:

surgia assim, a Federação, trazendo em seu arcabouço o princípio da autonomia das entidades locais, havendo mesmo publicistas de nomeada que, mais tarde, ressaltariam o reconhecimento da autonomia, dos Estados e municípios, como um preceito válido por si mesmo, um pressuposto de realidade democrática e de sobrevivência do sistema federativo.

Por sua vez, a área metropolitana surge quando a cidade cresce mais do que o próprio município que a abriga. Nos dizeres de Munhoz (2011, p. 194), os “interesses metropolitanos não podem ser considerados a soma dos interesses locais. São, na verdade, os interesses continuados e pontuados como de interesse geral que apenas serão passíveis de solução se pensados e efetivados de forma conjunta”.

Previendo os conflitos federativos que a tentativa de boa governança (tal qual se propõe à criação de regiões metropolitanas), por vezes, gera, advertiu Kelsen (1998, p. 445) que “o autocrata é sempre contrário a tal transferência de poder para outros órgãos e inclina-se a concretizar o maior número possível de funções na sua própria pessoa”.

O discurso existente em relação à autonomia municipal como elemento indutor ao isolamento, a provincianismos e a personalismos no processo decisório de temas pontuais e comuns que afetam os cidadãos metropolitanos corresponde a um artifício vazio diante dos inúmeros compromissos estipulados pela Constituição Federal. Todos invocam a presença do Estado capaz de se articular suficientemente a ponto de prestar os serviços básicos.

Segundo preceitua o art. 1º da Constituição Federal, a República é formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal. Não é possível, direta ou indiretamente, agir em confronto a essa aliança que o próprio texto constitucional exaltou. Além disso, o art. 30, VI e VII, dispõe competir aos municípios manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental e prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população. Como se percebe, é um convite à integração.

Foi apostando na integração que, no art. 43, a Constituição Federal estipulou que a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, sendo que, para tal, lei complementar disporá

sobre as condições para integração de regiões em desenvolvimento e a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.

Nas palavras de Harvey (2014, p. 128), ao ressaltar o papel das alianças, “quando, após a crise de 1973, o presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, deixou de manter as alianças com os municípios, o efeito foi uma crise nos serviços urbanos, com a degeneração da escola pública e da disponibilidade de moradias”.

Tal fato demonstra que é necessário ter a compreensão de que quando posturas isolacionistas são empreendidas no seio das regiões metropolitanas, seja pelo próprio Estado, seja por algum dos seus municípios, quem perde é o povo; e isso é inaceitável aos olhos da Constituição Federal de 1988.

O famoso economista e professor de Harvard, Glaeser (2011, p. 94) pondera que “quando o setor público falha em atacar as consequências geradas por milhões de pessoas pobres aglomeradas em uma única metrópole, as cidades podem se transformar em lugares de horror, onde criminosos e doenças circulam livremente”.

Com relação à criação das regiões metropolitanas, a competência legal para tal decisão e a possibilidade jurídica de aceitação ou recusa de integrar uma região metropolitana por parte dos municípios nela incluídos, há quem pretenda suscitar dúvidas ou mesmo sustentar a necessidade de uma lei do município interessado para que este seja incluído na região metropolitana.

A criação de regiões metropolitanas foi expressamente referida na Constituição Federal de 1988, sendo esse, necessariamente, o ponto de partida para o exame da constitucionalidade de sua criação. Com efeito, diz o art. 25, § 3º, com absoluta clareza e objetividade, que “os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituída por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

Comentando a expressão “interesse comum”, contida no art. 25, § 3º da Constituição Federal, observa Alves (2001, p. 93):

interesse comum implica o vínculo simultâneo ou sucessivo, efetivo e material de ações ou atividades estáveis de uma multiplicidade determinada de pessoas político-administrativas, agrupadas mediante lei complementar, dentro de certo espaço territorial definido, para o exercício de funções públicas integradas de interesse de todos os envolvidos. Esse vínculo gera a exigência de uma interdependência operacional, conforme certos objetivos comuns, cujos critérios poderão variar em termos de disposições geográficas dos fatores naturais.

Assim, havendo funções públicas de interesse comum, reconhecidas pelo legislador complementar estadual (pressuposto constitucional para a instituição de uma região metropolitana), é óbvia a interdependência que disso decorre, demandado um aparato decisório do qual participem todas as unidades interessadas, estando aí a base, de fato e jurídica, para a existência necessária de uma governança metropolitana.

Com relação à competência exclusiva dos Estados para legislar sobre regiões metropolitanas, é importante mencionar a constatação feita pelo eminente constitucionalista Silva (2014, p. 294), na sua obra consagrada “Comentários Contextual à Constituição”. Em um capítulo dedicado ao exame das questões relacionadas com a distribuição das competências atribuídas aos Estados no sistema federativo brasileiro. Além de outras considerações, o eminente autor observa que, na Constituição Federal de 1988, os Estados receberam algumas competências exclusivas. E assinala, então, com grande ênfase, a competência exclusiva dos Estados para a instituição, mediante lei complementar estadual, de regiões metropolitanas.

A capacidade de autoadministração é a única das prerrogativas das quais se reveste os municípios que têm uma parte de sua execução inserida na região metropolitana, mas não de modo absoluto. Temas comuns, de impacto coletivo, cuja governança só possa ser feita se pensada e executada coletivamente, como saneamento básico e transporte coletivo, devem ser submetidos ao debate com os representantes dos outros municípios, por meio da região metropolitana.

A Constituição Federal, aliada à recente interpretação constituída pelo STF, conferiu toda propulsão às regiões metropolitanas e às autarquias estaduais eventualmente criadas para desembaraçar a sua gestão em aliança com os municípios metropolitanos (LEAL, 2014, p. 28).

Isolamentos impostos por autoridades de entes federados, ao contrário de enaltecere a autonomia municipal, corrompem o pacto federativo, por estabelecerem infundados bloqueios ao livre desenvolvimento das atividades próprias de uma instituição inclusiva, qual seja, as autarquias estaduais responsáveis pela governança das regiões metropolitanas estipuladas pelo art. 25, § 3º da Constituição Federal. Essa é uma forma de rompimento com o compromisso da indissolubilidade (art. 1º da Constituição Federal).

Em uma sociedade constitucionalmente protegida, com serviços públicos prometidos e regiões metropolitanas conectadas por rede, o isolamento imposto por autoridades é um mal em si, algo que não conta com a consideração e respeito do constitucionalismo contemporâneo.

5 O PRINCÍPIO DA CONDUTA FEDERATIVA AMISTOSA E O DEVER DE LEALDADE DOS MUNICÍPIOS METROPOLITANOS

O § 3º do art. 25 da Constituição Federal inaugurou uma nova dimensão do federalismo de integração, respondendo às outras necessidades institucionais (ALVES, 2001, p. 68). Para este autor, “o sistema tornou-se muito menos rígido, permitindo, precisamente em razão de nossa grande extensão territorial e diversidade socioeconômica, um partilhamento de competências normativas e administrativas de maior flexibilidade e agilidade para possibilitar a ação mais adequada e racional do Poder Público”.

Segundo Leal (2014, p. 30), “a cooperação intergovernamental passa a ter uma dimensão institucional própria, representada pela exigência de unidades integradas e personalizadas de ação pública de interesse comum”.

É nesse contexto que se necessita reconhecer como desleal a posição de qualquer município metropolitano de embarçar caprichosamente as ações realizadas de forma integrada no âmbito da região metropolitana. Do contrário, tratar-se-ia de um comportamento deletério à federação, fiado na incompreensão quanto ao verdadeiro papel estabelecido no pacto federativo, que, como consta do art. 1º da Constituição Federal, é indissolúvel.

É o que a literatura germânica denomina de “violação ao princípio da conduta federativa amistosa”, um mandamento não escrito decorrente do compromisso firmado na Lei Fundamental de se comportar segundo o dever natural de fidelidade (que o município) que deve manter com a federação (LEAL, 2014, p. 30).

A Constituição Federal brasileira de 1988 não se mostra diferente, pois, ao estabelecer compromissos recíprocos aos entes federados, fixou o dever de agir de forma leal, conduzido pelas instituições. A Constituição Federal também não é simpática a atitudes isoladas visando demonstrações de poder, pois acredita que personalismos caprichosos exibidos por autoridades locais podem colocar a perder toda a coletividade que, a muito custo, deixou de ser governada por homens e passou a ser governada por instituições guiadas pelas leis.

O Tribunal Constitucional alemão atribui ao princípio da conduta federativa amistosa significado para a ordem estatal-federal da Lei Fundamental. Nesta perspectiva, assevera Leal (2014, p. 31) que “vejam que a Alemanha compreende que a manutenção do pacto federativo visa, antes de tudo, mudar estilos políticos. No Brasil, esse dever é ainda mais visível. Violar o princípio da conduta federativa amistosa por meio de um ato da federação torna esse ato inconstitucional”.

Diante deste cenário, vale trazer os ensinamentos de Kelsen (1998) acerca da “autonomia local”. Para ele, trata-se de “uma combinação direta e deliberada das ideias de descentralização e democracia. A descentralização refere-se apenas a certas matérias de especial interesse local; e o alcance da autoridade municipal é restrito ao estágio das normas individuais.”

É necessário compreender que os municípios metropolitanos não têm o direito de isolar-se. Caso insistam, mesmo assim, suportarão as intervenções necessárias. Ao tratar de função pública de interesse comum, o município deve tolerar sua execução em seu território, vez que, se ela realiza e concretiza de certo modo o interesse local, ela também é de interesse regional, não podendo sofrer solução de continuidade, sob pena de prejudicar os outros municípios metropolitanos.

Essa é uma compreensão necessária sem a qual o país jamais avançará rumo a seus propósitos mais elevados quanto aos grandes centros urbanos.

6 AS RECENTES DISCUSSÕES SOBRE O TEMA

A realidade das regiões metropolitanas, constatada como fenômeno dinâmico e inevitável nos dias atuais, passou a constituir um verdadeiro desafio, demandando soluções inovadoras e adequadas à sua complexidade e dimensão.

Vários autores têm apontado a inexistência de estruturas de governança que possam viabilizar, de maneira adequada, o planejamento, a execução, a produção e distribuição de bens e serviços públicos no âmbito do espaço metropolizado vale trazer os ensinamentos de Kelsen (1998). Coloca-se, assim, o debate sobre a institucionalização das regiões metropolitanas. Sobre isso, Klink (2009, p. 416), entende que:

o debate sobre as regiões metropolitanas aponta para um paradoxo: enquanto concentram importantes problemas e oportunidades, verificamos, ao mesmo tempo, que o arcabouço institucional que deveria nortear a organização, gestão e financiamento desses territórios não está à altura de lidar com os desafios e aproveitar as potencialidades.

Observe-se que não se trata de um debate de menor importância. A escolha dos modelos jurídicos de institucionalização de uma região metropolitana possui significado em dois campos centrais: (i) o da *realização dos direitos fundamentais*, e (ii) o da *democracia*.

No primeiro caso, porque as “funções públicas de interesse comum”, a que se pretende atender mediante a integração metropolitana, se ligam, diretamente, à realização de direitos, especialmente de direitos sociais. Já no segundo caso, o tema do município, como o tema da descentralização do poder em geral, é um dos grandes debates em torno do conceito de democracia, conceito que também possui o significado do poder próximo e ao alcance da participação e do controle do cidadão.

Em princípio, podemos identificar *três ondas* de proliferação de arranjos institucionais metropolitanos (MOURA; LIBARDI; BARION, 2006, p. 130-131). Uma *primeira fase* pode ser observada na década de , no contexto da ordem constitucional antecedente e no âmbito da política nacional de desenvolvimento urbano, formulada pelo Governo Militar, a partir do estímulo político e financeiro da União à industrialização e consolidação de centros urbanos conurbados. Regulamentando o artigo 164 da Constituição em vigor, a Lei Complementar Federal nº 14, de 8 de junho de 1973, criou oito regiões metropolitanas (São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza) e a Lei Complementar federal nº 20, de 1º de julho de 1974, instituiu a região metropolitana do Rio de Janeiro, definindo quais os serviços comuns aos municípios seriam entendidos como “de interesse metropolitano”.

Ao longo dos anos 1980, assiste-se uma *segunda onda* de institucionalização das regiões metropolitanas, marcada pela

descentralização política e pela reorganização do Estado promovidas pela Constituição de 1988. A partir da Constituição de 1988, então, a questão metropolitana saiu da agenda da União e, de ponto de vista institucional, foi parar na esfera de atribuições dos Estados federados, que, segundo o disposto no artigo 25, §3º, passaram a ter a faculdade de instituir, por meio de lei complementar, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, com o objetivo de integrar a organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum.

O presente artigo parte do entendimento segundo o qual a atuação da Administração Pública, inclusive a normativa, sempre deve estar adstrita aos parâmetros constitucionais. Claro está, então, que o legislador estadual, no exercício da sua faculdade de institucionalizar as regiões metropolitanas, deve observar os critérios apontados no artigo 25, §3º.

Ainda em relação à *segunda onda* de institucionalização, é de se notar que, do ponto de vista institucional, o tema da gestão metropolitana esvaziou-se. Nas palavras de Bucci (2004, p. 555), “a Constituição Federal reservou um papel muito acanhado às regiões metropolitanas, com uma referência breve, no artigo 25, que na prática despreza a experiência dos anos 1970 e 1980”. Entre outros fatores, isso parece uma reação política à centralização autoritária da ordem anterior, uma busca pelo fortalecimento da autonomia dos municípios, alçados à categoria de entes federados.

Mais recentemente, questões socioeconômicas de caráter nacional ensejaram outras reflexões sobre os modelos de planejamento, sendo possível observar uma *terceira onda* de institucionalização das regiões metropolitanas. O fortalecimento da democracia, a ampliação das funções do Estado, bem como o aumento da complexidade sociopolítica, em face dos direitos fundamentais estruturantes, demandaram o retorno da intervenção estatal e a reformulação das políticas públicas estruturadas em diversas dimensões: organização, planejamento, execução e controle. Ao mesmo tempo, a própria ordem constitucional foi se alterando, prevendo novos mecanismos de integração federativa com vistas ao atendimento mais adequado das funções públicas.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) prolatou decisões nos autos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitaram por mais de treze anos: o Acórdão da ADI 1.842/RJ foi publicado em 06 de setembro de 2013; na ADI 2.077/BA, no dia 09 de outubro de 2014, com decisão referente à medida cautelar. As ações foram ajuizadas por partidos políticos em face de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais

estaduais, respectivamente, do Rio de Janeiro e da Bahia, pleiteando a declaração da inconstitucionalidade da avocação por ambos da titularidade das funções e serviços públicos de interesse comum nas respectivas regiões metropolitanas de suas capitais.

A decisão, ao interpretar o dispositivo constitucional (art. 25, § 3º) atribuiu vários novos sentidos ao texto, que não estavam expressos na Constituição Federal, tais como a compulsoriedade, a possibilidade de estabelecimento pela lei complementar estadual de regime especial de exercício de competências municipais, entre outros. Em face do acórdão, partidos políticos opuseram embargos de declaração. Tem-se, assim, um cenário de incerteza quanto ao posicionamento do STF sobre as regiões metropolitanas.

Depois do referido julgamento, foi institucionalizada uma nova região metropolitana: a Lei Complementar nº 41, de 13 de junho de 2014, do Estado da Bahia, criou a Entidade Metropolitana da Região Metropolitana de Salvador, dispondo, entre outros aspectos, sobre sua estrutura de governança. Trata-se da primeira região metropolitana institucionalizada após a publicação do referido entendimento do STF.

Contudo, em 14 de agosto de 2014, o partido político Democratas (DEM) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no STF, autuada sob o registro ADI nº 5155-BA, requerendo a declaração de inconstitucionalidade dos seus artigos 1º e 2º e, por arrastamento, de todos os demais dispositivos deste diploma.

Acrescenta-se, ainda, que o município do Salvador tem se mostrado contrário a qualquer ação de integração no âmbito da região metropolitana. Corrobora-se a resistência do município do Salvador em integrar a Região Metropolitana de Salvador no fato deste município já ter ingressado como *amicus curiæ* nos autos da ADI 5155, com o objetivo de atacar a constitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº 41, de 13 de junho de 2014, do Estado da Bahia, sob a alegação de que, supostamente, a instituição da Entidade Metropolitana reduziria a sua autonomia.

O município de Salvador, ao questionar a lei e não participar do colegiado - a participação é compulsória -, está perdendo uma grande oportunidade de buscar resolver, de forma articulada e integrada, os graves problemas urbanos existentes na capital baiana. A nova governança exige a adoção de uma estratégia de desenvolvimento territorial e uma nova

forma de atuação do Estado e dos municípios integrantes, principalmente o de Salvador, mediante diretrizes estabelecidas pelo colegiado relativas à integração, ao planejamento, à organização e à execução das ações das políticas públicas de interesse comum, que devem ser observadas por todos.

Poder-se-á questionar se estaríamos diante de uma *quarta onda* de institucionalização das regiões metropolitanas tendo em vista as inovações trazidas pelo mencionado julgamento do STF? Teria o STF, ao interpretar a Constituição Federal, encontrado novos parâmetros constitucionais para a institucionalização das regiões metropolitanas, a serem observados pelo legislador estadual?

Como visto, a *gestão da metrópole* perpassa pelo enfrentamento de problemas que ultrapassam os limites geográficos e administrativos de um único município. Ocorre, contudo, que essa necessidade esbarra no arranjo federativo e no princípio da subsidiariedade que rege o exercício de competências no Brasil. Nesse contexto, impõe-se a necessidade de se identificar instrumentos que viabilizem a atuação mais adequada da Administração Pública, notadamente dos três entes federados.

É que a compreensão da conformação jurídica das regiões metropolitanas requer um diálogo com o *federalismo brasileiro*, na medida em que diz respeito ao exercício de competências. Os municípios, agora alçados ao nível de entes federados, detentores de competências complexas e abrangentes, passaram a ser vistos como desenvolvedores de um papel relevante de garantidor da democracia, por meio do alcance e capilaridade que são próprios da gestão local. A partir daí, consolidou-se uma noção rígida de autonomia municipal.

O dispositivo constitucional que trata das competências comuns (artigo 23), aliado à possibilidade de criação das regiões metropolitanas pelos Estados, impõe uma determinação normativa em que se recorta, a partir das competências estaduais e municipais tradicionais, uma forma de exercício de competências, que reclama uma tomada de posição diversa frente ao federalismo brasileiro (ALVES, 2001, p. 57).

Considerando-se que as competências federativas não são um fim em si mesmo, mas devem ser exercidas, sobretudo, para garantir o atendimento aos direitos fundamentais, é necessário repensar o significado do exercício de competências, por meio do desenvolvimento e da experimentação de novos arranjos institucionais, que sejam orientados pelas *funções* da Administração Pública.

Analizando o aspecto da *motivação* da institucionalização das regiões metropolitanas, nos ensina Teixeira (2005, p. 69) que:

[...] a justificativa da existência da região metropolitana resume-se à prestação conjunta, pelos municípios envolvidos, de funções públicas de interesse comum, vale dizer, a função primordial da constituição de determinada região em metropolitana é a satisfação dos anseios da população diretamente implicada, a qual deverá ser a beneficiária de todos os esforços tendentes à organização, planejamento e execução de políticas públicas integradas.

De qualquer forma, o tema da *cooperação interfederativa* e da *gestão metropolitana* voltou a pautar a agenda política do Governo Federal. Assiste-se, assim, um processo de planejamento de setores e do fortalecimento institucional, com a aprovação do Estatuto da Cidade e a criação do Ministério das Cidades em 2003. Este cenário parece nos colocar diante de novos critérios, limites e alternativas de institucionalização das regiões metropolitanas.

No Brasil democrático, portanto, a *institucionalização das regiões metropolitanas* pelo legislador estadual representa uma resposta em permanente construção, que visa solucionar problemas práticos que dificultam o atendimento adequado das funções públicas que, inevitavelmente, se tornam cada vez mais *regionais*. Tal atuação, contudo, está limitada a parâmetros constitucionais que ainda não estão claros e precisos em nível suficiente.

Tendo em vista a heterogeneidade das realidades urbanas brasileiras, o debate sobre arranjos para a governança de regiões metropolitanas é bastante complexo. Não se trata de buscar o *melhor* modelo, pois cada realidade metropolitana, com suas peculiaridades, deve encontrar um arranjo que lhe seja mais racional e que lhe permita desempenhar as funções públicas comuns que são identificadas, no caso concreto (KLINK, 2009, p. 426).

“É difícil – a experiência prova até que é quase impossível – que um Estado ou mesmo uma cidade muito povoada seja bem governada”, registrou Aristóteles (2006, p. 86), mostrando a atualidade do tema. Esses temas urbanos atualmente são representados pelas regiões metropolitanas.

Meirelles (2006, p. 83), considerado como indutor da região metropolitana no sistema constitucional brasileiro, ao discorrer sobre elas,

aponta a necessidade de “atribuição de serviços de âmbito metropolitano a uma administração única, que planeje integralmente a área, coordene e promova as obras e atividades de interesse comum da região, estabelecendo as convenientes prioridades e normas para o pleno atendimento das necessidades das populações interessadas”.

A opinião parte da base constitucional brasileira e, atualmente, das decisões do Supremo. Não há ranhura ao cristal constitucional no fato de o Estado, aliado aos municípios, por meio de uma administração única voltada para os temas de interesse comum, numa coalisão justa com os membros da referida região, dar encaminhamento à execução das políticas públicas voltadas aos cidadãos metropolitanos (LEAL, 2014, p. 38).

A Constituição Federal foi de uma extraordinária antevisão quanto à governança relativa aos centros urbanos em regiões metropolitanas. As manifestações de junho de 2013, no Brasil, cujo embrião veio de um protesto contra o transporte coletivo, demonstraram que a Constituição Federal tem razão. É necessária uma governança moderna (LEAL, 2014, p. 41). Tanto é verdade o citado que a ministra do STF Carmen Lúcia fez questão de registrar que:

esse Estado brasileiro, como está estruturado e como a Constituição previu há 25 anos, não atende mais a sociedade. O que era esperança, na década de 1980, pode se transformar em frustração. A tendência de uma frustração, o risco social é se transformar em fúria. E, quando a fúria ganha as ruas, nenhuma ideia de Justiça prevalece.

Apesar da tarefa das regiões metropolitanas não ser de fácil solução, a Constituição Federal dotou a jurisdição de meios para a conciliação entre os deveres estatais entregues aos Estados e municípios e as necessidades prementes dos cidadãos metropolitanos. O desafio é reorganizar a maneira pela qual as regiões metropolitanas têm sido geridas.

O Estatuto da MetrÓpole (Lei Federal nº 13.089 de 12 de janeiro de 2015) é a mais recente tentativa do Governo Federal de suprir o vácuo legislativo de normas que regulamentam a gestão conjunta das regiões metropolitanas (EUSTÁQUIO, 2015). A referida lei tem por objetivo criar regras para a governança compartilhada de grandes aglomerados urbanos que envolvam mais de um município, como já acontece nas principais capitais do Brasil.

A norma prevê planos de desenvolvimento urbano integrado, consórcios públicos, convênios de cooperação, contratos de gestão, parcerias público-privadas interfederativas e compensação por serviços ambientais.

Entre as várias inovações do texto legal, o Estatuto da Metrópole exige que as regiões metropolitanas e aglomerações urbanas tenham um plano de desenvolvimento urbano integrado, cujo processo de elaboração do plano e a fiscalização de sua aplicação deverá envolver a promoção de audiências públicas e debates com participação de representantes da sociedade em todos os municípios integrantes da unidade territorial urbana.

Para que a nova lei não seja desrespeitada, o Estatuto da Metrópole prevê sanções para os responsáveis pela sua aplicação – Governadores e prefeitos principalmente.

A necessidade de uma deliberação compartilhada, com voz aos municípios metropolitanos, de modo transparente e com a presença das potências sócias afetadas pela decisão, constitui um ganho republicano. A miséria, violência, caos no transporte coletivo e deficiência nos serviços de saneamento básico são ilustrações perversas dos desafios atuais.

O desafio é fazer com que os agentes públicos e atores políticos e sociais possam fazer a gestão e a governança metropolitanas. Enfrentar os desafios requer uma estratégia integrada de desenvolvimento urbano, focada na dimensão socioeconômica e amparada na integração das políticas e investimentos públicos que articulem diferentes agentes, contribuindo para a sua efetividade, evitando-se a pulverização de recursos e a intervenção com enfoque exclusivamente setorial; exigindo-se a elaboração de programas e projetos integrados e articulados de geração de emprego e renda, redução das desigualdades e da violência associada a políticas sociais e de urbanização de áreas precárias e vulneráveis, e o apoio à estruturação de novas formas de gestão associada, prioritariamente para as áreas de saneamento básico, transporte e mobilidade urbana, o repovoamento de áreas vazias e subutilizadas com habitação e atividades econômicas, o planejamento do uso e ocupação do solo urbano e a prevenção e redução de riscos de deslizamentos em encostas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. Regiões Metropolitanas, Aglomerados Urbanos e Microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, Rio de Janeiro, n. 21, p. 57-82, jan./mar. 2001.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradutor: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

AZEVEDO, Sérgio de; GUIA, Virgínia R. dos Mares. Reforma do Estado e federalismo: os desafios da governança metropolitana. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz (Coord.). **O futuro das metrópoles: desigualdades e governabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão associada de serviços públicos e regiões metropolitanas. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Org.). **Direito Público: Estudos em homenagem ao Professor Adílson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Do parecer no tocante a Lei Complementar nº 41, de 13 de junho de 2014, do Estado da Bahia**. São Paulo, 17 de novembro de 2014.

EUSTÁQUIO, Leandro. **Aprovação do Estatuto da Metrópole traz mais obrigações para os gestores públicos**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI214040,41046-Aprovacao+do+Estatuto+da+Metrpole+traz+mais+obrigacoes+para+os>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

GLAESER, Edward. **Os centros urbanos: a maior invenção da humanidade: como as cidades nos tornam mais ricos, inteligentes, saudáveis e felizes**. Tradutor: Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Regiões metropolitanas: regime jurídico**. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

_____. **Regiões Metropolitanas: Uma necessária Revisão de Concepções**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

HARVEY, David. **Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana.** Tradução Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 28.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLINK, Jeroen Johannes. Novas Governanças para as áreas metropolitanas: O panorama internacional e as perspectivas para o caso brasileiro. **Cadernos Metrópole**, São Paulo, v. 11, n. 22, p. 415-433, jul./dez. 2009.

LEAL, Saul Tourinho. **Do parecer no tocante a Lei Complementar n  41, de 13 de junho de 2014, do Estado da Bahia.** Brasília, 21 de outubro de 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro.** 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOURA, Rosa; LIBARDI, Di cles; BARION, Maria Isabel. Institucionaliza o de Regiões Metropolitanas: qual o sentido? **Revista Paranaense de Desenvolvimento**, Curitiba, n. 111, p. 129-143, jul./dez. 2006.

MUNHOZ, Daniela Cordeiro de Farias. Regiões Metropolitanas. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Lib rio (Coords.). **Direito Urbanístico e Ambiental.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PARK, Robert. **On Social Control and Collective Behavior.** Chicago: Chicago University Press, 1967, p. 3.

PIRES, Maria Coeli Simões. **A Institucionaliza o das Regiões Metropolitanas e no Novo Modelo de Federalismo Brasileiro.** Belo Horizonte: Editora da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 1986.

SAUNDERS, Doug. **Cidade de chegada.** Trad o Sieben Group. São Paulo: DVS Editora, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Wanderley. **Região Metropolitana.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

INTERESSE PÚBLICO E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO NAS TERCEIRIZAÇÕES TRABALHISTAS

Bernardo Vassalle de Castro*

RESUMO: O artigo aborda a responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações trabalhistas a partir do conceito de interesse público à luz do Estado Democrático de Direito. Trata da evolução do conceito de interesse público como norteador das opções políticas do poder público, construídas com a estrita observância dos ditames constitucionais e da valorização dos direitos fundamentais. Discute os requisitos para a responsabilização da Administração Pública nos casos de terceirização trabalhista e faz uma análise crítica da jurisprudência relativa ao tema.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Interesse Público.

PUBLIC INTEREST AND THE RESPONSIBILITY OF PUBLIC ADMINISTRATION REGARDING LABOUR OUTSOURCING

ABSTRACT: The article approaches the responsibility of the Public Administration in labour outsourcing from the concept of public interest in the Democratic Rule of Law. /The article deals with the evolution of Public Interest's concept as the guide of the political options made by the government, built with observance of constitutional principles and the enhancement of fundamental rights. It discusses the requirements for accountability of Public Administration in cases of labour outsourcing and makes a critical analysis of the case law/jurisprudence related to the subject.

Keywords: Labour Outsourcing of Man Power. Public Administration. Public Interest.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós Graduado em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - IEC-PUC Minas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador do Município de Contagem. Professor Universitário. Advogado.

RECEBIDO EM: 30/06/2015

ACEITO EM: 01/09/2015

1 POR UM NOVO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

O conceito de interesse público remonta à distinção entre a esfera individual e a esfera coletiva. Essa oposição, intrínseca à liberdade individual, é inerente à própria existência da sociedade; não uma característica típica do Estado de Direito. Contudo, com o advento do Estado Moderno a dicotomia público-privado passou a assumir posição fundamental no estabelecimento e funcionamento do poder político.¹

Nas palavras de Faria (1993, p. 64):

A separação entre o Direito Público e o Direito Privado, que consiste numa das características mais importantes do Estado Moderno e que está na essência da noção de liberdade como atributo inseparável do indivíduo, trata o Estado como organização institucionalizada de poder.²

No Estado Absolutista, a vontade do soberano era a fonte de todo o Direito e determinava a vontade do Estado, confundindo-se com ela. O público e o privado se imiscuíam na figura do rei.

A partir do desenvolvimento do capitalismo e do crescente deslocamento do eixo de poder no sentido da sociedade civil³, a sociedade se estabelece não mais como mero agrupamento de indivíduos indistintamente submissos ao poder soberano e sua vontade deixa de ser a vontade da sociedade. Surge o Estado Liberal e a afirmação da vontade coletiva como soma das vontades individuais.

Afirma-se e admite-se um conjunto de interesses distintos da vontade do soberano e o Estado agora mínimo, ao se distanciar da órbita da atividade privada, reduz seu âmbito de atuação ao poder de polícia.

No modelo proposto pelo ideal de Estado Liberal, garante-se a autodeterminação como princípio capaz de assegurar o desenvolvimento social e econômico da burguesia capitalista da época.

1 MARQUES NETO, Flávio Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 41.

2 FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização Brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 64.

3 MARQUES NETO, op. cit., p. 31.

Observa-se a necessidade de um espaço de atuação livre dos agentes econômicos e a consequente delimitação clara da ordem pública em cotejo com a esfera individual.

Não obstante a regra do livre exercício dos direitos individuais, a concepção da álea pública, apesar de bastante restrita, apresenta contornos bem definidos. Como a esfera do público implica necessariamente na redução do espaço e da liberdade absoluta da vida privada, o poder que se estabelece deve constantemente se legitimar.

Todo poder é a autoridade legitimada para a definição e imposição de interesses e valores e, nestes termos, é imprescindível a delimitação da finalidade deste poder e as restrições que ele acarreta.

Dessa necessidade de legitimação racional dos limites do poder político advém a forçosa fixação das finalidades do Estado.

Verifica-se, portanto, a limitação da soberania estatal a partir da delimitação do poder decisório. O poder centralizado do Estado Liberal só se justifica se orientado por um interesse geral, pertencente à totalidade social.

É dessa forma que se difunde a expressão universalizante “interesse público” como sinônimo de vontade geral e bem comum, e como forma de legitimação do exercício do poder.

Contudo, já em meados do século XIX o Estado Liberal mostrou-se insuficiente para debelar a desigualdade social que se agigantara. A abstenção da intervenção do Estado gerou consequências terríveis no âmbito social e econômico porque a ordem pública e o interesse comum não se resumem à soma dos interesses individuais.

Após a derrocada do modelo liberal, ressurge a ideia do primado do público sobre o privado sob a fórmula da irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais. Confia-se novamente ao Estado a atuação direta na economia de modo a regular as relações e garantir um mínimo de igualdade.

Nas palavras de Di Pietro (1991, p. 20), “não mais se pressupõe a igualdade entre os homens; atribui-se ao Estado a missão de buscar essa igualdade.”⁴

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 20.

No mesmo sentido, a célebre frase Lacordaire: “entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta.”⁵

Dessa forma, a partir da intervenção do Estado na ordem social e econômica, desloca-se a primazia da esfera individual, submetendo-a ao primado da soberania estatal.

Segundo Bobbio (apud DI PIETRO, 1991, p. 153):

A ideia do primado do público se desenvolveu como forma de reação contra a concepção liberal do Estado. A irredutibilidade do bem comum pode assumir diversas formas segundo o diverso modo através do qual é entendido o ente coletivo – a nação, a classe, a comunidade do povo - a favor do qual o indivíduo deve renunciar à própria autonomia. Uma ideia aristotélica e mais tarde, séculos depois, hegeliana segundo a qual a totalidade tem fins não reduzíveis à soma dos fins dos membros singulares que a compõem e o bem da totalidade, uma vez alcançado, transforma-se no bem das suas partes.⁶

Substitui-se a ideia do homem como fim último do Direito pelo princípio da supremacia dos interesses públicos sobre os individuais. No Estado Social, a concepção de interesse estatal é utilizada como sinônimo de interesse público.

As consequências negativas do modelo social do Estado ultrapassam o plano econômico e atingem a esfera social e jurídica. A burocracia estatal dificulta o desenvolvimento e o próprio Direito é desvirtuado dos ideais de justiça.

A assunção prática da afirmação da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais possibilita a emergência de uma política autoritária de realização constitucional. Os direitos, liberdades e garantias fundamentais sucumbem aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que toca.⁷

Em oposição a esse modelo, surge o Estado Democrático de Direito com a missão de compor a dicotomia entre liberdade e autoridade, interesse

5 LACORDAIRE apud BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 59.

6 BOBBIO, Norberto apud DI PIETRO, Maria Sylvia, op. cit., p. 153.

7 SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 01.

público e privado. Nas palavras de Gordillo, “como ideal, o equilíbrio racional dos dois elementos essenciais do mundo livre contemporâneo: indivíduo e sociedade, indivíduo e Estado.”⁸

Essa posição de equilíbrio é a finalidade do Estado Democrático de Direito.

Tem-se muito claramente que os interesses da sociedade não se confundem com a soma dos interesses individuais e muito menos com o interesse do Estado.

É nesse sentido que se questiona, no novo paradigma constitucional de Estado Democrático de Direito, a afirmação, sob o fundamento da supremacia do interesse público, de prerrogativas e direitos *a priori* inerentes ao Estado.

No Brasil, os direitos sociais e individuais, bem como o princípio fundamental da dignidade humana e o ideal de igualdade e justiça são expressamente proclamados valores supremos do Estado Democrático de Direito. A Constituição da República Federativa do Brasil se justifica como o centro do ordenamento jurídico capaz de definir e assegurar um conjunto de direitos fundamentais através do estabelecimento de limites racionais ao exercício do poder.

A Constituição expressa um conteúdo ético a ser observado por todo o ordenamento e por todos seus operadores. Nesse sentido, torna-se um contrassenso afirmar um interesse público contrário a qualquer direito fundamental do indivíduo.

O conceito de interesse público é formulação indeterminada que permite ao aplicador do Direito, no caso concreto manifestar, em determinado ato, o poder político que lhe é conferido, definido e limitado expressamente por lei.

Não existe interesse público em abstrato e, portanto, é falacioso o fundamento de qualquer prerrogativa do Estado a partir do conceito de interesse público.

É completamente desarrazoado defender qualquer privilégio do Poder se tais benefícios afrontam notadamente os valores protegidos no Estado de Direito, sobretudo os direitos individuais e sociais, como adiante demonstrado. O núcleo legitimador do Estado Democrático se estabelece a partir dos direitos fundamentais sobre os quais se estrutura

8 GORDILLO, Augustin apud DI PIETRO, Maria Sylvia, op. cit., p. 22.

a Constituição, e é em função desses direitos, que se justifica a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder.

O Poder Público não existe por si só e a ideia de interesse público só pode ser considerada em função dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Schneider assinala que:

A lei fundamental pode ser considerada como a Constituição dos direitos fundamentais, interpretada e desenvolvida sempre em função destes direitos fundamentais. O Estado existe para servir aos indivíduos e o não o indivíduo para servir o Estado.⁹

Não mais prospera aquele arquétipo de Estado intervencionista e imperante, superior ao indivíduo e detentor de um poder ilimitado.

O contexto econômico e social da globalização fragmenta o poder decisório do Estado e a esfera da autoridade política inegavelmente acaba influenciada por uma constante tensão de interesses.

Nas palavras de Marques Neto (2002, p. 132):

A pressão dos interesses econômicos transnacionalizados e dos interesses organizados presentes numa sociedade complexa e multifacetada obriga o poder político a atuar longe da imperatividade e unilateralidade monocrática que modelavam o Estado originado do período absolutista.¹⁰

No mesmo sentido, Habermas teoriza sobre a privatização do Direito Público e a correspondente publicização do Direito Privado¹¹, revelando a sobreposição do público e privado e a fragilização do modelo dicotômico das duas esferas.

Assim como no Absolutismo, o público e o privado se misturam, mas, ao contrário do modelo anterior, se misturam sob a égide do sistema constitucional democrático.

Nesse novo paradigma, garante-se ao Estado a legitimidade de aplicar o Direito, sendo essa a única relação de verticalidade entre o público e o privado determinada constitucionalmente.

9 SCHNEIDER, Hans P. **Democracia y constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 17.

10 MARQUES NETO, op. cit., p. 132.

11 HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p.180.

A definição do Direito, que antecede a aplicação, apesar de função do Estado, não se fundamenta na supremacia da esfera pública, mas na própria Constituição Federal e nos direitos fundamentais revelados pela Constituição.

Qualquer conceito de direito contrário aos valores fundamentais é inconstitucional e, por isso, não basta que a Administração declare o interesse público no exercício de sua função para que se caracterize como pública a manifestação de vontade.

A verificação do interesse público, além de se dar necessariamente no caso concreto, deve expressar os direitos fundamentais radicados no Texto Constitucional.

Destarte, a supremacia do interesse público é afirmação relativizada pela indisponibilidade dos direitos fundamentais e, exatamente por isso, não há que se falar em supremacia de interesse público quando se vislumbra um cerceamento de direito fundamental.

Há quem já afirme que hoje nem mesmo os valores intrínsecos aos direitos fundamentais se concebem absolutos. A aferição e classificação de um determinado interesse como público devem ser balizadas pelos valores fundamentais e indisponíveis expressos na Constituição.

Desse modo, o que se propõe é a mudança da concepção de interesse público e sua soberania, adequando-o ao modelo constitucional do Estado Democrático.

A mudança estrutural imposta pelo novo paradigma de Estado resultou na fragmentação do núcleo do poder decisório e na consequente ampliação da influência dos múltiplos interesses particulares nas tomadas de decisão do poder público.

A real democracia reclama constante legitimação e, no mínimo, viabilidade de participação nas opções políticas de governo. É evidente que isso não se confunde com a privatização do núcleo decisório do Estado e sua submissão aos interesses individuais.

Durkheim, já no século XIX, contribuindo para a afirmação da sociologia como uma Ciência autônoma, assegurava que o estudo da sociedade não se bastava no psicologismo, sendo o corpo social completamente distinto da soma dos indivíduos que compõem a sociedade.

Contudo, pretender resumir a manifestação política do Estado à altivez impetuosa do Poder Público é negar a própria construção

Democrática. O que deve pautar o novo modelo de Estado é a composição entre os interesses públicos e privados.

A concepção de que o interesse público necessariamente se opõe ao interesse particular é resquício do paradigma do Estado interventor que não mais coaduna com o modelo pretendido pela Constituição Federal.

A nova realidade que interessa é o reconhecimento jurídico de uma pluralidade de interesses sociais diversos¹².

Para Habermas (1997, p. 211):

A barreira que se punha entre a esfera estatal da realização do bem comum e o domínio social da busca autônoma e privada do bem individual de cada um foi rompida. Hoje em dia, a Constituição se apresenta como uma totalidade dinâmica, onde os conflitos entre o bem particular e o bem comum têm de ser solucionados sempre *ad hoc*, à luz de princípios constitucionais superiores e à luz de uma compreensão holista da Constituição.¹³

A Administração volta-se para a coletividade para se legitimar e atuar consoante as necessidades sociais.

Nesse sentido é que se afirma que os interesses públicos e privados em regra se harmonizam face à essência dos direitos fundamentais. A análise dos interesses públicos e privados sob o pálio dos direitos fundamentais revela uma conexão de sentido que impõem a ideia de unidade, de mútua complementação e autodelimitação. O instituto da propriedade privada e sua função social, por exemplo. Interesses privados e coletivos, nesta sede, não se excluem desde que albergados numa síntese dialética: a propriedade nem se presta apenas para satisfazer os interesses exclusivos do proprietário e nem tampouco justifica um sentido de coletivização ou funcionalização absoluta de sua utilização¹⁴.

Da mesma forma se compreende a síntese entre livre iniciativa e livre concorrência que mutuamente se limitam e se completam.

12 MORON, Miguel Sanchez. **La Participación del Ciudadano em la Administración Pública**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980. p. 113.

13 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 211.

14 GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**: Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 11.

Contudo, é óbvio que em determinadas situações haverá uma antinomia aparente entre interesse público e privado. Ainda assim, mais uma vez, não será aqui que o interesse público afirmará sua suposta supremacia incondicional sobre os interesses privados.

Na hipótese supracitada, a baliza da análise e definição pela prevalência de um ou outro interesse será o núcleo de direitos fundamentais disposto na Constituição. É essa a função do Estado Democrático. A composição de interesses instituída nos direitos fundamentais e a atuação positiva na verificação dos interesses difusos.

Para que a construção proposta não se resuma a mera adequação semântica e terminológica, a noção de direito fundamental apresentada como caminho essencial à justa composição entre os interesses públicos e privados não se configura como conceito fluido e aberto, mas como o núcleo de direitos postos pelo constituinte como indissociáveis à própria condição humana. Nesse sentido, afirma Silva (1997, p. 176):

Direitos Fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.¹⁵

E acrescenta Salgado (1996, p. 17):

O conceito de direitos fundamentais apresenta, pois, dois aspectos: a) no aspecto formal, como direitos propriamente ditos, são garantidos numa constituição como prerrogativas; b) no aspecto material, como valores, são pré-constitucionais, pois que produtos das culturas civilizadas, e determinam o conteúdo desses direitos nas constituições.¹⁶

Assim, pode-se afirmar que o conceito de interesse público não se apresenta mais como símbolo legitimador para as condutas da Administração, mas como um espaço para a positivação das opções políticas do poder público, construídas com a estrita observância dos ditames constitucionais e da valorização dos direitos fundamentais.

15 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 176.

16 SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Recife, Imprensa Universitária, 1996. p. 17.

Interesse público se consubstancia como a interpretação dada aos preceitos constitucionais, no caso concreto. É opção discricionária limitada por valores constitucionais fundamentais que devem sempre nortear todos os atos da Administração.

A nova concepção de interesse público e de sua soberania devem pautar a atuação do Estado e a análise da responsabilidade da Administração.

O argumento de dicotomia entre interesse público e privado não pode restringir direitos fundamentais e servir como justificativa para afastar a responsabilidade legal e contratual do Estado. Por outro lado, a simples busca ideológica pela afirmação de direitos sociais não pode afrontar o princípio do devido processo previsto na Constituição e transformar o Estado em garantidor universal. É preciso que a responsabilidade da Administração seja tratada com equilíbrio, razoabilidade e, sobretudo, com respeito ao princípio da legalidade. 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.

2 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO NAS TERCEIRIZAÇÕES TRABALHISTAS

A discussão sobre a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas dos prestadores de serviços regularmente contratados é tema recorrente de incontáveis processos judiciais em tramitação. Muito se discutiu acerca da constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 até que o STF se posicionou sobre a matéria na ADC nº 16 – DF, julgando constitucional a previsão de que a inadimplência dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, pelo contratado, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

O julgado do STF deixa evidente que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pelas prestadoras regularmente contratadas não transfere, de imediato, para a Administração, a responsabilidade (ainda que subsidiária) pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas. Todavia, o posicionamento do STF não exclui a possibilidade, excepcional, de responsabilização do Estado pelo inadimplemento das obrigações

trabalhistas pelas prestadoras de serviço. Isso porque o art. 71, § 1º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos deve ser interpretado de forma sistemática, conforme o ordenamento e os preceitos constitucionais. Entendimento diverso importaria no reconhecimento da generalizada irresponsabilidade da Administração, na afronta ao interesse público e no retrocesso ao modelo Absolutista, no qual “*the king can do no wrong*”, em prejuízo aos princípios da proteção e da dignidade do trabalhador, direitos fundamentais e tão caros ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, pretender imputar à Administração (ainda que de forma subsidiária) responsabilidade objetiva ou integral pelo descumprimento das obrigações trabalhistas das prestadoras de serviço regularmente contratadas significa afrontar diretamente a Constituição, que só previu a responsabilização objetiva do Estado por conduta comissiva, nos termos do § 6º, do seu art. 37.

O tema responsabilidade do Estado vem experimentando constantes inovações teóricas, sobretudo quando acompanhadas dos conceitos modernos de responsabilidade civil. Souza¹⁷(2008), ao fazer um apanhado da evolução histórica da responsabilidade do Estado, remonta sua análise ao paradigma de Estado Absolutista, no qual as pretensões reparatórias que porventura se desejasse deduzir contra o Estado deveriam ser feitas exclusivamente perante os agentes administrativos que diretamente causassem o dano, já que o rei, na condição de representante de Deus na Terra, não cometia nenhum erro. O reconhecimento da responsabilidade do Estado teve como marco relevante o caso Blanco, julgado pelo Tribunal de Conflitos da França em 1º de fevereiro de 1873, em que se consagrou a teoria da culpa pela “*faute de service*”. Admitida a responsabilidade do Estado já na segunda metade do século XIX, a tendência foi ampliar as hipóteses de sua deflagração, evoluindo o conceito de responsabilização subjetiva para a responsabilização objetiva, fundada na simples relação de causa e efeito entre o agir administrativo e o dano causado¹⁸. Posteriormente, chegou-se à teoria do risco administrativo e hoje já se fala até em responsabilidade integral do Estado.

Ocorre que todo este caminhar histórico das teorias de responsabilização administrativa retratam construções doutrinárias, em sua maioria de origem estrangeira, não necessariamente adequadas ao nosso contexto político, econômico, cultural e social, e, até por isso, ainda não reconhecidas pelo nosso ordenamento jurídico.

17 SOUZA, Sylvio Capanema de. Novos aspectos da responsabilidade civil da Administração Pública. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo**: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 182-190.

18 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 946.

O art. 37, § 6º da Constituição de 1988 prevê que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Consagra, portanto, a responsabilidade objetiva nos casos em que o Estado agir (conduta comissiva) e causar dano indenizável a alguém. Contudo, em se tratando de dano causado por conduta omissiva do Estado, deve-se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva.

Bandeira de Mello¹⁹(2002, p. 957) se manifesta sobre a responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de conduta omissiva, nos seguintes termos:

A responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar norma que o constituía em dada obrigação (dolo). [...] Seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. [...]

Ao contrário do que se passa com a responsabilidade do Estado por comportamentos comissivos, na responsabilidade por comportamentos omissivos a questão não se examina nem se decide pelo ângulo passivo da relação (a do lesado em sua esfera juridicamente protegida), mas pelo pólo ativo da relação. É dizer: são os caracteres da omissão estatal que indicarão se há ou não responsabilidade.

No mesmo sentido já se posicionou o STF:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência -- não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexó de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. RE 382054 / RJ - RIO DE JANEIRO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO - Publicação 01/10/2004.

19 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 957.

O Tribunal Superior do Trabalho - TST ,ao tratar, na súmula 331, da responsabilidade da Administração pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas dos prestadores de serviços nas terceirizações, adotou claramente a teoria da responsabilização subjetiva:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

[...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

É claro o posicionamento consolidado do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de exigir a comprovação de culpa da Administração Pública para sua responsabilização subsidiária. Assim, o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pelas prestadoras de serviços regularmente contratadas pelo Estado não transfere para a Administração a responsabilidade trabalhista, salvo se evidenciada sua conduta culposa na fiscalização do cumprimento do contrato. É imprescindível a comprovação de culpa da Administração para sua responsabilização subsidiária, que é excepcional e não decorre da simples menção, em tese, de que o ente público deixou de manter-se vigilante em relação à satisfação dos créditos trabalhistas assumidos pela prestadora de serviços regularmente contratada.

A redação da Súmula 331 do TST afasta por completo a presunção de culpa da Administração e a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas nas terceirizações lícitas.

Neste sentido, é esclarecedor o trecho, abaixo transcrito, do voto da ministra Cármen Lúcia, no julgamento da ADC 16:

Sabe-se ser requisito para se ter configurada a responsabilidade da entidade estatal que o dano causado a terceiro em decorrência da prestação de serviço público tenha como autor agente público.

A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade.

Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, §1º da Lei 8.666/93. Nesse dispositivo, o “dano” considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público.

[...]

Contudo, eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa. [...]

A aplicação do art.71, §1º da Lei 8.666/93 não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa.

Isso não importa afirmar que a pessoa da Administração Pública possa ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por ela contratadas.

Entendimento diverso resultaria em duplo prejuízo ao ente da Administração pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada sua execução e ainda teria de arcar com consequência do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada.

Não se discute que o princípio da valorização do trabalho se afigura como de extrema importância para nortear a interpretação de normas trabalhistas; mas nem mesmo o princípio da proteção pode ensejar a injustificada e ilegal imputação de obrigações ao Estado, responsabilizando-o por débitos trabalhistas que são encargos dos empregadores da iniciativa privada. Diante da inegável limitação orçamentária dos entes públicos, é certo que a transformação do Estado em verdadeiro seguro das relações trabalhistas, longe de representar um avanço social, provoca o desequilíbrio financeiro da Administração e compromete os investimentos em áreas prioritárias.

CONCLUSÃO

É fundamental que reflexão sobre o novo conceito de interesse público e responsabilização da Administração nas terceirizações se paut

por um ideal de Estado republicizado, capaz de viabilizar a realização da justiça, da igualdade material e do bem comum, com fundamento na valorização do homem e em sua dignidade. Se por um lado o novo conceito de interesse público estabelecido sob as premissas constitucionais dos direitos fundamentais não afasta a possibilidade de responsabilização do Estado e até reforça a necessidade de se atribuir à Administração a obrigação de fiscalizar o cumprimento destes preceitos; por outro, não pode transformar o Estado em garantidor universal e, de forma pueril, sob um pretense argumento de justiça social, imputar a toda sociedade o dever de assumir prejuízos causados por particulares. A criação de uma jurisprudência libertária, fundada em sentimentos particulares de justiça e equidade, dissociada do ordenamento constitucional posto, revela o que o Min. Gilmar Mendes chamou de capitalismo à brasileira, no qual lucros são apropriados e prejuízos socializados²⁰. Para a responsabilização do Estado pelo descumprimento das obrigações trabalhistas das prestadoras de serviço regularmente contratadas, é indispensável a comprovação da conduta culposa da Administração, que não pode ser presumida ou referenciada de maneira genérica e abstrata nos julgados. Espere-se que o STF, na apreciação das inúmeras Reclamações Constitucionais propostas pelos entes federativos, corrija a distorção na aplicação da teoria de responsabilidade subjetiva e as afrontas praticadas contra a ordem constitucional verificada em diversas decisões que presumem a culpa da Administração e reestabeleça a interpretação pertinente do princípio da responsabilidade estatal com viés no adequado conceito de interesse público. A concepção do sentimento de justiça desvinculado da profunda análise das funções do Estado é um passo atrás na evolução dos modelos de organização de poder.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas. 1999.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

20 MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”? *Revista Jurídica Virtual*, v.2, n.13, jun. 2000.

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

FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização Brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade. Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a Pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

_____. **Mudança Estrutural na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”? **Revista Jurídica Virtual**, v.2, n.13, jun. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-13/capa.htm>. Acesso em: 06 de abr. de 2015.

MORON, Miguel Sanchez. **La Participación del Ciudadano em la Administración Pública**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

SALGADO, Joaquim Carlos. **Os direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Recife: Imprensa Universitária, 1996.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Sylvio Capanema de. Novos aspectos da responsabilidade civil da Administração Pública. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2008. p. 182-190.

ALTERAÇÃO DO USO DE IMÓVEIS: FLEXIBILIZAÇÃO DO PLANEJAMENTO URBANO DE BRASÍLIA EM BUSCA DE ADEQUAÇÃO ÀS DEMANDAS SOCIAIS

Lília Almeida¹

RESUMO: O artigo analisa a dinâmica social constante em Brasília referente à utilização de imóveis comerciais como residenciais, sob o prisma da influência do projeto urbanístico modernista, características atuais da cidade e possibilidade legal de regularização da prática. A metodologia utilizada foi a descritivo-analítica por meio de pesquisa bibliográfica, consulta a textos jornalísticos e observação do espaço objeto da análise. Conclui-se que as alterações informais de uso abordadas são justificadas pela dinâmica social da cidade, como resultado de fatores teóricos e históricos que informaram o planejamento de Brasília, o que indica a necessidade de sua regularização, seguindo as diretrizes traçadas no art. 314 da Lei Orgânica do Distrito Federal - LODEF, desde que constatado por meio de estudos técnicos que não causam impactos negativos à cidade ou região onde estão localizados os imóveis.

Palavras-chave: Urbanismo modernista. Preservação do patrimônio. Alteração de uso de imóveis. Necessidades sociais.

PROPERTY OF THE USE OF CHANGE: FLEXIBILITY OF URBAN PLANNING IN BRASILIA FITNESS SEARCH TO SOCIAL DEMANDS

ABSTRACT: This article analyzes the constant social dynamics in Brasilia, referring to the use of commercial and residential real estate, in the light of the influence of modernist urban design, current features of the city and legal possibility of regularization of practice. The methodology used was descriptive and analytical by means of literature, refers to newspaper articles and observing the object of analysis space. It is concluded that the informal changes addressed are justified by the social dynamics of the city as a result of theoretical and historical factors that informed the planning

1 Procuradora do Distrito Federal. Professora da Universidade Paulista – Brasília. Pós-graduação *latu sensu* em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza e em Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza.

RECEBIDO EM: 05/03/2015

ACEITO EM: 01/04/2015

of Brasilia, which indicates the need for regularization, following the guidelines set forth in Article 314 of the LODF from that verified by the technical studies that do not cause negative impacts to the city or region located real estate.

Keywords: Modernist Urbanism. Heritage preservation. Social needs.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é fruto da observação da dinâmica existente em Brasília concernente ao fenômeno da frequente alteração informal de usos de imóveis, notadamente a utilização de imóveis comerciais como residências – fato consolidado e aceito na dinâmica social da cidade devido ao evidente déficit habitacional nas áreas mais centrais e equipadas e carência de oferta de certos modelos de moradia.

Objetiva-se analisar se a prática de alteração informal de uso é pernicioso tão somente pelo fato de contrariar o plano urbanístico tal como historicamente pensado, ou se, ao contrário, aponta para a necessidade de sua revisão, com a consequente adequação frente às demandas sociais sufocadas pelo modelo urbanístico adotado no plano inicial da cidade, por muitos considerado como óbice a sua vitalidade e divisão democrática dos espaços.

Analisar-se-ão, para tanto, as questões apresentadas no trabalho intitulado “Alteração de uso de imóveis urbanos no Distrito Federal: apropriação individual ou gestão social?”, elaborado como dissertação de mestrado por Josué Magalhães de Lima, no Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da Universidade de Brasília: a) os imóveis urbanos atendem melhor uma função social ao cumprirem as regras atuais ou as regras informais? b) as salas comerciais utilizadas para fins residenciais atendem melhor uma função social permanecendo como estão ou sendo utilizadas, de fato, como novas moradias? c) e os lotes industriais atendem uma função social pelas regras de exclusividade atuais ou o interesse coletivo sugere que seriam mais bem aproveitados se abrigassem, também, atividades institucionais e comerciais que permitissem o consumo do setor nos fins de semana e período noturno?

Mostrar-se-á, resumidamente: as bases do pensamento modernista de Le Corbusier, sob as quais Brasília foi idealizada por Lúcio Costa, sendo

um dos fatores geradores de segregação social, dispersão da cidade e carência de vitalidade e equipamentos urbanos em diversas áreas; verificar-se-á se é pertinente a manutenção da forma de definição do uso do solo tal como realizado historicamente, com grande ênfase na setorização da cidade, e quais os requisitos e procedimentos legais para a regularização das alterações de uso abordadas.

Serão utilizados, primordialmente, o estudo desenvolvido por James Holston sobre a nova capital brasileira (Cidade Modernista: uma crítica de Brasília e sua utopia) e as consolidadas obras de Jane Jacobs (Morte e Vida de Grandes Cidades) e Jan Gehl (Cidade Para Pessoas).

2 A CONFORMAÇÃO MORFOLÓGICA DE BRASÍLIA: DAS PROPOSIÇÕES MODERNISTAS AO MODELO ATUAL E SUA INFLUÊNCIA NA FORMA COMO SE BUSCA MORADIA

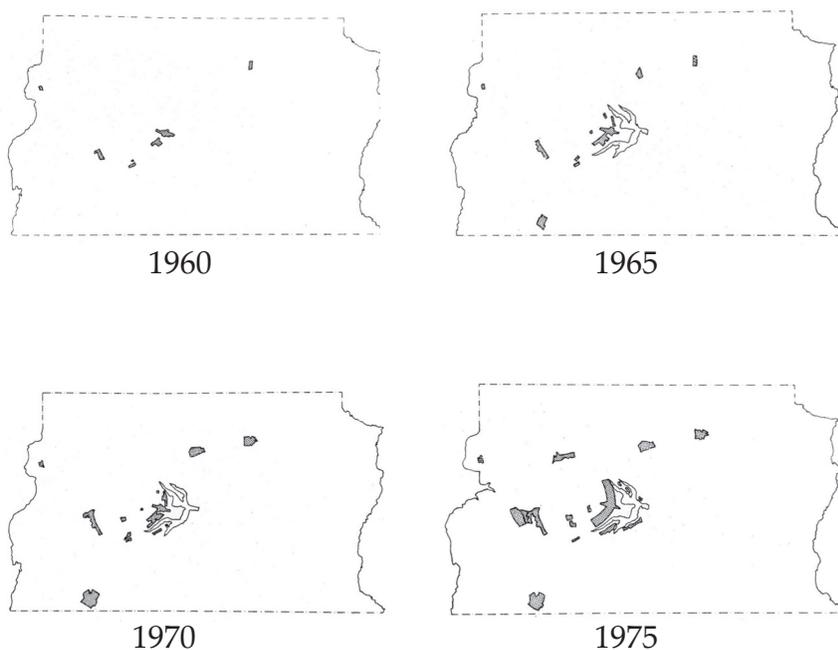
Segundo a análise de Holston, na obra já citada e que tomamos como a base neste estudo, a concepção de Brasília deriva das propostas dos manifestos dos CIAM - Congrès Internationaux d'Architecture Moderne, ocorridos entre 1928 até meados de 1960, à época, o mais importante fórum de debates sobre a arquitetura moderna. Lúcio Costa era entusiasta de Le Corbusier, expoente desta corrente ideológica.

Nesses manifestos, partia-se da premissa de que a arquitetura e o urbanismo modernos seriam os meios para a criação de novos hábitos, associações coletivas e de vida cotidiana. Atribuía a crise das cidades ao planejamento de acordo com as exigências da produção industrial e ao impedimento que a propriedade privada representaria para um planejamento abrangente. Consideravam que os interesses privados predominavam sobre os interesses coletivos, gerando um crescimento desorientado. Acreditavam que por meio de uma planificação global e centralizada poderiam controlar a especulação e distribuir os recursos urbanos com base em outros fatores que não a riqueza. A base dessa distribuição seria o próprio plano da cidade, por meio do qual se distribuiriam equitativamente as moradias, equipamentos públicos de lazer, saúde, educação, etc., para todos os cidadãos.

No plano apresentado por Lúcio Costa no concurso realizado para a escolha do projeto da nova capital e em relatórios da empresa Nova Capital do Brasil - Novacap, há nítida influência dessas propostas, conforme citado por Holston (1993). Segundo esse autor (1993, p. 86):

Na utopia do plano piloto, a distribuição desigual de vantagens originadas por diferenças de classes, raça, emprego, riqueza e família teria pequeno papel e pouca eficácia na organização da vida urbana. E como o Estado iria controlar, por meio do plano, a construção de toda a cidade como uma benfeitoria pública, as propostas do plano aparecem como a inversão inescapável de uma evolução social, na qual os arquitetos projetam os traços fundamentais da sociedade.

A utopia abraçada por Kubitschek e pelos planejadores da nova capital não perdurou, entretanto. Logo a realidade social pressionou o modelo idealizado, com o surgimento de inúmeros assentamentos informais, formados pelos trabalhadores da construção civil, que não retornaram a suas cidades de origem, e comerciantes da Cidade Livre, hoje Núcleo Bandeirante, que se negaram a deixar a área a si destinada durante a construção, por não vislumbrarem chance de lucro nas áreas comerciais ainda pouco utilizadas na cidade quase desabitada. As ilustrações a seguir mostram o crescimento da área urbana do Distrito Federal de 1960 a 1975:



Fonte: Holston (1993, p. 258)

As imagens acima reproduzidas mostram o crescimento vertiginoso ocorrido apenas nos primeiros 15 anos da fundação da cidade. Nesse contexto, apesar de nem o Plano Piloto de Lúcio Costa nem as diretrizes originais da Novacap previrem a criação de cidades-satélites da forma como criadas, sua fundação foi medida premente, em meio à mobilizações políticas e confrontos violentos com o Estado.

Criou-se, então, o modelo segregacionista e disperso que hoje prevalece no Distrito Federal e influencia a forma como se busca moradia. Essa não foi a intenção de Lúcio Costa, como explicitou ao se manifestar sobre o projeto no texto “Brasília Revisitada”, conforme os trechos transcritos a seguir:

A implantação de Brasília partiu do pressuposto que sua expansão se faria através de cidades satélites, e não da ocupação urbana gradativa das áreas contíguas ao núcleo original. Previa-se a alternância definida de áreas urbanas e áreas rurais — proposição contrária à ideia do alastramento suburbano extenso e rasteiro.

Assim, a partir do surgimento precoce e improvisado das cidades satélites, prevaleceu até agora a intenção de manter entre estes núcleos e a capital uma larga faixa verde, destinada a uso rural.

Tal abordagem teve como consequência positiva a manutenção, ao longo de todos esses anos, da feição original de Brasília. Mas, em contrapartida, a longa distância entre as satélites e o Plano Piloto isolou demais a matriz dos dois terços de sua população metropolitana que reside nos núcleos periféricos, além de gerar problemas de custo para o transporte coletivo.

[...]

Como nossa estrutura econômico-social induz à migração de populações carentes para os grandes centros urbanos, é essencial pensar-se desde já no desenvolvimento, em áreas próximas à capital de núcleos industriais capazes de absorver, na medida do possível, essas migrações com efetiva oferta de trabalho. Brasília não é, no caso, uma simples **miragem**. Cidade fundamentalmente político-administrativa e de prestação de serviços, a demanda de mão de obra, sobretudo não qualificada, é necessariamente menor embora a proximidade do poder central crie a ilusão de facilidades que, de fato, não existem.

Contudo, foi a realidade que se delineou: dispersão, segregação e alto custo de vida. Essa última uma das razões da existência da enorme demanda de imóveis no núcleo central e adjacências, impulsionada também pela redução das alternativas de mobilidade e novas exigências do mercado consumidor².

2 Antonella Bruzzese, professora da universidade italiana Politecnico di Milano, expõe, na obra Brasília 50+50, pág. 114: “O Plano Piloto parece hoje como um moderno centro histórico, em condições de concentrar em si a dimensão simbólica e representativa da cidade: a imagem de Brasília é a imagem

Não se pretende julgar os planejadores, pois trabalharam com previsões e não tinham o controle total dos resultados, até porque o desafio de se retirar do nada – literalmente – uma cidade habitável em três anos não é experiência corriqueira no mundo, menos ainda no Brasil de 1955. Entretanto, passados 55 anos da concretização do sonho, é hora de se desgarrar das amarras, pois o planejador, em seu mister, deve ter um bom conhecimento das potencialidades da cidade trabalhada (BERTAUD) e não priorizar a forma, as tendências, as utopias, em detrimento da vida (GEHL).

3 ALTERAÇÃO DO USO DE IMÓVEIS E NECESSIDADES SOCIAIS VERSUS SETORIZAÇÃO RÍGIDA ADOTADA PELO MODELO URBANISTA MODERNISTA DE BRASÍLIA

Entende-se, tradicionalmente, por estudos arqueológicos e históricos, que as cidades são vistas como produtos de suas sociedades e as alterações na forma urbana estão intimamente ligadas a mudanças e anseios da organização social (MUMFORD, 2001). No esquema modernista de desenvolvimento, entende-se, de forma diversa, que a construção de cidades novas requer intervenção estatal maciça e prescinde de um desenvolvimento regido e impulsionado pelas necessidades sociais (de troca, de defesa, etc.) e esforço coletivo. Nesse esquema, há intenção de inverter-se a sistemática tradicional, “criando-se” a sociedade a partir da disposição e forma das estruturas urbanas.

Um dos meios utilizados pelo urbanismo modernista para a obtenção dessa finalidade (transformação da sociedade *pela cidade*) é a utilização de zoneamento³ altamente setorizado por meio da separação de áreas exclusivas para cada função urbana. Essa homogeneização é o contraponto da divisão espacial heterogênea, nas quais diversas atividades (institucionais, recreativas, residenciais, comerciais, etc.) dividem espaço, com predominância ou não de uma sobre outras.

A homogeneização das funções de cada espaço visa à produção de um novo tipo de paisagem urbana, por meio do planejamento total

do Plano Piloto. Por outro lado, os preços crescentes dos aluguéis, a natureza de capital administrativa e econômica, vazia à noite e nos fins de semana e a rigidez da oferta tipológica estão na base de um processo de encolhimento, que torna sempre mais onerosos os fluxos diários e semanais de entrada e saída, estritamente em veículos particulares.”

3 Zoneamento é um método utilizado no planejamento urbano, por meio do qual a cidade é dividida em áreas sobre as quais incidem diretrizes para o uso e ocupação do solo, com a finalidade de controlar o crescimento urbano, proteger áreas inadequadas à ocupação urbana, minimizar conflitos entre usos e atividades, controlar o tráfego, dentre outras.

e da padronização arquitetônica, a fim de impedir o surgimento de diferenciações espaciais baseadas em distinções de classe. Também se fundamenta num apelo à “ordem” que proporcionaria à cidade, com facilitação de sua gestão.

Essa premissa continua sendo aplicada no planejamento urbano do Distrito Federal, em parte pelas limitações administrativas às alterações do traçado urbano de Brasília, parte devido à tradição formada em seu meio acadêmico e parte pelo seu peso histórico, como patrimônio cultural da humanidade.

A ideia de homogeneização reproduzida em cidades ou partes de cidades influenciadas pelo urbanismo modernista é um dos fatores geradores da denominada *Grande Praga da Monotonia*, nas palavras de Jane Jacobs, na obra *Morte e Vida de Grandes Cidades*⁴. Com essa expressão, descreve a falta de vitalidade que assola diversos assentamentos urbanos planejados de acordo com o pensamento modernista ortodoxo. Segundo a autora, esse problema pode ser evitado por meio da previsão de usos diversificados e incentivo à maior concentração de pessoas nas áreas.

Nesse contexto, não parece equivocado afirmar-se que em Brasília não é apenas a dispersão e segregação que influenciam a forma como se busca moradia. A setorização e planificação excessiva geram procura por espaços com mais vitalidade, facilidade de mobilidade e oportunidades proporcionadas pelo maior adensamento. Isso é impulso comum nas pessoas que vivem em aglomerados urbanos e acaba por instigar, impulsionar, a prática social da alteração informal de usos quando o planejamento urbano não se adequa às novas realidades e demandas.

Com efeito, em Brasília, apresenta-se comum o uso residencial de salas nos Setores Comerciais Locais das Asas Norte e Sul, do Setor Terminal Norte e grandes empreendimentos nitidamente voltados ao uso residencial no Setor de Grandes Áreas Norte, no Centro de Atividades do Lago Norte e Setor de Hotéis e Turismo Norte e em vários lotes comerciais na Asa Sul, como nas quadras 713 e 913. No Setor de Indústrias Gráficas, além de haver uso residencial, há diversas casas de festas, lojas e bares. As seguintes fotografias ilustram essa realidade:

4 JACOBS, Jane. *Morte e Vida de Grandes Cidades*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.



Setor Terminal Norte



Setor de Grandes Áreas Norte



Centro de Atividades do Lago Norte

Acrescente-se como fator impulsionador das alterações de usos informais a mudança das necessidades e exigências do mercado de

consumo. A cidade criada para ser sede do governo e demais poderes fora concebida para abrigar predominantemente servidores públicos e pessoas envolvidas, mesmo que indiretamente, na estruturação e funcionamento dos serviços administrativos. Com o passar do tempo, esse perfil se modificou, notadamente em decorrência do crescimento dos demais setores da economia.

Assim, o modelo de moradia oferecido no Plano Piloto, composto de apartamentos de dois, três ou quatro quartos, em alguns casos sem elevador e vaga de garagem, como nas unidades das quadras 400, e normalmente sem espaço para áreas de lazer, não atende a todos os perfis de consumidores atualmente existentes. Da mesma forma, não atendem a camadas da população com faixa de renda mais baixa, mas que conseguem manter-se em Brasília em moradias menores e mais modestas.

Nesse contexto, é necessário que o planejamento espacial preserve os valores urbanísticos caros ao patrimônio cultural e paisagístico da cidade, mas também seja mais flexível, equilibrando divisão de usos como forma de viabilizar o gerenciamento da urbe com as forças do mercado e as necessidades sociais. Em pensamento semelhante, escreve Bruzzese 2014, p. 114):

Brasília é uma cidade projetada, o desenho urbano e a arquitetura do Plano Piloto representam a herança mais extraordinária a ser gerida pelos brasilienses. As restrições impostas pela Unesco, quando a cidade foi listada como patrimônio da humanidade em 1987, impõem uma atitude de cautela em relação àquelas mudanças ditadas pelo uso e por exigências dos habitantes. A vontade de permanecer fiel ao projeto original, de salvaguardar espaços e situações conforme concebidos, às vezes ameaça causar intervenções míopes com propostas de soluções formais bem piores do que as adaptações em originaram sua experiência. Testemunha disso é o caso do mercado construído atrás da Torre de TV para acolher aquela feira informal que durante anos animou a esplanada. *Esse novo projeto, criticado por muitos, evidencia a necessidade de refletir sobre quais práticas informais seriam não só toleráveis, mas de fato necessárias, por alimentarem a vitalidade dos espaços públicos e quais intervenções, ao contrário, devem ser realizadas para preservar a limpidez do desenho e a fidelidade ao projeto inicial. O que parece fundamental ao se construir a agenda pública para gerir a herança do Plano Piloto, é encontrar o equilíbrio justo entre aquela que deve ser considerada necessariamente uma cidade viva, capaz de repensar os próprios espaços e adaptá-los, em alguma medida, às exigências de seus habitantes e a vontade de priorizar o apego a uma ideia original.* Os usos e a inteligência dos brasilienses produziram algumas mudanças, como, por exemplo, o acréscimo de novas frentes

para a zona residencial nas entrequadras, onde se encontram atividades comerciais e de serviço. Essas modificações deveriam ser entendidas como uma traição ao projeto de Lúcio Costa? Ou, pelo contrário, não seriam o sinal de possíveis melhoramentos de um modelo? (Grifo nosso)

O céu de Brasília, o horizonte e os imensos espaços vazios gramados, apesar de serem cheios de significados e merecerem preservação, têm um preço alto. Infelizmente, sua poesia não basta para barrar as demandas surgidas pelo decorrer do tempo e pela alteração do quadro social em que a cidade se insere.

4 ALTERAÇÃO DE USO DO SOLO E A ATUAL DISCIPLINA LEGAL

O Estatuto da Cidade – Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 - prevê a alteração de uso do solo como instrumento da política urbana, consistente na faculdade de a Administração Pública permitir a modificação do uso do solo em área específica, cuja finalidade do uso esteja previamente definida. Esse instrumento está previsto no art. 29 da referida lei: “O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.”

A Administração Pública deve aplicar o instituto com cautela e técnica, ao definir as hipóteses e locais propícios à alteração, pois, se for objeto de abuso, tornará inócua grande parte da legislação de uso e ocupação do solo, desnaturando o zoneamento das cidades (CARVALHO FILHO, 2013). Sobre o tema, expôs-se no Parecer Normativo n. 39/2008-PROMAI/PGDF⁵:

A premissa fundamental é a compreensão de que a infra-estrutura urbana é financiada por toda a coletividade, e, por esse motivo, subutilização e sobre-utilização não atendem ao interesse público.

A sobre-utilização da infra-estrutura urbana atenta contra o direito à cidade sustentável (art. 2º, inciso I, do Estatuto da Cidade), assim como não se compatibiliza com as diretrizes fixadas pelo Estatuto da Cidade para a adequada ordenação do uso do solo urbano (art. 2º, VI, “c” e “d”). Em outro giro, a subutilização da infra-estrutura urbana também não se coaduna com o interesse público, na medida em que é dever do poder público promover o planejamento urbano de modo a evitar distorções no crescimento da cidade (art. 2º, inciso IV, do Estatuto da Cidade). A adequada utilização da infra-estrutura urbana implica a otimização dos recursos públicos e a própria sustentabilidade da cidade.

5 DISTRITOFEDERAL. Procuradoria-Geral do Distrito Federal. **Parecer Normativo n. 39/2008-PROMAI/PGDF**. Estudo/aperfeiçoamento do texto normativo: ONALT e ODIR. Uniformização da orientação jurídica sobre ONALT e ODIR. Disponível em <<http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PROMAI/2008/PROMAI.0039.2008.pdf>> Acesso em: 21 set. 2015.

A utilização do instrumento pressupõe que as áreas passíveis da alteração estejam previamente definidas no plano diretor, que haja lei definindo a contrapartida a ser prestada pelo interessado e que seja editada lei local específica, definindo com precisão as condições a serem observadas para a permissão da mudança do uso do solo.

A possibilidade de cobrança de valor pecuniário dos proprietários que se beneficiarem da alteração do uso deve ocorrer sempre que haja obtenção da chamada mais-valia urbanística, ou seja, quando o particular auferir ganho econômico decorrente da alteração do uso do solo. Podem ser cobradas outras formas de contrapartida, como a participação em projetos sociais ou de preservação ambiental, por exemplo.

A lei federal estabelece, portanto, que a outorga do direito à alteração de uso do solo é onerosa. Assim, ao lado de ser um instrumento de planejamento urbano e induzir o cumprimento da função social da propriedade, é mecanismo de recuperação da mais-valia urbanística, possibilitando a redistribuição dos benefícios advindos da urbanização.

No Distrito Federal, a Lei Orgânica estabelece, em seu art. 317, § 2º, VI, “c”, que o plano diretor de ordenamento territorial deverá conter a definição das áreas nas quais poderá ser utilizado o instrumento de outorga onerosa da alteração de uso. Por sua vez, o art. 318, § 1º da LODF diz que a Lei de Uso e Ocupação do Solo - LUOS estabelecerá normas urbanísticas destinadas a regular as categorias de usos, por tipo e porte, e definirá as zonas e setores segundo as indicações de usos predominantes, usos conformes e não conformes. Essa lei ainda não foi editada, sendo aplicados, no tocante ao uso e ocupação do solo, os planos diretores locais⁶, onde existem, e as Normas de Gabarito - NGBs.

Enquanto a LUOS não é editada, deve ser aplicado, no que tange à alteração de uso do solo, o parágrafo único do art. 56 do Ato das Disposições Transitórias da LODF, segundo o qual poderá ser efetivada a alteração por leis complementares específicas de iniciativa do Governador, motivadas por situação de relevante interesse público e precedidas da participação popular e de estudos técnicos que avaliem o impacto da alteração, aprovados pelo órgão competente do Distrito Federal.

6 Art. 59. Os Planos Diretores Locais vigentes serão mantidos e incorporados, no que for pertinente, ao plano diretor de ordenamento territorial do Distrito Federal, à lei de uso e ocupação do solo e aos planos de desenvolvimento local. (*Artigo acrescido pela Emenda à Lei Orgânica nº 49, de 2007.*)
Parágrafo único. Os índices urbanísticos e usos que fazem parte dos planos diretores locais vigentes só poderão ser alterados mediante nova consulta pública à sociedade e aprovação por meio de lei complementar.

A Lei Complementar Distrital n. 803, de 25 de abril de 2009, que aprova a revisão do Plano Diretor de Ordenamento Territorial - PDOT, por sua vez, trata da outorga onerosa de alteração de uso nos arts. 168 a 173. Assim, as alterações de uso aqui abordadas podem ser regularizadas por meio do procedimento previsto nesses normativos ⁷ observada, ainda, a Lei Complementar Distrital n. 294, de 27 de junho de 2000, que institui a forma de retribuição da outorga onerosa de alteração de uso no Distrito Federal.

A regularização pode ser feita, também, pela previsão de usos mistos na própria Lei de Uso e Ocupação do Solo, considerados os usos praticados na dinâmica social, utilizando-se a técnica do controle de incomodidades.⁷ Com efeito, a LUOS pode ser utilizada para corrigir distorções entre a capacidade e a real utilização de cada parcela da cidade, quando as identifica, da mesma forma que pode mediar conflitos entre usos e ocupações incompatíveis na cidade⁸.

Acrescente-se que, nas áreas integrantes do conjunto urbanístico tombado de acordo com o Decreto n. 10.829, de 14 de outubro de 1987, e Portaria n. 314 do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-IPHAN, deverão ser observadas as disposições do Plano de Preservação do Conjunto Urbanístico de Brasília – PPCUB, em fase de elaboração.

5 RESULTADOS: MANUTENÇÃO RÍGIDA DO PLANEJAMENTO HISTORICAMENTE DEFINIDO VERSUS INSERÇÃO DE USOS PRINCIPAIS COMBINADOS, PELA REGULARIZAÇÃO DE ALTERAÇÕES DE USO

Os resultados que se pretendem alcançar referem-se à resposta da indagação formulada no início do trabalho: a alteração informal de uso é pernicioso tão somente pelo fato de contrariar o planejamento urbano tal qual concebido historicamente e deve ser incondicionalmente combatida, ou, ao contrário, aponta para a necessidade de revisão do planejamento urbano em vigor, com sua consequente adequação, frente às demandas sociais sufocadas pelo modelo urbanístico adotado no plano inicial da

7 Sobre a técnica do controle de incomodidades e a convivência de usos residenciais e não residenciais, confira-se o didático artigo elaborado pelo arquiteto urbanista e gerente de projetos do Ministério das Cidades Kazuo Nakano, Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/centrodametropole/antigo/v1/diversidade/numero2/caminhos/19Nakano.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015.

8 ROLNIK, Raquel; SAULE JÚNIOR, Nelson (Coord.). **Estatuto da Cidade**: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. 3. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005. p. 34.

cidade, por muitos considerado como óbice a sua vitalidade e divisão democrática dos espaços (GEHL, 2010, p. 195-197)?

Para o alcance dos resultados, propôs-se analisar as questões formuladas no substancial trabalho elaborado por Josué Magalhães de Lima, no Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da Universidade de Brasília, em sua dissertação de mestrado intitulada “Alteração de uso de imóveis urbanos no Distrito Federal: apropriação individual ou gestão social?”. Na pesquisa, coletaram-se dados quantitativos das alterações de uso informais em Brasília e analisaram-se suas diversas formas e causas, contribuindo para mapeamento e conhecimento da extensão do fenômeno. Ao fim, elaboraram-se as seguintes questões, inseridas na conclusão do trabalho citado, como forma de instigar a reflexão: a) os imóveis urbanos atendem melhor uma função social ao cumprirem as regras atuais ou as regras informais? b) as salas comerciais utilizadas para fins residenciais atendem melhor uma função social permanecendo como estão ou sendo utilizadas, de fato, como novas moradias? c) e os lotes industriais atendem uma função social pelas regras de exclusividade atuais ou o interesse coletivo sugere que seriam mais bem aproveitados se abrigassem, também, atividades institucionais e comerciais que permitissem o consumo do setor nos fins de semana e período noturno?

A decisão político-administrativa de permitir alterações de uso deve ser ancorada em estudos sobre os impactos gerados na estrutura (tráfego, distribuição de água, esgoto, energia, utilização dos equipamentos públicos, etc.) e vida urbanas. Tanto pode haver sobrecarga na infraestrutura existente e problemas de coexistência de usos incompatíveis como a combinação de usos variados com níveis de incomodidade compatíveis e a concentração de pessoas em áreas subutilizadas em horários variados, gerando vida e segurança nas ruas. Nesse último caso, a alteração pode promover maior vitalidade, como preconiza JACOBS (2011) ao tratar das condições indispensáveis para gerar uma diversidade exuberante nos distritos e, conseqüentemente, vida e segurança aos cidadãos⁹, configurando, assim, um benefício à urbe.

⁹ “1ª Condição: O distrito, e sem dúvida o maior número de segmentos que o compõem, deve atender a mais de uma função principal; de preferência, a mais de duas. Estas devem garantir a presença de pessoas que saiam de casa em horários diferentes estejam nos lugares por motivos diferentes, mas sejam capazes de utilizar boa parte da infraestrutura.

[...]

4ª Condição: O distrito precisa ter uma concentração suficientemente alta de pessoas, sejam quais forem seus propósitos. Isso inclui pessoas cujo propósito é morar lá.” (JACOBS, 2011, p. 167 e 221).

Nesse contexto, o atendimento da função social dos imóveis objetos de alteração de uso afere-se pelo sopesamento entre os impactos negativos que a alteração causa na infraestrutura existente e os benefícios que trouxer à cidade, pela melhor distribuição e aproveitamento dos espaços, conforme as necessidades sociais predominantes.

Daí depreende-se que as três questões acima transcritas, que são imbricadas, não podem ser respondidas pela simples escolha entre o regramento legal e a prática social informal, como coloca o autor do trabalho onde foram formuladas. A prática social aqui analisada pode ser benéfica em certos casos e, em outros, prejudicial aos objetivos definidos pelos planejadores na busca da cidade adequada. A resposta depende de análise sobre a viabilidade de usos diversificados dos imóveis, consideradas as regiões onde perpetradas as alterações informais, por meio de estudo técnico sobre seus impactos (prejuízos e benefícios) na área e na cidade.

Da análise dos fundamentos teóricos e históricos da criação de Brasília e suas consequências, profundamente destrinchados por HOLSTEN (2010), assim como do estudo das concepções e diretrizes urbanísticas defendidas por GEHL (2013) e JACOBS (2011), constata-se que as alterações informais de uso ocorridas em Brasília, nos moldes expostos precedentemente, decorrem de necessidades sociais surgidas com o passar do tempo e não absorvidas pelo modelo de planejamento urbano definido.

Constata-se, ainda, que o crescimento populacional, a coexistência da função político-administrativa com outras pertinentes a qualquer centro urbano detentor de riqueza, tecnologia e melhores equipamentos urbanos, a mudança dos padrões de consumo e perfil dos moradores, não mais prioritariamente servidores públicos, a grande dispersão dos perímetros urbanos e o impulso natural de se buscar locais onde haja maior vitalidade e oportunidades obtidas pela concentração de pessoas, justificam, do ponto de vista do comportamento social, a alteração dos usos de imóveis, tal como praticada e aceita na dinâmica da cidade.

Nesse contexto, não se encontraram argumentos aptos à conclusão de que a prática da alteração informal do uso de imóveis é por si só perniciosa e deve ser incondicionalmente rebatida tão somente pelo fato de que contraria a legislação do ordenamento da cidade. Registre-se que essa visão foi defendida pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ao ajuizar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2008.00.2.016291-6 contra as leis que prevêm a redução da alíquota do IPTU para imóveis comerciais que tenham uso residencial. Segundo o órgão ministerial, a legislação contrariaria as normas de planejamento urbano da cidade e

beneficiária injustamente quem dá uso inadequado aos imóveis. O pedido foi julgado improcedente por unanimidade, tendo o relator Des. Sérgio Bittencourt consignado em seu voto:

Aliás, o art. 315 da Lei Orgânica do Distrito Federal elege o *acesso à moradia* como primeiro critério a ser observado no estabelecimento dos *planos diretores de ordenamento territorial*. Inconsistentes, portanto, a meu juízo, os argumentos do autor, fundados no ‘Parecer Técnico 77/2008 – PROURB, da Assessoria Técnica da Promotoria de Justiça de Defesa da Ordem Urbanística do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios’ (fls. 18/22), porquanto o *tombamento da cidade*, seguindo regras imutáveis e inflexíveis, não se mostra, sob a minha ótica, mais importante do que a melhoria das condições de vida do brasileiro, esta, sim, afinada com o princípio da *função social da propriedade urbana* (art. 314).

Conclui-se, assim, com base nas constatações expostas precedentemente, que as alterações informais de uso, tais como aceitas na dinâmica social da cidade, indicam a necessidade de sua regularização respeitadas as análises técnicas em cada caso, considerada a região em que perpetradas as alterações nos termos do art. 314 da Lei Orgânica do Distrito Federal, que traça como objetivo da Política Urbana a garantia do bem-estar e qualidade de vida da população¹⁰.

10 Art. 314. A política de desenvolvimento urbano do Distrito Federal, em conformidade com as diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantido o bem-estar de seus habitantes, ele compreende o conjunto de medidas que promovem a melhoria da qualidade de vida, ocupação ordenada do território, uso de bens e distribuição adequada de serviços e equipamentos públicos por parte da população.

Parágrafo único. São princípios norteadores da política de desenvolvimento urbano:

- I - o uso socialmente justo e ecologicamente equilibrado de seu território;
- II - o acesso de todos a condições adequadas de moradia, saneamento básico, transporte, saúde, segurança pública, educação, cultura e lazer;
- III - a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
- IV - a manutenção, segurança e preservação do patrimônio paisagístico, histórico, urbanístico, arquitetônico, artístico e cultural, considerada a condição de Brasília como Capital Federal e Patrimônio Cultural da Humanidade;
- V - a prevalência do interesse coletivo sobre o individual e do interesse público sobre o privado;
- VI - o incentivo ao cooperativismo e ao associativismo, com apoio a suas iniciativas, na forma da lei;
- VII - o planejamento para a correta expansão das áreas urbanas, quer pela formação de novos núcleos, quer pelo adensamento dos já existentes;
- VIII - a adoção de padrões de equipamentos urbanos, comunitários e de estruturas viárias compatíveis com as condições sócio-econômicas do Distrito Federal;
- IX - a adequação do direito de construir aos interesses sociais e públicos, bem como às normas urbanísticas e ambientais previstas em lei;
- X - o combate a todas as formas de poluição;
- XI - o controle do uso e da ocupação do solo urbano, de modo a evitar:
 - a) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
 - b) o parcelamento do solo e a edificação vertical e horizontal excessivos com relação aos equipamentos

6 CONCLUSÃO

A compreensão da cidade pressupõe a utilização da antiga metáfora que a relaciona a um organismo vivo, que sofre transformações ao longo do tempo e influências da interação entre seus inúmeros órgãos. Partindo dessa premissa, não parece adequada a insistente utilização de velhas fórmulas adotadas em tempos pretéritos. Tempos em que imperava a influência de tendências e propostas ortodoxas, calcadas em ideias de criação de um espaço urbano fortemente controlado pelo planejamento estatal, supostamente apto a criar uma sociedade livre das demandas do sistema capitalista e, por isso, sem flexibilidade para adaptar-se a novas necessidades, pensamentos e comportamentos sociais.

O crescimento populacional, a coexistência da função político-administrativa com outras pertinentes a qualquer centro urbano detentor de riqueza, tecnologia e melhores equipamentos urbanos, a mudança dos padrões de consumo e perfil dos moradores de Brasília, a grande dispersão do perímetro urbano e o impulso natural de se buscar locais onde haja maior vitalidade e oportunidades obtidas pela concentração de pessoas justificam, do ponto de vista do comportamento social, a prática da alteração do uso de imóveis, tal como aceita na dinâmica da cidade.

As alterações informais de uso abordadas são justificadas pela dinâmica social da cidade, como resultado dos fatores teóricos e históricos que informaram o planejamento de Brasília, o que indica a necessidade de sua regularização, seguindo as diretrizes traçadas no art. 314 da Lei Orgânica do Distrito Federal, observadas as normas legais relativas à outorga onerosa de alteração de uso.

REFERÊNCIAS

BERTAUD, Alain. **The spatial organization of cities**: deliberate outcome or unforeseen consequence? Disponível em: <http://alainbertaud.com/wp-content/uploads/2013/06/AB_The_spatial_organization_of_cities_Version_31.pdf>. Acesso em: 21 set. 2015.

urbanos e comunitários existentes;
c) a não edificação, subutilização ou não utilização do solo urbano edificável.

BRUZZESE, Antonella. Brasília: três desafios para o futuro. In: SABÓIA, Luciana; DERNTL, Maria Fernanda (orgs.). **Brasília 50+50: cidade, história e projeto**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2014. 180 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Atlas, 2013. 600 p.

COSTA, Lúcio. **Brasília Revisitada**. Disponível em: <<http://www.guiadebrasil.com.br/historico/revisitada-d.htm>>. Acesso em 21 set. 2015.

DISTRITO FEDERAL. Procuradoria-Geral do Distrito Federal. **Parecer Normativo n. 39/2008-PROMAI/PGDF**. Estudo/aperfeiçoamento do texto normativo: ONALT e ODIR. Uniformização da orientação jurídica sobre ONALT e ODIR. Disponível em <<http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PROMAI/2008/PROMAI.0039.2008.pdf>> Acesso em: 21 set. 2015.

GEHL, Jan. **Cidades Para Pessoas**. São Paulo: Perspectiva, 2013. 280 p.

_____. Jan Gehl fala sobre cidades e escala humana. Entrevistador: Bianca Antunes. **Revista AU – Arquitetura e Urbanismo**, ano 27, n. 215, fev. 2012. Disponível em: <<http://au.pini.com.br/arquitetura-urbanismo/215/jan-gehl-fala-sobre-cidades-e-escala-humana-250160-1.aspx>>. Acesso em: 21 set. 2015.

HOLSTON, James. **Cidade Modernista: uma crítica de Brasília e sua utopia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. 368 p.

JACOBS, Jane. **Morte e vida de Grandes Cidades**. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2011. 528 p.

LIMA, Josué Magalhães de. **Alteração de uso de imóveis urbanos no Distrito Federal: apropriação individual ou gestão social?** 2009. 169 f. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Programa de Pós-graduação em Arquitetura e Urbanismo, Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

MUMFORD, Lewis. **A cidade na história**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2001. 742 p.

NAKANO, Kazuo. Desenvolvimento territorial e regulação urbanística nas áreas centrais de São Paulo. In: COMIN, Álvaro A.; SOMEKH (Orgs.). **Caminhos para o centro: estratégias de desenvolvimento para a região central de São Paulo**. São Paulo: EMURB, Prefeitura de São Paulo:

CEBRAP, Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, Centro de Estudos da Metrópole, 2004. p. 382-420. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/centrodametropole/antigo/v1/diversidade/numero2/caminhos/19Nkano.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015.

ROLNIK, Raquel; SAULE JÚNIOR, Nelson (Coord.). **Estatuto da Cidade:** guia para implementação pelos municípios e cidadãos. 3. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.

A TUTELA INIBITÓRIA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO PARA A PREVENÇÃO DA POLUIÇÃO SONORA URBANA

Alexandre Silva dos Santos¹

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo demonstrar que a Tutela Inibitória Ambiental se consubstancia em um autêntico instrumento processual para a defesa do meio ambiente urbano, principalmente na prevenção da poluição sonora, visto ser a área urbana considerada uma das mais afetadas por esse tipo de poluição. A prevenção da poluição sonora, mediante a Tutela Inibitória, antes que os danos ao direito ambiental coletivo ocorram, seria a solução apresentada em contrapartida ao clássico sistema ressarcitório ou sancionatório. Tendo-se em vista a dificuldade (ou até impossibilidade) de se reparar os danos provocados contra o meio ambiente, principalmente face à omissão estatal em desenvolver políticas de educação ambiental para a coibição deste problema urbano, sugerimos a adoção da tutela inibitória como um poderoso instrumento a serviço do Estado-Juiz para a implementação da Justiça Ambiental.

Palavras-chave: Meio Ambiente Urbano. Poluição Sonora. Tutela Inibitória.

ENVIRONMENTAL INHIBITORY TUTELAGE AS A TOOL FOR THE PREVENTION OF URBAN NOISE POLLUTION

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate that environmental Inhibitory Tutelage is an authentic procedural instrument for the protection of the urban environment, especially in the prevention of noise pollution, once the urban area is considered one of the most affected by this sort of pollution. The prevention of noise pollution, by Inhibitory Tutelage, before damage to the collective environmental right occur, would be the solution presented in contrast to the classic ressarcitory or sanctionist system. Bearing in mind the difficulty (or even impossibility) to repair the damage caused against the environment, especially in the face of state failure to develop environmental education policies for restraint this urban problem, we suggest the adoption of the inhibitory tutelage as a powerful instrument at the service of the State for the implementation of environmental justice.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Servidor do Ministério Público do Estado do Pará.

Keywords: Urban Environment. Noise. Inhibitory Tutelage.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 erigiu um rol de direitos considerados invioláveis, devido, principalmente, a sua imprescindibilidade para a prevalência de um dos princípios mais caros ao Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Entre tais direitos está o meio ambiente ecologicamente equilibrado, *ex vi* o art. 225 da Carta de Outubro. Neste diapasão, a mesma Constituição Cidadã, em seu art. 5º, inciso XXXV, prevê que o Estado não pode se opor a defesa dos direitos através da lei, seja para afastar lesão ou ameaça.

Nosso ordenamento jurídico, historicamente, adotou a visão clássica de que a todo direito violado, por meio da provocação do dano, caberá indenização proporcional ao prejuízo causado, a chamada Tutela Ressarcitória. No entanto, passou-se por uma evolução, visto que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe a possibilidade de se invocar a Tutela Preventiva, ou Inibitória, para a defesa de direitos sob ameaça de violação. Nesse quadrante, em matéria de poluição sonora, a tutela sancionatória, de fato, geralmente, não é capaz de fornecer a necessária proteção que deve ser dispensada a tal direito difuso, visto ser este um direito de difícil reparação porque gera danos, em tese, transeuntes seja.

Atualmente, verifica-se que a poluição sonora, especificamente, constitui um dos notórios problemas ambientais que são identificados, nas mais diversas metrópoles, como uma consequência do desenvolvimento. Por ser volátil, ou seja, não deixar vestígios aparentes, este tipo de poluição exige uma atuação rápida e eficaz dos órgãos responsáveis por sua coibição, o que nem sempre é possível. Tal coibição apenas torna-se mais eficiente quando praticada contra pessoas jurídicas que reiteradamente perpetram tal agressão, sendo seus proprietários autuados e, por vezes, tendo seus estabelecimentos comerciais interditados e seus equipamentos apreendidos.

No entanto, a poluição sonora não é realizada apenas por pessoas jurídicas. Tal fato é mais comum em bairros periféricos das cidades, onde determinados cidadãos, no intuito de promover festas particulares, acabam por extrapolar os limites permitidos por lei, tanto em sua intensidade como em sua duração, ao colocarem caixas acústicas em contínua

atividade sonora, perturbando a paz urbana e desequilibrando, assim, o meio ambiente. Tal fato igualmente ocorre quando tais equipamentos são instalados em automóveis particulares, em total desrespeito às leis.

Nesses casos, a fiscalização, geralmente precária e deficiente das autoridades responsáveis por inibir tal conduta, mostra-se não ser capaz de restaurar o equilíbrio ambiental, ainda mais que tais atividades poluidoras ocorrem em fins de semana, quando tais órgãos têm seu déficit operacional alargado.

Dessa forma, com o afã de analisar novos instrumentos para a efetivação da Justiça Ambiental, propõe-se este trabalho com o intuito de investigar a tutela inibitória da poluição sonora, a ser aplicada na prevenção da poluição sonora na zona urbana, evitando-se que tal agressão ao meio ambiente seja praticada.

Em adendo, realizamos uma análise do rol de normas atuais sobre a questão da poluição ambiental, mormente em âmbito federal, verificando, também, a posição doutrinária sobre como a poluição sonora afeta o ser humano e de que modo é juridicamente tratada hoje enquanto agressão ambiental. À guisa de desenvolver a questão fundante, lançamos mão de pesquisa bibliográfica e documental, mediante um método analítico-sintético, por meio do estudo da doutrina corrente sobre o tema. Outrossim, adotaremos uma abordagem dedutiva na elaboração deste artigo, buscando aplicar os princípios inerentes à tutela inibitória ambiental na prevenção específica da poluição sonora.

1 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO EQUILÍBRIO SONORO NO AMBIENTE URBANO

É inegável a importância que o equilíbrio ambiental possui atualmente no âmbito social. Apesar de ter sido exposto como um fator de preocupação emergente em julho de 1972, durante a Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, na Suécia, quando surgiu a Declaração sobre o Ambiente Humano, a defesa do meio ambiente enquanto macrobem indispensável à promoção da dignidade humana apenas foi assim erigido, no Brasil, com a Constituição de 1988.

O direito à liberdade, amplamente protegido na atual Carta, não dispensa o cidadão de cuidar do meio ambiente, visto que apenas com a promoção do pleno equilíbrio de tal bem jurídico é que se poderá gozar da ampla liberdade e, por conseguinte, defender nossa total dignidade. Uma grande importância foi dada a esse tema em nossa Constituição,

visto que não apenas a atual geração detém o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas a sociedade e os Entes Federativos devem, de forma conjunta, garantir que as gerações porvir igualmente tenham tal direito.

Pode-se chegar à conclusão de que, *verbi gratia*, os direitos ao lazer e à expressão de crença religiosa apenas poderão ser plenamente promovidos se, ao invocarem tal direito, os cidadãos não violarem as normas ambientais em vigor, as quais estabelecem limites ao direito de emissão de sons e ruídos. Da mesma forma, a liberdade de locomoção, que num ambiente urbano economicamente desenvolvido, dá-se por meio de veículos automotores, deve obedecer a regras e padrões nacionalmente estabelecidos pelos órgãos competentes para o controle da poluição sonora, notadamente as Secretarias Estadual e Municipal de Meio Ambiente e ao Departamento de Trânsito.

Essa dimensão dada pela Constituição da República afirma a posição do meio ambiente como essencial à própria existência humana, vez que, de acordo com Gomes (2003, p. 177):

[...] estamos diante de um desdobramento da proteção do direito à vida, pois a salvaguarda das condições ambientais adequadas à vida depende logicamente da proteção dos valores ambientais. Assim, o direito ao meio ambiente ecologicamente [equilibrado] é, sem dúvida, um direito humano fundamental, como quer a Carta Magna.

Destarte, é com o objetivo de estabelecer as estreitas regras do jogo para o equilíbrio do ambiente urbano e rural que a Constituição da República de 1988 estabeleceu a recepção da Lei da Política Nacional de Meio Ambiente, Lei nº. 6.938/1981, criando uma rede integrada de proteção ao meio ambiente, como se verá a seguir.

2 O TRATAMENTO LEGAL DO EQUILÍBRIO SONORO

A Constituição da República de 1988, em seu art. 23, inciso VI, estatui que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o dever de proteger o meio ambiente e combater a poluição em todas as suas formas. Com o fito de cumprir tal preceito, a Constituinte houve por bem recepcionar a Lei Federal nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Tal diploma legal cria um sistema destinado à preservação ambiental a ao desenvolvimento sustentável da sociedade e apresenta instrumentos para a efetivação de tal mister. Dessa forma, a Lei nº. 6.938/81 traz a definição de poluição, conforme seu artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) *prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;*
- b) *criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;*
- c) *afetem desfavoravelmente a biota;*
- d) *afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;*
- e) *lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;*

[...]

(Grifos nossos).

A Política Nacional do Meio Ambiente em momento algum menciona, de forma literal, a necessidade de se proteger o meio ambiente especificamente contra a poluição sonora. No entanto, favorece a proteção do meio ambiente contra o desequilíbrio acústico de forma ampla ao definir a poluição como a emissão de energias em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. Além disso, ao estabelecer a implementação da preservação da qualidade ambiental, com fito ao desenvolvimento socioeconômico do país, tendo em vista a promoção da dignidade da vida humana, a referida lei estatui, em seu artigo 2º, dentre seus princípios, que se deve atender à racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar (inciso II), bem como ao controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras (inciso V). Ao referir-se à racionalização do uso do ar, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente inclui todas as suas formas de utilização, o que inclui a utilização do ar para a propagação de energia sonora, ou seja, a utilização acústica racional do ar deve atender aos níveis adequados estabelecidos pelo Poder Público.

Dessa forma, a Lei nº. 6.938/81 estabelece diretrizes e instrumentos para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios elaborem padrões específicos para coibir a poluição sonora. Além da referida lei, há a Lei Federal nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que estabelece os crimes ambientais e preceitua em seu artigo 54 que é crime, punido com reclusão de um a quatro anos, além de multa, “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”.

Assim, pode-se afirmar que a poluição sonora é considerada crime ambiental. O anteprojeto da Lei de Crimes Ambientais, originalmente, trazia em seu art. 59², posteriormente vetado, a expressa tipificação da

2 Art. 59. Produzir sons, ruídos ou vibrações em desacordo com as prescrições legais ou regulamentares,

poluição sonora como crime. Autores há que aludem a um possível *lobby* da bancada evangélica no Congresso Nacional, a qual vislumbrou o tratamento típico da poluição sonora como um óbice ao exercício da liberdade de cultos religiosos³. Apesar da inegável e evidente importância de se defender tal liberdade de culto, sabe-se que direito algum, ainda que constitucionalmente erigido como fundamental, é absoluto. Ainda que tais cerimônias religiosas lancem mão de expedientes ruidosos em seu exercício, em hipótese alguma poderão opor sua liberdade de forma a desrespeitar os limites impostos para a emissão de energia sonora. Afinal, o que estaria em jogo é a liberdade de culto, o que se não quer de forma alguma obstar, e não a liberdade de causar poluição sonora. De qualquer forma, restou inócuo o veto presidencial ao referido artigo, visto que ainda se poderá alegar que a poluição sonora é crime ambiental, pelo que se pode extrair do texto do art. 54 da Lei nº. 9.605/98.

Além desses importantes diplomas legais, há, em nível federal, o Decreto nº. 6.514, de 22 de julho de 2008, o qual dispõe sobre a especificação das infrações e sanções administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, além de dar outras providências. Neste Decreto, o artigo 61 prevê sanções em caso de produção de poluição em termos similares ao prevista na Lei de Crimes Ambientais. No entanto, prevê a aplicação de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) para os que perpetrarem quaisquer modalidades de poluição. O Decreto exige, ainda, que as multas e demais penalidades de que trata o artigo em questão apenas sejam aplicadas após laudo técnico elaborado pelo órgão ambiental competente, identificando a dimensão do impacto ambiental decorrente da infração.

Além do exposto, o Decreto prevê que as multas previstas em seu texto podem ter a exigibilidade suspensa quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade competente, obrigar-se à adoção de medidas específicas para fazer cessar ou corrigir a degradação ambiental. O Decreto nº. 6.514/2008 disciplinou o procedimento administrativo das infrações contra o meio ambiente de forma mais detalhada do que o revogado Decreto nº 3.179/99. Este possuía uma forte natureza ressarcitória, visto que a implementação de medidas para a correção do dano ocorreria após a prática do ato ilícito contra o equilíbrio ambiental. No entanto, como se verá a seguir, a adequada proteção contra a poluição sonora exige medidas de caráter preventivo.

ou desrespeitando as normas sobre emissão ou imissão de ruídos e vibrações resultantes de quaisquer atividades.

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

3 MACHADO, Anaxágora Alves. Poluição sonora como crime ambiental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 327, 30 maio 2004 e FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 188.

Ainda há, em nível federal, as Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama, órgão consultivo e deliberativo, pertencente ao Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, o qual possui a atribuição legal de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida (art. 6º, inciso II da Lei nº. 6.938/81). Em sua função deliberativa, o Conama expede normas e padrões nacionais relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, a fim de disciplinar as atividades potencial ou efetivamente produtoras de poluição ambiental.

Entre suas normas atinentes ao controle da poluição sonora, o Conama editou as Resoluções nº. 1 e 2⁴, ambas de 8 de março de 1990, as quais versam, respectivamente, sobre critérios de padrões de emissão de ruídos decorrentes de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política e sobre o Programa Nacional de Educação e Controle da Poluição Sonora – SILÊNCIO.

Nos termos da Resolução nº. 1/90, o Conama considera que os problemas dos níveis excessivos de ruído estão incluídos entre os sujeitos ao Controle da Poluição de Meio Ambiente e que a deterioração da qualidade de vida, causada pela poluição, está sendo continuamente agravada nos grandes centros urbanos, sendo que os critérios e padrões deverão ser abrangentes o bastante de forma a permitir fácil aplicação em todo o Território Nacional.

Dessa forma, o Conama estabelece que a emissão de ruídos em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política, obedecerá, no interesse da saúde, do sossego público, aos padrões, critérios e diretrizes estabelecidos nas Normas NBR-10.151 (Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade) e NBR-10.152⁵ (Níveis de Ruído para conforto acústico), ambas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

A Resolução nº. 1/90 estabelece ainda que a emissão de ruídos produzidos por veículos automotores e os produzidos no interior dos ambientes de trabalho obedecerão às normas expedidas, respectivamente, pelo Conselho Nacional de Trânsito - Contran e pelo órgão competente do Ministério do Trabalho.

4 Ambas publicadas no DOU nº. 62, de 02 de abril de 1990, na página 6.408.

5 FIORILLO (2008, p. 176) cita alguns valores apontados pela NBR nº. 10.152.

Na mencionada resolução, o Conama dispõe, ainda, que as entidades e órgãos públicos federais, estaduais e municipais competentes, no uso de seu respectivo poder de polícia, disporão sobre a emissão ou proibição da emissão de ruídos produzidos por qualquer meio ou de qualquer espécie, considerando sempre os locais, horários e a natureza das atividades emissoras, com vistas a compatibilizar o exercício das atividades com a preservação da saúde e do sossego público.

Já no tocante à Resolução nº. 2/90, o Conama considera que os problemas de poluição sonora agravam-se ao longo do tempo, nas áreas urbanas, e que som em excesso é uma séria ameaça à saúde, ao bem-estar público e à qualidade de vida. Além disso, leva em conta que o ser humano, cada vez mais, vem sendo submetido a condições sonoras agressivas no seu Meio Ambiente e que este tem o direito garantido de conforto ambiental.

O Conama percebe, ainda, que o crescimento demográfico descontrolado, ocorrido nos centros urbanos, acarreta uma concentração de diversos tipos de fontes de poluição sonora e que é fundamental o estabelecimento de normas, métodos e ações para controlar o ruído excessivo que possa interferir na saúde e bem-estar da população.

Nesse diapasão, o referido órgão do Sisnama resolveu instituir, em âmbito nacional, o Programa Nacional de Educação e Controle da Poluição Sonora, denominado SILÊNCIO, então coordenado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, devendo contar com a participação de Ministérios do Poder Executivo, órgãos estaduais e municipais de meio ambiente e demais entidades interessadas. O Conama definiu ainda que seria de competência dos Estados e Municípios o estabelecimento e implementação dos programas estaduais de educação e controle da poluição sonora, em conformidade com o estabelecido no Programa SILÊNCIO e que aos Estados e Municípios competiria a definição das sub-regiões e áreas de implementação previstas no programa.

Ademais, sempre que necessário, os limites máximos de emissão poderiam ter valores mais rígidos fixados a nível estadual e municipal. Isso significa dizer que, em se tratando de emissão ou imissão de energia sonora, os níveis de tolerância adotados, medidos em decibéis, poderiam ser inferiores aos estabelecidos pela Norma NBR-10.152, da ABNT, mas nunca superiores a estes.

Por último, mas não menos importante, cumpre mencionar que o Decreto-Lei nº. 3.688, de 03 de outubro de 1941, a chamada Lei de

Contravenções Penais, sob a alcunha de perturbação do trabalho e do sossego alheios, em seu art. 42, assim definiu a seguinte contravenção penal:

Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios:

I – com gritaria ou algazarra;

II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Cabe salientar que ruídos leves ou provocados por manifestações normais, como festas de aniversários, em que não se caracteriza a intenção de ofender ou molestar o equilíbrio sonoro, não devem ser caracterizados como contravenção penal⁶.

3 A VISÃO DOUTRINÁRIA E A FISIOLOGIA DO SOM

Na doutrina pátria, abordando-se o tema da poluição sonora de forma específica, adotaremos as visões de Fiorillo (2008, p. 174 *isque* 189) e de Machado (2008, p. 652 *usque* 670), tendo-se como suporte a doutrina de Halpern e Savary (1985).

Os conceitos propostos pelos doutrinadores tendem a estabelecer a diferença entre o som e o ruído. No entanto, tais conceitos acabam por se confundir, visto que ambos possuem uma tênue linha divisória. Para Fiorillo (2008, p. 174), “ruído é o som ou conjunto de sons indesejáveis, desagradáveis, perturbadores”, enquanto que som “é qualquer variação de pressão (no ar, na água) que o ouvido humano possa captar”. Para Machado (2008, p. 652), ruído “é um conjunto de sons indesejáveis ou provocando uma sensação desagradável” enquanto que o som é fruto de “uma variação da pressão existente na atmosfera”. O senso comum caracteriza o ruído como um som de menor intensidade, chamando de barulho aqueles de maior intensidade.

Pelo contraponto entre tais conceitos, pode-se concluir que som é um gênero, enquanto que o ruído é uma espécie de som desarmonico, desagradável, incômodo à sensibilidade auditiva do homem. Em contrapartida, não há a ilação de que todo som harmônico é agradável, visto que o som indesejável, principalmente no que concerne aos emitidos

6 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 187.

em níveis elevados, ainda que seja música, pode ser considerado tão desagradável quanto o ruído. A avaliação subjetiva do ouvinte, quando este não está disposto a ouvir a música, caracterizará o som musical como tão deletério quanto o ruído de freios a ranger.

Enquanto agente poluente, de acordo com Fiorillo (2008, p. 174), o ruído é capaz de propiciar diversos distúrbios pessoais, apesar de ser considerado como produtor de um modelo social pautado no vício estéril da indústria do entretenimento, a qual dá vazão a espetáculos em que o ruído (ou barulho, em algumas regiões, também chamado de zoada) acaba sendo um dos personagens principais. Acaba-se, inevitavelmente e indevidamente, confundindo-se o barulho com alegria (MACHADO, 2008, p. 652). Também é um equívoco supor que silêncio é ausência de entretenimento ou comunicação.

Em todo caso, os cidadãos que habitam as grandes cidades, especialmente nas capitais dos Estados, acabam sendo as maiores vítimas da poluição sonora. São alvejados diariamente com o ruído das ruas, concertos de estradas, veículos usados em construção, metrô, buzinas de automóveis, sirenes de viaturas da polícia, corpo de bombeiros e ambulâncias, música alta de alto-falantes instaladas em carros e até bicicletas, nos famigerados carros publicitários, além das caixas acústicas instaladas em postes, geralmente de forma irregular, chamadas popularmente de bocas de ferro, entre outros.

As lesões fisiológicas e psíquicas são da mais variada ordem, indo desde a simples surdez, à impotência sexual (FIORILLO, 2008, p. 175). A Organização Mundial da Saúde, de acordo com Machado (2008, p. 654), já publicou estudo específico sobre as interferências da poluição sonora no ser humano. Percebe-se que o tempo de exposição é um fator importante para que se consolidem os distúrbios causados pela poluição sonora, sendo possível, no entanto, o ser humano acostumar-se psicologicamente a um ambiente ruidoso.

Halpern e Savary⁷ (1985) afirmam que, ao nível de 120 dBA, a energia acústica liberada pode fazer com que o ouvido humano chegue ao limiar da dor. Os autores asseveram ainda que há três considerações importantes a ser feitas quanto aos efeitos da poluição sonora à saúde humana.

Primeiramente, deve-se ter em mente que os efeitos prejudiciais do ruído são cumulativos. A deficiência de audição é difícil de ser percebida por ser indolor e por se desenvolver de forma lenta e gradativa. Indivíduos

7 HALPERN, Steven; SAVARY, Louis. **Som Saúde**. Rio de Janeiro: Record, 1985.

que trabalham ou lidam diariamente com o excesso de ruído, sem lançar mão de proteção adequada, podem sofrer perdas significativas de sua audição e nem chegar a percebê-las.

Segundo, constata-se que a perda auditiva causada pela exposição ao excesso de ruído é permanente. Quando esta perda se torna aparente, não há como retornar-se ao *status quo ante*. Além disso, a medicina ainda não desenvolveu técnicas para a reversão cirúrgica da surdez causada pelo excesso de ruído. Está-se adstrito ao uso contínuo de aparelhos auriculares para auxiliar na comunicação.

Por último, a energia sonora tem sua intensidade aumentada em proporção logarítmica, ou seja, a intensidade de uma fonte sonora é aumentada tendo-se como base múltiplos de 10. A cada aumento de 10 decibéis (dBA) na intensidade da fonte sonora, os indivíduos próximos a esta fonte percebem um aumento dez vezes. Assim, 20 dBA é dez vezes maior – e não duas vezes – em intensidade do que 10 dBA⁸.

De acordo com Machado (2008, p. 653), as grandezas que definem o nível de força de um som são “a potência *W*, a intensidade *I* e a pressão, a qual é expressa em pascals (Pa)”. A altura do som é a grandeza que define se um som é agudo ou grave, sendo medida em hertz (HZ). Não é rara a confusão que se faz com estas grandezas, geralmente afirmando-se que um som é alto quando na verdade é forte. As diferentes fontes sonoras são identificadas por seu timbre, o que nos permite distinguir uma pessoa de outra por intermédio da voz.

A medida do som em unidades quantificáveis é representada pelo *bel*. No entanto, utiliza-se a décima parte desta grandeza, o decibel (dB). Segundo Machado (2008, p. 653), “a medição do ruído é feita segundo o procedimento indicado na Norma da Associação Brasileira de Normas Técnicas – NBR 10.151, seja o ruído estacionário, seja intermitente”. Já a tutela do meio ambiente e da saúde humana, como visto alhures, é regulada pela Resolução 1/90 do Conama.

Vele destacar que, em festas ou quaisquer ambientes onde uma conversa não possa ser mantida sem que os indivíduos tenham que gritar, é quase certo que o nível de decibéis esteja sendo prejudicial à sua saúde, pelo fato de ser excessivo. Halpern e Savary (1985) chegaram à conclusão de que chamar o ruído excessivo de incômodo é o mesmo que chamar a

8 O A em dBA indica que o medidor de decibéis usado, chamado de decibelímetro, é do tipo A, cujos sons captados são percebidos pelo ser humano. Dessa forma, 1 dBA é o som mais baixo que uma pessoa pode ouvir.

poluição do ar de inconveniência. Dessa forma, é inegável que o ruído deve ser considerado como um perigo à saúde da população.

Fiorillo (2008) estabelece, ainda, uma classificação do ruído sob diversos aspectos. Afirma que, no aspecto temporal, o ruído pode ser *contínuo* (ou ruído ambiental de fundo), em que há pouca variação de frequência e acústica, *flutuante*, em que os níveis de pressão acústica e frequência são variáveis ao longo do tempo, *transitório*, em que há um termo inicial e final para sua emissão, ou de *impacto*, quando há um abrupto e transitório aumento da pressão acústica.

O autor analisa, também, o aspecto do meio ambiente afetado pelo ruído. No ambiente *urbano*, identificam-se várias atividades/fontes que produzem poluição sonora, entre as quais os cultos religiosos, os bares e casas noturnas, os aeroportos, as indústrias – o que engloba todos os tipos de obras –, e os veículos automotores, sendo estes capazes de provocar ruídos comuns, típicos do próprio veículo, ou peculiares, que são os provocados por equipamentos atípicos, como aparelhos sonoros e caixas amplificadoras, que potencializam a poluição sonora. O autor cita, ainda, como afetados pelo ruído, o ambiente doméstico, que tem como poluidores acústicos os eletrodomésticos, o ambiente do trabalho e o ambiente rural.

Vale ressaltar que Machado (2008, p. 670) destaca o caráter difuso da poluição sonora. Afirma ainda que, nos casos em que o foco de combate paira sobre a poluição sonora, a ação civil pública pode ser interposta com fundamentos diversos, como, por exemplo, nos casos de:

- a) ausência de análise, no Estudo Prévio de Impacto Ambiental, da poluição acústica;
- b) omissão, no licenciamento ambiental, da análise da poluição sonora potencialmente existente;
- c) fornecimento de produto com ruído acima das normas sonoras oficiais;
- d) fornecimento e instalação de equipamentos anti-som às vítimas de fonte poluidora específica;
- e) cumprimento da obrigação pelo poluidor, pelo gestor da obra ou empresa, em vedar ou reduzir a emissão de som a partir de sua geração.

Percebe-se, pelo citado rol de casos passíveis de incidência da ação civil pública, que todos ensejam a pretensão da tutela jurisdicional no sentido de ordenar uma obrigação de fazer ou de não fazer para que cesse

a poluição sonora provocada pelo agente. Dessa forma, em cada caso como os referidos, ou em outros equivalentes, cabe a atuação preventiva contra a poluição sonora, fundamentada nos princípios da prevenção e precaução.

4 A TUTELA INIBITÓRIA AMBIENTAL

4.1 BREVE DIGRESSÃO SOBRE A EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DA TUTELA INIBITÓRIA

Na doutrina pátria, a tutela inibitória foi introduzida por Marinoni (2006), em sua obra “Tutela inibitória: individual e coletiva”, a qual trazia o entendimento de que tal tutela, já debatida em outros países, principalmente na Itália, havia sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº. 8.952/1994, que alterou a redação do artigo 461 do Código de Processo Civil (CPC/73). No *caput* do referido artigo, que trata da tutela específica, temos:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Além desse dispositivo, defende o supracitado autor que a tutela inibitória também está fundamentada no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), cuja redação é semelhante ao do artigo 461 CPC/73.

Na Lei nº 13.105/2015 (Novo CPC), o dispositivo que trata do presente tema é o art. 497 e seu parágrafo único, o qual preceitua:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Para Marinoni (2006), a tutela inibitória é uma evolução no processo civil brasileiro, visto que este foi criado sobre uma base clássica que se fundamenta no dano e no ressarcimento dos prejuízos causados pela lesão ao direito. No entanto, para o doutrinador, tal visão não pode ter mais guarida em nosso ordenamento jurídico, principalmente porque

a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV prevê que é vedado ao legislador excluir da apreciação do Poder Judiciário não apenas a lesão a direito, mas também as ameaças perpetradas contra este, princípio que hodiernamente faz parte do atual Código de Processo Civil, à altura do *caput* de seu art. 3º. Tendo em vista a inviolabilidade de determinados direitos trazidos na Carta Magna, como é o caso do direito ambiental, deverá haver uma tutela disposta como instrumento eficaz para sua proteção, antes que qualquer ato ilícito seja manejado.

Isso é possível mediante a tutela inibitória, pois sua principal função é inibir o ato ilícito, seja efetivamente antes de sua ocorrência ou, mesmo ocorrido o ato, impedir sua repetição ou cessar sua continuidade. Trata-se, dessa feita, de tutela voltada para o futuro. Seria lamentável, de acordo com o processualista, que a doutrina pátria – ou mesmo o ordenamento jurídico – não contasse com uma ação de conhecimento preventiva, pois “se várias situações de direito substancial, diante de sua natureza, são absolutamente invioláveis, é evidente a necessidade de se admitir uma ação de conhecimento preventiva (MARINONI, 2006, p. 2)”. Essa lacuna foi, assim, suprida com a tutela inibitória. No entanto, ainda há relutância em reconhecer tal entendimento, visto:

A inexistência de uma ação de conhecimento dotada de meios executivos idôneos à prevenção, além de relacionada à ideia de que os direitos não necessitariam desse tipo de tutela, encontrava apoio no temor de se dar poder ao juiz, especialmente “poderes executivos” para atuar antes da violação do direito (MARINONI, 2006, p. 6)

Destarte, Marinoni (2006, p. 121) afirma não se tratar apenas de se importar um vocabulário mais sofisticado advindo da doutrina italiana, pois a importância de existir a tutela inibitória leva em consideração a existência de um processo civil instrumental, considerando-se as diferentes funções que este pode cumprir, aduzindo ainda que “a tutela inibitória é inerente ao ordenamento jurídico de qualquer país em que não se deseja ver os direitos apenas proclamados”.

Assim, há razão na ilação de que a tutela inibitória atende ao caráter inviolável de certos direitos constitucionais. A simples reparação do dano decorrente da conduta ilícita não é mais suficiente para a plena defesa da totalidade dos direitos postos em nosso ordenamento jurídico. De acordo com Oliveira (2008, p. 9):

[...] é possível afirmar, com apoio doutrinário” que o denominado processo civil clássico” é insuficiente para a total e efetiva tutela do

Estado em relação aos direitos subjetivos dos jurisdicionados. E isso se diz em vista do isolamento do processo do direito material, exigências impostas pela superada escola sistemática.

Vai ao encontro desse entendimento a doutrina de Peres (2008, p. 86), quando este afirma:

O Código de Processo Civil brasileiro foi elaborado vislumbrando a reparação do dano. A ideia de prevenção no referido diploma legal está na concepção do processo cautelar, que [...] não se confunde com a proposta de uma ação de conhecimento de caráter preventivo.

Nas palavras de Moreira *apud* Spadoni (2007, p. 33), “nem todos os tecidos deixam costurar-se de tal arte que a cicatriz desapareça por inteiro”. Retrata-se, dessa feita, a insuficiência da tutela *sancionatória*, fundada no ressarcimento, para a proteção efetiva dos direitos *extrapatrimoniais*.

Marinoni (2006, p. 638) arremata tal entendimento, ao afirmar :

A tutela inibitória é uma tutela específica, pois objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir, o que equivale a dizer que no confronto entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória deve-se dar preferência à primeira.

De fato, a tutela inibitória caracteriza-se como uma espécie de tutela preventiva, da qual fazem parte, ainda, a tutela cautelar e a tutela antecipada. Ao passo que estas podem ser consideradas como tutelas preventivas provisórias, vez que dependem de um processo de conhecimento principal, a tutela inibitória pode ser considerada como uma tutela preventiva definitiva, pois se desenvolve, de forma autônoma, em um processo de conhecimento. Em outras palavras, a tutela inibitória não é acessória de outro processo. Na defesa de tal autonomia, manifesta-se Marinoni (2006, p. 66), ao afirmar:

Ao invés de ação cautelar, seguida de ação ressarcitória – como acontecia antigamente –, hoje devem ser propostas ação inibitória e ação ressarcitória, as quais podem ser cumuladas, pois a ação inibitória, assim como a ação ressarcitória, é uma ação de conhecimento e, portanto, autônoma.

Ademais, as tutelas cautelar e antecipada visam à defesa de um direito processual da parte, impedindo a frustração da eficácia do provimento final (SPADONI, 2007, p. 32). A tutela inibitória, por outro lado, tem por objetivo impedir a violação do direito material da parte, fazendo-o usufruir de seu direito “*in natura*”.

Tal espécie de tutela preventiva ocupa-se, assim, do afastamento das lesões contra o próprio direito material, o qual, no caso de direitos invioláveis, será mais bem gozado por seus titulares se sua integridade não for afetada. Segundo leciona Spadoni (2007, p. 33):

[...] a inibitória tutela de forma direta e definitiva o direito material da parte, e é forma de providência jurisdicional que se contrapõe à tutela sancionatória. Nesta, o aparato judicial tem a função de reparar ou reintegrar um direito já violado. Na primeira, a atividade jurisdicional se desenvolve com a finalidade de impedir a violação do direito, agindo, portanto, não após, mas antes da prática do ato antijurídico. Atua não para reparar o dano causado, não para obter indenização por perdas e danos, mas para proteger o direito, de forma que o seu titular possa dele usufruir *in natura*.

Pelo exposto, ainda que de forma breve, percebe-se que a efetivação de direitos tidos como invioláveis não poderá deixar de corresponder a instrumentos processuais eficazes para sua defesa. O art. 225 da Constituição da República de 1988 deixa clara a inviolabilidade do bem jurídico ambiental. Sendo tal bem essencial à sadia qualidade de vida e que a todos beneficia com seu equilíbrio, não se poderá esperar que, em face de uma agressão, o ressarcimento pelos danos causados seja o bastante para que se satisfaça a todos os titulares, dentro de um compromisso intergeracional de proteção ao meio ambiente. Mais interessa o meio ambiente equilibrado do que, constatado o desequilíbrio, o mero ressarcimento do dano causado a um bem que não mais será recomposto.

Com o intuito de dar uma resposta adequada às ameaças de lesão contra o bem ambiental, tem-se a proposta da tutela inibitória ambiental, pois, de acordo com Stonoga (2008, p. 138):

[...] ao se cogitar uma tutela jurisdicional efetiva ao meio ambiente, deve-se conceber uma tutela capaz de possibilitar não apenas a prevenção do dano, mas também a do ilícito, a fim de que se possa proteger o ambiente para as presentes e futuras gerações. E a forma pela qual pode-se buscar essa proteção é utilizar os mecanismos processuais adequados para a busca desses objetivos em relação ao meio ambiente.

4.2 A TUTELA INIBITÓRIA DO EQUILÍBRIO SONORO

Está consolidado na doutrina e jurisprudência pátrias o entendimento de que os danos causados ao ambiente possuem como característica principal serem de difícil ou até mesmo de impossível reparação. Diferentemente do que ocorre com os danos patrimoniais, o meio ambiente, como bem extrapatrimonial, não é capaz de ser recomposto a ponto de haver um total retorno ao *status quo ante*. Congrega-se a este entendimento a doutrina de Leite (2000, p. 99), quando afirma:

[...] as consequências danosas de uma lesão ao meio ambiente são irreversíveis (não se reconstitui um biótipo ou uma espécie em via de extinção), estando vinculadas ao progresso tecnológico; [...] tem repercussão na medida em que implicam agressões principalmente a um elemento natural e, por rebote ou ricochete, aos direitos individuais.

Como exposto anteriormente, o desequilíbrio acústico provocado pelo excesso de sons ou ruídos no ambiente urbano acarreta sérios danos à coletividade. “É fato que, normalmente, há espaços em uma determinada área urbana que produzem muito mais poluição sonora que outros” (PARANAGUÁ et al, 2003, p. 91). Porém, os efeitos causados por este tipo de poluição são sentidos de forma semelhante por aqueles que a ela estão expostos. É neste sentido que Fiorillo (2008, p. 175) alerta que a poluição sonora “passa a constituir atualmente um dos principais problemas ambientais dos grandes centros urbanos e, eminentemente, uma preocupação com a saúde pública”.

Os distúrbios físicos ou psíquicos causados pela emissão de sons e ruídos nos centros urbanos afetam o ser humano em diversos ambientes. Não apenas o meio ambiente urbano é diretamente afetado, como também, por exemplo, o meio ambiente do trabalho. Ressalte-se que, de acordo com Fiorillo (2008, p. 175), a poluição sonora e o estresse auditivo são a terceira causa de maior incidência de doenças do trabalho. Percebeu o supracitado autor que não é apenas a intensidade do som ou ruído que causa distúrbios, mas também, e principalmente, o tempo de exposição a essa poluição. É por este fato que, segundo o autor, os níveis moderados de ruído são os que causam resultados mais danosos ao organismo humano, visto que, lentamente, resultam em estresse, distúrbios físicos, mentais e psicológicos, além de sintomas secundários, como aumento da pressão arterial, paralisação do estômago e intestino, má irrigação da pele e até mesmo impotência sexual (FIORILLO, 2008, p. 177).

Apesar de este ser, de certa forma, um ônus da vida urbana⁹, não se pode negar que nem toda poluição sonora deve ser tolerada sob esse pressuposto. Isso porque a poluição sonora dita “inevitável” nem sempre tem como causa atos lícitos, como, por exemplo, a causada pelo tráfego intenso ou por outras atividades licenciadas pelo próprio Poder Público. Significa dizer que há atividades que, uma vez decorrentes de atos ilícitos, provocam poluição sonora, causando desequilíbrio acústico do ambiente. De forma velada, tais atividades ilícitas são executadas sem passar por qualquer tipo de licenciamento ou fiscalização das autoridades incumbidas de proteger o meio ambiente. Geralmente, tais práticas são decorrentes da abertura de estabelecimentos comerciais irregulares que, sem o devido isolamento acústico ou licença municipal, acabam provocando perturbações sonoras em locais e níveis inadequados.

Fiorillo (2008, p. 186), apresenta alguns instrumentos que podem ser utilizados na prevenção de atividades causadoras de poluição sonora, quais sejam; a) o zoneamento ambiental da cidade, realizado pelo Município, estabelecendo setores ou zonas residenciais, comerciais e industriais; b) os critérios para o licenciamento de atividades, bem como o Estudo Prévio de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório de Impacto no Meio Ambiente; c) o monitoramento ambiental de áreas potencial ou efetivamente causadoras de poluição sonora; d) o Relatório de Impacto de Vizinhança; e) o revestimento acústico dos estabelecimentos; f) o uso de equipamentos apropriados, entre outros instrumentos jurisdicionais de proteção do meio ambiente. Leite (2000, p. 56) também aponta tais instrumentos de prevenção, afirmando:

[...] a cooperação, a precaução e a atuação preventiva são princípios que devem ser incorporados obrigatoriamente à política ambiental, como tarefa indispensável ao Estado de Justiça Ambiental. De fato, estes princípios propiciam o surgimento de um Estado que contará com instrumentos jurídico-administrativos mais viáveis e apropriados à sua tarefa de proteção ambiental. Entre eles destacam-se: planejamento ambiental, estudo prévio de impacto ambiental, licenciamento, monitoramento, bem como normas de cooperação ambiental.

Dessa forma, sendo a poluição sonora capaz de provocar males, não raro, irreversíveis ao ser humano, deve-se propugnar por instrumentos que inibam a ocorrência de focos deste tipo de poluição, seja impedindo

9 FIORILLO, op. cit., p. 175.

que atos ilícitos sejam perpetrados contra o meio ambiente acusticamente equilibrado, seja impedindo a repetição ou continuidade de atos ilícitos que ensejem distúrbios sonoros pela emissão irregular de sons e ruídos.

Assim, a tutela inibitória ambiental poderá ser aplicada para tal desiderato, uma vez que, como instrumento jurisdicional, tem como função prevenir atos ilícitos futuros que sejam potencialmente agressivos ao meio ambiente. Apesar de, por vezes, decorrer de atividades lícitas, a poluição sonora decorrente de atos ilícitos não deve ser tolerada por caracterizar-se como abuso de direito e, principalmente, infração contra o meio ambiente. Face aos diversos males que podem resultar de tais práticas, a tutela inibitória do meio ambiente é um instrumento que deve ser manejado como eficaz na promoção de uma recomposição do equilíbrio sonoro no ambiente urbano.

4.3 A AÇÃO INIBITÓRIA AMBIENTAL

Como outrora mencionado, a tutela preventiva é um gênero da qual as tutelas cautelar, antecipada e inibitória são espécies. Apesar de pertencerem a esse gênero, não possuem previsão legal no mesmo dispositivo de lei. As medidas cautelares são previstas no artigo 796 e seguintes. do Código de Processo Civil de 1973, enquanto que a tutela antecipada está prevista no artigo 273 e seguintes. do mesmo diploma legal. No atual Código de Processo Civil (NCPC), houve a supressão das chamadas medidas cautelares nominadas e aglutinaram-se medidas de natureza acautelatória dentro do gênero de tutelas de urgência, previstas no art. 300 e seguintes. No tocante à tutela inibitória, assente a doutrina pátria que esta possui previsão no artigo 461 do CPC/73 (art. 497 NCPC) e no artigo 84 do CDC. É necessário ressaltar, no entanto, que os artigos citados não preveem exclusivamente a tutela inibitória, mas instrumentos processuais dos quais se originam diversas tutelas específicas. Nessa esteira, doutrina Marinoni (2006, p. 115):

Os arts. 461, CPC, e 84, CDC, constituem as fontes de vários instrumentos processuais necessários para a efetividade da concessão de diversas espécies de tutelas. A possibilidade de se criar um aparato técnico (um procedimento) através da conjugação destes instrumentos, permite conceber ações adequadas à prestação de várias tutelas, entre elas a inibitória.

Dessa forma, se a todo direito material deve haver uma ação que o defenda em juízo, frente à ameaça de lesão a direito, o instrumento processual adequado a protegê-lo seria a ação inibitória. Ou seja, a ação

inibitória teria como função afastar as ameaças de cometimento de atos ilícitos potencialmente causadores de danos.

Mas, de acordo com Spadoni (2007, p. 56), o ato ilícito, segundo o artigo 186 do Código Civil, pressupõe a ocorrência do dano. Assim, a tutela inibitória seria aplicável no combate de atos violadores de direitos, ainda que praticado sem dolo ou culpa, ou que seja provocador de dano.

A pressuposição de dano, pelo raciocínio exposto, não é requisito essencial da ação inibitória. Basta que haja a ameaça de cometimento de ato ilícito ou de ato violador de direito. Esta ação não requer, em essência, o ressarcimento em pecúnia de um dano causado ao titular de um direito violado, mas que a parte requerida cumpra com o regulamento legal. Em matéria de direito ambiental, se é dever da sociedade e do Estado promover o equilíbrio ambiental com o fito de resguardar às atuais e futuras gerações a sadia qualidade de vida, qualquer conduta que ameace este equilíbrio será considerada como passível de ser afastada pela via da ação inibitória.

Assim, segundo Spadoni (2007, p. 72), a ação inibitória é definida como:

[...] aquela que tem por objetivo alcançar provimento judicial apto a impedir a prática futura de um ato antijurídico, sua continuação ou repetição. Ela procura obstar, de forma definitiva, a violação instantânea ou continuada de um direito, já iniciada ou ainda apenas ameaçada, possibilitando que ele seja usufruído *in natura* pelo seu titular, tal como permite o ordenamento jurídico.

Outro aspecto ressaltado pelo autor é quanto ao âmbito de aplicação da ação inibitória, o qual seria como foco ordens de cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, bem como as obrigações de dar e entregar coisa. No caso de a ação inibitória ser manejada para a proteção do meio ambiente, tendo-se, dessa forma, a ação inibitória ambiental, poderíamos afirmar que esta ação seria específica para que o Estado-Juiz desse provimento a pedidos referentes apenas ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer. Isto porque o bem da vida que se quer proteger através de uma tutela jurisdicional inibitória é o meio ambiente, o qual comporta sempre uma obrigação de fazer ou não fazer para sua proteção de ameaças. Segundo Gomes *apud* Spadoni (2007, p. 75), as obrigações de entrega de coisa ou de dar são aquelas cujos conteúdos são uma prestação de coisa, consistente na entrega de um bem, seja para lhe transferir a propriedade, seja para lhe ceder a posse, seja para restituí-la.

Nesse foco, sendo o bem ambiental difuso, não passível de apropriação ou transferência, pois a todos pertence em igual peso e medida, sua defesa será procedida mediante obrigações específicas que levem em conta uma ação comissiva ou omissiva daquele que esteja ameaçando a violação de tal direito. Em regra, a ação inibitória sempre poderá ser utilizada quando o bem ambiental esteja sob ameaça de lesão, mesmo que o dano não seja atual e nem mesmo aparente. Basta que haja o descumprimento de norma expressa que preveja a ação ou abstenção de determinada medida necessária à manutenção do equilíbrio do meio ambiente. Tal conduta, desde que considerada lesiva ao ambiente, poderá ser praticada mediante atos comissivos ou omissivos, dependendo da espécie da obrigação violada, tendo, em correspondência, uma ação inibitória negativa, determinando um não fazer, ou uma ação inibitória positiva, a qual determinará um fazer¹⁰. Para a consecução dos fins almejados pela ação, Spadoni (2007, p. 76) ressalta:

Diante dos poderes conferidos ao juiz quando aprecia um pedido de tutela inibitória, é possível existir a conversão da originária obrigação de conduta em uma outra, que alcance o mesmo resultado final da primeira, por meio de condutas diversas. Por isso, existe no sistema processual brasileiro, a possibilidade de inibitórias positivas mesmo quando se tratar de atos comissivos, bem como inibitórias negativas quando se tratar de atos omissivos.

Desse modo, ao deferir o pedido constante na ação inibitória, o Juiz poderá atuar no sentido de tanto aplicar a tutela específica mediante a prestação de obrigação de fazer ou não fazer, como assegurar que o direito seja cumprido através de outros meios que assegurem resultado equivalente. Assim, a inibitória não apenas afasta ações consideradas potencialmente violadoras de direito, mas também poderá prever uma atitude comissiva do réu, se esta vier a afastar a causa da violação de direito. Marinoni (2009), neste sentido, afirma:

[...] se o direito material exige um não fazer, nada impede que o juiz ordene um fazer para que o direito seja efetivamente tutelado. Assim, por exemplo, se alguém está proibido de perturbar a vizinhança, nada impede que o juiz, ao invés de ordenar a paralisação da atividade, ordene a instalação de determinado equipamento. Nesse caso, partindo-se da premissa de que não há regra de direito material que obrigue a instalação do equipamento, a imposição do fazer decorre do poder conferido ao juiz, pela legislação processual (arts. 84, CDC, e 461, CPC), de se valer – evidentemente mediante fundamentação – da medida executiva mais adequada ao caso concreto.

¹⁰ *Ibid*, p. 76.

Toda razão assiste ao doutrinador, visto que o que se quer afastar é a ameaça de dano, seja através de uma ação ou mesmo omissão. Se a falta de ação do jurisdicionado é a causa da ameaça, o juiz ordenará que ele haja. Do contrário, que ele deixe agir se disto resultar a cessação da ameaça ao direito. Porém, apesar de ser instrumento processual que dê amplos poderes ao Estado-Juiz com o fim de tutelar a conduta omissiva ou comissiva da parte ré, a concessão da tutela inibitória sempre terá seus limites pautados pelo princípio da legalidade, pois, de acordo com Spadoni (2007, p. 65):

Para que o autor de uma ação inibitória consiga obter o provimento respectivo, não basta ficar demonstrado no processo que possui um direito que está sendo ameaçado de violação por ato do réu. Faz-se imprescindível revelar, também, que este réu possui o dever de cumprimento específico da prestação, ou seja, que possui a obrigação de não agir de forma contrária e lesiva ao interesse juridicamente protegido do autor.

É de grande valia a observação trazida à luz pelo autor, visto que o juiz, ao estabelecer os parâmetros de aplicabilidade da tutela inibitória pretendida pelo autor, deve valer-se do princípio da legalidade como baliza, pois há necessidade de que haja uma estreita correspondência entre a vedação jurídica, direta ou indireta, da prática do ato lesivo sujeito à inibição ou cessação com o direito subjetivo que o autor alega possuir, para que seja considerado aquele ato contrário ao dever de conduta do réu (SPADONI, 2007, p. 66).

Assim, há casos em que a conduta não poderá ser inibida pelo simples fato de haver permissão para sua prática ou desta não ser considerada contrária aos interesses do autor. Em se tratando de direito ambiental, determinada conduta poderá ser autorizada por órgão competente, o que afastará sua ilegalidade, desde que tal autorização esteja inserida nos padrões ambientais adequados. Como afirma Spadoni (2007, p. 70):

Mesmo que se demonstre um efeito danoso decorrente da prática do ato, se este não for contrário a um dever de conduta, se não for contrária à ordem jurídica por existir autorização legal para a sua prática, não poderá ser inibido.

A ponderação de interesses deverá sempre ser calibrada com cuidado, pois, em se tratando do meio ambiente, o efeito danoso deverá ser ressarcido se este extrapolar os níveis de tolerância estabelecidos. Assim, o desmatamento de áreas para o plantio dentro do zoneamento, a pesca fora do período de defeso, a emissão de ruídos dentro dos padrões de intensidade, tempo e área deverão ser estreitamente seguidos para que a ação inibitória não seja aplicada.

Spadoni (2007, p. 82) traz à luz outro aspecto importante em relação à ação inibitória que é a questão de seu cabimento temporal, afirmando que a aplicação independe do momento em que a violação do direito ocorrerá, podendo este se consumir através de ato único, de forma instantânea, continuado ou repetitivo. Tal diferença serve apenas para identificarmos a espécie de relação jurídica que será foco da ação, sendo a instantaneidade ou a durabilidade de tais relações correspondentes ao interesse que visam realizar. O importante, de acordo com o citado autor, é ter em mente que a ação inibitória viabiliza a tutela dessas duas espécies de obrigações, mas que seja solicitada antes da lesão que se quer evitar.

O bem jurídico ambiental pressupõe uma relação jurídica duradoura entre aqueles que possuem o direito-dever de protegê-lo. Sendo assim, a ação inibitória é cabível para que se afastem atos violadores do equilíbrio ambiental, ainda que tais atos sejam instantâneos ou se protraiam no tempo, por meio de ações ininterruptas ou repetitivas. No tocante aos atos instantâneos, a ação inibitória deverá ser proposta antes que o ato e eventual dano ocorram, pois, se este vier a ocorrer, apenas o ressarcimento será aplicável. No entanto, no tocante aos atos ou omissões que se prolonguem, seja de forma contínua ou repetitiva, a ação inibitória será cabível, sendo possível de haver cumulação com eventual ressarcimento pelos danos já efetuados. Nessa esteira, Spadoni (2007, p. 84) afirma:

[...] diante de direitos permanentes, violados por atos sucessíveis de continuação ou repetição, a tutela inibitória é poderoso instrumento para impedir as futuras violações ameaçadas. Mesmo que já tenham sido praticados atos anteriores, existindo a possibilidade de voltarem a ocorrer, deverá o Poder Judiciário, mediante requerimento do interessado, impedir a prática do ato violador do bem juridicamente protegido.

A provável ocorrência futura de ato a ser inibido e a possibilidade de seu impedimento são o principal foco da ação inibitória ambiental.

Em relação aos elementos da ação inibitória, Spadoni (2007, p. 97) afirma que esta poderá ter como sujeito ativo pessoa titular de direito patrimonial ou extrapatrimonial, desde que tal direito esteja sofrendo ameaça mediante a conduta ilícita de outrem. Afirma ainda que, no tocante à ação inibitória coletiva, os legitimados a propor a ação para a tutela de direitos coletivos são os dispostos no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, o sujeito passivo da ação inibitória é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado – além das indicadas nos incisos VII, VIII e IX do art. 12 do CPC/73 – que esteja prestes a cometer ato ilícito, em cometimento de ato ilícito ou prestes a repetir conduta considerada ilícita.

Já a causa de pedir da ação inibitória deverá consistir na demonstração da ameaça do ato considerado ilícito, bem como na demonstração de que a conduta omissiva ou comissiva do réu é a geradora de tal ameaça ao direito alegado pelo autor. Desde que haja a demonstração de que há ameaça e de que o ato é contrário à ordem jurídica, haverá a fundamentação para o pedido de tutela inibitória (SPADONI, 2007, p. 101).

Em relação ao pedido, Spadoni (2007, p. 102) afirma que o pedido mediato deverá consistir no direito material ameaçado, “cuja prevenção é alcançada pela disposição de meios que conduzam ao efetivo cumprimento da obrigação ou pelo alcance do resultado prático equivalente ao adimplemento por meios sub-rogatórios”. No que tange ao pedido imediato, o autor afirma que este deverá ser a prestação jurisdicional invocada pelo autor, a qual deverá consistir na expedição de uma ordem de conduta positiva ou negativa para que a tutela se efetue em sua forma específica.

CONCLUSÃO

Apesar de ser uma bandeira levantada recentemente pela doutrina, enquanto teoria, a tutela inibitória já há muito é aplicada pelos legitimados para Ações Civil Públicas. Isso ocorre principalmente nas ações que visem à defesa de direitos transindividuais, como o direito ambiental, pois a Lei nº. 7.347/81 já previra, em seu art. 11, a possibilidade de seus legitimados proporem ações com o intuito de requerer a tutela inibitória do Estado-Juiz.

Verificamos que é farta a legislação pátria a respeito do tema da poluição sonora. Não é por carência de normas disciplinadoras da questão da poluição sonora que a inibição a esse problema não ocorre a contento. No que tange à doutrina, foi analisado o entendimento de Fiorillo (2008) e Machado (2008), visto tais doutrinadores trazerem trabalhos mais extensos sobre o tema da poluição sonora. Constatou-se que ambos são assentes quanto aos efeitos nocivos da poluição sonora ao ser humano, uma vez que causa danos não raro irreversíveis à fisiologia e à psique.

Já na análise da tutela inibitória, enquanto instituto que visa promover a prevenção da poluição sonora antes que este dano ao direito ambiental coletivo ocorra, verificamos que, hodiernamente, a doutrina aponta como fundamentos à Tutela Inibitória o artigo 461 do CPC/73, bem como o artigo 84 do CDC, ambos no sentido da adoção da tutela específica nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e cessar ato ilícito. Verificamos que, além dos artigos acima mencionados, o art. 11 da Lei nº. 7.347/81, Lei de Ação Civil Pública, já

trazia em seu bojo a proteção preventiva do meio ambiente, uma vez que discorria no mesmo sentido dos artigos que hoje fundamentam a tutela inibitória.

Conclui-se que, por se consubstanciar direito transindividual, a tutela inibitória do equilíbrio sonoro do ambiente urbano deve ser tratada como uma matéria de saúde pública, tendo em vista os patentes (ou até mesmo latentes) males que tal espécie de poluição é capaz de afetar ao ser humano. Apesar de, por vezes, assumirmos que a poluição sonora é um ônus que advém da vida em sociedade, face ao desenvolvimento, não podemos ignorar que os abusos praticados devem, sim, ser combatidos, a fim de que se reduzam as emissões excessivas de ruído nas cidades. Disso resultará em uma melhor qualidade de vida tanto para a presente como para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2009.

_____. Decreto nº. 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm>. Acesso em: 16 set. 2009.

_____. Decreto-Lei nº. 3.688, de 03 de outubro de 1941. Dispõe sobre a Lei de Contravenções Penais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 16 set. 2009.

_____. Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 set. 2009.

_____. Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 16 out. 2009.

_____. Resolução nº. 1/90, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 abr. 1990. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res90/res0190.html>>. Acesso em: 16 out. 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 580 p.

GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. 340 p.

HALPERN, Steven; SAVARY, Louis. **Som Saúde**. Rio de Janeiro: Record, 1985.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 344 p.

MACHADO, Anaxágora Alves. Poluição sonora como crime ambiental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 327, 30 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutri-na/texto.asp?id=5261>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008. 1126 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: Individual e coletiva**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 525 p.

OLIVEIRA, Paulo Rogério de. Aspectos da tutela inibitória. **Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais**, São Paulo, v.20, n.230, p. 9 – 26, out. 2008.

PARANAGUÁ, Patrícia et al. **Belém sustentável**. Belém: IMAZON, 2003. 112 p.

PERES, Ricardo Alves. Tutela inibitória coletiva ambiental: fundamentos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins**, Palmas, v.1, n.1, p. 81-108, 2008.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: a ação preventiva no art. 461 do CPC**. 2. ed. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. v. 49). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 254 p.

STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental: a prevenção do ilícito**. Curitiba: Juruá, 2008. 156 p.

DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/2015)

Gabriela Luna Santana Gomes¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo, através de uma abordagem dialética, analisar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no Novo Código de Processo Civil. Ao final, verifica-se que o referido incidente será capaz de assegurar às partes o contraditório e a ampla defesa, bem como garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

Palavras-Chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Pessoa Jurídica. Autonomia patrimonial. Novo Código de Processo Civil.

THE DISREGARD OF LEGAL ENTITY INCIDENT IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE (LAW 13.105/2015)

ABSTRACT: This article aims - through a dialectical approach - analyzing the incident of disregard of legal entity in the New Code of Civil Procedure. In the end, it turns out that the incident referred to will be able to ensure the parties the contradictory and full defense and to ensure greater legal certainty for jurisdictional.

Keywords: Disregard of legal entity. Corporations. Autonomy of assets. New Code of Civil Procedure.

1 INTRODUÇÃO

As sociedades empresariais adquirem direitos, contraem obrigações e atuam por meio de seus administradores, possuindo, assim, autonomia patrimonial em relação aos seus sócios. No entanto, justamente por haver a separação patrimonial entre as pessoas jurídicas e as pessoas naturais

1 Pós-graduanda (*latu sensu*) em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Judicial do TJPE. Graduada em Direito e Odontologia. Assessora Analista Judiciário de Juiz de Direito da Capital do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

responsáveis por elas é que as sociedades empresariais têm sido utilizadas para a prática de atos escusos, muitas vezes com o objetivo de prejudicar terceiros.

Uma solução encontrada pela jurisprudência e que depois passou a ser positivada no Brasil foi o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o qual – até 16 de março de 2015 – permaneceu sem um regulamento próprio na área processual.

Apenas com a Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) foi que a desconsideração da personalidade jurídica passou a ser prevista como um incidente processual capaz de oportunizar às partes o contraditório e a ampla defesa.

Assim, o presente artigo tem como objetivo, por meio de uma abordagem dialética, analisar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo diploma legal brasileiro.

2 CONCEITO E TEORIAS EXPLICATIVAS DA PESSOA JURÍDICA

Antes de adentrarmos no tema propriamente dito, faz-se necessário conceituar o que vem a ser pessoa jurídica e explicar as teorias acerca de sua existência.

Conforme Tartuce (2014, p.132), “a pessoa jurídica consiste em um conjunto de pessoas ou de bens arrecadados que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal”.

Segundo Gomes (2010), foram basicamente duas as teorias explicativas da existência da pessoa jurídica: a teoria negativista e a teoria afirmativista.

A primeira apenas negava a existência da pessoa jurídica. Já a segunda, a qual afirmava a sua existência, desdobrou-se em outras três correntes: a teoria da ficção, a teoria da realidade orgânica ou objetiva e a teoria da realidade técnica, sendo esta última a adotada pelo Código Civil de 2002.

Pela teoria da ficção legal, proposta por Savigny (1845), a pessoa jurídica não teria existência social, mas somente existência ideal, sendo produto da técnica jurídica. Para esta teoria, a pessoa jurídica seria apenas uma abstração, sem realidade social.

Para a teoria da realidade social objetiva de Gierke e Zitelman, contrária ao posicionamento anterior, a pessoa jurídica teria existência social e consistiria em um organismo vivo na sociedade.

Já para a teoria da realidade técnica, a qual consiste em um somatório entre as teorias da ficção e da realidade objetiva, equilibrando-as, reconhece-se a atuação social da pessoa jurídica, admitindo ainda que a sua personalidade é fruto da técnica jurídica.

Tal posicionamento encontra respaldo no art. 45, do CC/02, o qual afirma que a existência das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro.²

Sendo assim, o registro da pessoa jurídica faz com que ela adquira personalidade e tenha existência própria, distinta da pessoa de seus sócios, encontrando respaldo no princípio da separação, independência ou autonomia patrimonial.

3 DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

Desprovido de artigo específico que verse sobre ele no Código Civil de 2002, o princípio da autonomia decorre da inteligência do inciso V do artigo 46³ e do artigo 1.052⁴, ambos do CC/02.

Conforme Oliveira (2011), o princípio acima citado indica que, dentro da legalidade e observados os atos constitutivos da sociedade, a pessoa jurídica, em decorrência dos atos praticados pelos seus administradores, assume direitos e obrigações e por eles responde, sem o comprometimento ou vinculação do patrimônio dos sócios.

Assim, quem é parte legítima para demandar e ser demandada é a pessoa jurídica da sociedade e, apenas em situações excepcionais, estendem-se os efeitos da relação jurídica à esfera subjetiva de quem agiu pela sociedade empresária.

2 Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

3 Art. 46, V. O registro declarará, se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

4 Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

Na medida em que a lei estabelece a separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, consagrando o princípio da separação patrimonial, os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos e deveres assumidos pela empresa. “Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e obrigações” (COELHO, 2006, p.16).

Por outro lado, consoante Oliveira (2011), com toda esta proteção patrimonial, muitos usam de má-fé e acabam praticando fraudes e abusos, lesando terceiros e credores.

Sendo assim, a desconsideração da personalidade jurídica passou a ser um meio de relativizar o princípio da autonomia patrimonial e, dessa maneira, impedir que o devedor se utilize da pessoa jurídica para lesionar o credor.

4 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4.1 DO BREVE HISTÓRICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E CONCEITO

Segundo o art. 20 do Código Civil de 1916, as pessoas jurídicas tinham existência distinta da de seus membros e, assim sendo, alguns se utilizavam de tal prerrogativa para, desviando a finalidade da pessoa jurídica, praticar atividades escusas ou prejudicar terceiros.

Como bem ressalta Venosa (2013, p.296), “não se pode esquecer que, apesar da pessoa jurídica ser distinta de seus membros, são eles que lhes dão “vida” e agem por ela”.

Sendo assim, há situações de fraude em que proteger a pessoa jurídica sob o manto sagrado de que seus bens não se confundem com o de seus membros só produz injustiça.

Foi neste contexto que a desconsideração da personalidade jurídica ou doutrina da penetração, com precedente jurisprudencial na Inglaterra, em 1897 (GAGLIANO; PAMPOLHA FILHO, 2013, p. 275), foi trazida para o Brasil por Rubens Requião, o qual a apresentou na conferência intitulada “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, realizada na Universidade Federal do Paraná em 1969 (MONNAZZI, 2010).

De início, a tese se referia a uma desconsideração realizada pelo Poder Judiciário, não havendo qualquer previsão legal expressa a esse respeito. No entanto, a constante utilização pela jurisprudência influenciou

o legislador brasileiro, que passou a prever o referido instituto no texto legal.

Neste sentido, pode-se observar o art. 28 do CDC (Lei 8.078/1990), art. 18 da Lei 8.884/1994, a qual dispõe sobre a repressão às infrações contra a ordem econômica, art. 4º da Lei 9.605/1998, que versa sobre a responsabilidade por lesões ao meio ambiente, e art. 50 do CC/02.

Ressalte-se, no entanto, que, consoante Tartuce (2014, p.156), com a codificação, não é mais recomendável utilizar a expressão “teoria” para se referir à desconsideração da personalidade jurídica, pois tal vernáculo remete a trabalho doutrinário, amparado pela jurisprudência.

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica tem sido conceituada como um “afastamento” da personalidade jurídica de uma sociedade para buscar corrigir atos que a atingiram, comumente em decorrência de manobras fraudulentas de um ou mais sócios.

Observe-se que não se trata, necessariamente, de suprimir, extinguir ou tornar nula a sociedade desconsiderada. Na verdade, o que ocorre é tão somente uma situação momentânea ou casuística durante a qual a pessoa física do sócio pode ser alcançada, como se a pessoa jurídica não existisse.

Aprofundando o tema, a melhor doutrina aponta a existência de duas grandes teorias a respeito da desconsideração da personalidade jurídica e que serão abordadas nos tópicos seguintes, sendo elas: a teoria maior e a teoria menor.

4.2 DA TEORIA MAIOR

A regra geral adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica, é aquela que consta do artigo 50, do Código Civil de 2002, abaixo transcrito, chamada de Teoria Maior da Desconsideração (MONNAZZI, 2010):

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Como é possível observar, para a referida teoria, a pessoa jurídica não precisa estar necessariamente insolvente e, portanto, impossibilitada

financeiramente de cumprir com suas obrigações. É preciso que reste configurado o elemento subjetivo (desvio de finalidade) ou o elemento objetivo (confusão patrimonial).

Conforme Gagliano e Pampolha Filho (2013, p. 280), no elemento subjetivo tem-se o desvirtuamento do objetivo social, ou seja, a realização de fins não previstos contratualmente ou proibidos por lei. Já no elemento objetivo, verifica-se que a atuação do sócio ou do administrador confundiu-se com o funcionamento da própria sociedade, não se podendo identificar a separação patrimonial entre ambos.

4.3 DA TEORIA MENOR

A Teoria Menor é a exceção da regra geral anteriormente abordada, a chamada Teoria Maior da Desconsideração (MONNAZZI, 2010).

Essa excepcionalidade é verificada no nosso ordenamento jurídico, a exemplo do direito do consumidor e do direito ambiental, pois o legislador entendeu que, nesses casos, o direito a ser tutelado mereceria tratamento especial, não incidindo, dessa maneira, a regra geral do Código Civil de 2002.

Assevera o parágrafo 5º do artigo 28 do CDC: “também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Observa-se do enunciado acima que o dispositivo legal possibilita a desconsideração da personalidade jurídica pelo simples fato de haver “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. Assim, basta o mero prejuízo ao consumidor para que a desconsideração seja deferida.

No entanto, é preciso que tenha havido o esgotamento de todas as vias para se receber o crédito pela pessoa jurídica.

Vejamos o julgado do TJ/DF acerca do assunto:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEORIA DA MENOR DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS EM CONTAS BANCÁRIAS DOS SÓCIOS. DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE PATRIMÔNIO DA EXECUTADA. AGRAVO PARCIALMENTE

PROVIDO. 1. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA CONSTITUI MEDIDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL, CUJA ADOÇÃO EXIGE O ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS ESPECÍFICOS. EM SE TRATANDO DE RELAÇÕES DE CONSUMO, APLICA-SE A TEORIA MENOR DA DISREGARD DOCTRINE, QUE DISPENSA A PROVA DE FRAUDE OU ABUSO DE DIREITO. 2. IMPRESCINDÍVEL, CONTUDO, A REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS EM NOME DA PESSOA JURÍDICA, POIS APENAS NAS HIPÓTESES EM QUE SE REVELAREM INFRUTÍFERAS É QUE SE PODERÁ CONSIDERAR A PERSONALIDADE JURÍDICA COMO OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DOS PREJUÍZOS CAUSADOS AO CONSUMIDOR (ART. 28, § 5º, CDC). 3. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE NOVAS DILIGÊNCIAS NA BUSCA DE BENS PENHORÁVEIS EM NOME DA EXECUTADA. (TJ-DF - AGI: 20130020064563 DF 0007261-93.2013.8.07.0000, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Data de Julgamento: 05/06/2013, 3ª Turma Cível)

Ainda acerca da Teoria Menor, importante se faz mencionar que o *caput* do art. 28 do CDC impõe como requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica a existência de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Há também, no referido *caput*, a possibilidade de desconsideração quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

No entanto, como o parágrafo 5º do artigo acima mencionado possibilita a desconsideração da personalidade jurídica pelo simples prejuízo causado ao consumidor, todos os requisitos dispostos no *caput* tornam-se letra morta da lei.

Mas, então, por que coexistem na lei as disposições do *caput* e do §5º do art. 28 do CDC? Explica Monnazzi (2010) que o veto do §1º, do art. 28º na verdade foi direcionado ao §5º. De fato, nas razões do veto, o Presidente considerou que “o *caput* do artigo 28 já continha todos os elementos necessários

5 O §1º do artigo 28 que foi vetado pelo Presidente da República trazia em sua redação a seguinte disposição:

“§1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que o integram.”

à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.” Sendo assim, parece óbvio que ele foi equivocadamente aplicado ao §1º em vez de ao §5º.

Entretanto, como a interpretação literal do §5º é mais favorável ao consumidor vulnerável, consolidou-se a sua aplicação na jurisprudência apesar do acima explicitado.

4.4 DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Realizando-se uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ou seja, buscando-se adaptar o sentido e o alcance da norma às novas exigências sociais, é possível a aplicação do instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica no ordenamento jurídico pátrio.

Aduz Rangel (2012) que, em tal tipo de desconsideração, há o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, a fim de que o ente coletivo e seu patrimônio sejam atingidos e possa haver a responsabilização da pessoa jurídica pelas obrigações contraídas pelo seu sócio-controlador.

Dessa maneira, visa-se combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, como nos casos em que o membro da sociedade esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza ao da pessoa jurídica.

5 DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (NCPC)

Como visto anteriormente, a desconsideração da personalidade jurídica possui previsão no direito material, mas até 16/03/2015 carecia de regulamentação no direito processual, sendo, dessa maneira, louvável a iniciativa da Lei 13.105/2015 em prever tal regulamento e afastar de vez a dúvida doutrinária acerca da forma processual adequada à desconsideração da personalidade jurídica.

Antes do advento da nova lei processual, havia muita dúvida se a desconsideração deveria se dar de maneira incidental ao processo de execução ou se caberia ao interessado propor uma ação específica para este propósito.

A corrente que adotava a primeira postura acima explicitada, a qual era prestigiada pelo Superior Tribunal de Justiça, entendia que as situações que levavam à desconsideração da personalidade jurídica poderiam acontecer no decorrer da instrução do processo, sendo esta deferida de forma incidental, privilegiando a celeridade processual.

Vejamos abaixo o julgado proferido pela Ministra Nancy Andri ghi no REsp 332.763/SP:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO. ACÓRDÃO. REVELIA. EFEITOS. GRUPO DE SOCIEDADES. ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. ADMINISTRAÇÃO SOB UNIDADE GERENCIAL, LABORAL E PATRIMONIAL. GESTÃO FRAUDULENTA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA JURÍDICA DEVEDORA. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO SÓCIO MAJORITÁRIO E ÀS DEMAIS SOCIEDADES DO GRUPO. POSSIBILIDADE.

- A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face à revelia do réu é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do Juiz. Precedentes.

- Havendo gestão fraudulenta e pertencendo a pessoa jurídica devedora a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da devedora para que os efeitos da execução alcancem as demais sociedades do grupo e os bens do sócio majoritário.

- Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores.

- A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletivo), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. (REsp 332.763/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 30/4/2002, DJ 24/6/2002, p. 297)

Já o segundo entendimento doutrinário, defendia que a responsabilização dos sócios só poderia ocorrer através de uma ação própria movida pelo credor em face dos sócios ou administradores da sociedade, para que restasse preservado o devido processo legal por meio de um processo com cognição plena e profunda, cercada pelo contraditório e a ampla defesa.

Atualmente, com previsão no Capítulo IV do Título III (Da intervenção de terceiros) do Novo CPC, arts. 133 a 137, o procedimento a ser adotado na desconconsideração da personalidade jurídica parece ser um somatório do entendimento das duas doutrinas acima explicadas, ou seja, passa-se a adotar um incidente processual no qual será assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Dessa maneira, para a propositura do incidente, continuam como legitimados ativos a parte e o Ministério Público, assim como ocorria por força do art. 50 do CC/02.

No entanto, seria possível, em que pese não haver previsão no Novo CPC, a desconconsideração da personalidade jurídica de ofício pelo juiz? Na visão de Tartuce (2015, p.77), sim. Explica o doutrinador que, nos casos envolvendo matéria de ordem pública, é plenamente possível que a desconconsideração seja realizada *ex officio*, como nas hipóteses envolvendo consumidores, uma vez que, nos termos do art. 1º da Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor consiste em norma de ordem pública.

Entretanto, entende-se ser a melhor posição o não cabimento da desconconsideração de ofício pelo juiz, já que a Lei 13.105/2015 traz expressamente os legitimados ativos e não prevê hipótese de desconconsideração de ofício pelo magistrado. Ademais, faz-se imprescindível que o contraditório e a ampla defesa sejam preservados em um Estado Democrático de Direito, lembrando que – em se tratando de desconconsideração da personalidade jurídica – os requisitos que a ensejam devem ser comprovados pela parte que a requer e não podem ser simplesmente presumidos.

Quanto às condições ensejadoras da desconconsideração, deve-se continuar aplicando os pressupostos elencados na teoria maior e menor, uma vez que o Novo Código trata apenas da parte processual (§1º, do art.133, do NCPC).

Conforme o parágrafo 4º do art. 795 do NCPC, para a desconconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente processual. Porém, destaca-se que tal disposição legal não é absoluta, pois a lei dispensa, em seu art. 134, §2º, a instauração do referido incidente quando a desconconsideração for requerida na exordial.

Ferragut (2015, p.04) critica a redação dada ao §2º do art. 134 do NCPC, por entender que tal dispositivo legal, a depender de sua interpretação, pode vir a mitigar a ampla defesa, uma vez que o contraditório prévio

só teria cabimento se o requerimento fosse incidental. Na hipótese da desconconsideração ser requerida na peça vestibular, a defesa preliminar da parte não teria previsão legal e a autonomia da pessoa jurídica estaria sendo relativizada ao extremo.

No entanto, uma vez instaurado o incidente e tendo sido citado o sócio ou a pessoa jurídica, este deverá, nos termos do art. 135 do NCPC, manifestar-se, no prazo de 15 dias, observando-se, para tanto, que, na contagem dos prazos em dias, computar-se-ão apenas os dias úteis (art. 219, do NCPC).

Deve-se levar em consideração, outrossim, o Enunciado 248 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o qual afirma que “incube ao sócio ou à pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconconsideração, mas também os demais pontos da causa.”

De acordo com Neiva (2015, p. 145), a previsão legal que exige o contraditório clássico não afasta peremptoriamente o contraditório diferido na desconconsideração da personalidade jurídica, apenas o torna excepcional, já que o juiz, com base em seu poder geral de cautela, pode deferir a desconconsideração de forma liminar, antes da citação dos sócios, quando estiverem preenchidos os requisitos da tutela de urgência e do pedido de antecipação dos efeitos da desconconsideração da personalidade jurídica.

Como bem afirma Tartuce (2015, p. 795), o legislador parece ter pecado ao mencionar apenas o sócio e não fazer menção ao administrador da empresa, sendo viável fazer uma interpretação extensiva para também incluí-lo como legitimado passivo no incidente. Aliás, entende-se que seria interessante ressaltar que o referido administrador não precisaria ser necessariamente o sócio-administrador, mas poderia ser também um administrador contratado pela empresa, ainda que não pertencente ao quadro societário dela.

Poderia também ter o legislador incluído no rol de legitimados passivos o acionista controlador, nos casos das sociedades anônimas, uma vez que apenas este possui poder de gerência, ao contrário do acionista minoritário.

No mais, segundo Neves (2015, p. 145), quando o Novo Código aduz que será chamado ao processo o sócio ou a pessoa jurídica, na verdade este está fazendo referência à desconconsideração inversa e à tradicional, respectivamente.

Dessa maneira, a Lei 13.105/2015 inova ao trazer expressamente, no parágrafo 2º do art. 133 do NCPC, que as disposições existentes no Capítulo IV também se aplicam à desconsideração inversa ou invertida da personalidade jurídica, passando o referido artigo a ser o fundamento legal para a desconsideração inversa, uma vez que inexistente previsão na codificação material.

No que diz respeito ao momento processual em que seria possível instaurar o incidente, o *caput* do art. 134 do NCPC pôs fim à discussão de que só seria possível haver a desconsideração da personalidade jurídica em processo de execução e passou a prever a instauração do incidente em todas as fases do processo de conhecimento, cumprimento de sentença e execução de título extrajudicial, devendo a sua instauração ser imediatamente comunicada ao distribuidor, para as anotações devidas (§1º).

Vale ressaltar que, uma vez instaurado o incidente para a desconsideração na sua modalidade tradicional ou inversa, suspende-se o curso da ação principal (§3º, art.134, do NCPC), exceto quando aquela for requerida na petição inicial.

De uma forma ou de outra, após a apresentação das provas e estando o incidente saneado, o magistrado formará seu juízo de convencimento e deferirá ou não a desconsideração, através de uma decisão interlocutória recorrível por meio de agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, IV, do NCPC.

Nos casos em que a desconsideração seja proferida pelo relator no Tribunal, o recurso cabível será o agravo interno, consoante o art.136 do NCPC.

Assim, observa-se que, até a decisão que põe fim ao incidente, o sócio ou a pessoa jurídica é apenas terceiro no processo, tanto é que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica está previsto no título destinado à intervenção de terceiros.

Apenas com a decisão que defere a desconsideração é que aqueles passam a integrar de fato o polo passivo da demanda principal e serem legitimados para oporem embargos do devedor, não cabendo embargos de terceiro, simplesmente, porque nesta fase processual já são considerados partes e não terceiros estranhos à lide.

Corroborando o acima exposto o art. 674 do NCPC, que define como legitimado para opor embargos de terceiros aquele que, não sendo parte no processo, sofrer constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo. Além disso, ressalta o parágrafo 2º do referido artigo que considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos de terceiro, quem sofrer constrição judicial de seus bens por força de desconconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte.

Sendo assim, em que pese o Novo Código de Processo Civil ter falhado ao não positivar o meio de defesa dos sócios após a desconconsideração e acabar com a celeuma acerca da qualidade processual destes após o levantamento do véu da empresa, entende-se que resta claro que o meio de defesa cabível são de fato os embargos de devedor.

Ocorre que, se o sócio, após a desconconsideração, passa a ser responsável patrimonial secundário da dívida da empresa e por esta dívida responde com seu patrimônio, não parece coerente que este não seja considerado parte no processo principal, devendo haver a formação de um litisconsórcio passivo ulterior, transformando-se o sócio em executado.

Por óbvio, o maior interessado em opor embargos à execução será o sócio, que terá seu patrimônio afetado, e não a empresa, que já não possui bens suficientes. Neste caso, como bem assevera Neves (2015, p. 147), fala-se em legitimação extraordinária, pois o responsável secundário estará em nome próprio pleiteando a defesa do devedor originário.

Mas qual seria a diferença entre o sócio opor embargos de terceiro ou do devedor? Ora, sabe-se que a título de embargos à execução o embargante pode arguir qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento (art. 917, VI, do NCPC), ou seja, além de se opor à penhora realizada, ele pode discutir acerca da dívida em si, possuindo, dessa maneira, um contraditório mais amplo. Já nos embargos de terceiro, a matéria oponível é mais restrita, podendo o embargante arguir apenas acerca da constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo (art. 674, NCPC).

Embora Tartuce (2015, p. 80) entenda que toda a defesa deverá ocorrer no incidente processual, não havendo mais que se falar em embargos do devedor postergado, corrobora-se com o entendimento de Neves (2015, p.149), o qual afirma que, caso o sócio entenda que a desconconsideração da personalidade jurídica foi realizada de forma inadequada e que, portanto,

ele seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda principal, os embargos serviriam como meio de preservar o contraditório, ainda que de forma diferida, pois, nas palavras do mencionado jurista: “*condicionar a defesa do sócio ao agravo de instrumento seria suprimir um grau de jurisdição no exercício de seu contraditório.*”

No que diz respeito à ocorrência de fraude, prevê o art. 137 do NCPC que, uma vez acolhido o pedido de descon sideração, a alienação ou oneração de bens importará em fraude à execução e será ineficaz em relação ao requerente, operando-se, assim, o chamado efeito *ex tunc*.

Consoante o parágrafo 3º do art. 792 do NCPC, a fraude à execução, nas hipóteses de descon sideração da personalidade jurídica, verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende descon siderar.

Por fim, esclarece o art. 1.062 do NCPC que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica pode ser aplicável também nos processos de competência do juizado especial.

6 DA PRESCRIÇÃO

Consoante Mamede (2011, p. 179), com a descon sideração da personalidade jurídica, a obrigação que era originariamente da sociedade, no caso da descon sideração tradicional, agora passa a ser do sócio ou do administrador, ou seja, a relação jurídica é a mesma, modificando-se apenas o responsável pelo seu cumprimento.

Logo, apenas é possível requerer a descon sideração da personalidade jurídica quando esta estiver fundada em direito não prescrito. No caso, o prazo para a prescrição é o mesmo da prescrição do direito que o fundamenta, uma vez que a descon sideração não tem por efeito reavivar uma relação jurídica prescrita.

Contudo, faz-se importante atentar para os casos em que o sócio ou administrador foi cônjuge do credor, pois a este se aplica o inciso I do art. 197 do CC/02, o qual afirma que não ocorre prescrição entre cônjuges na constância do casamento. Dessa maneira, conforme Mamede (2011, p. 180), a relação jurídica que está prescrita em relação à sociedade não estará em relação ao sócio ou administrador, permitindo que haja a descon sideração da personalidade jurídica e a determinação de que este adimpla a obrigação da pessoa jurídica devedora.

7 CONCLUSÕES

A desconsideração da personalidade jurídica, quando requerida, relativiza a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, possibilitando, assim, o recebimento do crédito, nos casos do direito civil, quando houver desvio de finalidade ou confusão patrimonial e, nos casos do direito do consumidor ou ambiental, quando houver, conforme entendimento majoritário, a simples ocorrência de dano ao consumidor ou ao meio ambiente.

No entanto, foi devido à falta de critérios do Poder Judiciário na utilização da desconsideração da personalidade jurídica que o Novo Código de Processo Civil (arts. 133 a 137) passou a prever a obrigatoriedade de um incidente processual, que suspenderá a ação principal, até que seja proferida uma decisão acerca do assunto.

O referido incidente tem como um dos seus principais objetivos assegurar o contraditório e a ampla defesa, princípios constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Ademais, a previsão normativa do incidente de desconsideração, trazida pela Lei 13.105/2015, embora não tenha positivado o meio de defesa adequado do sócio após a desconsideração da personalidade jurídica, pôs fim a vários dilemas existentes sobre o procedimento a ser seguido, garantindo, dessa maneira, maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 jan. 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 13 abr. 2015.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 13 abr. 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 11 abr. 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 14 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Recurso especial. Ação de embargos do devedor à execução. Acórdão. Revelia. Efeitos. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Gestão fraudulenta. Desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica devedora. Extensão dos efeitos ao sócio majoritário e às demais sociedades do grupo. Possibilidade. Recurso Especial nº 332.763/SP. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 30 de abril de 2002. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 24 jun. 2002.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DISTRITO FEDERAL (Estado). Tribunal de Justiça. Processual Civil e consumidor. Agravo de instrumento. Teoria da menor desconsideração da personalidade jurídica. Bloqueio de ativos financeiros em contas bancárias dos sócios. Diligências para localização de patrimônio da executada. Agravo parcialmente provido. **Agravo de Instrumento nº 20130020064563/DF**. Terceira Turma. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Julgado em 05 de junho de 2013. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23598507/agravo-de-instrumento-agi20130020064563-df-0007261-9320138070000-tjdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

FERRAGUT, Maria Rita. **Novo CPC: O incidente de desconsideração da personalidade jurídica tornando efetivo o direito dos grupos econômicos exercerem o contraditório**. São Paulo: Fiscosoft, 2015. Disponível em:<<http://www.fiscosoft.com.br/a/6rd8/novo-cpc-o-incidente->

dedesconsideracao-da-personalidade-juridica-tornando-efetivo-o-direito-dos-gruposeconomicos-exercerem-o-contraditorio-maria-rita-ferragut>. Acesso em: 13 abr. 2015.

GAGLIANO, Pablo; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Quais são as teorias explicativas da pessoa jurídica? **Jus Brasil**, 2010. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1139239/quais-sao-as-teorias-explicativas-da-pessoa-juridica>>. Acesso em 23 abr. 2015.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: direito societário: sociedades simples e empresárias. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2. 536 p.

MONNAZZI, Ricardo Nogueira. A Desconsideração da Personalidade Jurídica com base no art. 50 do Código Civil - Uma visão crítica e uma nova proposta. **JurisWay**. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3901> Acesso em: 09 abr. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de processo Civil - Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Lilian Maria Barbosa de. A desconsideração da personalidade jurídica nas sociedades empresárias dissolvidas irregularmente e a responsabilização dos sócios. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2956, 5 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19700>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

RANGEL, Tauã Lima Verdán. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica: apontamentos inaugurais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 102, jul. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11744&revista_caderno=7>. Acesso em: 19 abr. 2015.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

_____. **O Novo CPC e o Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE BENEFÍCIO FISCAL DE ICMS CONCEDIDO SEM PRÉVIO CONVÊNIO CONFAZ E CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Luciana Marques Vieira da Silva Oliveira¹

RESUMO: Trata-se de artigo que visa debater as consequências práticas da declaração de inconstitucionalidade de benefício fiscal de ICMS, em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. A fim de se analisar essa questão, serão debatidos conceitos como norma jurídica, validade e eficácia das normas, de acordo com diferentes correntes doutrinárias. Será avaliado de que forma a definição sobre a posição adotada com relação a esses conceitos pode afetar as consequências práticas relativas à possibilidade de o Estado cobrar do contribuinte o crédito tributário, antes inexigível, após a declaração de inconstitucionalidade da lei concessiva do benefício fiscal. Debater-se-á igualmente se o efeito *ex tunc*, adotado como regra no controle concentrado de constitucionalidade, deve prevalecer perante outros princípios constitucionais tributários, como o princípio da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. Por fim, será analisada brevemente a jurisprudência recente do STF (RE 576.155) que admitiu a propositura de Ação Civil Pública por Ressarcimento ao Erário, art. 129 da Constituição Federal, nos casos de concessão de benefício fiscal do ICMS, sem a celebração prévia de Convênio CONFAZ.

Palavras-chave: ICMS. Benefício fiscal. Ausência de convênio prévio. Declaração de Inconstitucionalidade pelo STF. Cobrança do crédito. Impossibilidade.

CONSEQUENCES OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT DECISIONS THAT, IN ABSTRACT REVIEW, HELD UNCONSTITUTIONAL STATE STATUTE LAWS THAT GRANTED ICMS TAX BENEFITS WITHOUT THE PREVIOUS CONSENSUAL APPROVAL OF THE CONFAZ

¹ Especialista em Planejamento Tributário pela Universidade de Brasília (UnB), Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), Graduação em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Procuradora do Distrito Federal.

ABSTRACT: This article aims to discuss the practical consequences of Brazilian Supreme Court decisions that, in abstract review, held unconstitutional State statute laws, granted ICMS tax benefits without the previous consensual approval of the CONFAZ. In order to analyze the issue, the article discusses different doctrines that deal with the concepts of 'legal rules' and of the 'validity and effectiveness' of juridical norms. The main purpose of the work is to solve the question of whether the declaration of unconstitutionality of a statute law and the proclamation of its nullity may affect facts that happened before this decision, even if this means disrespecting the principles of 'legality' and 'non-retroactivity' of tax laws, both prescribed by the Brazilian Constitution. Finally, the article provides a short analysis of the Supreme Court recent decision, which admitted that a 'Public Interest Civil Action', set forth in article 129 of the Federal Constitution, can be filled to pursue recovery of damages to the Treasury, in cases in which ICMS tax benefits have been granted without the CONFAZ prior approval (RE 576.155).

Keywords: Tax benefit. Absence of previous consensual approval. Unconstitutionality. Tax credit recovery. Impossibility.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, ao repartir as competências tributárias, houve por bem, em seu artigo 155, inciso II, incluir na competência dos Estados e do Distrito Federal o ICMS (Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior).

Essa decisão política de atribuir aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar sobre o ICMS, tradicionalmente conhecido como um imposto sobre o consumo, gera o que usualmente é chamado de "Guerra Fiscal" entre os Estados.

Isso porque, sendo um imposto sobre o consumo e sendo este dinâmico, ultrapassando as fronteiras estatais, a legislação de um Estado sobre o ICMS influencia, de forma direta, outros Estados, seja pela questão da não cumulatividade do ICMS e a possibilidade de creditamento do imposto pago nas etapas anteriores, seja pela utilização do ICMS como forma de atração de investidores e empresários de um Estado para outro.

É muito comum a utilização da política de benefícios fiscais do ICMS para atrair empresas de outras regiões para o Estado, a fim de não apenas aumentar a arrecadação do imposto, através de uma maior quantidade de empresas instaladas, como também para estimular a economia local, na forma de empregos e desenvolvimento de infraestrutura.

Justamente para tentar minimizar ou mesmo evitar essa guerra fiscal, a Constituição Federal previu em seu art. 155, inciso XII, alínea g:

Art. 155

[...]

XII - cabe à lei complementar

g) regular a forma como, **mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.**

Essa lei complementar a que a Constituição faz referência e que deve regular a forma de concessão dos benefícios fiscais pelos Estados atualmente é a Lei Complementar nº 24/75.

A referida lei, em seu artigo 2º², estabelece como **regra para a concessão do benefício fiscal a unanimidade dos Estados representados**, o que dificulta sobremaneira a concessão de benefícios. Isso porque, basta que um Estado vizinho ou que um Estado forte, em termos de comércio, vislumbre perder empresas de seu território, em face do incentivo concedido por outro Estado, que este benefício não será concedido, bastando, para isso, a simples objeção de um único Estado.

A obrigatoriedade de unanimidade na concessão de benefícios fiscais de ICMS, inclusive, é objeto de discussão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 198, sob a alegação de violação ao princípio democrático, já que nenhuma outra matéria na Constituição Federal exige para sua deliberação o quórum da unanimidade.

2 Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.

§ 1º - As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

A rigidez nessa concessão de benefícios fiscais do ICMS leva, portanto, muitos Estados a ignorarem essa regra constitucional e a concederem benefícios fiscais de ICMS, a despeito da autorização dos demais Estados nas reuniões do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ. Isso porque, muitas vezes, a concessão de benefícios fiscais é o único meio de que dispõe o Estado, ou pelo menos o mais efetivo, para atrair investimentos e dinamizar a economia local.

Desse modo, verifica-se que houve a proliferação de leis estaduais concessivas de incentivos fiscais declaradas inconstitucionais pelo STF, o que inclusive motivou a proposta de edição de Súmula vinculante nº 69, cujo texto provisório assim dispõe: *“Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do Confaz, é inconstitucional”*.

Diante dessa declaração de inconstitucionalidade de uma lei estadual/distrital, surge o questionamento: qual deve ser a consequência prática dessa declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado e abstrato? Deve ou pode o Estado responsável pela edição da lei julgada inconstitucional cobrar dos contribuintes o imposto não recolhido?

Para responder a essa pergunta, questões paralelas devem ser respondidas, como, por exemplo: (i) como compatibilizar a regra de efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade de lei em controle concentrado e abstrato com o princípio da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade, corolários da ordem tributária brasileira? (ii) como imputar aos contribuintes a sanção por um descumprimento de dever por parte do Estado?

Por fim, pretende-se analisar, de forma sucinta, a possibilidade de esses benefícios fiscais de ICMS concedidos sem celebração prévia de convênio CONFAZ serem questionados e cobrados dos contribuintes por meio de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público, por lesão ao Erário, nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal, conforme recentemente admitido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 576.155.

2 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE ABSTRATO E CONCENTRADO PELO STF DE BENEFÍCIO FISCAL DE ICMS SOBRE A COBRANÇA DO TRIBUTO QUE ANTES ERA LEGALMENTE DISPENSADO

Em matéria constitucional, no direito pátrio brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade de lei em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade e ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade) tem como consequência a declaração de nulidade daquela lei desde sua edição, tendo, portanto, eficácia *ex tunc*. A exceção é a possibilidade de modulação dos efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade, para que essa valha com efeitos *ex nunc*, conforme art. 27 da Lei 9.868³.

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, portanto, no Direito pátrio, tem, como regra, a natureza declaratória de enunciar um vício já existente desde sua origem, sendo, portanto, retroativamente aplicada a atos anteriormente praticados com base na referida lei. Entende-se a lei como nula e, por consequência, nulos devem ser os atos praticados com base nela.

Apenas a título de esclarecimento, a declaração de nulidade da norma declarada inconstitucional pela Corte Suprema é, antes de tudo, uma decisão política e não uma decorrência lógica e necessária. Em muitos tribunais europeus que seguem a linha preconizada por Kelsen, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma e sua invalidade somente ocorrem com efeitos *ex nunc*.⁴

A adoção, pelo ordenamento pátrio, dessa teoria dos atos nulos, decorrentes da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, editada em desacordo com a Constituição Federal, é consequência, claramente, da adoção de um referencial teórico sobre os conceitos de existência, validade e eficácia da norma jurídica.

3 Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 25 set. 2015.

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

É justamente a discussão sobre esse referencial teórico adotado e as consequências que essa adoção implica na declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias que se pretende debater no presente artigo.

2.1 CONCEITO DE VALIDADE: DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

A definição sobre o conceito de validade das normas depende de um referencial teórico sobre o próprio conceito do que é o DIREITO e do que deve ser o objeto de estudo da Ciência do Direito.

Como bem ressaltado por Tomazzini (2014, p. 706):

A questão da validade das normas jurídicas, todavia, é muito mais complicada do que parece ser. Há várias formas de encará-la e cada uma delas determina um posicionamento do jurista perante o direito. [...] Em cada um desses sistemas de referência a concepção de direito modifica-se e com ela o conceito de validade, justamente por ser ele um de seus conceitos fundantes.⁵

Assim, a depender do sistema de referência de Direito que se tenha - jusnaturalismo, realismo ou positivismo- se terá uma noção diversa do que é validade, segundo Tomazzini (2014, p. 707):

Para a concepção jusnaturalista [...] a norma válida é a norma justa, moral e que atende às exigências da ordem natural. [...]

Para o positivismo jurídico (normativista) a validade é tida como um atributo da norma, que por ser jurídica, está em condições de produzir efeitos. Os critérios de validade metafísica e social são deixados de lado para a adoção de um critério de validade jurídico: a norma de superior hierarquia. Uma norma é válida, quando produzida por ato de vontade (manifestação de poder) disciplinado em outra norma de superior hierarquia e, em consequência disso, ela é obrigatória. Neste sentido, a validade é tida como sinônimo de existência e obrigatoriedade.⁶

Dentro da corrente positivista, normativista, há, porém, duas principais correntes doutrinárias que divergem a respeito do que se define como validade da norma: (i) uma que entende validade como sinônimo de existência, entendido como relação de pertinencialidade ao conjunto de normas jurídicas, (ii) outra que entende validade como um momento

5 TOMAZZINI, Aurora. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014. p. 706.

6 TOMAZZINI, op. cit., p. 707.

posterior à existência e que diz respeito à adequação da norma em relação àquela que lhe dá fundamento.

A primeira corrente, capitaneada por Kelsen e compartilhada pelos precursores do Construtivismo Lógico-Semântico, professores Villanova e Carvalho, entende a validade como sinônimo de existência da norma no âmbito jurídico, o que a torna obrigatória.

Segundo o professor Carvalho (2012, p. 114):

ser norma válida quer significar que mantém relação de pertinencialidade com o sistema “S”, ou que nele foi posta por órgão legitimado a produzi-la, mediante procedimento estabelecido para esse fim.

A validade não é, portanto, atributo que qualifica a norma jurídica, tendo *status* de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que u’a norma “N” é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema “S”. [...] Uma norma enquanto não ab-rogada por outra, continua pertencente ao sistema e, como tal, reveste-se de validade.⁷

Ainda sobre o conceito de validade para o construtivismo lógico semântico, vale citar a lição de Tomazzini (2014, p. 710): “Em suma: valer é um valor atribuído a algo que pertence, que existe enquanto elemento de um conjunto e validade é a relação de pertinencialidade entre o elemento e este conjunto”.⁸

Para essa corrente, a norma é válida e existente até que outra norma, entendida esta em sentido amplo (decisão judicial, ato legislativo, etc), seja produzida por linguagem competente (órgão legitimado) retirando-a do sistema. E por isso, produz todos seus efeitos enquanto válida.

A segunda corrente doutrinária entende a validade como **qualidade da norma jurídica** e parte do modelo pensado por Pontes de Miranda⁹ para diferenciar atos nulos e inexistentes. Segundo esse autor, o universo jurídico é formado por três planos: (i) da existência, (ii) da validade e (iii) da eficácia. **Validade da norma para essa corrente está, portanto, vinculada a sua compatibilidade com a norma superior que lhe serve de fundamento.**

7 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114.

8 TOMAZZINI, op. cit., p. 710.

9 PONTES DE MIRANDA apud TOMAZZINI, 2014.

Segundo essa corrente doutrinária, cujo maior expoente é Pontes de Miranda, os atos jurídicos seriam divididos em: (i) atos inexistentes; (ii) atos nulos e (iii) anuláveis.

No que interessa ao estudo do presente artigo, os atos nulos seriam:

aqueles que existem juridicamente, no entanto, carecem de validade e eficácia (não produzem efeito válido entre as partes) por apresentarem vício insanável que os compromete irremediavelmente, em decorrência da violação de exigências prescritas pelas regras que os fundamentam.¹⁰

Algumas das críticas mais contundentes à teoria dos atos nulos e ao conceito de validade da corrente encabeçada por Pontes de Miranda foram bem resumidas por Tomazzini (2014) da seguinte forma:

Considerar que a validade de uma norma está relacionada à adequação material ou formal importa afirmar que uma regra pode ser inválida e ao mesmo tempo, produzir efeitos no sistema enquanto não desconstituída juridicamente.¹¹

Se trabalhássemos com o conceito de validade atrelado ao de adequação (formal/material) às normas de superior hierarquia, teríamos que admitir serem todas as normas inválidas ou presumidamente válidas até que submetidas a um controle, isto é, só poderíamos dizer sobre sua validade ou invalidez depois da apreciação do judiciário. Neste sentido, toda linguagem para produzir efeitos válidos no sistema precisaria de outra que lhe afirmasse como apta para tanto.¹²

Necessário, ainda, para a análise da questão proposta por este artigo, definir o conceito de norma jurídica que será adotado como premissa deste trabalho.

2.2 CONCEITO DE NORMA JURÍDICA E EFICÁCIA DAS NORMAS

No presente trabalho, adota-se a concepção de norma jurídica defendida pelos adeptos do construtivismo lógico-semântico, segundo a qual **norma jurídica é a significação extraída de um texto normativo pelo leitor, na forma hipotético-condicional. É, portanto, sempre implícita, por decorrer do processo intelectual do leitor de atribuir significado ao texto normativo contextualizando-o dentro de um plexo normativo de princípios gerais.**

10 TOMAZZINI, Aurora. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 712-713.

11 *Ibid.*, p. 715.

12 *Ibid.*, p. 730-731

As normas jurídicas, segundo Carvalho (2008, p. 129), são: “significações construídas a partir dos textos positivados e estruturadas consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas”¹³.

Ainda segundo Tomazzini (2014, p. 289): “**Como significação as normas jurídicas estão sempre na implicitude dos textos, não existe norma expressa. O que se apresenta de forma expressa são os enunciados prescritivos componentes do plano material do direito positivo (grifo nosso)**”¹⁴.

Desse modo, há clara diferenciação entre o texto escrito (enunciado prescritivo) da norma em si, que é a significação extraída da interpretação de um ou mais enunciados prescritivos, moldada na forma hipotético condicional (H-C).

Quanto à **eficácia da norma jurídica**, Carvalho (2012, p. 116) a divide em três vertentes: a **eficácia jurídica, técnica e social**. Especialmente no que condiz com os objetivos do presente trabalho, urge explicar o que consistiria a eficácia técnica:

Sob a rubrica de eficácia técnica vemos a condição que a regra de direito ostenta, no sentido de descrever acontecimentos que, uma vez ocorridos no plano real-social, tenham o condão de irradiar efeitos jurídicos [...] **diremos ausente a eficácia técnica de u’a norma (ineficácia técnico-sintática) quando o preceito normativo não puder juridicizar o evento, inibindo-se o desencadeamento de seus efeitos, tudo (a) pela falta de outras regras de igual ou inferior hierarquia, consoante sua escala hierárquica, ou, (b) pelo contrário, na hipótese de existir no ordenamento outra norma inibidora de sua incidência. [...] Em ambos os casos, ineficácia técnico-sintática ou técnico-semântica, as normas jurídicas são vigentes, os sucessos do mundo social nelas descritos se realizam, porém inocererá o fenômeno da juridicização do acontecimento, bem como a propagação dos efeitos que lhe são peculiares.**¹⁵

13 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 129.

14 TOMAZZINI, Aurora. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014. p. 289.

15 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.

Para exemplificar o que viria a ser a ineficácia técnica de uma norma, podemos usar como exemplo uma norma instituidora de tributo (ICMS) que não pode incidir e, portanto, produzir efeitos sobre todas as hipóteses descritas na sua regra matriz de incidência tributária, em função da existência de outra norma jurídica antiexacional (isenção, por exemplo) referente ao ICMS.

2.3 USO DOS CONCEITOS DE NORMA JURÍDICA, VALIDADE E EFICÁCIA NA ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, EM CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO, DE BENEFÍCIO FISCAL DE ICMS, SEM CONVÊNIO CONFAZ PRÉVIO

Feita as delimitações conceituais necessárias, passemos à análise de um caso hipotético em que um Estado concede um benefício de ICMS (isenção, crédito presumido, etc) sem convênio prévio do CONFAZ, em confronto com o que dispõe o art. 155, inciso XII, alínea g, da Constituição Federal e para essa concessão estabelece condicionantes (contrapartidas), tais como investimento mínimo em infraestrutura e geração de empregos no local.

Julgada inconstitucional essa lei em ADI, o STF (Supremo Tribunal Federal) pode decidir por modular ou não os efeitos dessa decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868. Se optar por modular, garante que todas as operações realizadas anteriormente à declaração de inconstitucionalidade estarão resguardadas e somente da declaração de inconstitucionalidade em diante a lei estatal perderá sua validade e eficácia.

Ocorre que a regra não tem sido o STF modular efeitos de decisões desse jaez, vide pronunciamento na ADI 3794, DJ 24/02/2015¹⁶.

16 EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM ADI. OMISSÃO. PEDIDO DE MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI QUE CONFERIU BENEFÍCIOS EM MATÉRIA DE ICMS SEM QUE HAJA CONVÊNIO DO CONFAZ. EMBARGOS CONHECIDOS PARA NEGAR-LHES PROVIMENTO. 1. Não comprovadas razões concretas de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, requisitos estipulados pelo art. 27 da Lei n.º 9.868/99, descabe a modulação dos efeitos da decisão. 2. **A jurisprudência desta Suprema Corte não tem admitido a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em casos de leis estaduais que instituem benefícios sem o prévio convênio exigido pelo art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, da Constituição Federal – Precedentes.** 3. **A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no presente caso consistiria, em essência, incentivo à guerra fiscal, mostrando-se, assim, indevida.** 4. Embargos de declaração conhecidos para negar-lhes provimento. (ADI 3794 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 24-02-2015 PUBLIC 25-02-2015), Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 set. 2015.

Excepcionalmente o STF decide modular os efeitos dessas decisões que julgam benefícios de ICMS concedidos sem convênio prévio, como na ADI 429, caso em que o benefício fiscal tinha caráter social muito forte, porque voltado a deficientes. e mais recentemente na ADI 4481 (DJe 19/05/2015), em razão do medo das consequências nefastas do cancelamento de um benefício que durou por 9 (nove) anos no Estado.

Vale notar que **não seria necessário discutir sequer modulação de efeitos se nosso ordenamento jurídico não tivesse adotado a teoria dos atos nulos, que entende validade como adequação às normas constitucionais e entende nula a lei declarada inconstitucional.**

Isso porque, partindo-se da premissa de Kelsen de que validade é relação de pertinencialidade ao ordenamento jurídico, não haveria dúvida em se alegar que somente tendo sido declarada inconstitucional a norma concessiva de benefício fiscal poder-se-ia afirmar que a norma seria inválida e, portanto, perderia a eficácia.

Ademais, como apenas uma linguagem competente dentro do sistema é capaz de decretar a invalidade da norma, temos que essa invalidação tem efeito constitutivo e não meramente declaratório, de modo que o tributo somente poderia ser cobrado dali para frente.

Como se pode notar, a adoção de uma ou outra corrente doutrinária sobre validade por nosso ordenamento jurídico traz consequências diametralmente opostas.

Por essa razão, a corrente doutrinária que esta subscritora entende mais coerente e mais propícia à manutenção da segurança jurídica é a corrente adotada por Kelsen e pelos adeptos do construtivismo lógico-semântico, que entende validade como sinônimo de pertinencialidade ao ordenamento jurídico. Isso porque, se fosse dado a qualquer cidadão fazer seu controle prévio de validade das leis perante a Constituição, para dizer se estas normas são válidas ou não e, portanto, cumpri-las ou não, teríamos o caos e a insegurança instaurados.

É assente, por exemplo, na jurisprudência e doutrina, que, em nosso ordenamento jurídico, não é dado a nenhum contribuinte deixar de pagar tributo, por entendê-lo inconstitucional, ainda que a inconstitucionalidade seja aberrante.

Para que possa ser legitimamente autorizado a não recolher o tributo, deve haver um pronunciamento (linguagem competente) de um órgão legitimamente autorizado pelo ordenamento jurídico para realizar controle de constitucionalidade das normas, liberando-o do pagamento. Apenas após a introdução dessa nova norma em sentido amplo no mundo jurídico é que se pode falar em ausência de obrigação por parte do contribuinte.

Do mesmo modo, não está o Poder Executivo autorizado a descumprir leis que entenda inconstitucionais, ainda que estas representem, por exemplo, benefícios fiscais aos contribuintes, em detrimento da Receita Estatal.

Assim, parece certo contrassenso admitir que as normas são presumidamente válidas até que órgão competente diga o contrário, mas se entenda que uma vez julgada inconstitucional uma lei concessiva de benefício fiscal deve o contribuinte pagar todo o tributo, pois deveria saber desde a origem da lei que esta seria inválida. **É, claramente, exigir do cidadão um comportamento dúbio, contraditório. Não se transmite uma mensagem prescritiva clara ao cidadão, que possa ser um guia para pautar sua conduta.**

O Direito, como se sabe, é, antes de tudo, **um conjunto de normas que visam orientar os cidadãos a pautar suas condutas de acordo com aquilo que a coletividade entende como certo, representado pelas leis produzidas.**

Como exigir que um contribuinte diante de uma norma concessiva de benefício fiscal questione sua validade e desconfie da lei? Ademais, devemos questionar: existe opção para esse contribuinte que se enquadra exatamente na hipótese da concessão de uma isenção de não gozá-la? Pode o Fisco lançar tributo desrespeitando lei que concede isenção? Entende-se, sem dúvida, que não, já que a Autoridade Tributária Administrativa é regida pelo princípio da legalidade estrita, art. 37 da Constituição Federal.

É importante notar a contradição que a concepção dos atos nulos na declaração de inconstitucionalidade em ADI impõe: **transfere-se ao contribuinte o dever da análise da constitucionalidade do benefício, mas não lhe é dado pela ordem jurídica poder e legitimação para declarar essa inconstitucionalidade e de acordo com ela se conduzir.**

E o pior é que se o benefício vier a ser declarado inconstitucional **quem sofre todos os malefícios da transgressão constitucional do Estado é o contribuinte, que não é responsável pela legislação e tampouco autorizado a declará-la inconstitucional.** Deixa-se o contribuinte à mercê da sorte. **Cria-se um âmbito de insegurança absolutamente não propício à assunção de riscos e investimentos por parte das empresas contribuintes.**

Se fizéssemos, por exemplo, uma analogia com o Direito Civil, poderíamos dizer que, se o Estado viesse a cobrar tributo do contribuinte que confiou na lei antiexacional por ele editada, estaria a beneficiar-se duplamente da própria torpeza (*venire contra factum proprium*). Isso porque, o Estado arrecadou mais com a instituição do benefício, em termos de quantidade geral, já que mais empresas vieram se instalar em seu território, teve empregos e infraestrutura criados e depois irá arrecadar o tributo em sua integralidade e sem restituir às empresas as contrapartidas ofertadas.

No entanto, é exatamente pela adoção por nosso ordenamento pátrio da teoria da nulidade das normas declaradas inconstitucionais (Lei 9.868/99) que vemos a todo momento o STF debruçado sobre discussões sobre modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade e essas discussões se dão em regra considerando as consequências dessa decisão, como bem analisou a mestre e doutora Piscitelli em seu livro “Argumentando pelas consequências no Direito Tributário”¹⁷. No livro, no entanto, procura a autora distinguir o que seriam argumentos consequencialistas válidos que visam a concretização de um valor do ordenamento jurídico e outros que sejam meramente terroristas, com cunho estritamente financeiro.

Há que se notar, porém, que essa previsão de retroatividade da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado e abstrato (ADI, por exemplo) está prevista em lei (Lei nº 9.686/99), sendo, portanto, REGRA infraconstitucional, de modo que sua interpretação e aplicação deve se coadunar com os princípios e regras constitucionais, especialmente quando se tratar de matéria tributária. Havendo conflito entre REGRA infraconstitucional e PRINCÍPIOS E REGRAS constitucionais, estes últimos devem prevalecer.

17 PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário.** São Paulo: Noeses, 2011.

É o que se pretende demonstrar em seguida.

2.4 NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI CONCESSIVA DE BENEFÍCIO FISCAL COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IRRETROATIVIDADE E ANTERIORIDADE, CONSAGRADOS PELA ORDEM TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

Breve digressão sobre a diferença entre princípios e regras se faz necessária para a análise da questão que ora se pretende debater.

Princípios são valores, vetores que orientam o comportamento social das pessoas e orientam/vinculam os legisladores na produção das normas. São valores tidos como socialmente relevantes e aceitos pela maioria da sociedade e que devem nortear a produção legislativa e o agir dos cidadãos. **Servem ainda como interação entre as diversas normas do ordenamento e como vetor de interpretação e integração de lacunas.**

Nas palavras de Carvalho (2012, p. 43):

Princípios são enunciados do direito posto, de grande carga axiológica, acolhendo os valores que conduzem e direcionam o funcionamento do sistema no qual se inserem. Alguns desses enunciados recebem o nome de limites objetivos em decorrência do imediatismo de sua aplicação.¹⁸

Já regras são o “sentido articulado numa estrutura lógica, construída a partir da interação do receptor com as mensagens enviadas pelos órgãos emissores”¹⁹. Elas são mais claras quanto ao sentido normativo nelas contido, regulam diretamente a conduta. O dever-ser é modalizado em uma das três possibilidades: obrigatório, permitido e proibido.

No presente caso, temos uma regra legal (art. 27 da Lei 9.868/99) que se contrapõe a princípios constitucionais, como o princípio da legalidade (art. 150, I, da CF/88), da irretroatividade (art. 150, III, “a” da CF/88) e da anterioridade (art. 150, III, “b” da CF/88), todos previstos de forma expressa na Constituição Federal.

18 CARVALHO, Paulo de Barros. A concessão de isenções incentivos ou benefícios fiscais no âmbito do ICMS. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 43.

19 CARVALHO, Cristiano Rosa de. Sistema, competência e princípios, In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; EMERENCIANO, Adelmo da Silva (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 861- 896.

Essa antinomia entre a Lei 9.868/99 e os referidos princípios se dá para os casos em que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma tributária faz surgir uma nova norma que permite exigir tributo do contribuinte, como sói acontecer nos casos de benefícios fiscais de ICMS declarados inconstitucionais, por ausência de prévio Convênio CONFAZ.

Nessa hipótese de antinomia, não há menor dúvida de que os princípios constitucionais tributários supracitados devem prevalecer perante a regra da nulidade e do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, prevista na Lei 9.868/99.

Como ensina Carvalho (2012, p. 45):

Reafirmo: a norma jurídica, como juízo hipotético-condicional, composta por atividade interpretativa pela combinação de várias noções ou conceitos, requer o envolvimento do exegeta com proposições inteiras do todo sistemático, incursionando pelos escalões mais altos e de lá regressando com os vetores axiológicos ditados pelos princípios. **O conteúdo de significação obtido com a interpretação dos textos legais deve ser confrontado com todos os princípios que regem o ordenamento.** E isso vale igualmente como disciplina para a atividade legislativa.²⁰

Desse modo, considerando os conceitos de norma jurídica, existência, validade e eficácia antes delimitados, observa-se que a aplicação da teoria da nulidade da lei declarada inconstitucional em sede de ADI, em matéria tributária, merece temperamentos, pois sua utilização sem maiores reflexões implica necessariamente a violação de inúmeros princípios constitucionais, que não podem ser absolutamente relegados a segundo plano na solução da questão. Além, claro, de enviar uma mensagem prescritiva contraditória ao cidadão.

Se existe uma lei instituindo o ICMS no Estado e existe outra lei instituindo um benefício fiscal que implique a anulação ainda que parcial daquela norma instituidora do tributo para os casos dispostos na lei concessiva de benefício, temos:

(i) não há norma jurídica (significação) que possa ser extraída dessas leis autorizando a cobrança do ICMS nos casos previstos no benefício fiscal;

20 CARVALHO, Paulo de Barros. A concessão de isenções incentivos ou benefícios fiscais no âmbito do ICMS. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS.** São Paulo: Noeses, 2012. p. 45.

(ii) a norma que institui o tributo ICMS tem, portanto, eficácia técnica restrita, não produzindo efeitos com relação aos fatos descritos na lei concessiva de benefício;

(iii) há norma impedindo a cobrança de tributo nos casos previstos em benefício;

(iv) os sujeitos da relação jurídica (Estado e contribuinte) são obrigados a obedecer à norma enquanto não declarada inconstitucional.

Assim, a aplicação irrestrita da teoria da nulidade da lei declarada inconstitucional nestes casos implica:

(i) aplicação de uma nova norma que permita a cobrança do tributo mesmo nas hipóteses antes previstas como não tributadas pelo benefício fiscal, **de forma retroativa** (violação ao arts 150, III, "a" e "b" da Constituição Federal);

(ii) cobrança de tributo sem norma (significação) que assim autorizasse na ocorrência do fato gerador, em franca violação ao princípio da legalidade (art. 150, I, da Constituição Federal);

(iii) mensagem prescritiva contraditória do ordenamento jurídico ao contribuinte. que o leva a desconfiar da própria utilidade do Direito, já que se impõe a observância da lei até que seja esta julgada inconstitucional, não se permitindo ao contribuinte discutir sua validade, mas. quando julgada inconstitucional a lei. é o contribuinte apenado por simplesmente tê-la cumprido.

Nesse mesmo sentido são as reflexões do professor Pandolfo (2012), em seu livro *Jurisdição Constitucional Tributária*²¹, que assim dispôs:

Nesse contexto, é importante repisar a premissa que pauta a abordagem realizada pelo presente estudo: **os contornos da obrigação tributária são definidos pelo legislador no plano sintático e pelo intérprete no plano do significado. É no plano do significado que nasce a norma jurídica,** e é através da interpretação que são ficados de maneira mais clara os contornos da conduta efetivamente esperada do sujeito passivo²²

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

22 Ibid., p. 112.

Como se vê, a prescrição de conduta e, portanto, a norma jurídica não pode ser resumida ao enunciado prescritivo (texto escrito), mas sim à significação que dele, em conjunto com outros enunciados e valores inerentes ao ordenamento jurídico, se extrai. **Desse modo, o princípio da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade (arts. 150, I, III, “a” e “b”) devem ser analisados não em função do mero texto, mas em função da norma jurídica dele extraída.**

Nas palavras de Pandolfo (2012):

É importante erradicar o vício de se restringir o princípio da Irretroatividade a uma limitação imposta exclusivamente ao legislador. O princípio da irretroatividade aplica-se à totalidade das fontes de formação do Direito, **subordinando tanto as alterações sintáticas provocadas nos enunciados prescritivos objeto de interpretação (leis, Constituição), como à modificação da norma jurídica em sentido estrito, ou seja, à modificação de uma interpretação já estabilizada e digna de confiança tutelável juridicamente [...]**

O maior beneficiado com o respeito à irretroatividade das normas judiciais e administrativas tributárias é o próprio Estado, que ganha credibilidade e confiança dos contribuintes e investidores [...]

Essas observações servem para ressaltar a importância da credibilidade conferido pelos cidadãos aos comandos, normas proferidas tanto no âmbito legislativo, como no âmbito judicial. Sua instabilidade e a alteração retroativa fazem com que nasça, na sociedade, um questionamento acerca da própria autoridade atribuída aos órgãos aplicadores da lei.²³

Final de contas, o que a Constituição garante, por meio da irretroatividade, é a perenidade do direito expresso em lei e, em certo momento, revelado por um ato administrativo ou judicial. **A irretroatividade é da norma e alcança a irretroatividade da inteligência da lei aplicada ao caso concreto**²⁴.

Importante repisar que as decisões judiciais tributárias devem se sujeitar ao regime jurídico estabelecido pelo legislador constituinte e pela legislação infraconstitucional ao sub-sistema tributário brasileiro. Desse modo, devem obediência à irretroatividade, materializada tanto no art. 150, III “a”, da Constituição e debuxada pelos artigos 103, 105, 146 e 156, X, do Código Tributário Nacional. É a partir desses limites e

23 Ibid., p. 113,115-116.

24 Ibid., p. 128.

não sobre eles, que deverá ser discutida a fixação de eventuais efeitos prospectivos nas decisões de controle de constitucionalidade, que não poderão conferir segurança menor que a já assegurada pela Carta Magna pelo Código Tributário Nacional.²⁵

Este entendimento é também compartilhado por Nascimento (2013, p. 197). em artigo na REVISTA DE DIREITO DA PROCURADORIA GERAL DO RIO DE JANEIRO²⁶. Confira-se:

Em suma, admitir a retroação do novo sentido à data da mera confecção do texto legal possui o mesmo efeito de retroação de um novo texto legal. **Isso porque como visto, a norma jurídica, que interessa aos seus destinatários, não se confunde com o mero enunciado normativo contido nas expressões gramaticais do texto.** Pela mesma razão, a nova interpretação dada ao texto deve produzir efeitos imediatos, pois equivale à edição de uma nova norma, ainda que o entendimento anterior esteja amparado por uma coisa julgada²⁷.

Assim, ainda que se adote a teoria da nulidade da lei declarada inconstitucional, em sede de controle abstrato de constitucionalidade (Lei 9.868/99), nos casos em que essa declaração implicar retroatividade da norma tributária para cobrança de tributo antes não tributado por lei, deve-se fazer uma interpretação conforme a Constituição. **em respeito aos princípios da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade (arts. 150, I, III, “a” e “b”).**

Portanto, mesmo que o STF não venha a modular os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade (art. 27 da Lei 9.868/99), há argumentos robustos para se entender pela impossibilidade de retroação da declaração de inconstitucionalidade aos fatos pretéritos, impedindo a cobrança dos contribuintes dos tributos antes não cobrado por escusa legal.

Não se pode perder de vista a origem do princípio da legalidade que já na Carta Magna (1215) tinha forte cunho de proteção ao direito de propriedade particular frente aos poderes do Estado, o qual se traduzia pela máxima “no taxation, without representation”.

25 Ibid., p. 129.

26 NASCIMENTO, João Paulo do. Eficácia da Coisa julgada Tributária em face da mutação Constitucional pela via da Interpretação Jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 68, p. 191-206, jun./2013-2014.

27 Ibid., p. 197.

Há inclusive fortes defensores na doutrina pátria que entendem que o princípio da anterioridade deve ser utilizado até mesmo para o caso de simples revogação da isenção, já que há a introdução de nova norma jurídica tributária no ordenamento pátrio.

É o caso do renomado Amaro (2010, p. 312), , que defende que qualquer revogação de isenção equivale a uma majoração do tributo, razão pela qual deve obedecer à anterioridade. Veja-se:

Se o fato “a” estava fora do campo de incidência, (porque ele, pura e simplesmente, não fora abrangido pela regra de incidência, ou porque embora abrangido pelo gênero tributado, fora excepcionado da incidência por norma de isenção), **tanto a edição de regra que o tributo como a revogação da norma que o isentava implica o seu ingresso no rol dos fatos tributáveis.**

Se se trata de tributo sujeito ao princípio da anterioridade, é óbvio que a revogação da isenção, tendo o mesmo efeito da edição de regra de tributação, importa em que o tributo só possa ser aplicado a partir do exercício seguinte àquele em que a norma legal seja editada. O código Tributário Nacional deixou isso expresso no art. 104, III.

A submissão da regra revogadora de isenção ao referido princípio (ou ao da anualidade) é antiga lição de nossa doutrina. É digno de nota o registro de Rubens Gomes de Sousa no sentido de que o Código Tributário Nacional teve o objetivo específico de contrariar a jurisprudência que entendia que a revogação de uma isenção não equivaleria à criação de tributo novo. **Paulo de Barros Carvalho considera “questão assente que os preceitos de leis que extinguem ou reduzem isenções só devam entrar em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que forem publicados”²⁸.**

Para o professor Carvalho²⁹(2012), para quem a isenção é norma de estrutura que afeta a eficácia e a incidência da norma tributária, a revogação da isenção restabeleceria a eficácia da regra tributante, porém, seria necessário observância do princípio da anterioridade, visto que, se havia norma impedindo a incidência de uma norma tributante e esta volta a incidir, temos que este regresso da norma tributante equivaleria a um aumento de tributo, que deve obedecer ao princípio da anterioridade.

Portanto, como se pode perceber, há uma forte corrente doutrinária e sólidos argumentos que legitimam a limitação de efeitos *ex tunc* nas declarações de inconstitucionalidade de norma tributária que impliquem cobrança retroativa de tributos.

28 AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 312.

29 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

3 POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL POR RESSARCIMENTO AO ERÁRIO, ART. 129 DA CF/88, PARA COBRANÇA DE TRIBUTOS. JURISPRUDÊNCIA DO STF E INCONGRUÊNCIAS GERADAS

O STF em recente julgado, o RE 576.155 autorizou o Ministério Público do Distrito Federal a impugnar por meio de Ações Cíveis Públicas de Ressarcimento ao Erário, art. 129, III, da Constituição Federal, benefício fiscal de ICMS concedido por lei distrital (Leis 1.254/96 e 2.381/99) e, por conseguinte, cobrar dos contribuintes o crédito tributário antes isento.

A presente questão, por si só, é digna de um artigo, dada as incongruências jurídicas que tal admissão gera no ordenamento jurídico. No entanto, tendo em vista o limitado espaço do presente artigo, pretende-se tão somente pontuar as principais objeções a esse posicionamento do STF.

Primeiramente, em relação a questões processuais temos o próprio questionamento acerca da possibilidade de ajuizamento de Ação Civil Pública, já que o Ministério Público utiliza essas ACPs como sucedâneo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, visto que questiona de forma principal e não incidental a validade da Lei concessiva do benefício fiscal. O pedido é para anular os Termos de Acordo de Regime Especial - TAREs () entre o Distrito Federal e os contribuintes, mas em verdade se está a questionar a lei distrital concessiva do benefício que autoriza a celebração dos TAREs.

Em segundo lugar, outra questão que se entende não ter sido debatida a contento e com o devido cuidado é a configuração do dano ao Erário, requisito necessário para a autorização da Ação Civil Pública, nos termos do art. 129, III da CF/88.

Ora, todo raciocínio do MPDFT é baseado em um suposto prejuízo causado ao Estado, que poderia ter arrecadado muito mais ICMS se tivesse cobrado dos contribuintes em sua totalidade. Nada mais absurdo, com a devida vênia. Esse raciocínio peca por não considerar que, se não houvesse aquele benefício, provavelmente, ou melhor, quase certamente, a maioria das empresas que se instalaram no DF, ali não estariam. Assim, se fosse cobrado o ICMS integral, haveria menos empresas e a arrecadação seria menor. Com o benefício, tem-se mais empresas pagando menos ICMS,

mas, ao final, uma maior arrecadação. Tais números foram demonstrados no STF, para provar categoricamente o aumento de arrecadação, mas a Corte Suprema se prendeu a um complicado argumento de que o prejuízo ao Erário seria, em tese, por violação à ordem jurídica.

Há clara contradição nesse argumento do STF, pois, ou há violação à ordem jurídica, que exige o prévio consenso do CONFAZ para concessão do benefício e aí o instrumento para impugnação é a ADI, ou há prejuízo REAL ao Erário e, nesse caso, admite-se a Ação Civil Pública.

A maior prova da ausência de prejuízo ao Distrito Federal está na lógica do que se chama GUERRA FISCAL. **Na guerra fiscal, o prejudicado é sempre um outro Estado** que perde com a migração de empresas para outro ou mesmo com a necessidade de aceitação de creditamento de ICMS que foi objeto de benefício em outro Estado.

Pode-se afirmar, com certeza, que NUNCA o prejudicado na guerra fiscal é o Estado instituidor do benefício. Caso contrário, que Estado seria insano de prever uma lei que fosse lhe causar prejuízos?

Ressalte-se que, no caso do Distrito Federal em questão, ainda houve remissão dos débitos tributários decorrentes de cancelamento dos TARES celebrados em função da Lei 4.732/2011, resultado do CONVÊNIO CONFAZ ICMS 86/2011, em que houve anuência dos demais estados no CONFAZ. Trata-se do CONVÊNIO 86/2011. Prática, aliás, que é defendida como válida pelo ilustre professor Carvalho (2012, p. 93):

Não vejo obstáculos aos atos dos Estados e do Distrito Federal que venham conceder remissão ou anistia dos créditos de ICMS decorrentes da declaração de inconstitucionalidade de isenções, incentivos ou benefícios fiscais concedidos sem suporte em convênio. Pelo contrário, tal providência é recomendável, para que se mantenha no ordenamento o clima de segurança jurídica, evitando punir ou onerar o contribuinte que agiu de acordo com os termos de lei reputada por válida e vigente.³⁰

Nada obstante, o MPDFT ingressou, junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), com a ADI nº **2012.00.2.014916-6** contra

30 CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Guerra Fiscal**: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS. São Paulo: Noeses, 2012. p. 93.

a referida Lei Distrital nº 4732/2011, que incorporou o Convênio CONFAZ 86/2011 ao ordenamento local. A referida ação foi julgada improcedente; no entanto, mesmo após o julgamento da ADI pelo TJDF, o MPDFT impugnou a referida decisão por meio de Recurso Extraordinário, ainda pendente de julgamento.

É espantosa essa admissão pelo MPDFT de que, tendo havido dano ao Erário, este teria sido “causado” pelo contribuinte. Sim, porque em qualquer ideia de responsabilidade que se tenha, seja no Direito Civil, seja no Direito Tributário, deve haver o mínimo de relação de causalidade entre a conduta daquele a quem se imputa o dano e o dano.

Onde residiria a responsabilidade do contribuinte na concessão de um benefício fiscal indevido pelo Estado? No cumprimento estrito da lei? Não se pode imputar ao contribuinte a responsabilidade pela edição de uma lei inconstitucional se sobre ela não tem ele qualquer ingerência e, o que é pior, não lhe é dado pelo ordenamento a faculdade de descumpri-la, com base em juízo próprio de constitucionalidade. Tampouco lhe são ofertados legitimidade e poder para contestar, em abstrato, a referida lei, dada a limitação da legitimação ativa para Ação Direta de Inconstitucionalidade feita na Constituição Federal (art. 103 da CF/88).

Esse mesmo questionamento é feito por inúmeros estudiosos do Direito quando analisam as sanções impostas pelo art. 8º, incisos I e II, da LC 24/75³¹ aos contribuintes em face da inconstitucionalidade do benefício concedido. Senão vejamos alguns desses questionamentos.

Carvalho (2012), no livro *Guerra Fiscal*, assim pondera:

Não bastasse isso, a Lei Complementar n. 24/75 dispôs, também, sobre sanções aos contribuintes envolvidos nas operações ilegitimamente beneficiadas. Em total agressão ao ordenamento jurídico pátrio, estabeleceu, no art. 8º, ser ineficaz o crédito fiscal relativo às operações beneficiadas, autorizando, simultaneamente a exigência do imposto reduzido em razão do incentivo tributário. A literalidade de tal dispositivo poderia levar ao equivocado entendimento de que, independentemente de julgamento por parte do tribunal competente – o STF – as normas relativas à concessão de benefícios não teriam

31 Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

- I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;
- II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

presunção de validade e o princípio da não cumulatividade do ICMS não deveria ser respeitado. Tal conclusão, entretanto, não encontra respaldo no sistema constitucional brasileiro, que reserva ao Judiciário a apreciação de toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, afastando completamente a figura da autotutela³²

Em suma, qualquer que seja a espécie sancionatória, sua aplicação tem por pressuposto a prática de ato ilícito. Por conseguinte, inexistindo ilicitude na atividade realizada pelo contribuinte, não ocorre o preenchimento dos requisitos da hipótese normartiva, sendo inadmissível pretender-se aplicar sanção prevista no consequente dessa mesma norma jurídica. [...]

Estudar as infrações é pesquisar o suposto das regras sancionatórias, assim como indagar sobre as sanções é analisar o consequente daquelas normas³³

Por isso mesmo, qualquer que seja o nome que se lhe dê, bem como seu objeto prestacional (multa ou obrigação de fazer ou não fazer), toda sanção advém da inobservância de um dever jurídico, motivo pelo qual apenas ao sujeito infrator pode ela ser imputada[...]

Dada a pessoalidade da pena em razão de seu nexó com as ações praticadas pelo infrator, não pode o contribuinte, ao cumprir lei estadual que tenha concedido isenção, incentivo ou benefício fiscal de ICMS sem a prévia celebração de convênio pelo CONFAZ e, logo, sem que tenha praticado ilícito algum, ser punido por ilicitude perpetrada por quaisquer dos Estados-membros, ao concederem incentivo fiscal sem observância à Lei Complementar n. 24/75. O contribuinte somente responde por infrações quando para elas contribuir por ato próprio, não podendo assumir o pólo passivo de imposições decorrentes de ilegalidades que jamais foram por ele pessoalmente realizadas (grifo nosso).³⁴

Como se vê dos trechos acima, não há ILÍCITO e, portanto, descumprimento de qualquer dever legal que possa acarretar RESPONSABILIDADE do contribuinte, que apenas obedece lei de benefício fiscal e de acordo com ela se conduz.

Rothmann (2010, p. 347), no artigo “A Guerra Fiscal dos Estados na (des)ordem tributária e econômica”, registra:

Como se trata de uma questão entre os Estados da Federação, as sanções somente podem alcançar os próprios Estados infratores. Se as sanções aos Estados, previstas na Lei Complementar n. 24/75, não forem aplicadas ou resultarem insuficientes, cabe exclusivamente aos

32 CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Guerra Fiscal**: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS. São Paulo: Noeses, 2012. p. 72.

33 Ibid., p. 84-85.

34 Ibid., p. 86.

estados tomarem as medidas políticas, necessárias para resguardar seus interesses, prejudicados pela competição fiscal danosa, praticada por outro Estado da Federação, junto aos órgãos representativos dos Estados³⁵

A admissão dessa responsabilização dos contribuintes é, s.m.j, a consagração do que o Direito Civil costuma nominar de *venire contra factum proprium*, já que o Estado se aproveita dos benefícios de maior arrecadação de tributos, geração de empregos e desenvolvimento da economia e depois ainda cobra dos contribuintes o tributo antes dispensado por lei. Sim, porque, na referida ação, não há qualquer compensação para devolver aos empresários os empregos gerados e os investimentos feitos, exigidos pela lei concessiva do benefício fiscal.

Outro receio relevante que surge com relação a essa autorização do STF é a de que o Ministério Público ingresse com ações de ressarcimento ao Erário toda vez que entender que o Estado não está cobrando os contribuintes como deve, tornando a ACP um sucedâneo de execução fiscal.

Vale notar ainda peculiaridade que se observa por ocasião do cumprimento dessas Ações Cíveis Públicas para cobrança dos tributos inconstitucionalmente dispensados pelos Estados. A execução da decisão que declara a invalidade dos TAREs é feita pelo rito do art. 475-J do Código de Processo Civil, que versa sobre execução de quantia líquida, com cominação de pena de multa de 10% em caso de ausência de pagamento em 15 (quinze) dias.

Assim, vejamos: o tributo sequer foi lançado, já que havia norma EXPRESSA impedindo seu lançamento pela Fazenda Distrital, mas, segundo o Ministério Público, tal valor é líquido e certo.

E o que é mais grave: o tributo será cobrado corrigido e com juros de mora e para pagamento em 15 (quinze) dias. Ou seja, um tributo que não foi recolhido durante anos deve ser recolhido em 15 (quinze) dias, sob

³⁵ ROTHMANN, Gerd Willi. A guerra fiscal dos Estados na (es) ordem tributária e econômica da federação. In: CARVALHO, Antônio Augusto Silva Pereira de; MARTÍN FERNÁNDEZ, German Alejandro San. **Estudos em homenagem a José Eduardo Monteiro de Barros**: Direito Tributário. 1.ed. São Paulo: MP Editora, 2010. p. 347.

pena de multa de 10%. Com a devida vênia, torna-se quase impossível a empresa conseguir quitar esse débito da forma como cobrado.

Não se pode ainda esquecer que o Código Tributário Nacional prevê, em seu art. 100, § único:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. **A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.** (grifo nosso)

Ora, se esse é o regramento do CTN para quem obedece normas inferiores à lei, deve, no mínimo, ser aplicado, por analogia, àqueles que agiram em estrita observância à lei, sob pena de se instaurar a insegurança jurídica e a desconfiança generalizada com relação às leis produzidas no país.

Outro fator a ser considerado é a descaracterização desse tributo cobrado, já que o ICMS é um imposto sobre o consumo, indireto e juridicamente reconhecido como repassado ao consumidor, como se verifica do art. 166 do Código Tributário Nacional. A partir do momento em que os fatos geradores ocorreram no passado e não há mais como fazer esse repasse, este tributo deixa de onerar o consumo para onerar o patrimônio da empresa, sendo, pois, descaracterizado.

Todas as ponderações acima servem, portanto, para impor sérios questionamentos quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal no RE 576.155.

4 CONCLUSÃO

Pretendeu-se demonstrar, no presente artigo, que a incorporação ao ordenamento jurídico da regra da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado e abstrato com efeitos *ex tunc*, inserida na Lei 9.868/99, que rege os procedimentos ligados às ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no STF (ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade e ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade), decorre primordialmente da adoção pelo ordenamento pátrio de uma concepção doutrinária sobre a validade das normas.

Restou comprovado que a concepção sobre o que venha a ser validade das normas jurídicas depende essencialmente da própria visão do que seja o Direito para quem o analisa.

O ordenamento pátrio brasileiro incorporou como concepção de validade das normas aquela defendida por Pontes de Miranda, que entende validade como sinônimo de adequação da norma à Constituição e que, por isso, só pode ser aferida quando analisada pelo Guardião da Constituição - o Supremo Tribunal Federal.

Segundo essa corrente, a declaração de inconstitucionalidade equivale à declaração de nulidade da norma desde sua origem e, com isso, todos os atos praticados com base na referida lei também são declarados nulos.

Diante dessa concepção, foi prevista a possibilidade de, em casos excepcionais, haver modulação dos efeitos da decisão, de acordo com o art. 27 da Lei 9.868/99, para minimizar os impactos dessa declaração.

O presente trabalho pretendeu, no entanto, demonstrar que, se houvesse sido adotada por nosso ordenamento jurídico a concepção de validade de Kelsen, segundo a qual validade significa pertencer ao sistema jurídico, não haveria necessidade de se debater modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado e abstrato. Isso porque, a declaração de invalidade da norma só passa a ter efeito e eficácia a partir de sua declaração, antes disso a norma é válida e eficaz, razão pela qual os atos com base nela realizados não são eivados de nulidade.

Nada obstante, ainda que adotada a concepção de validade de Pontes de Miranda, consagrada no ordenamento jurídico pátrio na Lei 9.868/99, pretendeu este trabalho demonstrar que essa regra infraconstitucional não pode prevalecer diante de seu conflito com princípios constitucionais da ordem tributária, tais como legalidade, irretroatividade e anterioridade (arts. 150, I e III, “a” e “b” da Constituição Federal).

Assim, concluiu-se que, como a declaração de inconstitucionalidade do benefício fiscal de ICMS introduz nova norma jurídica no ordenamento, o que permitiria, em tese, a cobrança do contribuinte com relação ao referido crédito, esta não pode ser aplicada de forma retroativa. Deve-se preservar, portanto, os atos praticados pelos contribuintes com base na lei concessiva de benefício.

Por fim, foi analisada a recente jurisprudência do STF no RE 576.155, que permitiu o ajuizamento de Ação Civil Pública para Ressarcimento ao Erário, pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, para fins de cobrança dos contribuintes do crédito tributário decorrente do cancelamento do benefício fiscal de ICMS concedido pelo Distrito Federal e declarado inconstitucional por ausência de convênio prévio com o CONFAZ.

A posição adotada por este trabalho é no sentido da total impossibilidade de cobrança desse tributo por meio de Ação Civil Pública, por inúmeros obstáculos, tais como; (i) questões processuais: utilização da ACP como sucedâneo de ADI e ausência de comprovação de prejuízo ao Erário; (ii) ausência de responsabilidade dos contribuintes com relação à edição da lei concessiva de benefício fiscal; (iii) ausência de descumprimento de dever legal pelos contribuintes, que apenas cumpriram a lei; (iv) impossibilidade de os contribuintes descumprirem a lei enquanto não declarada inconstitucional e ausência de meios para impugná-la em sede de ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade); (v) abertura para que a Ação Civil Pública por Ressarcimento ao Erário seja usada como sucedâneo de execução fiscal pelo Ministério Público para todos os casos de ausência de recolhimento de tributo; (vi) consagração do que o Direito Civil costuma nominar de *venire contra factum proprium*, já que o Estado se aproveita dos benefícios de maior arrecadação de tributos, geração de empregos e desenvolvimento da economia e depois ainda cobra dos contribuintes o

tributo antes dispensado por lei; (vii) impossibilidade de repasse do ICMS cobrado posteriormente aos consumidores e descaracterização do ICMS como imposto sobre o consumo.

Nada obstante, ainda que se admitisse a cobrança do tributo de forma retroativa, *dever-se-ia*, no mínimo, utilizar-se, por analogia, a regra do art. 100, § único do CTN, que dispõe sobre a observância das normas de (i) atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; (ii) decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; (iii) práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas e (iv) convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Se esse é o regramento do CTN para quem obedece normas inferiores à lei, deve, no mínimo, ser utilizado por analogia aqueles que agiram em estrita observância à lei, sob pena de se instaurar a insegurança jurídica e a desconfiança generalizada com relação às leis produzidas no país.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Cristiano. **Ficções Jurídicas no Direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. São Paulo: Noeses, 2012.

COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao Direito:** uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. Exclusão do Crédito Tributário. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Tributário:** Estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 291-301.

MARTINS, Gustavo do Amaral. Guerra Fiscal, Proposta de Súmula vinculante 69 e situações consolidadas: Elementos para uma evolução. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 68, p. 171-190, jun./2013-2014.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária.** São Paulo: Noeses, 2005.

NASCIMENTO, João Paulo do. Eficácia da Coisa julgada Tributária em face da mutação Constitucional pela via da Interpretação Jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 68, p. 191-206, jun./2013-2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTHMANN, Gerd Willi. A guerra fiscal dos Estados na (es) ordem tributária e econômica da federação. In: CARVALHO, Antônio Augusto Silva Pereira de; MARTÍN FERNÁNDEZ, German Alejandro San. **Estudos em homenagem a José Eduardo Monteiro de Barros:** Direito Tributário.1.ed. São Paulo: MP Editora, 2010.

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

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

TOMAZZINI, Aurora. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: PARÂMETRO, OBJETO E SUBSIDIARIEDADE

Rafael Carvalho de Fássio¹

RESUMO: Este artigo pretende discutir alguns aspectos controversos acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a “ADPF” – uma das mais recentes e incertas ações judiciais inseridas no contexto do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Para tanto, este estudo enfoca três dos seus conceitos principais: “preceito fundamental”, “ato do Poder Público” e “outro meio eficaz”, noções que estão em constante evolução na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nem mesmo o advento da Lei Federal nº 9.882, em 03 de dezembro de 1999, foi capaz de sanear as diversas dúvidas suscitadas pela Constituição de 1988 acerca do instituto, motivo pelo qual a ADPF, tanto tempo depois da sua criação, segue permeada de incerteza.

Palavras-chave: Direito. Constitucional. Controle de constitucionalidade. Preceito fundamental. Ato do Poder Público.

CLAIM OF NON-COMPLIANCE WITH A FUNDAMENTAL PRECEPT: PARAMETER, OBJECT AND SUBSIDIARITY

ABSTRACT: This paper discusses some highly controversial issues regarding the “Claim of Non-compliance with a Fundamental Precept” (“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”) or “ADPF” – one of the newest and most uncertain actions in the framework of Brazilian system of judicial review. To do so, the study sheds light on three main concepts: “fundamental precept”, “government act” and “other effective measure”, which are still being shaped by numerous precedents set forth by the Supreme Court of Brazil. We argue that not even the enactment of Federal Law no. 9,882, in 1999, made clear which uses the ADPF is suitable for, deeming it not only to a doubtful present, but also to an uncertain future.

Keywords: Constitutional law. Judicial review. Fundamental precept. Government act.

1 Graduação em Direito e Mestrando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo dedica-se à análise de três aspectos envolvendo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (“ADPF”): o parâmetro de controle, seu objeto e o chamado “princípio” da subsidiariedade. Cada qual se relaciona, respectivamente, com um conceito aberto e indeterminado: as noções de “preceito fundamental”, “ato do Poder Público” e “outro meio eficaz”. O tema, extremamente controverso na doutrina e na jurisprudência, deve sua relevância à norma do artigo 102, parágrafo único, da redação original da Constituição de 1988, que, em redação vaga e imprecisa, instituiu no ordenamento brasileiro uma medida processual sem paralelo no direito estrangeiro², voltada à tutela dos “preceitos fundamentais” presentes na Lei Maior.

Para Dimoulis, a arguição é um “instituto que não deu certo”, cujo advento “não mudou praticamente nada no mundo jurídico”³. E, segundo o citado autor, esse quadro não pode ser alterado sem profundas mudanças na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, também, na própria lei que regulamenta o instituto. De fato, a ADPF é um instituto completamente indefinido: a Constituição não traz nem mesmo o seu objeto. Após inserir o julgamento da arguição entre as competências do Supremo Tribunal Federal, a Lei Maior faz vaga referência ao parâmetro de controle, introduzindo o conceito indeterminado de “preceito fundamental”. A edição da Lei Federal nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, também não pôs fim às dúvidas acerca do controverso instituto. Pelo contrário: introduziu, já em seu artigo 1º, a vaga noção de “ato do Poder Público” para delimitar o objeto da ADPF, ao mesmo tempo em que, em norma de constitucionalidade duvidosa, trouxe, no §1º do seu artigo 4º, a regra da subsidiariedade, segundo a qual a arguição não será cabível quando houver “outro meio eficaz” de sanar a lesão ao preceito fundamental violado.

2 Cruz corretamente aponta algumas semelhanças entre a ADPF brasileira, o recurso de amparo espanhol e o recurso constitucional alemão. As diferenças, contudo, são marcantes e não permitem dizer que a arguição encontre similar em outros ordenamentos jurídicos. Por exemplo, o autor destaca que ambos os institutos, no direito estrangeiro, “são manejados diante de um caso concreto, sendo instrumentos de um controle concreto de constitucionalidade”, ao passo que a ADPF, no Brasil, é ação do controle abstrato. CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: Lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68.

3 DIMOULIS, Dimitri. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: problemas de concretização e limitação. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 832, p. 11, fev., 2005, p. 11. Ambos os trechos.

Rica em controvérsias, mas pobre em soluções, a ADPF ainda é um instituto em construção pela doutrina e pela jurisprudência⁴. Assim, cientes dessa incerteza, iniciamos o presente estudo situando a ADPF no contexto do controle de constitucionalidade abstrato, segundo os atuais contornos dados ao sistema brasileiro pela Constituição de 1988 e, também, pelas Emendas Constitucionais nº 3, de 17 de março de 1993, e nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Depois, com profundo lastro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, discutiremos o que a Corte tem entendido como “preceito fundamental” e “ato do Poder Público”, a fim de definir, respectivamente, o parâmetro de controle e o objeto da arguição. Em seguida, tecemos uma breve crítica à regra da subsidiariedade, tal como prevista na Lei Federal nº 9.882/1999, expondo, por derradeiro, as nossas conclusões e observações finais.

2 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Tornou-se lugar comum no Direito Constitucional identificar dois grandes sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade: o *estadunidense*, desenvolvido a partir dos escritos clássicos de Hamilton e Marshall⁵, e o *européu continental*, que se lastreia, em grande medida, no pensamento de Kelsen⁶. O processo histórico de formação de cada um desses modelos não constitui objeto deste estudo. Nosso intento, nestas linhas, é bem mais modesto: situar a ADPF no contexto do sistema brasileiro. Para tanto, os esforços de sistematização da doutrina nos permitirão tratar cada sistema, sob o ponto de vista teórico, como dois “tipos ideais”, cujas principais características podem ser agrupadas em dois modelos distintos.

Para tanto, adotamos quatro critérios de classificação. O primeiro consiste no número de órgãos jurisdicionais que podem apreciar e julgar a questão de constitucionalidade, ou seja, reconhecer a incompatibilidade material ou formal da norma comparada com seu parâmetro constitucional. Assim, o sistema será *concentrado* se tal prerrogativa for atribuída apenas a um único órgão (como um Tribunal ou Corte Constitucional, por exemplo), ou *difuso* se dois ou mais puderem exercê-la. O segundo critério diferencia

4 DIMOULIS, op. cit., p. 31-35.

5 Confirmam-se, por exemplo, os escritos de Alexander Hamilton na coletânea *O Federalista* (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. London: Penguin Books, 1987) e ao voto de John Marshall no célebre caso *Marbury vs. Madison*, U.S., 1803.

6 Kelsen inclusive tece inúmeras sugestões acerca da natureza e das atribuições do órgão de controle, que seriam posteriormente adotadas, ao menos em sua maioria, com a Constituição da Áustria, de 1920. KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**: São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130-186.

os sistemas com base na posição que a questão de constitucionalidade ocupa no processo de controle. No controle *concreto*, ou *incidental*, a (in) constitucionalidade da norma é um argumento que integra a causa de pedir da demanda movida pelo autor. No *abstrato*, a compatibilidade da norma com a Constituição constitui o próprio pedido, motivo pelo qual é analisada, no processo, em caráter *principal*. O terceiro critério – intimamente ligado ao segundo – diz respeito aos limites subjetivos da decisão proferida em sede de controle. Por isso, na modalidade concreta ou incidental, a decisão normalmente produz efeitos *inter partes*, ao passo que, no controle abstrato ou principal, a eficácia *erga omnes* vincula mesmo aqueles que não integraram o processo objetivo. Por fim, o quarto e último critério classificatório analisa a natureza da sanção cominada pelo ordenamento jurídico ao vício de inconstitucionalidade. Aqui, a sanção poderá consistir tanto em uma declaração de *nulidade* da norma impugnada como, ainda, na sua desconstituição, em consequência da *anulabilidade*. Em ambos os casos, note-se bem, a norma inconstitucional é inválida. Todavia, no primeiro, a declaração opera com efeitos *ex tunc*, desde a edição do ato, ao passo que, no segundo, a invalidade o atinge apenas após sua anulação, com efeitos *ex nunc*, portanto.

Nesse sentido, pode-se dizer que o sistema-tipo estadunidense é *difuso*, *incidental*, tem decisões com eficácia *inter partes*, adota a *nulidade* como sanção. Noutro giro, o sistema-tipo europeu continental é *concentrado* e *principal*, o que acarreta decisões com eficácia *erga omnes* e também a adoção da sanção de *anulabilidade*. Não há, na prática, nenhum ordenamento que adote integralmente essas características. Contudo, essa simplificação teórica é útil para explicar a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, que, sob a influência de Rui Barbosa⁷, adotou o modelo estadunidense na Constituição de 1891 e, desde então, tem incorporado características do modelo europeu continental. O advento da ADPF insere-se nesse processo.

Ramos, em trabalho recente, identifica uma *vis attractiva* entre os dois sistemas clássicos de controle⁸. Segundo esse autor, há uma crescente interpenetração entre os ordenamentos de matriz europeia e de matriz estadunidense que, ao longo de sua evolução, perfilharam algumas características do sistema oposto, enfraquecendo a dicotomia outrora existente. Essa aproximação, contudo, não logrou gerar um terceiro modelo,

7 Barbosa sintetiza com maestria as características do sistema de controle estadunidense, reproduzidas pela Constituição republicana de 1891. BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. Campinas: Russell, 2003. p. 97-102.

8 RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 167-176.

ou, como se convencionou chamar, um “sistema misto”. Isso porque, na visão do autor, os ditos sistemas mistos “(...) não passam de variantes de um dos dois grandes sistemas-padrão de natureza jurisdicional-repressiva”⁹. É este o caso do sistema português – que, na Constituição de 1976, uniu o controle difuso e concreto (adotado desde a Carta de 1911) à criação de um Tribunal Constitucional com competência para realizar o controle abstrato e principal – e, também, do próprio sistema brasileiro, como se verá.

A respeito, para Bandeira de Mello, a primeira aproximação entre os dois sistemas-tipos de controle deu-se no artigo 12, §2º, da Constituição de 1934 com a criação da representação interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis (hoje, previstos no art. 34, VII, da Lei Maior) sempre que um ato normativo estadual os violasse¹⁰. Entretanto, a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, operou uma aproximação muito mais intensa do sistema brasileiro com o modelo europeu. Tal emenda, ainda sob a égide da Constituição de 1946, introduziu a Representação de Inconstitucionalidade, inaugurando, entre nós, o controle principal e abstrato¹¹. De início, essa Representação era de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, sendo o Procurador-Geral da República – à época, representante da União – o único legitimado para a sua propositura.

Com a Constituição de 1988, como afirma Barroso, “(...) foi suprimido o monopólio até então desfrutado pelo Procurador-Geral da República, com a ampliação expressiva do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta, nos nove incisos do art. 103”¹². Além da legitimidade ativa, a nova Lei Maior manteve a representação interventiva (artigo 36, inciso III) e transformou a antiga Representação na atual Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica (“ADI”), com objeto circunscrito às leis e atos normativos federais e estaduais, nos termos do seu artigo 102, I, “a”. No mesmo artigo 102, no então parágrafo único, o constituinte criou a ADPF. A Emenda Constitucional n. 3/1993 – a mesma que introduziu

9 RAMOS, op. cit., p. 169.

10 A representação interventiva seria hipótese de controle político repressivo, que tem início com a representação do Procurador Geral da República contra o ato estadual, pedindo autorização do STF – que analisa a legalidade do ato e se houve ou não efetiva violação – para que a intervenção seja decretada pelo Presidente da República. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Butchasky Editor, 1980. p. 170-171.

11 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 197-215. ”

12 BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 182-183.

no ordenamento brasileiro a Ação Declaratória de Constitucionalidade (“ADC”), cabível apenas em face de ato normativo federal – converteu o dispositivo no atual parágrafo primeiro, segundo o qual “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

O laconismo do constituinte ao disciplinar o instituto não deixou claro qual seria o objeto da arguição nem o alcance do dispositivo. Entretanto, a expressa menção à futura complementação legislativa (“na forma da lei”), fez com que o Supremo Tribunal Federal qualificasse o artigo 102, §1º, como norma de eficácia limitada¹³. Assim, a Corte indeferiu a inicial de todas as arguições propostas antes da Lei Federal nº 9.882/1999, entendendo que o dispositivo constitucional não poderia ser aplicado na ausência da lei regulamentadora¹⁴.

Nesses termos, após mais de uma década de completa inefetividade, a ADPF veio a ser disciplinada pela Lei Federal nº 9.882/1999, a partir de anteprojeto elaborado pela comissão de juristas presidida por Celso Ribeiro Bastos e integrada por Gilmar Ferreira Mendes, Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins e Oscar Dias Corrêa. De fato, e muito embora não tenha resolvido as várias dúvidas suscitadas sobre o instituto, o diploma permitiu delinear, com contornos um pouco mais precisos, as características da arguição inserida em 1988 pelo vigente texto constitucional.

No que diz respeito ao cabimento, por exemplo, o artigo 1º da Lei Federal nº 9.882/1999 restringiu o manejo da ADPF às lesões decorrentes de “ato do Poder Público”, excluindo, assim, o emprego da arguição para questionar atos praticados por particulares. Afinal, a ideia de “descumprimento” é bastante ampla, podendo abranger, *prima facie*, todos os atos lesivos a preceito fundamental, independentemente do sujeito que os pratica. Ademais, o artigo 1º, parágrafo único, inciso I deixou assentado o cabimento da ADPF em face de *leis e atos normativos municipais* – os quais, vale lembrar, não podem ser objeto de ADI nem de ADC, nos termos do art. 102, I, “a” da Lei Maior – e, também, de *atos anteriores à Constituição*. Quanto a estes, cabe ressaltar que não se sujeitam

13 Segundo a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, tal como elaborada por José Afonso da Silva, a norma do art. 102, §1º poderia ser classificada, até o advento da Lei Federal nº 9.882/1999, como norma de eficácia contida, ou seja, normas que tem aplicabilidade direta e imediata, produzindo efeitos a partir da entrada em vigor da Constituição, mas possivelmente não integral, já que podem ter a sua abrangência restringida pela legislação infraconstitucional. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.103-116.

14 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PET-AgR 1140, j. 31/05/1996.

a uma análise de inconstitucionalidade, propriamente dita, mas apenas a um juízo de recepção ou não recepção no qual se examina o conteúdo da norma para verificar sua adequação substancial ao ordenamento vigente¹⁵. A inconstitucionalidade, assim, é um vício congênito: não faz sentido aferi-la em relação a atos normativos editados anteriormente ao próprio parâmetro de controle.

Segundo Mendes, a tão esperada regulamentação da ADPF poderia causar profundas alterações no sistema brasileiro de constitucionalidade¹⁶:

Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para - de forma definitiva e com eficácia geral - solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia erga omnes e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.

O excerto acima, publicado em 1999, ilustra com clareza o que se esperava da lei regulamentadora e, principalmente, do próprio instituto. Mas os resultados, como já foi dito, não corresponderam às expectativas

15 A recepção ignora aspectos formais para considerar apenas o conteúdo da norma. Por esse motivo é que foram recebidos pela Constituição de 1988 numerosos Decretos-Leis – espécie legislativa hoje inexistente – como, por exemplo, o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940) e a Consolidação das Leis do Trabalho (aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943).

16 MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (I) (§ 1o do Art. 102 da Constituição Federal). *Revista jurídica virtual*, Brasília, v. 1, n. 7, dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_07/arguicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

do autor do anteprojeto. Em 27 de junho de 2000, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a ADI nº 2231 para questionar a constitucionalidade da Lei Federal nº 9.882/1999¹⁷. Tal ADI, até o presente momento, não teve seu mérito apreciado pela Corte. Mas a pendência de julgamento definitivo sobre o tema não impediu o ajuizamento de novas arguições. Tanto que, nos autos da ADPF nº 33, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a “existência de ADI contra a Lei nº 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal”¹⁸. Hoje, já são 162 julgadas em definitivo¹⁹.

3 PARÂMETRO DA ADPF: O “PRECEITO FUNDAMENTAL” NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O parâmetro de controle na ADPF é a norma constitucional qualificada como “preceito fundamental”. Esta afirmação é praticamente incontroversa. Contudo, uma análise mais profunda dessa assertiva pode suscitar um debate importante sobre a unidade da Constituição e, também, sobre a existência de uma hierarquia entre normas constitucionais originárias. O fato de existir no ordenamento jurídico brasileiro uma ação específica (a ADPF) para tutelar a violação de um grupo igualmente específico de normas da Constituição (os “preceitos fundamentais”) confirma essa tese. Ou seja, em outras palavras, a violação de um “preceito fundamental” seria mais grave do que a violação de outras normas da mesma Lei Maior. Dimoulis²⁰ sintetiza esse argumento de modo bastante esclarecedor:

Temos um problema de política constitucional. Considerando mercedores de tutela mediante ADPF somente os preceitos fundamentais, o constituinte desqualificou certas normas da própria Constituição, cujo descumprimento não incomodaria a ponto de autorizar a ADPF. Esta surpreendente manifestação de automenosprezo, contestando (ainda que indiretamente) a igual dignidade e força normativa dos dispositivos constitucionais permaneceu vaga, já que o constituinte não quis especificar quais elementos normativos são fundamentais.

17 Foi concedida medida liminar, em 05 de dezembro de 2001, para excluir do artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei Federal nº 9.882/1999, as controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo, bem como para suspender em sua totalidade o disposto no art. 5º, §3º do mesmo diploma legal.

18 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07/12/2005.

19 A estatística processual é do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

20 DIMOULIS, op. cit., p. 18.

Essa perplexidade teórica é solucionada de modo pouco satisfatório pela doutrina, que – considerando “preceito fundamental” como “toda norma constitucional (...) que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado”²¹- parece inclinar-se para o reconhecimento de uma hierarquia axiológica de algumas normas constitucionais em relação a outras²². Contudo, acolher essa ideia implica também em admitir que essa hierarquia de valores é essencialmente fluida, sendo possível que se altere – assim como se modifica, com o tempo, a compreensão dos intérpretes acerca da Constituição – a própria definição acerca de quais normas poderiam ser qualificadas, em determinado momento histórico, como “preceitos fundamentais”.

A constatação de que a ADPF daria ensejo ao reconhecimento de normas constitucionais mais importantes do que outras suscita novamente o célebre debate travado na Alemanha entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, no início do século XX, sobre os conceitos de constituição formal e material.

Schmitt toma a distinção entre Constituição e lei constitucional como premissa²³. Sob essa ótica, integram a Constituição somente as matérias que digam respeito à decisão política fundamental sobre a forma e a espécie da unidade política de um povo, tais como forma de Estado, sistema de governo e proteção a direitos fundamentais. Todas as disposições que não implementem a decisão política fundamental são apenas leis constitucionais, não integrando a Constituição²⁴.

A visão de Kelsen é bem diferente²⁵. Para ele, compreendendo Estado e Constituição como uma unidade no ordenamento jurídico, a Constituição em sentido material corresponde ao conjunto de normas

21 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Ações constitucionais**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 501.

22 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 488-503.

23 SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Prólogo de Manuel García-Pelayo. Traduzido para o espanhol por Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982. pp. 205 et. seq.

24 O clássico exemplo de norma não materialmente constitucional na vigente Constituição brasileira seria o seu artigo 242, §2º, que mantém a titularidade da União sobre o colégio Pedro II: “§ 2º - O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

25 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 299 et seq. Veja-se também, no mesmo sentido, os seguintes trechos da obra principal de Kelsen sobre o tema: KELSEN, Hans. **Teoria general del estado**. Barcelona: Labor, 1934. p. 21-27; p. 93-100; p. 133-150.

sobre a produção do Direito, isto é, aquelas que estabelecem competências e disciplinam procedimentos para a elaboração de normas jurídicas. Para Kelsen, a Constituição é norma, um dever-ser puro dissociado de qualquer fundamento sociológico, político ou filosófico. Assim, Kelsen compreende a Constituição sob duplo aspecto. No sentido jurídico-positivo, a Constituição é a norma hierarquicamente mais elevada, o topo da hierarquia das normas jurídicas do ordenamento. É a norma do ápice da pirâmide, às quais todas as demais devem conformidade. Em sentido lógico-jurídico, a Constituição é a norma hipotética fundamental, uma norma que não é posta, mas sim pressuposta como exigência lógica e hipotética que fundamenta todo o direito positivo.

Assim, com base no pensamento de Kelsen, desenvolveu-se o corolário de que todas as normas constitucionais possuem idêntica hierarquia, porquanto formalmente enunciadas no mesmo documento (a Constituição em sentido jurídico-positivo). Nesse sentido, seria possível dizer que a introdução da ADPF no ordenamento jurídico brasileiro flexibilizou esse postulado kelseniano, aproximando os “preceitos fundamentais” da noção de constituição material proposta por Schmitt. Entretanto, essa tímida aproximação não cria diferenças de hierarquia nem significa, como defendia Schmitt, que as demais normas (os “preceitos não fundamentais”) possam ser vistas como meras “leis constitucionais”. A diferença é que, após o advento da ADPF, o descumprimento de “preceitos fundamentais” passou a ser merecedor de uma tutela jurídica específica e especial, paralela aos mecanismos de controle de constitucionalidade já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, inexistente definição – nem no plano constitucional, nem no plano legislativo – acerca do que poderia ser considerado “preceito fundamental”. Assim, logo na ADPF nº 1, o Supremo Tribunal Federal arrogou para si essa tarefa, definindo casuisticamente quais normas constitucionais poderiam servir de parâmetro para a ADPF²⁶. A rigor, saber se a norma invocada como parâmetro qualifica-se ou não como “preceito fundamental” é uma questão prejudicial ao conhecimento da própria arguição – o que, ao menos em tese, obrigaria a Corte a analisar preliminarmente, em cada ADPF proposta, se tal requisito foi suficientemente demonstrado pelo requerente. Com efeito, a jurisprudência

26 “Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. (...) Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF-QQ 1, j. 03/02/2002.

do Tribunal tem revelado alguns “pontos pacíficos”²⁷, que servem como balizas para delimitar o parâmetro da arguição. Cunha Júnior realizou um completo estudo sobre o tema, sintetizando os “preceitos fundamentais” reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal da seguinte maneira²⁸:

- 1) Os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, consubstanciados principalmente nos seus fundamentos e objetivos (artigos 1º a 4º).
- 2) Os direitos e garantias fundamentais – sejam aqueles individuais, coletivos, sociais e políticos – presentes no Título II da Constituição.
- 3) As cláusulas pétreas (artigo 60, §4º), já que seria razoável pressupor que as matérias que constituem limites ao poder derivado reformador, impedindo inclusive a apresentação de emendas à Constituição, qualificam-se também como “preceitos fundamentais” para fins de ADPF.
- 4) Os princípios constitucionais sensíveis (artigo 34, VIII), já que sua violação daria ensejo, excepcionalmente, à intervenção federal.
- 5) Normas de organização política do Estado (Título III).
- 6) Normas de organização dos próprios poderes (Título IV), em que inserem as normas relativas ao processo legislativo; e, por fim,
- 7) Princípios da ordem econômica (artigo 170)²⁹.

Mas quais seriam, na jurisprudência, os “preceitos não fundamentais” da Constituição? Interessante, nesse ponto, a crítica formulada por Dimoulis³⁰. Segundo tal autor, a Corte hesitaria em não conhecer uma arguição por considerar que a norma constitucional invocada como parâmetro não seria um “preceito fundamental”. Assim, para Dimoulis, é politicamente improvável que a jurisprudência do Tribunal venha a desqualificar diversas normas constitucionais, relegando-as ao conjunto de “preceitos não fundamentais” da Constituição da República. Isso leva a crer que os questionamentos suscitados pelo parâmetro da ADPF ficarão confinados a um plano essencialmente teórico, já que, na prática,

27 “5. Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF-MC 33, j. 29/10/2003.

28 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 502-503.

29 Estes princípios, segundo Dimoulis, também qualificam-se como preceitos fundamentais, motivo pelo qual os acrescentamos à lista. DIMOULIS, op. cit., p. 16.

30 DIMOULIS, op. cit., p. 17-18.

o Supremo Tribunal Federal tem conferido a qualidade de “preceito fundamental” indistintamente à generalidade das normas constitucionais.

4 OBJETO DA ADPF: “ATO DO PODER PÚBLICO”

Segundo o artigo 1º da Lei Federal nº 9.882/1999, a arguição terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de “ato do Poder Público”. Assim, à diferença da ADI e da ADC – que, nos termos do artigo 102, I, “a” da Constituição da República tem objeto circunscrito às leis e demais atos normativos – a ADPF permite o controle de qualquer ato ou omissão do Poder Público, seja normativo ou não normativo, anterior ou posterior à Constituição, federal, estadual ou municipal, e proveniente de qualquer órgão ou entidade do Legislativo, Executivo ou Judiciário. Enumeramos a seguir uma série de atos que, segundo a doutrina majoritária³¹ e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podem ser impugnados por meio de ADPF:

1) *Atos normativos municipais*: o cabimento da arguição para o controle abstrato de atos normativos municipais representou inovação no controle de constitucionalidade brasileiro, já que estes atos não poderiam ser objeto nem de ADI nem de ADC perante o Supremo Tribunal Federal³².

2) *Atos normativos anteriores à Constituição*: a compatibilidade da legislação pré-constitucional com o texto da nova Constituição pode ser objeto de ADPF, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Lei Federal nº 9.882/1999. Foi esse, por exemplo, o caso da ADPF nº 130, proposta perante o Supremo Tribunal Federal para questionar a recepção da Lei de Imprensa (Lei Federal nº 5250/67) pela ordem constitucional vigente. Por maioria, a Corte entendeu que a norma não foi recepcionada e, ainda, deixou assentado que “a ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional”³³.

31 Veja-se, por todos, CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 517-526.

32 Entretanto, os atos municipais podem ser impugnados no controle difuso, incidental e concreto, por meio de Recurso Extraordinário, e ainda, na via principal e abstrata, perante o Tribunal de Justiça do Estado, nos termos do artigo 125, §4º da Constituição Federal.

33 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30/04/2009. Veja-se também: ADPF 47, Rel. Min. Eros Grau, j. 12/12/2007.

3) *Atos praticados por particulares no exercício da função pública*: a exemplo do que ocorre no Mandado de Segurança, alguns atos praticados por particulares no exercício de função pública – como concessionárias e permissionárias de serviço público – podem equiparar-se a “atos do Poder Público” para fins de ADPF.

4) *Omissão do legislador*: porquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (“ADO”) e o Mandado de Injunção (“MI”), conforme o caso, podem não ser instrumentos eficazes para suprir a omissão que se pretende impugnar. Foi esse o caso da ADPF nº 4, admitida pela Corte para questionar a omissão da Presidência da República em fixar valor suficiente para cumprir as finalidades constitucionais do salário mínimo³⁴.

Noutro giro, elencamos a seguir alguns exemplos de atos em face dos quais o Supremo Tribunal Federal já rejeitou a propositura da ADPF por não se enquadrarem, sob sua ótica, no conceito legal de “ato do Poder Público”:

1) *Projetos de lei ou propostas de emenda*: os artigos 1º, parágrafo único, inciso I; 5º, § 4º; e 9º da Lei Federal nº 9.882/1999 traziam a possibilidade de que a ADPF fosse utilizada para a instauração de um controle jurisdicional preventivo em meio ao processo legislativo. Contudo, à época, esses dispositivos foram vetados pela Presidência da República sob o argumento de que tal expediente violaria a separação de poderes, dando azo a uma indevida interferência do Judiciário em questões *interna corporis* do Legislativo³⁵. Dessa maneira, a doutrina tem entendido que a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de projetos de lei ou propostas de emenda à Constituição não podem ser objeto da arguição. Não foi outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental à ADPF nº 43, ao afirmar que “a proposta de emenda à constituição não se insere na condição de ato do poder público pronto e acabado, porque ainda não ultimado o seu ciclo de formação”³⁶.

34 ADPF 4 MC, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 02/08/2006

35 As razões dos vetos a dispositivos da Lei Federal nº 9.882/1999 podem ser consultadas em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.

36 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF-AgR n. 43, Min. Carlos Ayres Britto, j. 20/11/2003.

2) *Súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores*: no Agravo Regimental à ADPF nº 80, a Corte entendeu que a súmula “não consubstancia ato do Poder Público”, mas apenas “a expressão de entendimentos reiterados” da Corte³⁷, sendo, portanto, inadmissível a ADPF para impugná-la.

3) *Súmulas Vinculantes*: segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, “(...) a arguição de descumprimento de preceito fundamental não é a via adequada para se obter a interpretação, a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante”³⁸. Isso porque, existe um procedimento próprio para a revisão e cancelamento de súmulas vinculantes, tal como previsto na Lei Federal nº 11.417/2006, afastando o cabimento da ADPF com base na regra da subsidiariedade.

4) *Veto e atos políticos*: em questão de ordem suscitada já na ADPF nº 1, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado, de modo expresse, que o veto não constitui ato do Poder Público e, por isso, não poderia ser objeto da arguição³⁹. É possível que esse entendimento seja estendido aos “atos políticos”, em geral, ou ainda aos atos puramente discricionários, praticados por motivos de conveniência e oportunidade e que, por isso, escapam ao controle jurisdicional. Poderia ser o caso, por exemplo, de matérias sujeitas à deliberação exclusiva do Congresso Nacional (artigo 49), da decretação de estado de defesa (artigo 136) ou estado de sítio (artigo 137) e, também, da decisão sobre a admissibilidade do processo de *impeachment* contra Presidente da República, assim como o seu julgamento pelo Senado Federal (artigo 52, inciso I, todos da Constituição Federal).

5) *Leis ou atos normativos revogados*: muito embora a revogação do ato impugnado acarrete a perda superveniente do objeto da ADI, por ausência de lesividade para o ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal já chegou a admitir a propositura de ADPF para questionar a compatibilidade desses atos com o texto constitucional. Isso porque, mesmo revogados, podem continuar disciplinando as relações jurídicas constituídas sob sua vigência. Foi o caso da

37 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF-AgR 80, j. em 12/06/2006.

38 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 147 AgR, Relator Min. Cármen Lúcia, julgado em 24/03/2011.

39 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF-QO 1, 03/02/2000. Registre-se, contudo, que em decisão monocrática na ADPF 45 em 29/04/2004 o Min. Celso de Mello admitiu a possibilidade da ADPF em face de veto.

ADPF nº 33, cuja ementa transcreve-se, em parte, para ilustrar essa hipótese de cabimento⁴⁰:

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4º, CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88).

[...]

5. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo.

6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional).

[...]

10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não recepção da norma pela ordem constitucional superveniente.

11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente.

12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF.

Com efeito, a comparação do objeto e do parâmetro da ADPF com a ADI e a ADC revela um dado curioso. Nas demais ações do controle abstrato, o parâmetro é amplo, mas o objeto das ações é muito restrito, limitando-se às leis e atos normativos federais (para a ADC) e às leis e atos normativos federais e estaduais (para a ADI), nos termos do artigo art. 102, I, “a” da Constituição da República. Já na ADPF, ao contrário,

40 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07/12/2005.

o objeto da arguição revela-se bastante amplo – abrangendo, como se viu, uma extensa gama de “atos do Poder Público” – mas o parâmetro de controle é circunscrito apenas àquelas normas constitucionais qualificadas, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como “preceitos fundamentais”. Essa inversão que identificamos entre a ADC e a ADI, de um lado, e a ADPF, de outro, será ainda contrabalançada pela regra da subsidiariedade, que excluirá o cabimento da arguição sempre que for possível o emprego, pelo requerente, de “outro meio eficaz”.

5 SUBSIDIARIEDADE E A IDENTIFICAÇÃO DE “OUTRO MEIO EFICAZ”

A regra da subsidiariedade, prevista no artigo 4º, §1º, da Lei Federal nº 9.882/1999, serve de contraponto à vagueza e amplitude do conceito de “ato do Poder Público”. Segundo o dispositivo, não será admitida a ADPF quando houver qualquer “outro meio eficaz” de sanar a lesividade, ou seja, quando for possível o emprego de outros meios igualmente capazes de recompor a lesão ao “preceito fundamental” violado⁴¹. Trata-se, com efeito, de um pressuposto negativo de admissibilidade da arguição, que lhe confere posição residual e subsidiária no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Essa restrição – que não encontra fundamento do artigo 102, §1º da Constituição – fez com que parte da doutrina, encabeçada principalmente por Tavares⁴², entendesse que a subsidiariedade trazida pela Lei Federal nº 9.882/1999 seria inconstitucional. O legislador ordinário teria ido além da Constituição ao excluir o cabimento da ADPF nesses casos, rebaixando o instituto a um plano secundário. Por isso, segundo Tavares, uma interpretação adequada da Constituição de 1988 levaria, na verdade, à conclusão inversa: a arguição teria preferência em relação a todas as demais ações constitucionais sempre que se configurasse uma violação a um preceito fundamental. Não obstante, a doutrina majoritária e a jurisprudência aplicam a regra da subsidiariedade, tal como prevista no

41 A respeito, vale dizer que a norma insere no chamado “princípio” da subsidiariedade não tem natureza de princípio, mas tem estrutura de regra. A inexistência de outro meio eficaz torna incabível a ADPF, não constituindo um “mandamento de otimização” a ser aplicado na máxima medida possível, mas sim um comando geral e abstrato cuja aplicação não admite a derrogação. A respeito da distinção estrutural entre regras e princípios, confirmam-se: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35-36.

42 TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei”. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da L. 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 74.

artigo 4º, §1º, da Lei Federal nº 9.882/1999, para afastar a propositura da ADPF sempre que couber qualquer outra medida judicial com a mesma eficácia, o que confere ao instituto, de fato, a feição residual e subsidiária criticada por Tavares.

Mas o que se entende por mesma eficácia? De fato, a expressão legal “outro meio eficaz” é um conceito aberto que pode ser compreendido, segundo Dimoulis⁴³, sob as perspectivas da residualidade categorial – que comporta um sentido amplo e outro estrito – e da residualidade casuística. Explicamos, a seguir, cada uma dessas três vertentes:

1) *Residualidade casuística*: a “eficácia” dos outros meios disponíveis será analisada no âmbito de cada caso concreto. Assim, sob essa ótica, a ADPF seria a última medida cabível sempre que, depois de esgotadas todas as vias processuais possíveis, o resultado desejado – que é o fim à lesão ao preceito fundamental – não fosse alcançado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal rejeitou essa tese ao deixar de conhecer a ADPF nº 83. Afinal, o inconformismo de uma das partes com a decisão final proferida pelo Judiciário não poderia desnaturar a ADPF, transformando-a em mais um recurso ou nova espécie de ação rescisória⁴⁴.

2) *Residualidade categorial em sentido amplo*: nesta acepção, entende-se por “outro meio eficaz”, para fins de afastamento da ADPF, a possibilidade de manejo, pelo requerente, de qualquer outra via processual cabível – seja no controle abstrato (ADI, ADC), seja no controle concreto (Mandado de Segurança, *Habeas Corpus*, Ação Popular, Reclamação, Recurso Extraordinário, Recurso Ordinário Constitucional, entre outros). Foi esse o entendimento inicial esposado pelo Supremo Tribunal Federal ao deixar de conhecer da ADPF nº 3⁴⁵.

3) *Residualidade categorial em sentido estrito*: aqui, a expressão “outro meio eficaz” diz respeito apenas às demais ações de controle abstrato cuja decisão, tal como a da ADPF (artigo 10, §3º da Lei Federal nº 9.882/1999),

43 DIMOULIS, op. cit., p. 24-30.

44 “[...] Exauridas todas as instâncias, inclusive com manejo de ação rescisória extinta sem resolução do mérito, não cabe à ADPF cumprir uma função substitutiva de embargos à execução. 3. Arguição não conhecida.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 83, Relator Min. Carlos Britto, j. 24/04/2008.

45 “7. Dispõe, contudo, o § 1o do art. 4o do diploma em questão: “§ 1o - Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. 8. E ainda há meios judiciais eficazes para se sanar a alegada lesividade das decisões impugnadas. 9. Se, na Corte estadual, não conseguir o Estado do Ceará obter medidas eficazes para tal fim, poderá, em tese, renovar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 10. Também assiste ao Governador, em tese, a possibilidade de promover, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 108, VII, “i”, da Constituição do Estado, bem como do art. 21, VI, “j”, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará, que instituíram a Reclamação destinada à preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões” ADPF 3 QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 18/05/2000

seja dotada de caráter vinculante e eficácia *erga omnes*⁴⁶. Assim, a arguição só não será cabível quando o “ato do Poder Público” contra o qual se insurgir o requerente puder ser impugnado mediante ADI, ADC ou ADO. Parece ser esta, atualmente, a posição dominante no Supremo Tribunal Federal, tendo sido adotada na ADPF nº 17⁴⁷ e, também, na já citada ADPF nº 33⁴⁸.

Dessa maneira, a ADPF será cabível, em regra, nas hipóteses em que não for possível a propositura de ADI ou de ADC, como, por exemplo, para examinar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal. A respeito, merece registro o entendimento esposado pelo Ministro Celso de Mello em decisão monocrática proferida nos autos da ADPF nº 100⁴⁹. No caso, aplicando leitura demasiadamente larga da regra da subsidiariedade, o Ministro entendeu incabível a arguição proposta pelo Partido Verde em face de Lei Complementar editada pelo Município de Palmas, porque haveria, ao menos em tese, a possibilidade de impugnação da norma mediante ADI estadual, proposta perante o Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 125, §4º da Constituição. Esse entendimento, todavia, é bastante questionável. Afinal, o rol de legitimados ativos para a propositura da ADI estadual não é o mesmo aplicável à ADI federal – que, nos termos do artigo 2º, inciso I, da Lei Federal nº 9.882/1999, foi estendido à ADPF. Por exemplo: o governador de Estado, , por mais que esteja inserido no rol de legitimados do artigo 103 da Lei Maior, jamais poderá mover ADI estadual perante o Tribunal de Justiça de outro Estado-membro, frustrando, assim, essa concepção alargada da regra da subsidiariedade.

46 MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz. *Revista Jurídica Virtual. Brasília*, vol. 2, n. 3, junho 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/demonstracao.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

47 “A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir - impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental - revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse writ constitucional” ADPF 17 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 05/06/2002.

48 “Cláusula da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global. Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar a lesão a preceito fundamental”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF-MC 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29/10/2003.

49 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 100 MC. Relator Min. Celso de Mello, j. 14/12/2008.

6 CONCLUSÃO

O parâmetro (“preceito fundamental”), o objeto (“ato do Poder Público”) e a subsidiariedade (“outro meio eficaz”) da ADPF demonstram que o instituto é cercado por uma notável incerteza. Incerteza na jurisprudência – eis que o Supremo Tribunal Federal nem sempre se fia em critérios objetivos e claros para aplicar a subsidiariedade ou para delimitar o conceito de “ato do Poder Público” – e também na doutrina, a qual lida de modo pouco satisfatório, a nosso ver, com um importante problema teórico: a constatação de que a arguição, ao invocar como parâmetro os chamados “preceitos fundamentais”, revive um importante debate sobre a existência de normas constitucionais mais importantes que outras.

Ademais, como foi dito, a regra da subsidiariedade – que não foi prevista no texto constitucional, mas apenas no artigo 4º, §1º, da Lei Federal nº 9.882/1999 – tem fortes indícios de inconstitucionalidade, cujo reconhecimento pela ADI nº 2231 poderia, talvez, transformar o próprio instituto. Até lá, a ADPF continua a ser encarada como um instrumento meramente residual, com posição secundária no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Mais simples, propõe Cruz, seria revogar a ADPF e alterar o artigo 102, I, “a” da Constituição da República para ampliar o objeto da ADI⁵⁰. Enquanto isso **não se faz, a arguição permanece** largamente incerta e potencialmente indefinida, merecendo todas as críticas que lhe puderem ser dirigidas.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das Constituições Rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Butchasky Editor, 1980.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. Campinas: Russell, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011.

50 “A tese que defendo pode ser sintetizada na ideia de que a melhor providência a ser tomada para aperfeiçoar o controle de constitucionalidade brasileiro reside em uma mudança normativa que contemple a extinção da ADPF do panorama de controle vigente, com a correspondente incorporação das matérias passíveis de aferição em seu objeto no bojo da ADI genérica” CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro*. op.cit. p. 115. Na mesma trilha: RAMOS, Elival da Silva. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Delineamento do Instituto”. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da L. 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 109-127.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 488-503.

DECOMAIN, Pedro Roberto. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 92, p. 78-107, nov. 2010.

DIMOULIS, Dimitri. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: problemas de concretização e limitação. **Revista dos Tribunais**, v. 832, p. 11-36, fev. 2005.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Introdução à edição brasileira e revisão técnica de Sérgio Sélvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria general del Estado**. Tradução de Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (I) (§ 1o do Art. 102 da Constituição Federal). **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 7, dezembro 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_07/arguicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz". **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 2, n. 3, junho 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/demonstracao.htm>.

RAMOS, Elival da Silva. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Delineamento do Instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da L. 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 109-127.

_____. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Prólogo de Manuel García-Pelayo. Madrid: Alianza, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na Lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da L. 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2002.

TEORIA GERAL DA FRATERNIDADE OBJETIVA: DAR O PEIXE OU ENSINAR A PESCAR?

Maurício José dos Santos Bezerra¹

RESUMO: A ideologia pós-moderna é a busca de uma sociedade fraterna. Nada inova, mas renova, ainda que em esperança. É que fraternidade sempre esteve presente na história humana, e sempre foi elemento constitutivo das diversas formas do pensar filosófico e teológico. No campo político, observou-se que o regime monárquico cedeu lugar ao Estado constitucional, cunhado na tríade ideológica francesa da Liberdade, da igualdade e da fraternidade. Já se percebeu as fases de efetivação das liberdades através do Estado Liberal, que desaguou no capitalismo e na forma de apropriação privada, e do Estado igual – ou social – experimentada pelo Welfare State, que impôs ao Estado o dever de corrigir distorções. A pós-modernidade tardia² agora quer experimentar o Estado Fraternal. A questão é: seria possível objetivar o princípio da fraternidade, ou quiçá positivá-lo no sistema jurídico interno (v.g., da forma como se realizou com o princípio da boa-fé objetiva)?

Palavras-chaves: Liberdade. Igualdade. Fraternidade. Boa-fé objetiva.

GENERAL THEORY OF STRICT FRATERNITY : GIVE THE FISH OR TEACH TO FISH ?

ABSTRACT: The postmodern ideology is the search of a fraternal society. Nothing innovative, but renewed, albeit in hope. Is that fraternity has always been present in human history, and has always been a constitutive element of the various forms of philosophical and theological thinking. Politically, it was observed that the monarchy was replaced by the constitutional state, coined in French ideological triad of Liberty, equality and fraternity. We have seen the phases of realization of freedoms by

1 Empregado público e advogado. Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pelo Prodepa - Programa de Desenvolvimento e Meio Ambiente da Universidade Federal de Sergipe. Mestrando em Direito na Universidade Federal de Sergipe, biênio 2013-2014. Pós-graduado em teorias do estado e do Direito Público e Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes.

RECEBIDO EM: 02/02/2015

ACEITO EM: 08/04/2015

2 GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. 177 p.

the Liberal State, which flowed in capitalism and in the form of private ownership, and the same state - or social - experienced by the welfare state, which imposed on the State the duty to correct distortions. The late postmodernity now want to experience the Fraternal state. The question is, would it be possible to objectify the principle of fraternity, or perhaps positive it in the domestic legal system (v.g., the way was held with the principle of objective good faith) ?

Keywords : Freedom . Equality. Brotherhood . Objective good faith.

1 A FILOSOFIA DO FRATERNO

Platão, em a República (livro VII), importa em dizer que o que se está em jogo, no conceito de homem, é o sentido e o valor da nossa existência. Mostrou que os grilhões que acorrentam os homens é a ignorância. Para Aristóteles, o que se revela são as qualidades que os indivíduos possuem para se inserir nesse conceito. Para ele, tudo na natureza possui a probabilidade de se concretizar numa realidade que lhe fosse inerente. Ambos se inspiravam em Sócrates, que tinha como concepção do homem como o ser capaz do autoconhecimento. Evoluamos no tempo, e chegamos a Heidegger (Ser e Tempo), que tinha em mente que a solução não está na causa, mas nas consequências, e assim poder-se-ia superar as interrogações e as inseguranças, onde o cerne do homem está em desviar-se do superficial e enfrentar a profundidade que ele oculta. Seria então o homem um ser dicotômico, sempre em crise entre o individual e o coletivo, o ser e o ente, que discursa coletivamente e age individualmente.

Fraternidade tem a ver com fraterno, com irmão – viver e se comportar como irmão para com os outros ⁻³. Seria então a fraternidade a fórmula para se conhecer o homem e para que o homem conheça a si mesmo (pensamento socrático)? Ora, para Ricouer, a dicotomia do homem estaria na sua incessante luta para evitar o mal praticando o justo (HELENO, 2001, p. 298). Mas o conceito e o conteúdo do que seja fraterno, por certo, passa obrigatoriamente pela filosofia e ou ideologia teológica, com o rigor da supremacia da Igreja católica Apostólica Romana, na Europa medieval e moderna, que exerceu influência, e porque não dizer que efetivamente exerceu parcela do poder político na sociedade. Assim, fraternidade pode ser sentida na Encíclica Rerum Novarum (LEÃO XIII,

3 Fraternidade no dicionário Michaelis online: *sf* (lat *fraternitate*) 1 Parentesco entre irmãos. 2 Solidariedade de irmãos. 3 União ou convivência como de irmãos. 4 Amor ao próximo. 5 Harmonia entre os homens. 6 Relações harmoniosas entre pessoas da mesma profissão, ocupação, classe etc. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=fraternidade>>. Acesso em: 22 set. 2015.

1998, p. 07) . Nessa obra vê-se a preocupação com o caráter social da Igreja, do Estado, das relações sociais, principalmente na divisão equitativa da terra e do trabalho. Tal encíclica tinha como pedra basilar a fraternidade cristã, que prega a ideologia dos humildes a ter direito do acesso à terra: “bem aventurados os mansos, porque eles herdarão a terra” (Mateus: 5,5). Em Lucas 5: 11, teria Cristo transformado pescadores de peixes em pescadores de homens.

2 FRATERNIDADE, SOLIDARIEDADE E CARIDADE

Fraternidade seria o mesmo que solidariedade ou até mesmo caridade? A parábola bíblica (Lucas 5:1-11) diz ter Jesus Cristo se ocupado em ensinar a pescar, esquivando-se em apenas dar o peixe. Mas o conteúdo filosófico tem duas vertentes: i) a primeira, o dever de ensinar a pescar; ii) a segunda, o de prover meios para que se consiga pescar. O ensinamento aponta para o indivíduo, mas também para a coletividade (e nesse bojo, o Estado). O que se quer dizer é que a fraternidade se enraíza na igualdade, posto que, em se experimentando a desigualdade, a fraternidade e ou mesmo a solidariedade não passarão de mera caridade, favor, compaixão, condescendência, um resvalar frequente para o campo da humilhação dos hipossuficientes (BRITO, 2003, p. 217).

Solidariedade se aproxima de caridade, posto ser um ato de bondade com o próximo ou um sentimento, uma união de simpatias, interesses ou propósitos entre os membros de um grupo. Mas, na Sociologia, existe o conceito de solidariedade social, que subentende a ideia de que os seus praticantes se sintam integrantes de uma mesma comunidade, portanto, sintam-se independentes. Solidariedade é o substantivo feminino que indica a qualidade de solidário e um sentimento de identificação em relação ao sofrimento dos outros. A palavra solidariedade tem origem no francês *solidarité*, que também pode remeter para uma responsabilidade recíproca. Já o significado de caridade, tem enlace com a teologia do amor a Deus e ao próximo: a caridade é uma das três virtudes teológicas. Na expressão comum, amor ao próximo: agir por pura caridade. Esmola, favor, benefício: fazer a caridade. Bondade, compaixão.⁴ Contudo, esse não é o propósito do presente artigo, eis que a sua finalidade é saber se é possível objetivar, na ciência do Direito, o Princípio da Fraternidade, da forma como se quiseram e fizeram com a boa-fé objetiva.

3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

É de se ver que tanto boa-fé como fraternidade passam, obrigatoriamente, pela vontade. Assim, a vontade, no caso da boa-fé,

4 **Significado de solidariedade.** Disponível em: <<http://www.significados.com.br/solidariedade/>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

se experimenta na palavra empenhada pelos contratantes criando para as partes uma obrigação a ser cumprida, que, de início, se fundamenta na moral (boa-fé subjetiva), a regular os negócios entre os particulares. Com as modificações ocorridas ao longo do tempo, eis que a autonomia da vontade expressa pela palavra foi substituída pela vontade expressa pelo contrato escrito. Acontece que os negócios particulares, estampados no contrato, agora deveriam ser realizados aos ditames do Direito. Agora, há que se averiguar a expressão da vontade de forma objetiva, qual seja, a busca da vontade subjetiva em parâmetros previamente objetivados. Eis que os contratantes estariam a ser monitorados não pela moral, mas pela ética, que se ocupa com o “externar da vontade”. Assim, seria a expressão da autonomia da vontade experimentada em regras do Direito⁵. Passa, neste instante, a boa-fé objetiva dentro do Direito Civil, por regras e funções estabelecidas e esperadas quando da contratação entre as partes (destarte, funções Hermenêutico-Integrativa, Extensiva de Deveres Jurídicos, Restritiva de Direitos).

Mas, enquanto princípio, há de se verificar como se insere a boa-fé objetiva no sistema jurídico, a começar pela Constituição Federal. A busca da boa-fé objetiva se deu pelo fato de se exigir, por ocasião da expressão da autonomia da vontade em negócios jurídicos de natureza civil, se perceba a ocorrência da justiça e do equilíbrio desde a contratação até o fiel cumprimento da obrigação avençada. Aqui já se começa a perceber o papel desde princípio dentro de uma ordem constitucional. (Na ordem civilista, deveria ser percebido um comportamento ético pautado na confiança e lealdade). Seria uma boa-fé não mais expressão de vontade e de subjetivismo, mas como regra de comportamento.

A boa-fé objetiva integra o Estado democrático de Direito, ínsito da liberdade impregnada pelos conceitos do capitalismo, a exigir, de início, comportamento individual dentro de premissas impostas pela sociedade burguesa moderna, onde da parte contratante era esperado um comportamento digno da confiança que lhe fosse depositada (o crédito tinha como pressuposto a confiança; honestidade tinha como pressuposto o fiel cumprimento da obrigação assumida)⁶. Mas o Estado liberal evoluiu para o Estado Social a exigir que fosse observada a dignidade da pessoa humana (e posteriormente o fim social do contrato), exigindo-se que a ordem social e jurídica migrasse do individualismo para aspectos sociais; eis o primórdio da igualdade (COSTA; GOMES, 2004, p. 14) ”.

5 REIS, João Emilio de Assis. Boa-fé objetiva: Historicidade e contornos atuais no direito contratual. **Âmbito jurídico**, Rio Grande do Sul, ano 13, n. 80, set. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8281>. Acesso em: 10 jan. 2015.

6 WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Sob o aspecto constitucional (experimentada pela interpretação conforme a Constituição), a boa-fé objetiva, ínsita do modelo civilista, agora ampara todo o corpo social, a dispor que as partes, ao expressarem a sua autonomia da vontade, deverão observar parâmetros objetivos expressos na lei e nos costumes, agora e constitucionalmente falando, a partir de processos hermenêuticos, nos quais o juiz deverá verificar, no caso examinado, no caso na prática, a existência de processos que garantam os fins sociais expressos na Constituição Federal, possibilitando garantir não só o cumprimento da obrigação assumida no contrato, mas a efetivação de garantias constitucionais a partir de regras e princípios igualitários (COSTA; GOMES, 2004, p. 15). E, como se pode notar, o princípio da boa-fé objetiva se inseriu na ordem jurídica a partir da efetivação dos princípios da liberdade e da igualdade. Criou regras objetivas para controlar a vontade, que é de cunho subjetivo. Regrou-se previamente a conduta para controlar a autonomia da vontade (controle da moral a partir do controle da e pela ética). Mas como deverá ocorrer a inserção da fraternidade dentro dessa mesma ordem jurídica?

4 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Morin afirma que os homens antropoides se diferenciavam de todos os outros seres a partir do momento em que desceram das árvores e se ergueram (andar ereto), experimentou o uso do fogo, modificou seus hábitos, o que permitiu o desenvolvimento cerebral; contraposição dada por Hegels, o qual, por sua vez, diz que tal diferença se deu a partir do momento em que o homem passou a produzir trabalho – com isso, a propriedade de utensílios e ferramentas, de cavernas como habitação. Em Rousseau, avista-se a informação de que a origem das desigualdades entre os homens se deu quando ele, saindo do seu estado de natureza, passou a experimentar a propriedade. Para esse pensador, a propriedade desiguala os homens. Marcel Maus (2007, p. 37-184) assevera que a propriedade é o requisito que desiguala os homens e confere a alguns deles o poder de uns sobre os outros. Então, o ponto comum entre todos está ligado diretamente às formas de acesso e distribuição da propriedade. Seria a propriedade o pressuposto formal e ou material do princípio da fraternidade?

Tal princípio estaria inserido na Constituição Federal e ou de alguma forma dentro do sistema jurídico pátrio? Estaria o princípio da fraternidade intimamente ligado aos da justiça e da dignidade da pessoa humana? Poderia o legislador criar parâmetros legais para que o princípio da fraternidade tenha eficácia ou que fosse observado por toda sociedade, da mesma forma como positivou o princípio da boa-fé objetiva? São questões tormentosas a serem enfrentadas.

Brito (2006, p. 218) informa que fraternidade é o ponto de unidade e de uma possível conciliação entre a liberdade, de um lado, e, de outro, a igualdade, e que, nos domínios da política, a virtude está sempre no meio. Leciona que a política e o Direito são duais, mas têm a virtude na sua centralidade, o que fascina, como o mistério que é, o milagre da vida. Esse jurista assevera:

b) segundo, o sentido histórico-filosófico de servir a constituição como mecanismo jurídico capaz de eficaz contenção aos excessos do poder político e, sequencialmente, do poder econômico e do poder social como um todo (visto que o todo social desiguala materialmente e discrimina moralmente as pessoas e ainda sistematicamente conspurca o equilíbrio ambiental e sadia ordenação dos espaços públicos) (BRITO, 2006, p. 213-214)

Estar-se ia a dizer que, para efetivação do princípio da fraternidade, deveria o legislador, de alguma forma, substituir a vontade dos indivíduos pela vontade da norma? É possível que a norma jurídica imponha aos seus destinatários o dever de ser fraterno uns para com os outros? A resposta é não. Esse não é o conteúdo formal - e porque não dizer material - desse princípio. Tampouco se pode dizer que a proteção estatal, por meio do Direito, até agora destinada aos hipossuficientes e vulneráveis, possa ser considerada como o início da efetivação da esperada fraternidade. Diversos autores consideram alguns avanços, tais com obrigatoriedade da contribuição de inativos (ADIs 3105 e 3128), auxílio a cirurgias e tratamentos médicos, cotas raciais em sistemas educacionais, demarcações de terras indígenas como o começo da efetivação do princípio da fraternidade. Ledo engano. Aqui, avista-se o princípio da solidariedade, que, conforme acima esposado, diverge em muito com o da fraternidade⁷ (HORITA, 2003, p. 11). Também não se pode considerar algumas regras e princípios constitucionais como uma espécie de efetividade do que se espera de fraternidade. Continuando nessa contramão, pode-se listar a proteção ao idoso, ao menor, ao índio, como o raiar do princípio da fraternidade, mormente possa se afirmar que todas elas sejam contempladas em normas experimentadas pelo princípio da igualdade, já que em sua incidência não se aviste a universalidade.

Fraternidade é ligada umbilicalmente com dignidade, sendo esta parte integrante daquele. Este, o da dignidade, (que, por sua vez, também integra o Estado democrático de Direito) significa dizer o homem como fim em si mesmo, possuidor de igualdade social. O da fraternidade significa ir mais além; significa ensinar e prover meios e não o dar, puro

7 Horita (2003) traça alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, dando aos dois princípios o mesmo significado.

e simplesmente. Fraternidade não é amparar a velhice e sim possibilitar os meios (trabalho, v.g.) para que o cidadão possa contribuir e na sua velhice consiga a dignidade na aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade (ensinar a trabalhar – escolaridade e conhecimento técnico - e criar postos de trabalho). A dignidade, quando não integra a fraternidade e sendo experimentada de outras formas, pode significar duas coisas: caridade (para os que concedem) e humilhação (para os que recebem).

Fraternidade é conviver sem violência, sem fronteiras, sem guerras (aqui começa a se sentir a verdade do que se espera desse princípio da fraternidade, a exigir um retorno temático mais adiante). Nesse toar, informa Machado (2008, p. 4): “Inserem-se nessa categoria, por exemplo, os direitos à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos e têm como distinção o fato de serem universais, ou, quando menos, transindividuais ou metaindividuais”. Há um exemplo claro de fraternidade – ou de sua ausência -, que açambarca o tema de forma universal, dentro de um de fato a princípio de natureza individual: recentemente a mídia veiculou a execução de um brasileiro por tráfico de drogas, na Indonésia⁸. Não se deve descurar da gravidade do crime, mas também não se pode perder de vista o rigor da pena. Mas o fato também permite se analisar o princípio da fraternidade. Apesar de se avistar humildade do governo brasileiro em rogar pela vida de um cidadão, o Governo da Indonésia não demonstrou fraternidade. E toda a sociedade global condenou o ato. A vida, tomada de modo individual, e apenas servindo de exemplo para o corpo social, aos modos de Damiens⁹.

Mas, retomando o tema pendente, há que se afirmar que o princípio da fraternidade é vital para as consequências dos Estados regionais, tendo como exemplo a avançada União Europeia, que congrega diferentes povos, diferentes culturas. O douto Bezerra (2006, p. 74) informa que “um dos grandes desafios da União europeia foi, ao instalar língua e moeda oficiais de uso comum, defrontou-se com os povos tradicionais, que ainda viviam em sistemas tradicionais locais e ou regionais, que deveriam ser preservados em cultura e tradições”. Sem espírito de fraternidade, jamais

8 Brasileiro será executado neste sábado na Indonésia, diz jornal. **G1**, São Paulo, 15 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/01/brasileiro-sera-executado-neste-sabado-na-indonesia-diz-jornal.html>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

9 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. A obra começa por narrar uma execução. Eis que o ano é 1757, e Paris se enche com os gritos de “Meu Deus, tende piedade de mim! Jesus, socorrei-me!”, de Robert-François Damiens, condenado por parricídio.

se poderá vencer as diferenças econômicas, culturais e sociais entre diferentes países e povos que os integram. Tal situação requer soluções pacíficas de controvérsias, requer uma Constituição sem inimigos (POZOLLI; HURTADO, 2009, p. 5).

5 A FRATERNIDADE CONSTITUCIONAL E A CONSTITUIÇÃO FRATERNAL

Seria o princípio da fraternidade um novo paradigma ou a continuação de uma história ainda inacabada? Estar-se dizendo que a sociedade experimentou a liberdade e depois igualdade, e em ambos a sociedade político-jurídica fora inexitosa, necessitando, agora, de um novo modelo, de um novo protótipo ou a fraternidade, desde a Revolução Francesa, já se apontava como elemento que a sociedade deveria experimentar desde o início? A questão passa por análises de conteúdo e de forma. Os liberais quiseram somente a liberdade. As minorias optaram pela igualdade. Os Estados eram nacionais, soberanos, e as lutas eram travadas por e ou entre classes. Hoje, estamos a falar em Estados supranacionais, sem fronteiras. Importando em dizer que, na sua maioria, os Estados constitucionais avançaram em justiça social e que precisam avançar em justiça fraternal, para que o povo possa viver como sociedade humana (MACHADO, 2008, p. 15, grifo nosso). Leciona este jurista:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu preâmbulo, reconhece, desde 1948, que todos somos membros de uma mesma família, a *família humana*.

Desde o surgimento do constitucionalismo moderno, mais de dois séculos se passaram e o mundo precisa compreender que práticas solidárias mais efetivas devem ser consagradas. Sem fraternidade não há felicidade.

Então, agora, há vários fins a serem perseguidos: o homem, a dignidade humana, a justiça, a família humana, a felicidade. E aponta-se como panaceia a concretização eficaz do princípio da fraternidade. Mas, como afirma o jurista acima apontado, eis que já se passaram dois séculos e o mundo ainda não pratica, de forma eficaz, a solidariedade (novamente a solidariedade é sinônimo de fraternidade). Há dois séculos, e desde os ideais da Revolução Francesa, a sociedade já deveria experimentar a fraternidade. Portanto, imperioso concluir – correndo o risco decorrente dessa antecipação - que se está diante de um novo paradigma e não de uma contínua construção social, com a ocorrência, no primeiro tempo da liberdade, depois da igualdade, e no final da fraternidade. Nesse ponto,

a fraternidade constitucional e ou a constituição fraternal tornar-se-ia uma legislação álibi, fruto de uma Constituição simbólica, parafraseando o douto Neves, a preconizar que há diferença entre o agir e a tentativa consciente de alcançar o resultado, e a aí se incluído o conceito de política simbólica (NEVES, 2011, p. 15). E o citado autor continua a dizer:

Kindermann propôs um modelo tricotômico para a tipologia da legislação simbólica, cuja sistematicidade o torna teoricamente frutífero: “Conteúdo de legislação simbólica pode ser: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios” (NEVES, 2011, p. 31);

[...]

O Objetivo da legislação simbólica pode ser também fortalecer “a confiança do cidadão no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado”. Nesse caso, não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança no sistema jurídico-político’. O legislador, muitas vezes sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação álibi”. Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas e/ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. (NEVES, 2011, p. 36).

Afastando-se – propositadamente - da possibilidade de que alguma Constituição seja incapaz, político e juridicamente, de dar eficácia ao princípio da fraternidade, venha ser considerada uma legislação álibi e ou uma Constituição simbólica, pode-se voltar-se ao entendimento de que é possível se construir uma sociedade fraternal. Nesse discurso, há que se apontar as lições de Machado (2008, p. 14), a dizer:

Não se trata de ingenuidade. Mas, se ingenuidade for defender práticas fraternas; que todos pertencemos à uma mesma família; que somos responsáveis uns pelos outros, e que a regra de ouro – fazer ao outro aquilo que gostaria que fosse feito a mim – torne-se uma realidade, que sejamos todos ingênuos !!!”

Nesse trilhar, o emérito membro do Ministério Público Sergipano passa a apontar algumas previsões constitucionais acerca da matéria: i) a busca da felicidade estampada na A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 16 de junho de 1776; ii) A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu preâmbulo, reconhece, desde 1948, que todos somos membros de uma mesma família, a família humana. E veemente registra:

Ao afirmar a Constituição brasileira que é objetivo fundamental da República Federativa construir uma sociedade livre, justa e solidária, constata-se, cristalinamente, o reconhecimento de dimensões materializadas em três valores distintos, mas em simbiose perfeita:

- a) Uma dimensão política: construir uma sociedade livre.
- b) Uma dimensão social: construir uma sociedade justa.
- c) Uma dimensão fraternal: construir uma sociedade solidária.

Cada uma das três dimensões, ao encerrar valores próprios, liberdade, igualdade e fraternidade, instituem categorias constitucionais. (p. 11).

Nesse campo, podem-se incluir as declarações integrantes da parte preambular da Constituição Federal, que dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...

Daqui podem-se extrair alguns valores que certamente deve integrar o conceito de fraternidade: i) exercício dos direitos sociais; ii) liberdade; iii) segurança; iv) bem-estar; v) desenvolvimento; vi) igualdade; vii) justiça; viii) pluralidade, ix) inexistência de preconceitos; x) harmonia; xi) solução pacífica das controvérsias. O Estado, qualquer Estado, que consiga efetivar no seio de sua sociedade todos estes valores, certamente será constituído por uma sociedade fraternal. Nesse diapasão, percebe-se que há valores e interesses que se conflitam, restando os direitos fundamentais desprovidos de proteção efetiva, dos quais Bezerra (2001, p. 07) relaciona os valores (que se conflitam), de cunho subjetivo e de cunho objeto, trazendo à tona a realidade e o valor. Diz o juiz trabalhista:

Se digo que uma tela é bela, a beleza não está na tela, mas no meu julgamento. Se digo que um ente é útil, sua utilidade não lhe intrínseca, mas um atributo que lhe confiro. Realidade e valor, pois, pertencem aos setores autônomos: a realidade é objetiva, o valor é subjetivo. Assim raciocinam os defensores da teoria subjetivista de valores.

Os objetivistas advogam os valores como algo descoberto e não criado... Miguel Reale defende a tese das invariantes axiológicas, na qual os valores são criados pela experiência e cultura humana... e que, os valores, uma vez criados, embora esquecidos, se inserem na vida cultural de um povo.

Entre esses, Bezerra (2001, p. 9-10) discorre sobre os valores jurídicos, apontando a existência de uma axiologia jurídica, ou seja, de valores aplicados ao Direito, discorrendo sobre uma supremacia de valores jurídicos consubstanciados na ordem e na segurança, a coexistir com cooperação e solidariedade, concluindo acerca de uma classe de valores jurídicos assim determinados:

Os valores jurídicos formam pares e, em cada um deles, há um valor autônomo e um heterônomo, isto é, de expansão da personalidade e de restrição à personalidade. São autonômicos: a segurança a paz e a solidariedade, e que devem ser imbuídos de justiça. São heteronômicos: a ordem, ou poder e a cooperação. Como os valores d autonomia são suportes de heteronomia, situam-se aqueles em plano superior a estes.

Nesse trilhar, observa Bezerra (2001, p. 63) que há uma necessidade que ultrapassa o simples reconhecimento de inserção dos direitos fundamentais em textos legais (aqui já se incluindo o princípio da fraternidade), vitimando-os de solidez e fundamentação à dinâmica de reconhecer direitos e oferecer mecanismos de proteção, a informar que a proteção de direitos é a proteção do *exercício e das condições de possibilidades da autonomia (sic)*. Assim, se deságua no objeto do artigo: a possibilidade de efetividade e proteção jurídica ao princípio da fraternidade.

6 DA POSSIBILIDADE JURÍDICA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Bobbio (2007, p. 01) leciona a existência de ordenamentos repressivos e ordenamentos promocionais e aponta-lhes diferenças substanciais com relação aos fins. Dos ordenamentos repressivos, nada a comentar, dado a obviedade e ou a notoriedade. Mas quanto aos ordenamentos promocionais, o referido autor informa a possibilidade da existência de regras jurídicas desprovidas de sanções, ínsitas das normas de conduta. Aqui, o que se pretende é induzir o todo social em regras de encorajamento e ou de desencorajamento, entrando em uma era de sistema jurídico de proteção, desviando-se da era em que a função da norma jurídica era eminentemente repressiva. Essas regras – as de coordenação - informa o jurista italiano, devem ser bastantes para garantir a paz, consubstanciando-se em normas que impeçam os diversos membros do corpo social de fazerem mal uns aos outros. Tais normas se diferenciam, basicamente, a partir dos atos humanos, distinguindo-se em atos conformes e atos desviantes. Nos atos tipo conforme, as regras de coordenação visam o encorajamento, protegendo o seu exercício, tutelando a possibilidade de fazer e não fazer. Os atos tipo desviante se dividem em duas espécies: i) atos desviantes por defeito ou

atos desviantes não conformes, culminando-se em consequências; ii) e atos desviantes por excesso, cuja consequência é a tolerância. Mas, quando o ato requisitar consequências, não será a pena, mas a desvantagem econômica e ou social (v.g., a empresa que demite mais, não se sub-roga ao direito de isenções ou diminuições da carga tributária. Pagará o tributo conforme a previsão geral).

Mas seria possível que essa teoria pudesse ser aplicada quando se está em jogo a possibilidade de posituação jurídica do princípio da fraternidade? Machado (2008, p. 12) informa que informa que, para o evento do constitucionalismo fraternal, há que se observar (e que atualmente já se pode sentir na Constituição de 1988):

Uma nova era histórico-constitucional surge no alvorecer do século XXI, com a perspectiva de que ao constitucionalismo social seja incorporado o constitucionalismo fraternal e de solidariedade.

Consoante assinala Dromi, o futuro do constitucionalismo deve “estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização”, alcançando um ponto de equilíbrio as concepções extraídas do constitucionalismo moderno e os excessos do constitucionalismo contemporâneo.

Pois bem, ao que se percebe, há uma conjugação entre a teoria da norma por coordenação, de Bobbio, e as observações acima esposadas por Machado, no tocante à necessidade, *a priori*, de a regra jurídica ser direcionada primeiro ao Estado. Assim, há que se notar que o primeiro caminho será a conscientização dos exercentes do poder, apontando-lhes o dever de construir um ordenamento jurídico pautado em regras - ou quiçá ideologias - naquilo que se chama de factível (afastando-se daquilo que Neves chama de Constituição simbólica). Mais adiante, Machado continua afirmando (aqui, já se aponta a necessidade de conscientização do corpo social) da necessidade de utilização dos mecanismos para a participação popular, já existentes na Carta Constitucional de 1988, como forma democrática de participação direta, a fomentar a participação do povo na construção de um Estado fraternal, a dizer que “no âmbito da Democracia Participativa destacaram-se, logo de partida, importantes institutos como o Referendo, o Plebiscito e a Iniciativa Popular, nos termos da dicção do art. 14 da Constituição do Brasil de 1988”.¹⁰

10 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Fraternidade e democracia: considerações sobre os mecanismos de participação popular e fraterna na carta constitucional do Brasil de 1988. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS JURÍDICOS, 2., 2014. Sergipe. **Anais eletrônicos...** Sergipe: UFS, 2014. Disponível em: <<http://eventosprodire.blogspot.com.br/p/anais-doevento.html>>. Acesso em: 22 nov. 2015.”

CONCLUSÕES

Pairam dúvidas sobre o princípio da fraternidade ser parte integrante da ideologia revolucionária francesa, cuja efetividade deveria ocorrer em três momentos consecutivos – em um primeiro momento, a busca pela liberdade; depois, a igualdade culminando com a fraternidade –; ou se estamos inaugurando um novo paradigma, o da sociedade fraternal, a substituir o estado social e a inaugurar uma nova era. Mas se instala uma certeza: a necessidade de seguir em frente, de experimentar outras possibilidades tendo a fraternidade como centralidade de uma sociedade – mais – humana. Dos ensinamentos extraídos das lições do ex-ministro do Supremo Federal, o eminente Carlos Ayres de Brito, percebe-se que, ao menos para este jurista, o princípio da fraternidade é parte integrante de um todo ideológico – e não um novo paradigma – na medida em que ele afirma que a liberdade encontra simbiose com a igualdade a partir da coexistência com a fraternidade. Mas percebe-se que há valores e interesses que entravam o surgimento de um novo momento histórico, social e, por que não dizer, jurídico. São os interesses interferindo nas tomadas de decisões políticas, a partir a intervenções dos “atores sociais” apontados por Rua (1999, p. 10).

Além disso, há que se ter em mente que fraternidade é um princípio de alta carga valorativa e de alto grau de subjetividade, o que irá demandar estratégias diferenciadas daquelas utilizadas por ocasião da efetivação dos princípios da liberdade da igualdade. Tampouco é de sentir que a fórmula utilizada para objetivar o princípio da boa-fé será, de certo modo, insuficiente para tornar a fraternidade um princípio eficaz e de observação obrigatória pelo corpo social, dado seu caráter de universalidade e amplitude (ínsito dos megaprincípios). Constata-se que a sociedade pós-moderna torna-se plural, com desfazimentos de valores nacionais, libertando-se de fronteiras e abrindo mão de soberanias, regionalizando-se ou quiçá universalizando-se. Tal situação requer uma sociedade com sentimentos e valores fraternais, a ponto de sair do individualismo, mas não apenas para o coletivo, mas para o difuso.

Nesse caminhar, há que se ter em mente que a fraternidade querida passa por dois momentos: i) o momento em que se requer ação positiva do Estado; ii) o momento em que se requer ação positiva do povo. A ação positiva do Estado será a de ensinar a pescar e a possibilitar que se pesque. Deverá ser uma ação projetada e de realização contínua e de longo prazo; a ação positiva do corpo social será estante, imediata, o dividir do peixe, para que, na medida em que o Estado venha a ser exitoso no seu mister, a sociedade paulatinamente irá incluir os resultados em seus costumes.

Nesse diapasão, o Estado deverá ter um perfil de sociedade supraestatal, ou de blocos regionais, para se universalizar, e, desta feita, já com a capacidade de induzir um espírito fraternal sensível, capaz de tornar o homem um ser humano. Perceptível que, ao se querer implementar na sociedade uma fraternidade eficaz, o Estado terá uma responsabilidade imensamente superior à do povo, isso tomado sob a ótica do individual. É que o povo poderá se igualar, movido pela solidariedade ou ao menos pela caridade. Mas o Estado, ao agir, deverá fazê-lo com intuito da mudança comportamental do corpo social como um todo, cuja regra deve ser de observância geral e imediata. Mas, repete-se, ao fazê-lo, entende-se, não poderá se utilizar de idênticos mecanismos utilizados pelo legislador, quando regrou o comportamento através do princípio da boa-fé objetiva. Nesse caso, a metodologia foi a criação de parâmetros de conduta nos negócios jurídicos. Aqui, no princípio da fraternidade, o bem jurídico que se quer tutelar é mais abrangente e mais universalizado e, no momento, as regras principiológicas constitucionais existentes estão mais ligadas ao princípio da igualdade do que ao da fraternidade (excluindo-se desta regra aqueles que já possuem caráter universal, tal como segurança, dignidade, meios pacíficos de resolução de conflitos, e outros já apontados).

Por fim, há que se ter em mente a necessidade da soma de esforços – e, com isso, o afastamento da soberbia e interesse pessoal e ou institucional - no campo do conhecimento, a requisitar um conjunto de atores sociais capazes de contribuir na construção ideológica da sociedade fraternal de cunho universal, a precisar dos filósofos e jus-filósofos, dos teóricos e filósofos teológicos, dos sociólogos e das comunidades afins, dos governantes e dos detentores do poder, para que se conheça um pouco mais do conceito e conteúdo do homem enquanto ser humano que se deseja na sociedade.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Temas atuais de Direitos Fundamentais**. Ilhéus (BA): Editus, 2006.

BIBLIA SAGRADA. Contendo o Antigo e o Novo Testamento. Trad. Almeida, João Ferreira. Santo André/SP: Editora Geográfica, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos da teoria do Direito. Barueri, SP: Manole, 2007.

BRITO, Carlos Ayres de. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Patrícia Ayub da; GOMES, Sérgio Alves. O princípio da boa-fé objetiva à luz da constituição. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONEPDI/CESUMAR, 15., 2006. Manaus. **Anais eletrônicos...** Manaus: Conpedi, 2006. p. 4604-4625. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/patricia_ayub_da_costa.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2015.

ENGELS, Friedrich. **Dialética da Natureza**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis, Vozes, 1987.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Revisada e apresentação de SCHUBACK, Marcia de Sá Cavalcante. Posfácio de LEAO, Emmanuel Carneiro. 5. Ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

HELENO, José Manuel Morgado. **Hermenêutica e ontologia em Paul Ricoeur**. Coimbra: Instituto Piaget, 2001. (Coleção Pensamento e Filosofia).

HORITA, Fernando Henrique da Silva. A fraternidade em debate: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v.2, n.1, p. 15-31, jan./jun. 2013.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional. **Evocati Revista**, Aracaju, n. 35. Nov. 2008. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=290>. Acesso em: 23 set. 2015.

MAUSS, Marcel. **Ensaio Sobre a Dádiva**: Forma e Razão das Trocas nas Sociedades Arcaicas. In: Revista de Sociologia e Antropologia, São Paulo: EDUSP, 1994.

MORIN, Edgar. **O Enigma do Homem**: para uma Nova Antropologia. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

NEVES, Marcelo. **A constituição Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POZOLLI, Lafayette; FURTADO, André Watanabe. O princípio da

fraternidade na prática jurídica. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 27, p. 287, jan. /2011. Acesso em: 10 jan. 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso da origem da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUA, Maria das Graças. Análises e Políticas Públicas: Conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças & CARVALHO, Maria Isabel Valadão (Orgs.). **Estudos da Política**: Estudos especializados. Brasília: UNB, Paralelo 15, 1999.

TAVARES, Renata Colares. **A valorização do princípio da fraternidade no direito constitucional**. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) - Faculdade de Direito, Curso Superior do Amapá, Macapá, 2008. Disponível em: <<http://www.ceap.br/tcc/TCC12122008100510.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

VATICANO. **Leão XIII**: Encíclicas. Carta encíclica Rerum Novarum sobre a condição dos operários, 15 de maio de 1891, do sumo pontífice Papa Leão XIII. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 23 set. 2015.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MANDADO DE INJUNÇÃO 27 ANOS: HISTÓRIA E MEMÓRIA

Luiz Felipe da Mata Machado Silva¹

RESUMO: O mandado de injunção foi um dos instrumentos mais debatidos da Assembleia Nacional Constituinte. Sua constitucionalização, contudo, ensejou sentimentos diversos: entre a certeza de se estar escrevendo um novo capítulo da história constitucional brasileira, comprometida com a efetivação de direitos, e a criação de mais uma promessa do Estado a operar como álibi (NEVES, 2011), fazendo-se do direito argumento legitimador de exclusões a partir de compromissos sabidamente não cumpridos. Entre as possíveis memórias em disputa (POMIAN, 2008), que impactam decisivamente no modo pelo qual interpretamos o *writ*, advoga-se a tese de que o instituto deve ser lido, apesar de todos os seus inúmeros percalços, como um dos fios condutores que situa a Constituição de 1988 não como mais uma promessa a ser futuramente cumprida, mas como instrumento para se efetivar direitos aqui e agora (ANDRADE, 2011).

Palavras-chave: Mandado de injunção. Memória. História. Direitos fundamentais.

WRIT OF INJUNCTION: MEMORY AND HISTORY

ABSTRACT: The writ of injunction was one of the most debated legal instruments in the national constitutional convention. Its constitutionalisation, however, was met with mixed reactions: between the certainty of a new chapter of the Brazilian constitutional history being written, committed to the promotion of rights, and the creation of another promise of the State operating as an alibi (NEVES, 2011), by turning law into an argument which legitimates exclusions from commitments that are knowingly unfulfilled. Among the possible memories in dispute (POMIAN, 2008), I make the case for the thesis that the institute must be read, in spite of all its countless obstacles, as one of the driving forces responsible for situating the 1988 Constitution as not a promise to be fulfilled in the future, but as an instrument to render rights effective here and now (ANDRADE, 2011).

Keywords: Writ of injunction. Memory. History. Fundamental laws.

1 Procurador do Distrito Federal. Mestrando, na linha Direito e Democracia, pela Universidade de Brasília – UnB.

1 INTRODUÇÃO

O mandado de injunção foi um dos institutos mais debatidos durante a Assembleia Nacional Constituinte (ANC). E, principalmente, um dos mais festejados. Sua repercussão foi tamanha que, na data da promulgação da Carta, tanto o Presidente da ANC, Ulisses Guimarães, como o Deputado Afonso Arinos, convidado para proferir o discurso de encerramento dos trabalhos, fizeram expressa menção ao instituto.

Ulisses Guimarães enfatizou, em sua fala², as promessas do novo *writ*, que permitiria ao Poder Judiciário suprir a mora do Parlamento ao publicar as leis ordinárias e complementares necessárias para disciplinar a nova Carta e, assim, assegurar ao cidadão, imediatamente, os direitos fundamentais por ela prometidos. Arinos, muito embora otimista com o instituto, ressaltou que o Supremo Tribunal Federal deveria agir com sabedoria para fazer do novel instituto uma realidade, não apenas uma promessa³.

Ao mandado de injunção, portanto, estava imputada a difícil tarefa de ser um dos instrumentos processuais, provavelmente o mais importante deles, de viabilizar o exercício da extensa pauta de direitos estabelecidos pela Carta de 1988. Ou, ao contrário, como sugeriram diversos autores e juristas da época, ser a representação de mais um capítulo de promessas não cumpridas do constitucionalismo brasileiro.

2 Nós, os legisladores, ampliamos nossos deveres. E teremos que honrá-los [...] Soma-se à nossa atividade ordinária bastante dilatada a edição de 56 leis complementares e 314 leis ordinárias. **Não esquecemos que na ausência de lei complementar os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo mandado de injunção.** BRASIL. Ata da 341ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário Oficial [da] Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf#page=>>. Acesso em: 6 set. 2012.

3 “A garantia dos direitos individuais é cada vez mais eficaz e operativa nas Constituições contemporâneas [...]. Mas a garantia dos direitos coletivos e sociais, fortemente capitulados nos textos sobretudo dos países em desenvolvimento, particularmente nas condições do Brasil, torna-se extremamente difícil, para usarmos uma expressão branda, quaisquer que sejam as afirmações gráficas existentes nos documentos, como este que estamos hoje comemorando. Afirmar o contrário é ingenuidade, ilusão ou falta de sinceridade quem sabe falta de coragem. Direito individual assegurado, direito social sem garantia. Eis a situação. Ao sr. Ministro Primeiro Presidente do Supremo Tribunal Federal é dirigida essa exortação: o mandado de injunção vai ser o instrumento dessas experiências (palmas da platéia). O desejável é que o Supremo Tribunal Federal, preservando suas tradições de competência, diligência e integridade se esforce para encaminhar soluções viáveis e realistas ou para oferecer interpretações aceitáveis às dificuldades, bem como rumos, caminhos, para o enfretamento gradual do texto e de sua implementação.” BRASIL. Ata da 341ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário Oficial [da] Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf#page=>>. Acesso em: 6 set. 2012.

O *writ* corporificava, assim, já em seu nascimento, o que Neves denomina de “ambivalência do simbólico” (NEVES, 2005), em que a referência a um instituto jurídico tanto pode significar uma arma retórica de utilização dos sobreincluídos (NEVES, 1993) para a manutenção do *status quo*, como, também, pode servir a mobilizações sociais que conduzam à sua concretização. Veja-se:

A referência simbólica a um determinado instituto jurídico caracterizado por um alto grau de ineficácia normativo-jurídico serve tanto ao encobrimento dessa realidade e mesmo à manipulação política para usos contrários à concretização e efetivação das respectivas normas, quanto a uma ampla realização do modelo normativo no futuro (NEVES, 2005, p. 5).

No presente texto, pretende-se analisar a mudança do regime jurídico adotada pelo Supremo Tribunal Federal a partir dos MI 670 e 721, buscando-se compreender quais os efeitos dessa alteração na *promessa de concretização de direitos fundamentais* do *writ*. Buscar-se-á enfatizar um dos aspectos de sua ambivalência simbólica: sua capacidade de mobilização para a construção de discursos jurídicos voltados à concretização de direitos – sem deixar de ressaltar os percalços em que esteve e que continua submetido.

Mais que isso, pretende-se advogar que o mandado de injunção é um importante capítulo de nossa história constitucional que, tendo como marco a Constituição de 1988, representa um compromisso do poder constituinte originário, renovado geração a geração, com a efetividade de direitos fundamentais. É que a promessa de efetivação necessita se dar aqui e agora (ANDRADE, 2011), devendo ser afastada a teoria dos direitos fundamentais que se limita a explicar o seu descumprimento categorizando-os como “não autoaplicáveis”.

Essa extensa, vetusta e ainda atual literatura, que busca situar o cumprimento da Constituição a um momento futuro – como, por exemplo, a teoria da “democracia possível” (FERREIRA FILHO, 1974) –, não deve ser lida simplesmente como o reconhecimento da limitação socioeconômica imposta à efetividade da Constituição, mas como o fundamento político-jurídico da manutenção do *status quo* – mesmo que, obviamente, não seja a intenção de seus autores corroborar com essa situação.

Parte-se da premissa, detalhada em momento específico deste texto, de que o novo mandado de injunção julgado pelo STF se insere, e é a

radicalização, de um processo de mudança paradigmática, adotada pela jurisprudência do Tribunal, de centrar sua atividade em pronunciamentos gerais e abstratos – “abstrativização” do exercício da jurisdição constitucional. Nesse contexto, ao analisar o *writ*, demanda em que há partes, causa de pedir e pedido delimitados, o Supremo não proferirá uma decisão congruente à pretensão deduzida em juízo, mas buscará suprir a omissão constitucional por meio da edição de uma norma geral e abstrata, utilizando-se de típico discurso justificação de norma (GÜNTHER, 2004).

Busca-se analisar, assim, a partir dos desdobramentos do julgamento do MI 721, Relatoria Min. Marco Aurélio, quais os resultados práticos do novo posicionamento do Tribunal na perspectiva de regularidade e generalização do cumprimento, pelo Estado, dos direitos fundamentais. Em outros termos, o objetivo é compreender em que medida é possível mensurar os avanços e lidar com os percalços do novo posicionamento a partir de uma leitura constitucional comprometida com a efetividade de direitos fundamentais.

2 O PROBLEMA DO MANDADO DE INJUNÇÃO: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Discutir o mandado de injunção é enfrentar uma das questões mais complexas e debatidas pela Assembleia Nacional Constituinte: o problema de eficácia e efetividade das normas constitucionais em países cuja historiografia denota diferente acesso dos cidadãos aos direitos que compõem o conceito material de cidadania.

Segundo Neves, as constituições das sociedades periféricas apresentam “situações de hipertrofia do político-simbólico em desfavor da força normativo-jurídica do texto constitucional” (NEVES, 2005, p. 5). Ou seja, as normas constitucionais são utilizadas como promessas políticas incapazes de serem colocadas em prática pelo sistema jurídico, em razão de seu “mau funcionamento”.

Leciona o autor que as sociedades periféricas compõem, juntamente com as centrais, a sociedade mundial, sistema social abarcante que tem a comunicação como unidade elementar. Estão sujeitas, portanto, aos efeitos da evolução social, processo marcado pela complexificação e diferenciação funcional (NEVES, 2011).

O que as diferencia das sociedades centrais, contudo, é a incapacidade dos subsistemas de se reproduzirem autonomamente a

partir de seu próprio código, estando sujeitos a influxos oriundos de outros subsistemas. Em outros termos, os subsistemas sociais não podem ser considerados autopoieticos (LUHMANN, 2007):

O conceito de autopoiese será definido mais enfaticamente por Luhmann (...) como autorreferência dos elementos sistêmicos [...] Um sistema pode ser designado como autorreferencial, se ele mesmo constitui, como unidades funcionais, os elementos de que é composto [...] (NEVES, 2008, p. 63).

Importante relembrar que a autopoiese, para Luhmann, é condição *sine qua non* para o fechamento e, conseqüentemente, para a abertura dos sistemas: a diferenciação funcional estabelece uma diferença com o ambiente – fechamento – e, ao fazê-lo, permite a sua respectiva abertura (LUHMANN, 2007).

O sistema jurídico, nesse sentido, é, por um lado, normativamente fechado, uma vez que sua reprodução dá a partir do próprio direito, ou seja, por meio do código que diferencia o sistema de seu ambiente – lícito/ilícito. Por outro, cognitivamente aberto, estando sujeito, assim, a uma irritação permanente do entorno (LUHMANN, 1998).

Nesse sentido, explica Neves (1994, p. 258) que a autopoiese do sistema jurídico implica que a vigência jurídica das expectativas normativas não está sujeita aos códigos definidores dos demais subsistemas sociais, mas decorre de processos seletivos ditados pelo próprio direito.

O sistema jurídico pode assimilar, de acordo com seus próprios critérios os fatores do ambiente, não sendo diretamente influenciado por estes. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas; ela depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico.

Nos países periféricos, ao contrário, a reprodução do sistema jurídico não se dá por meio de operações do próprio sistema, mas está sujeita a interferências advindas, especialmente, dos sistemas político (poder/não poder) e econômico (ter/não ter). Com efeito, o sistema jurídico não opera de forma generalizadamente includente, produzindo fenômenos de sobreintegração e subintegração (NEVES, 2008).

Nesse contexto, as Constituições realizam promessas abundantes, mas sem que haja qualquer compromisso com a sua efetividade.

Apresentam-se, portanto, como um *álibi* (NEVES, 1994) dos governantes, sendo utilizada para a manutenção do *status quo*, não como uma efetiva busca por direitos. O sistema jurídico não é capaz de gerar expectativas normativas generalizadas, inserindo apenas parcela da população em direitos que, em última análise, transforma-os em privilegiados – os sobreintegrados.

Contudo, ressalta o autor, essa simbologia é ambivalente. Assim, como pode se apresentar como *álibi* para a manutenção do *establishment*, pode implicar na mobilização de lutas sociais que implicam em aquisição de direitos (NEVES, 2005) – e essa é a vertente que se busca empreender no presente texto.

3 OS DISCURSOS EM DISPUTA EM TORNO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Considerando a constitucionalização simbólica como o problema a ser enfrentado pelo mandado de injunção, necessário reconstruir, brevemente, os discursos em disputa do instituto durante a Assembleia Nacional Constituinte.

O *writ* recebeu, durante toda a ANC, amplo apelo popular, o que resultou em sua aprovação por 432 votos favor e nenhum contra⁴. Contudo, apesar da expressiva vitória dos defensores do instituto, fundamental ressaltar que não foram poucas as vozes que lhe foram contrárias.

Para Campos⁵, a Constituição de 1988 seria “utópica no seu aspecto social, generosa na política, irrealista na economia e engraçada na parte cultural”. Ainda segundo o Senador, “se direitos sociais fossem assegurados por uma Constituição se deveria fazer uma Constituição por ano⁶”. Especificamente sobre o mandado de injunção, diz que sua criação permitirá que um cidadão do interior da Paraíba pudesse, por meio do Poder Judiciário, exigir uma mesma remuneração percebida em São Paulo. Contudo, ressaltou, essa remuneração, em razão das condições socioeconômicas brasileiras, não será paga.

Para o então Ministro da Indústria e Comércio, Roberto Cardoso Alves, seria um absurdo se o judiciário concedesse algum desses direitos constitucionais sem uma prévia lei ordinária. “Mandado de injunção é

4 INJUNÇÃO e habeas data passam por unanimidade. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 2, 11 fev. 1988.

5 ROBERTO Campos ataca a nova carta. *Jornal da Tarde*, São Paulo, n. 7006, p. 3, 24 set. 1988.

6 *Ibid.*, p. 3.

o veneno ministrado em litros pelos que pensavam que ministravam o antídoto em gotas⁷, assevera.

Esse entendimento, que concebe os direitos fundamentais resguardados pela Constituição de 1988, especialmente os de natureza social, como uma promessa futura, a ser efetivada no momento em que o legislador ordinário disciplinasse a matéria, obteve inicialmente apoio de juristas de renome.

Sepúlveda Pertence, então Procurador Geral da República, foi uma das vozes mais importantes que advogou essa tese⁸. Segundo o jurista mineiro, em discurso proferido na Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas, com a superação do modelo liberal de Estado, um dos problemas centrais do constitucionalismo contemporâneo seria o de conferir efetividade aos direitos constitucionais sociais não autoaplicáveis. A omissão inconstitucional, contudo, seria uma questão *política*, e, exatamente por isso, a atuação do Supremo Tribunal Federal como órgão julgador do mandado de injunção seria ineficaz. Propõe, então, que o Parlamento tivesse “imaginação” para a fundar um órgão, composto por todos os Poderes da República, *com poderes legislativos permanentes*, cujo objetivo seria enfrentar esse problema de forma contundente⁹.

Em outros termos, asseverou Sepúlveda Pertence, em sentido contrário à maioria dos constituintes, que o mandado de injunção não se

7 CARDOSO, Teresa. Constituintes denunciam manobra de conservadores. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, p. 4, 21 set. 1988

8 Nesse sentido, veja: SEPÚLVEDA desafia senador a definir mandado de injunção. **O Globo**, Rio de Janeiro, p. 6, 22 set. 1988

9 “[...] Surge, aí, o problema técnico mais difícil do Direito Constitucional moderno, que é como dar consequência às garantias, aos direitos a prestações positivas do Estado. Surge, aí, o problema dramático da eficácia das chamadas normas constitucionais programáticas, e, aí sim, surge um tema apaixonante do controle de constitucionalidade moderna, é a chamada inconstitucionalidade por omissão.

[...]

E aí, sim, creio que a imaginação política estaria desafiada a encontrar, na futura Constituição, um órgão eficaz de provocação, de pensamento constante, de reflexão constante, sobre onde tem falhado e implementação das normas constitucionais, por falta de providências legislativas ou administrativas, com um certo poder de injunção para que essas providências viessem a ser tomadas.

[...]

No esboço da Comissão Afonso Arinos mais ou menos se pretendeu traduzir Isso, confiando ao Supremo Tribunal Federal esta recomendação. Para essa tarefa política, considero realmente pouco eficaz o Supremo Tribunal Federal. Creio que aí, sim, se teria de pensar, e confesso que não trago ideias prontas, num mecanismo de composição heterogênea dos vários poderes, com um poder permanente de iniciativa legislativa para implementação constitucional.”

[...]

prestaria, se julgado pelo Poder Judiciário, a suprir a omissão do Poder Legislativo, já que o exercício da jurisdição não poderia se imiscuir em tarefa atribuída constitucionalmente aos Poderes responsáveis pela condução política do Estado.

Como se sabe, essa foi a posição adotada pelo STF, no MI 107, de Relatoria do Ministro Moreira Alves, posicionamento que acabou por esvaziar por completo o instituto e, conseqüentemente, as promessas a ele subjacentes. Os direitos fundamentais não autoaplicáveis, assim, não poderiam ser titularizados pelo cidadão enquanto o Congresso Nacional, ou outro órgão eventualmente competente, não viesse a *criá-los*. E, como não competiria ao Poder Judiciário criar direitos, mas aplicá-los, estaria fadado a meramente comunicar ao Parlamento a sua mora.

Contudo, deve-se ressaltar que o próprio STF, diante das enormes críticas sofridas, foi mitigando essa malfadada interpretação, permitindo ao impetrante gozar, mesmo parcialmente, do direito pleiteado¹⁰. Nesse sentido, nos mandados de injunção 232 e 605, por exemplo, ao declarar a mora da União em disciplinar a imunidade tributária prevista no artigo 195, parágrafo sexto, da Constituição, estabeleceu que, caso não fosse suprida a mora no prazo de seis meses, faria jus o contribuinte ao benefício pleiteado¹¹.

4 AS MEMÓRIAS¹² EM DISPUTA EM TORNO DA ANC. A IMPORTÂNCIA DE SUA RESSIGNIFICAÇÃO

Como já se observa das discussões apresentadas nos tópicos anteriores, a memória em torno do mandado de injunção insere-se em uma discussão mais ampla: o que significou a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 e a sua promessa de efetivação de direitos?

10 No mesmo sentido, assegurando parcialmente o direito do impetrante, veja-se também o MI 562, de Relatoria Ministra Ellen Grace.

11 Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (MI 232, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 02/08/1991, DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965).

12

Sobre a distinção entre memória e história, vide POMIAN, Drzysztof. **Sobre la historia**. Traducción Magalí Martínez Solimán. Madrid: Cátedra: 2008.

A construção de uma das memórias em disputa contou com a participação de importantes agentes estatais. Nesse sentido, o então Presidente do STF, Moreira Alves, na abertura da Assembleia Nacional Constituinte, buscou concebê-la como um “termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional e por via de conciliação, se encerra (o) ciclo revolucionário¹³” Em outros termos, a Carta não representaria uma ruptura implementada pelo poder constituinte originário, mas uma mera *continuidade* pautada pela *conciliação*.

O então Presidente da República José Sarney, nas vésperas da promulgação da Constituição, emitiu pronunciamento em rede nacional concebendo o futuro do país como absolutamente aterrorizante, já que a nova Carta faria do Brasil um país ingovernável¹⁴ (BONAVIDES; ANDRADE, 2004). Era latente a aversão e o receio dessa elite política ao novo momento que estaria por vir.

Essa específica leitura da Constituição de 1988, ainda hoje repercutida por parte da doutrina e da mídia, é signatária da adoção de uma das facetas da simbolização constitucional, evidentemente a mais perversa: os direitos fundamentais assegurados na Constituição, nessa transição conciliatória, representariam uma mera promessa a ser cumprida na medida “do possível”, e “se possível”.

Ao contrário desse entendimento, o mandado de injunção pode ser compreendido como o resultado de ampla manifestação da sociedade civil em se construir um novo compromisso constitucional¹⁵. Em outros termos, o instituto pode ser compreendido não sob sua faceta de *álibi* (NEVES, 2011), mas como resultado de um novo compromisso na busca por concretização de direitos, da qual a Constituição de 1988 é o fio condutor.

Essa reapropriação em torno do mandado de injunção pressupõe, igualmente, um recontar da história e da memória da própria Assembleia Constituinte. Necessário se faz afastar a tese, amplamente divulgada pelos

13 ALVES, José Carlos Moreira. Assembleia Nacional Constituinte: instalação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 24, n. 93, jan./mar. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224180/000862703.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

14 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Editora da OAB, 2004.

15 Nesse sentido, vide Casseb (2011).

setores conservadores da sociedade e do Estado, de que a nova Constituição não inauguraria um novo momento histórico, mas representaria apenas uma transição conciliatória.

Mas qual seria, na prática, a importância da mudança dessa ressignificação?

O conhecimento desenvolve-se a partir de paradigmas: a pré-compreensão compartilhada pelos intérpretes sobre qual direito nós temos é fundamental para estabelecermos a dimensão do nosso compromisso frente a Constituição.

Interpretar, segundo Dworkin¹⁶, é, sempre um ato coletivo. O intérprete irá se debruçar sobre determinados elementos do qual já existe uma tradição pretérita que permite e, ao mesmo tempo, limita o modo pelo qual se é possível conhecer. Superadas as escolhas que supunham uma relação imediata entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, sabe-se hoje que o conhecimento somente é possível se desenvolvido a partir de paradigmas, por meio de uma atividade necessariamente intersubjetiva (HABERMAS, 2002¹⁷).

Ainda segundo Dworkin, não há dúvidas sobre a inexorável possibilidade de diferentes interpretações acerca de qual norma concreta disciplinará determinado litígio. Contudo, é imprescindível que os intérpretes assumam a responsabilidade de adotar a melhor interpretação possível, tendo como pano de fundo o princípio da integridade do ordenamento jurídico¹⁸.

16 DWORKIN, Ronald. Is there Truths in interpretation? Law, Literature and History. Palestra ministrada na *Library of Congress* Of United States, em 26 Oct. 2009. Disponível em: <[https:// www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk](https://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk)>. Acesso em: 4 ago. 2015.

17 Leciona Habermas que o sujeito cognoscente está necessariamente inserido dentro do processo pelo qual ele conhece e interfere no mundo; não olha para si ou para as demais entidades como mero observador. Partindo dessa premissa, propõe redefinir o conceito de razão, que denomina solipsista, para transportá-la para o *medium* da razão comunicativa: “se transportarmos o conceito de razão para o médium linguístico e o aliviarmos da ligação exclusiva com o elemento moral, ele adquirirá outros contornos teóricos, podendo servir aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas” (HABERMAS, 2002, p. 415).

18 Dentro de sua complexa teoria do direito, Dworkin trata propõe um conceito de integridade que em que insiste que “as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo desenvolvimento (...) O princípio jurídico de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade” (DWORKIN, 1999, p. 272-273).

Assim, na medida em que interpretar é sempre um ato coletivo, no qual nos inserimos em uma determinada tradição que conjuga determinado pano de fundo compartilhado de silêncio (CARVALHO NETTO, 2003) do que é a Constituição, é fundamental que afastemos do nosso jurista a tese que lhe dá a tranquilidade moral de tratar a Constituição como mero ideal regulativo.

De outro modo, é imprescindível que se incuta no aplicador do direito, um dos possíveis intérpretes da Constituição – e um intérprete indiscutivelmente privilegiado –, a dimensão de sua responsabilidade em que ela a transforme em vida, em prática cotidiana.

Principalmente, é preciso desenvolver na sociedade uma pré-compreensão compartilhada de que os direitos fundamentais devem ser cumpridos e, caso não o sejam, que se tornem imediatamente fonte de reivindicação pela sua efetividade (NEVES, 2011).

Daí a importância de se compreender os direitos sociais previstos pela Carta, não como uma retórica, mas como um compromisso real, passível de exigência aqui e agora (ANDRADE, 2011), mesmo diante de todas as óbvias limitações que essa afirmação representa. E é exatamente esse o contexto em que o mandado de injunção ocupa papel de relevo – redefinido especialmente após a mudança da jurisprudência do STF, em 2007.

5 O MANDADO DE INJUNÇÃO E O STF: DA INEFICAZ GARANTIA À TUTELA OBJETIVA DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Analisando-se os diferentes caminhos trilhados pelo STF em torno do Mandado de Injunção, a alteração de posicionamento da Corte em torno do MI 670 e 721 é, sem dúvida, um importante objeto de análise desse processo de continuidades e descontinuidades da promessa constitucional de efetividade dos direitos sociais, bem como pode cumprir um papel importante na construção de uma determinada memória do processo constituinte de 1988.

Adentrando-se na análise dos mencionados julgados, no MI 721 o STF, declarando a omissão do legislador em regulamentar o direito dos servidores públicos à aposentadoria especial, assegurado pelo artigo 40, §

4º, CF, determinou à Administração a análise da existência do direito da impetrante à luz da Lei 8.213/91, que disciplina a matéria para a iniciativa privada. O Plenário, por atribuir efeito *inter partes* à decisão, autorizou que os Ministros aplicassem, monocraticamente, nos casos semelhantes, o posicionamento firmado pelo colegiado¹⁹.

Em relação ao direito de greve dos servidores públicos, tratado no MI 670, o Supremo, ao adotar a teoria concretista geral, foi além: suprimindo a inércia do legislador ordinário, estabeleceu quais as normas deveriam ser aplicadas para regulamentar o artigo 37, inciso II da Constituição, dotando a decisão de eficácia *erga omnes*.

Nota-se que a Corte, em ambos os casos, não irá julgar o caso concreto ao dar provimento ao *writ*. Em outros termos, o impetrante, embora postule em juízo uma demanda claramente delimitada, por meio de um pedido e uma causa de pedir específicos, não obterá do STF uma sentença congruente à sua postulação. De outro modo, o Tribunal produzirá uma decisão emitindo uma ordem a um órgão da Administração determinando-lhe que analise a pretensão do particular com fundamento em uma normatização geral e abstrata por ele definida. Em caso de divergência na aplicação das regras e princípios estabelecidos pelo STF (e pelas já existentes no ordenamento), competirá às instâncias ordinárias analisar o caso concreto – ou eventual reclamação diretamente ao Supremo, nas hipóteses em que a decisão gozar de eficácia *erga omnes*.

Independentemente dos efeitos conferidos às decisões, observa-se que o provimento da Suprema Corte, em sede de mandado de injunção, privilegia não mais a composição de litígios envolvendo partes e objeto determinados, atividade que historicamente caracterizou o Poder

19 MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91 (MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

Judiciário. De outro modo, volta sua atuação ao exercício de justificação da validade das normas (GÜNTHER, 2004), estabelecendo qual legislação deve ser utilizada para suprir a omissão inconstitucional. Competirá aos demais órgãos do Estado julgar a demanda concreta, à luz dos princípios e regras estabelecidos pela jurisdição constitucional. Há, portanto, em apertada síntese, uma evidente “*dissociação da atividade jurisdicional em dois momentos distintos*”: a criação da norma, pelo STF, e a sua aplicação, por algum órgão do Estado – com decisão evidentemente sujeita a revisão, por órgãos ordinários do Poder Judiciário.

Após o julgamento do MI 721, os Ministros Relatores do STF deferiram dezenas de julgados reproduzindo a manifestação do Plenário, afirmando que os servidores públicos gozariam do direito de aposentadoria especial aplicando-se, “no que couber”, as regras previstas pela legislação ordinária que trata da aposentadoria especial no Regime Geral de Previdência (Lei 8.213/91) e na Lei Complementar 142/2013, que disciplina a matéria para as pessoas com necessidades especiais²⁰.

Em razão da atribuição da eficácia *inter partes* e do excessivo número de Mandados de Injunção impetrados no STF, a Corte editou a Súmula Vinculante 33²¹, que, mantendo suas manifestações anteriores: a) afirmou que os servidores fariam jus à aposentadoria especial; b) mas não delimitou quais seriam esses direitos, cuja aplicação ao caso concreto deverá ser feita pela Administração Pública, com recurso ao Judiciário.

Importante analisar, então, quais as implicações desse novo posicionamento em termos de efetivação de direitos, especialmente sob dois dos principais aspectos debatidos na ANC: a efetividade e generalização do acesso a direitos.

20 AGRADO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS: ART. 40, § 4º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICAÇÃO DAS REGRAS DA LEI COMPLEMENTAR N. 142/2013, QUE DISPÕEM SOBRE APOSENTADORIA DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA SEGURADA DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – RGPS. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (MI 1885 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 12-06-2014 PUBLIC 13-06-2014).

21 Súmula vinculante 33: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.”

6 O NOVO MANDADO DE INJUNÇÃO E A GENERALIZAÇÃO DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS

O STF, ao suprir a não regulamentação do direito dos servidores públicos imposta pela Constituição da República, mas sem julgar os casos concretos que lhe são submetidos, emite uma ordem à Administração Pública para que dê cumprimento à sua decisão. Em outros termos, competirá ao Poder Executivo disciplinar o que se aplica do regime jurídico da aposentadoria especial aos servidores públicos.

De início, deve-se observar que a decisão do STF não implicou em uma manifestação do Poder Legislativo, o Poder competente para, repercutindo a complexidade da sociedade civil, disciplinar o gozo do direito previsto pela Constituição de uma forma geral e abstrata.

Assim, no âmbito da União, coube à Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão exercer essa competência, por meio da edição da Orientação Normativa n. 16, de 23 de dezembro de 2013.

Ademais, se é certo que a disciplina em questão servirá de base para as demais unidades federativas, como de regra acontece com a produção normativa oriunda da União, inexoravelmente em cada uma delas haverá uma norma específica para disciplinar a complexa aquisição do direito em questão: a) como caracterizar a atividade especial; b) quais as normas adequadas para disciplinar essa aquisição; c) quais as fórmulas de cálculo do benefício; d) como será seu reajuste; e) quando iniciam os efeitos financeiros; f) quais as atividades são caracterizadas como especiais; g) os períodos de descanso disciplinados pela CLT são computados como tempo de serviço especial?; h) etc.

Evidentemente, as questões ora levantadas são pequenas dúvidas extraídas de uma breve leitura da norma em análise, mas é da complexidade dos casos concreto que surgem as verdadeiras dúvidas da aquisição desse direito.

Especialmente porque o juízo de adequação das diversas normas gerais e abstrata que reclamam aplicação ao caso concreto apresenta dois fatores especialmente complicadores: a) competirá a cada dirigente de recurso humano a análise dos pedidos de aposentadoria especial (art. 26, Orientação Normativa n. 16, de 23 de dezembro de 2013); b) os Tribunais de

Contas da União e das Unidades Federadas ocuparão papel fundamental nessa disciplina, já que são os órgãos que homologarão o ato de concessão do benefício.

7 ALGUNS DOS PERCALÇOS ATUAIS

A decisão proferida pelo STF no MI 721 gerou implicações imediatas na falta de regulamentação do artigo 40, parágrafo quarto, da Constituição da República. Obteve efeitos importantes junto à Administração Pública, que editou norma para disciplinar o gozo do exercício do direito à aposentadoria especial do servidor público. Há, sem dúvida, uma ampliação das perspectivas da concretização de direitos.

Importante notar que isso é possível, especialmente, em razão da atuação do STF como um “legislador qualificado”: se, por um lado, realiza o típico argumento de justificação de normas, por outro, atribui efeito cogente às suas manifestações, afastando a possibilidade do não cumprimento das normas por ele criadas.

Por outro lado, considerando que o Poder Legislativo omitiu-se em seu dever de disciplinar a matéria, a decisão do STF implicará na regulação do direito de aposentadoria especial do servidor público em todas as unidades federadas que dispõem de regime próprio de previdência. Observa-se, portanto, que haverá, para situações fáticas semelhantes, diversas disciplinas distintas.

Ampliando-se a análise em torno do mandado de injunção, observa-se que, dos 5.200 julgados pelo STF a partir de 2005, 4.800 disseram respeito à aposentadoria especial do servidor público. Trata-se de uma demonstração muito ampla de que apenas parcela reduzida da população teve acesso às promessas do instituto.

Deve-se observar, nesse ponto específico, que, excetuando a importante discussão em torno do aviso prévio proporcional, cuja manifestação do STF implicou na rápida edição de lei pelo Parlamento para disciplinar a matéria, a maior parte dos mandados de injunção julgados favoravelmente no STF disseram respeito a questões afetas a uma determinada categoria que, historicamente, goza dos principais direitos

que dão acesso à cidadania²² em seu sentido material. De acordo com o *site* do STF²³, que, embora desatualizado, é representativo dessa realidade, observa-se que os outros temas em que o Tribunal reconheceu a mora do Legislativo foram: direito de greve do servidor público; lei complementar federal para a criação de Municípios; criação de cargos, nos Estados, de acordo com o modelo federal.

8 CONCLUSÃO

Apesar de todos os percalços enfrentados pelo mandado de injunção, sua história, da Assembleia Nacional Constituinte à mudança de entendimento do STF em 2007, é marcada por um discurso de efetivação de direitos. Reforçar essa memória não é mero diletantismo intelectual. Ao contrário, o comprometimento não apenas dos juristas, mas de toda a sociedade com uma determinada pré-compreensão do papel da Constituição torna-se um pano de fundo fundamental para ressignificar o compromisso de todos com sua efetividade.

Deve-se ressaltar, especialmente, que a memória aqui advogada se mostra absolutamente coerente com a historiografia do instituto. Como demonstrado, mesmo ainda sobre a influência da jurisprudência firmada sob a égide do MI 107, o grande percalço do *writ*, observou-se, em razão do grande movimento de rejeição ao precedente, uma progressiva flexibilização do entendimento inicialmente traçado, que veio a resultar nos julgamentos do MI 670 e 721.

Se a adoção de um entendimento que se volta para uma tutela abstrata de direitos, bem como sua utilização restrita essencialmente a servidores públicos, ainda merece críticas²⁴, há sem dúvida evolução qualitativa do atual entendimento em relação a uma visão positivista da separação de poderes e dos limites de concreção de direitos pelo Judiciário.

22 Neves conceitua a cidadania como a “integração jurídica igualitária na sociedade”. Ainda Segundo o autor, “pode-se afirmar que ela está ausente quando se generalizam relações de subintegração” (NEVES, 1993, p. 260-261).

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInConstitucional>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

24 Veja-se, nesse sentido, Benvindo (2011).

Esse novo entendimento mostra-se tão importante que permite rechaçar, agora com o apoio do STF, o conceito de “direitos fundamentais não autoaplicáveis”. Mesmo a expressão tendo sido expressamente utilizada pelos Ministros Relatores tanto do MI 670 como do 721, está definitivamente demonstrado que direitos fundamentais previstos pela Constituição já são *prima facie* exigíveis; não é a lei ordinária que o cria²⁵. O que é necessário é o compromisso da sociedade em exigí-los e do Poder Judiciário em efetivá-los.

9 REFERÊNCIAS

BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção: Os riscos da Abstração de Seus Efeitos no Contexto do Ativismo Judicial Brasileiro. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 5, 2011/2012. Tópicos Especiais. Mandado de Injunção.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Editora da OAB, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os Desafios Postos aos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DWORKIN, Ronald. Is there Truths in interpretation? Law, Literature and History. Palestra ministrada na *Library of Congress Of United States*, em 26 Oct. 2009. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>>. Acesso em: 4 de agosto de 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de Injunção: do formalismo ao axiologismo? O que mudou? In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Orgs.). **Constituição e processo: entre direito e política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 13-30, 2011.

25 Nesse sentido, leciona Oliveira que não se deve confundir a definição do direito, que diz respeito ao seu caráter *prima facie*, com o seu exercício, que pressupõe o juízo de adequação entre as normas que reclamam aplicação e a realidade fática do caso concreto. “É, pois, necessário distinguir a “definição” dos direitos (seu caráter *prima facie*) do seu ‘exercício’ (o caráter definitivo das normas que irão reger, em cada caso, esse último), com base na diferenciação avançada, no marco do Estado Democrático de Direito, entre os discursos de justificação e aplicação.” (OLIVEIRA, 1997, p. 185).

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. The Unit of the Legal System. In: **Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society**. Teubner, Gunther. European University Institute. Berlin-New York: 1998.

_____. **Sociedad de la Sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafrarrate Bajo. Mexico: Universidad Ibero Americana, 2007.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Entre Têmis e Leviatân: Uma Relação Difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Entre Subintegração e Sobreintegração: a cidadania inexistente**. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-276, 1994.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. Democracia sem Espera e Processo de Constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada transição política brasileira. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constitucionalismo e História do Direito**. Belo Horizonte: Permamum, 2011.

POMIAN, Drzysztof. **Sobre la historia**. Traducción Magalí Martínez Solimán. Madrid: Cátedra: 2008.

O RÓTULO ECOLÓGICO EUROPEU E A CIDADANIA AMBIENTAL

Carlos Sérgio Madureira Rodrigues¹

RESUMO: O Ambiente atravessa uma crise profunda que coloca em risco a existência do próprio ser humano. Tal crise é motivada por causas naturais mas, principalmente, por uma economia humana que cresce sem sensibilidade às limitações do nosso planeta e promove um estilo de vida consumista e irresponsável, em termos ecológicos. O rótulo ecológico europeu é um instrumento de mercado que tem o potencial de ser uma ferramenta ímpar na construção de uma economia verde mais sustentável e inclusiva. O cidadão tem a oportunidade de desenvolver a facete «verde» da sua cidadania através de um consumo responsável e inteligente, com o apoio desta ferramenta. Desta forma, a flor europeia pretende ser, acima de tudo, uma ferramenta ao serviço da luta pela sustentabilidade, o único caminho possível para fazer face aos desafios ambientais globais e construir uma sociedade melhor.

Palavras-Chave: Cidadania ambiental. Informação. Participação. Rótulo ecológico. Desenvolvimento sustentável.

THE EUROPEAN ECOLABEL AND THE ENVIRONMENTAL CITIZENSHIP

ABSTRACT: The environment is going through a deep crisis that endangers the existence of the human being. This crisis is motivated by natural causes but mainly by a human economy that grows without sensitivity to the limitations of our planet and promote consumerist and irresponsible lifestyle, in ecological terms. The European Ecolabel is a market instrument that has the potential to be an unique tool in building a more sustainable and inclusive green economy. The citizen has the opportunity to develop a 'green' citizenship through responsible and intelligent consumption, with the support of this tool. Thus, the European flower intended to be, above all, a tool at the service of the struggle for sustainability, the only possible way to tackle the global environmental challenges and build a better society.

1 Jurista com o grau de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, natural de Vale de Cambra, Aveiro, Portugal.

RECEBIDO EM: 30/06/2015

ACEITO EM: 17/07/2015

Keywords: Environmental citizenship. Information. Participation. Ecolabel. Sustainable development.

1 INTRODUÇÃO

No rescaldo da Década das Nações Unidas da Educação para o Desenvolvimento Sustentável (2005-2014), propomo-nos a analisar o contributo do Direito para a prossecução do desenvolvimento sustentável. Centramos a presente investigação na análise de um instrumento de mercado que permite reforçar a cidadania ambiental – o rótulo ecológico europeu. Este permite que os cidadãos tenham uma participação informada no ato de consumo, assim contribuindo para a construção de uma sociedade mais ajustada aos desafios ambientais globais.

O Direito pode ter um papel dinamizador, estimulador e orientador da adoção de práticas e costumes sustentáveis. Enquadrado num regime de promoção de boas práticas ambientais e sopesado o papel do cidadão enquanto consumidor na sociedade industrializada, o regime do Rótulo Ecológico Europeu – Regulamento (CE) 66/2010, de 21 de Abril -, procura envolver consumidores e empresas na procura por um consumo respeitador da sensibilidade e promotor da sua utilização racional.

Este rótulo destaca os produtos que, em comparação com os produtos do mesmo grupo, têm um melhor desempenho ambiental. A sua atribuição é feita de acordo com conjunto de critérios científicos e tecnológicos que vão analisar o ciclo de vida do produto e, assim, determinar o seu impacto ambiental. Desta forma, tanto produtores como consumidores têm as ferramentas necessárias para fazer uma escolha informada e consciente.

Por outro lado, o consumidor surge, hoje, numa posição débil. A multiplicidade de informação, maioritariamente divulgada sem rigor científico de suporte, pode provocar confusão e desinteresse. O seu poder de compra tem o potencial para influenciar empresas e distribuidoras a adotarem comportamentos sustentáveis. Ao diferenciar os produtos e destacar os melhores em termos de desempenho ambiental, o rótulo ecológico procura conciliar este poder do consumidor com a estratégia de marketing dos produtores. Evita-se, assim, que o consumidor opte satisfazer as suas compras ao menor custo financeiro possível. Cumpre evidenciar que a noção de “verdadeiro custo” de um produto engloba, entre outros fatores, o impacto ambiental do mesmo, aferido através da análise do ciclo de vida.

2 O DIREITO EUROPEU RUMO À SUSTENTABILIDADE

2.1 ENQUADRAMENTO LEGAL

A Europa atravessa um período de rescaldo após uma intensa crise económico-financeira que pôs a descoberto forças e fraquezas, áreas com potencial e outras ainda em fase de precoce desenvolvimento. Os sistemas de controlo económico e financeiro viram-se forçados a fazer uma viragem drástica, obrigados a assumir responsabilidades. Tal viragem teve também implicações a nível da governação política dos sistemas financeiros, que se quer mais intensa, inspirada pelos paradigmas da democracia participativa e da sustentabilidade.

O Ambiente, pelo contrário, encontra-se ainda em plena crise, perpassado por diversos desafios preocupantes: alterações climáticas, aquecimento global, escassez de recursos naturais e extinção de espécies, apenas para enumerar alguns. O *status quo* da biosfera e dos ecossistemas é vital para a manutenção das condições necessárias à existência de vida (também humana), pelo que cumpre tomar a iniciativa e adotar princípios e práticas que visem a salvaguarda do nosso único planeta. Um desafio global requer uma solução também ela global².

A própria Democracia enquanto organização política da sociedade encontra-se em permanente evolução³. A cidadania democrática deve ser participativa, ativa e eficaz, centrada no desafio do desenvolvimento sustentável em prol tanto das gerações presentes, como das gerações futuras. A proteção do ambiente é a proteção do próprio Ser Humano, o qual deve encarar este desafio global de forma consciente, informada e pró-ativa. A Democracia é a melhor resposta possível, ao caracterizar-se pelos direitos à informação e participação cujo exercício a reforça tanto enquanto instituição como enquanto prática.

2 Conforme o art. 66º da Constituição da República Portuguesa (CRP), os artigos 3º e 11º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, bem como o Título IV da Declaração do Milénio das Nações Unidas e o 7º Objetivo do Desenvolvimento do Milénio.

3 Colocando em perspetiva a democracia liberal, as suas conquistas e desafios, Hobsbawm conclui que a “moderna república democrática representativa” encontra-se perpassada pelos desafios impostos pela globalização económica, as tensões políticas e confrontos entre alguns Estados, a evolução e independência dos meios de comunicação e a necessidade de os Governos serem das e para as pessoas (isto é, de os Governos deverem ter em conta a vontade popular, de onde deriva a soberania e a legitimação para os mesmos atuarem). Este cenário estimula o debate académico e diversifica a realidade, sobre o qual o primeiro reflete, de forma tão incisiva que não obstante se afirmar que a Democracia não se encontra, para já, em risco, a mudança que o Mundo atravessa terá importantes consequências também nesta área. Neste sentido, e para mais desenvolvimentos, vide HOBBSAWM, E., *Globalização, Democracia e Terrorismo*, Lisboa: Editorial Presença, 2007, pp. 91 – 111.

Consciente da influência do poder de compra dos consumidores, a Europa desenhou um rótulo unitário e de sentido uniforme que permite distinguir, de entre certa categoria de produto, bem ou serviço, aquele que se destaca por um melhor desempenho ambiental. Este rótulo orienta o consumidor, reforçando a sua participação e conhecimento (sobre matérias ambientais), o que permite reforçar o caráter democrático da sua participação no mercado. Pelo exposto, defendemos que o rótulo ecológico europeu é um instrumento de mercado capaz de proteger o ambiente e o consumidor, reforçar a Democracia e contribuir para o desenvolvimento sustentável.

Trata-se de mais um instrumento da Europa para a prossecução dos seus objetivos ambientais, económicos e sociais. Encaixa num modelo de desenvolvimento racional e sustentável, *i.e.*, aquele desenvolvimento que apoiando-se nas melhores técnicas disponíveis, promove o desenvolvimento económico-societário, bem como a proteção dos cidadãos e do Ambiente.

Traçado este quadro preliminar, lançamos agora um olhar sucinto sobre o Direito Europeu do Ambiente. Para tanto, recordamos duas noções estruturantes⁴. Em primeiro lugar, a aplicabilidade direta. Assim, não existe necessidade de qualquer ato de transformação ou receção do Direito Europeu nas ordens jurídicas nacionais para que o mesmo produza efeitos. A aplicação torna-se mais rápida, uniforme e eficaz. Em segundo lugar, a primazia, que permite ao Direito Europeu aplicar-se em vez ou mesmo contra os direitos nacionais. Procura-se assim salvaguardar a melhor proteção possível dos direitos dos cidadãos europeus.

Por estas características, podemos perceber que o Direito Europeu (do Ambiente) tem um efeito impulsionador das ordens jurídicas nacionais. Ao estabelecer critérios exigentes no domínio da política ambiental (como, por exemplo, o nível de proteção elevado, nos termos do artigo 174^o/2 do TFUE), e sanções para os Estados-Membros que incumpram as normas europeias, o Direito Europeu contribui para o desenvolvimento das ordens jurídicas dos seus Estados-Membros. Cumpre referir ainda que este Direito se caracteriza por uma maior distância face a grupos de pressão (*lobbies*), o que contribui para uma política do ambiente mais rápida e isenta.

As políticas ambientais, antes restritas ao controlo da poluição atmosférica, alastraram-se para os domínios político e social, como se torna

4 Orientados por Aragão, A., *Direito Comunitário do Ambiente*, cadernos CEDOUA, Almedina, Coimbra, disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/15282/1/cadernos%20CEDOUA%20direito%20comunitario%20_Parte%20I_.pdf.

evidente pela emergência de uma consciência global em torno dos desafios ambientais. De facto, o Ambiente está presente nas agendas políticas de forma diversa mas incisiva. As medidas governamentais visam a proteção e recuperação do meio ambiente, bem a redução da produção e do consumo (num quadro de desenvolvimento sustentável), a par da promoção da pedagogia ambiental⁵. O escopo primordial prende-se com a utilização eficiente e equilibrada dos recursos naturais⁶. No contexto internacional, mais amplo que o espectro europeu presente nestas linhas, notamos uma evidente expansão da legislação ambiental, bem como de convenções e acordos que apelam à cooperação internacional e transfronteiriça.

O Sétimo Programa Europeu de Ação em matéria de Ambiente para 2020, intitulado “Viver bem, dentro dos limites do nosso planeta”, foi instituído pela Decisão n.º 1386/2013/UE, de 20 de Novembro, do Parlamento e do Conselho Europeus. Reconhece que a União colocou a si própria o objetivo de se tornar uma economia inteligente, sustentável e inclusiva até 2020, através de um conjunto de políticas e ações direcionadas a desenvolver uma economia hipocarbónica e altamente responsável na utilização dos recursos. Baseia-se nos princípios da precaução, prevenção, correção na fonte e poluidor-pagador. Deve contribuir para um elevado nível de proteção e uma melhor qualidade de vida e bem-estar dos cidadãos.

Parte das conclusões retiradas do seu antecessor⁷ – não obstante alguns avanços, tendências insustentáveis persistem, traduzindo-se em alterações climáticas, perdas a nível de biodiversidade, ambiente e saúde, bem como de recursos naturais. Para combater estas tendências, o Programa apoia a implementação dos resultados e compromissos saídos

5 O cidadão desempenha um papel fundamental no mundo global, pelo que deve estar informado e sensibilizado para lidar com os desafios ambientais. Neste sentido, ARAGÃO, A. e OLIVEIRA, F. e CONDE, A., Educação Ambiental e urbana para o desenvolvimento sustentável, in *RevCedoua*, nº 33, Ano XVII, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 125 a 136.

6 Neste sentido, GRAU CREUS, Mireia, Política Medioambiental: la formación de la Agenda Gubernamental en el Estado Español, in VICENTE GIMÉNEZ, Teresa (coord.), *Justicia Ecológica y protección del medio ambiente*, Espanha, Editoria Trotta, 2009, pp. 83 – 98. A Autora propõe-se explicar a da agenda governamental em Espanha, no que respeita às políticas ecológicas. Conclui que a renovação geracional tem desempenhado um papel fulcral no sentido de uma maior consciencialização dos desafios ambientais.

7 O Sexto Programa, “Ambiente 2010: o nosso futuro, a nossa escolha”, foi instituído pela COM (2001) 31 final, de 24 de Janeiro. Propugnava por uma escolha informada e consciente por parte dos consumidores, bem como a introdução do desempenho ambiente como um dos critérios a ser utilizados pelas entidades adjudicantes na definição da proposta economicamente mais vantajosa, no âmbito de um concurso público.

da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (RIO +20), cujo objetivo consiste em transformar a economia global numa economia inclusiva e verde, no contexto de um desenvolvimento sustentável e redução da pobreza.

No que interessa ao nosso tema, o Programa procura um conjunto de práticas e políticas que permitam a negócios e consumidores melhorar o seu entendimento tanto sobre o impacto ambiental das suas atividades, como sobre a gestão desse impacto. Estas práticas e políticas traduzem-se, em incentivos económicos e instrumentos baseados no mercado, como os rótulos ecológicos. Para tanto, as autoridades públicas devem cooperar com parceiros sociais, de negócios e com a sociedade civil, o que nos surge como uma manifestação da importância de uma *nova faceta* da cidadania, uma faceta ambientalmente mais consciente e ativa.

A Cimeira de Cardiff (1998) é um ponto de referência da construção, na Europa, de uma estratégia global para a aplicação do princípio da integração ambiental, presente no art. 11º do TFUE. Embora não seja um princípio tão mediático como, por exemplo, o do poluidor-pagador, assume uma posição central neste domínio. Como todas as atividades humanas produzem impactes ambientais relevantes, este princípio obriga à consideração da proteção ambiental em todas elas, mesmo as que não estejam diretamente ligadas ao ambiente. Os impactes mais significativos devem ser ponderados num momento prévio à atuação propriamente dita, o que reforça a eficácia da proteção.

O Ambiente torna-se, por força deste princípio, um elemento a ter em consideração em todas as decisões. Este princípio é o sintoma mais evidente da renovação ecológica do Direito («ecologização») e evidencia a política do ambiente como uma política transversal a todas as outras – perpassa-as, melhora-as e orienta-as no sentido da sustentabilidade. Assistimos, em resultado, à aplicação dos princípios ecológicos – precaução, prevenção e poluidor-pagador -, devidamente adaptados, às restantes políticas.

Ainda neste âmbito, na esteira de Aragão, o princípio da integração desempenha um papel relevante em matéria de fiscalização. Por força do mesmo, é possível fiscalizar a legalidade de uma qualquer medida à luz dos princípios de política do ambiente. O desrespeito dos mesmos deve ser sancionado. Tal sanção terá que ser justa e adequada, filtrada pelo princípio da proporcionalidade; tempestiva e concreta, para que cumpra as exigências de eficácia e eficiência de qualquer sanção jurídica.

Em síntese, o Direito Europeu encontra-se no rumo do desenvolvimento sustentável de Brundtland, *i.e.*, aquele desenvolvimento que visa satisfazer as necessidades das gerações presentes sem comprometer as possibilidades das gerações futuras. Apontamos um número limitado de marcos de evolução da política europeia que servem diretamente o tema da presente investigação, sem querer olvidar outros marcos de igual importância noutras áreas que encontram ligação com o domínio ambiental⁸. Esta exposição, que iremos encerrar com uma sucinta análise do Ambiente no Tratado de Lisboa, procura esclarecer alguns conceitos e traçar uma cronologia que possa servir de base para ações a implementar em sede de política ambiental em qualquer Estado regido por princípios democráticos e cuja economia seja de mercado.

2.2 O TRATADO DE LISBOA

A União Europeia reconhece o valor intrínseco da educação e dedica-lhe, a par da formação profissional, a juventude e o desporto, o Título XII do TFUE (que integra os artigos 165º, 166º e 167º). Da leitura do dispositivo normativo, concluímos que a UE procura incentivar um ensino de qualidade, marcado pela diversidade cultural e linguística. No nosso entender, o ambiente em particular e as questões da sustentabilidade em geral deve fazer parte dos programas educativos, mesmo ao nível do ensino básico.

No que respeita à defesa dos consumidores, o art. 169º, que compõe o Título XV do TFUE, revela a postura ativa da UE na defesa dos interesses dos consumidores. Tais objetivos são atingidos através de medidas desenhadas a nível europeu, sem prejuízo de, como em qualquer outra matéria, cada Estado-Membro poder ir mais além. Entendemos que o legislador europeu quis evidenciar a importância da informação e da educação enquanto ferramentas que permitem ao consumidor fazer uma escolha consciente e de acordo com as suas reais necessidades. Também, uma escolha que lhe permita exercer os seus direitos de reclamação e ressarcimento que possam ter lugar.

O Ambiente encontra respaldo no Título XX. O objetivo primordial da política europeia, aqui, consiste em alcançar um nível de proteção elevado. Também aqui a educação e a informação desempenham um

8 Para um olhar sobre a vertente jurisprudencial, vide, entre outros, GOMES, Carla Amado, A proteção do Ambiente na Jurisprudência comunitária – Uma amostragem, in MIRANDA, Jorge et al. (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Coimbra, Edições Almedina, Julho de 2010, pp. 43 – 83. A Autora constata a abundância de jurisprudência comunitária no domínio ambiental, uma “*green brick road*” que conhece sobressaltos e avanços que suscitam uma atenção cuidada

papel angular, pois estruturam conhecimentos e fundamentam estilos de vida mais respeitadores da sensibilidade do ambiente. Um olhar pelo dispositivo constitucional português (o art. 66º da CRP) evidencia que o Ambiente - ou melhor, a garantia do direito a um ambiente sadio e equilibrado - é um dever do Estado e um direito do cidadão. Este dever do Estado é acompanhado, pelo menos ao nível ético, pelo dever de cada cidadão exercer a sua cidadania e empenhar-se na criação de um património comum a legar às gerações futuras. Um património composto de recursos naturais, valores, ideais de justiça e igualdade e posturas sustentabilidade (como a «cidadania verde»).

O principal instrumento da UE para apoiar a política europeia do Ambiente é o Programa LIFE (L'Instrument Financier pour l'Environment)⁹. Através deste Programa, a Comissão financia políticas destinadas a enfrentar os desafios ambientais. Do lado institucional, destacamos o papel da Agência Europeia do Ambiente¹⁰, que tem por objetivo a recolha de dados nacionais, com o intuito de auxiliar os Estados-Membros a desenvolver políticas e práticas sustentáveis.

3 O RÓTULO ECOLÓGICO

Diversos estudos¹¹ têm demonstrado que, no momento da decisão de compra, o consumidor privilegia os produtos mais amigos do ambiente, *i.e.*, aqueles produtos que na fase de produção, no decorrer da sua vida útil e/ou no momento de lidar com o resíduo, apresentam um melhor desempenho ambiental quando comparados com os produtos da mesma categoria. Através destes produtos, procura-se fomentar um consumo sustentável, circundado por um ambiente educativo e informativo que permita aos cidadãos tomar decisões conscientes¹². Tal decisão emana do seu poder de compra que deve, na nossa perspetiva, ser instrumentalizado para a proteção do ambiente, entre outros objetivos de caráter sustentável (como, por exemplo, a promoção do emprego e a criação de um modelo sustentável de desenvolvimento da economia).

9 <http://ec.europa.eu/environment/life/>

10 <http://www.eea.europa.eu/pt>

11 Para mais informações: http://ec.europa.eu/environment/eurobarometers_en.html.

12 Para uma análise detalhada do processo de «ecologização» de estilos de vida, no quadro de uma «ecologização» moderna transversal a todos os domínios de atividade e pensamento humano, vide SPAARGEN, G. e COHEN, M., Greening lifecycles and lifestyles: sociotechnical innovations in consumption and production as core concerns of ecological modernisation theory, in MOL, A., SONNENFELD, D. e SPAARGEN, G. (ed.) (2009), *The Ecological Modernisation Reader - Environmental Reform in theory and practice*, New York, Routledge, pp. 257 a 274.

Um instrumento privilegiado para auxiliar o consumidor é o rótulo ecológico¹³. Inserido no produto, atesta que o mesmo se destaca pelo seu desempenho ambiental e apresenta, por isso, uma face ecológica que justifica eventuais custos acrescidos na sua aquisição. Todavia, conscientes desta atitude do consumidor global, as empresas têm introduzido uma nova estratégia de mercado que pode revelar-se bastante prejudicial: o marketing ambiental.

Com o intuito de divulgar e promover a transação de produtos sustentáveis, numa lógica de duplo benefício – para o consumidor, que adquire produtos que respeitam o ambiente, e para o ambiente, que vê os seus recursos melhor aproveitados e a sua sensibilidade respeitada -, o marketing ambiental apresenta ao consumidor um conjunto de argumentos que atestam a suposta qualidade ambiental através do uso, nomeadamente, do rótulo ecológico, influenciando assim a opção de compra. O rótulo trata-se de um símbolo que, per si, atesta o desempenho ambiental do produto e persuade os consumidores a optarem pelos produtos «verdes» - mas nas mãos do marketing ambiental, pode tornar-se um meio promotor da publicidade fraudulenta, ao invés de um símbolo da manifestação da responsabilidade social e ambiental das empresas, preocupadas em desenvolver produtos eco-friendly.

3.1 RÓTULO AMBIENTAL VS. RÓTULO ECOLÓGICO

Embora pareça uma distinção meramente semântica, denominarmos o rótulo como ambiental ou ecológico denuncia uma tomada de decisão quanto às aceções distintas no plano de Direito do Ambiente, no tocante às conceções da ética antropocêntrica e da ética ecocêntrica.

Apoiando-nos em FERRY¹⁴ e Dias, diremos que ambas as perspetivas visam a proteção do ambiente, embora o antropocentrismo veja no centro das questões o ser humano, a sua vida, segurança e saúde; de acordo com o ecocentrismo, o ambiente é um bem tutelado em si mesmo, procurando-se atingir um estado de não-dano ao ambiente que, em segundo plano irá proteger o ser humano¹⁵.

13 Apoiamo-nos em: ARAGÃO, A., A credibilidade da rotulagem ecológica dos produtos, in *RevCedoua*, A. 14, nº 27, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 158.

14 FERRY, L., *A nova ordem ecológica: a árvore, o animal e o homem*, Porto, ASA, 1993.

15 Dias fala-nos de uma terceira perspetiva, a económico-cêntrica, que coloca em primeira linha a continuação da atividade produtiva do Homem, em nome da qual se reclama a necessidade de proteger os recursos escassos. Como aqui também temos a proteção da vida do Homem, esta “pré-compreensão acaba por se reconduzir à pré-compreensão antropocêntrica (...)” – DIAS, J., *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Cadernos do CEDOUA, Coimbra, Almedina, 2002, p. 9.

Por outro lado, os danos ambientais serão aqueles que, atingindo a natureza, também atingem os seres humanos: já os danos ecológicos, causando impactos sobre o património natural, a ecosfera, poderão não se repercutir sobre o ser humano, pelo menos não explicitamente (podemos considerar ser do conhecimento comum que quando e na medida que o ambiente é prejudicado o ser humano também o é).

Neste binómio distinguimos, com Prado Leitão, a rotulagem ambiental da rotulagem ecológica: enquanto a primeira identifica os aspetos do produto que, ao interagirem com a natureza, provocam ou minimizam danos ambientais (que podem repercutir-se para os seres humanos), a rotulagem ecológica preocupa-se com o desempenho ambiental dos produtos, de modo a “causar ou evitar danos ecológicos”¹⁶. O mesmo produto pode ter rótulos simultaneamente ambientais e ecológicos, como os rótulos indicativos da reciclagem. Todavia, prima-se a denominação de «rotulagem ecológica», dada a “dimensão ecológica dos direitos envolvidos neste tipo de rotulagem”¹⁷.

3.2 TIPOS DE RÓTULOS

A ISO 14020, de Setembro de 2000, vem estabelecer os princípios orientadores para o desenvolvimento e uso dos rótulos ambientais e declarações ambientais e tem como objeto principal a gestão ambiental. Neste sentido, define conceitos importantes como rótulo ecológico e ciclo de vida. Auxiliadas por esses princípios, outras normas ISO dedicaram-se a categorias específicas.

Podemos identificar três tipos de rótulos voluntários. A ISO 14024 centra-se no Tipo I – rótulos ecológicos certificados. Nestes, uma organização independente define um conjunto de critérios, cuja transparência e credibilidade é assegurada por meio de certificação por uma terceira parte independente. O Tipo II compreende os rótulos auto-proclamados, tratados na ISO 14021. Por mim temos o Tipo III, que versa sobre as Declarações Ambientais de Produto¹⁸.

16 LEITÃO, M., Rotulagem Ecológica e o direito do consumidor à informação, Brasil, Verbo Jurídico, 2012, p. 34.

17 LEITÃO, M., *idem*, p. 35.

18 A DAP apresenta um conjunto de informação, revista por uma terceira parte independente, relativa aos aspetos e impactes ambientais ao longo do seu ciclo de vida e baseada em informação de ACV. Pode ser complementar com os rótulos de Tipo I, por exemplo, permitindo induzir a definição de critérios ambientais a aplicar a determinada categoria de produto ou serviço.

Os rótulos auto-proclamados (Tipo II) são diversos e espalham-se pelos mercados com um sentido e alcance que, na maioria dos casos se resumem a técnicas de marketing, desprovidas de verdadeira utilidade em prol da luta pela sustentabilidade ambiental. A multiplicidade deste tipo de rótulos apenas promove a confusão e desconhecimento por parte de consumidores que, por seu turno, apenas nutrem desconfiança e fomentam o desinteresse pelo sistema de rotulagem. Esta diversidade conduz-nos à necessidade de criar um rótulo de design e sentido unitários, surgindo como possível resposta, o rótulo ecológico europeu.

3.3 CARACTERÍSTICAS DOS RÓTULOS

Analisamos agora as características dos rótulos. Torna-se ideal uma leitura conjunta das várias disposições do Código da Publicidade Português (CP), cujo regime jurídico foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 330/90, de 23 de Outubro¹⁹, nomeadamente dos seus vários princípios – ilicitude, identificabilidade; veracidade; respeito pelos direitos do consumidor e princípio da livre e leal concorrência – e de várias disposições avulsas, devidamente identificadas em momento próprio.

A rotulagem deve obedecer a um conjunto de princípios derivados de diversos diplomas legais. Na esteira de autores como Aragão²⁰, passamos a identificar esses princípios. Em primeiro lugar, temos o princípio da credibilidade, de acordo com o qual os rótulos têm que ser compreensíveis - e, assim, transmitir informação uniforme e auto-suficiente – e verídicos (art. 10º do CP). O rótulo deve ser capaz de ser comprovado pelo caráter objetivo e mensurável dos critérios de utilização usados na sua criação e gestão e pela pertinência da informação contida.

Uma palavra acerca da objetividade: o texto inserido deve ter por finalidade o reforço da eficácia da informação, nomeadamente através da inserção de um *link* de acesso a portais eletrónicos com dados mais detalhados. Por seu turno, um rótulo deve ter apenas informação útil e pertinente.

Arquitetar um sistemas de rotulagem credível e legítimo cumpre o direito de saber, o direito à informação, que está presente na esfera jurídica de qualquer cidadão por força do constitucionalmente consagrado princípio da igualdade (art. 13º da CRP). Como salienta Morais, “tanto o

19 Entretanto alvo de várias alterações e republicações, sendo a mais recente operada pela Lei 8/2011, de 11 de Abril.

20 ARAGÃO, A., *idem*, 2011.

excesso como a falta de informação podem gerar efeitos e consequências prejudiciais” em diversos aspetos, a salientar desde já o “da perceção do público sobre os riscos dos produtos (...)”²¹.

Colhemos, no nosso ordenamento jurídico, a noção de consumidor do n.º 1 do art. 2º da Lei nº 24/96, de 31 de Julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos direitos do consumidor²², nos termos do qual consumidor é “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”. A publicidade é um ato de comunicação que se desenrola no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, feita por entidades de natureza pública ou privada, e tem como objetivo, com recurso a mensagens explícitas ou subliminares, promover a compra de bens ou serviços, por parte desse consumidor a quem se dirige, bem como a sua adesão a ideias, princípios ou instituições²³.

Uma empresa liga-se ao mercado através da publicidade, nesta investindo somas consideráveis. Os departamentos de marketing empenham-se em veicular mensagens convincentes e estimulantes, que provoquem a adesão do consumidor. Existe um risco sério de a publicidade, motivada por ideias de consumo sem limites, possa tornar-se enganosa, quer quanto ao conteúdo, quer quanto à própria apresentação da mensagem²⁴.

Nos termos do art. 12º, nas suas diversas modalidades e características “ a publicidade não deve atentar contra os direitos do consumidor”. Este artigo, eco do art. 6º da CRP, que consagra a nível constitucional a defesa dos direitos dos consumidores, estimula uma viagem pelos diversos diplomas que concretizam o respeito pelos direitos do consumidor. Destacamos: o DL nº 103/91, de 8 de Março, relativo a centros de arbitragem de conflitos de consumo; o art. 6º do DL nº 115/93, de 12 de Abril, relativo à

21 MORAIS, R., *Segurança e Rotulagem de alimentos geneticamente modificados*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 102.

22 Entretanto alvo de sucessivas alterações, sendo a mais recente operada pela Lei nº 47/2014, de 28 de Julho.

23 Temos aqui os quatro elementos do conceito jurídico de publicidade, colhido do art. 3º do CP: estrutura, objeto, sujeitos e fim. Neste sentido, vide LOUREIRO, J., *Direito do Marketing e da Publicidade*, Seminário, Lisboa, 1985, *apud* CHAVES, R., *Código da Publicidade Anotado*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 22.

24 Para mais desenvolvimentos, vide FALCÃO, D., *O Direito e o Marketing*, Lisboa, Rei dos Livros, Lisboa, 1995, p. 168 e seguintes.

rotulagem de géneros alimentícios para lactentes; ainda os artigos 10º e 11º do Decreto-Regulamentar nº 18/92, de 13 de Agosto, atinentes às menções publicitárias no domínio da caracterização, rotulagem e comercialização das águas minerais. Pedra angular de todo este sistema é, naturalmente, a Lei de Defesa do Consumidor, a já referida Lei 24/96, de 31 de Julho, com todas as suas alterações e atualizações.

4 A FLOR EUROPEIA

O sistema de rotulagem europeu foi instituído pelo Regulamento (CEE) nº 880/92 e pelas Decisões 2000/728 e 2000/729 do Conselho, posteriormente alterado pelo Regulamento (CE) nº 1980/2000. O Regulamento (CE) 66/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, que visa melhorar as regras de atribuição, utilização e funcionamento do rótulo, veio revogar e substituir o Regulamento (CE) 1980/2000, por razões de segurança e clareza jurídica. Este último continuará a aplicar-se aos contratos celebrados antes da entrada em vigor do Regulamento mais recente.

A flor europeia consiste num sistema de rotulagem voluntário que permite aos consumidores europeus, aos Estados-Membros e demais atores, identificarem com facilidade os produtos e serviços ecológicos oficialmente aprovados, *i.e.*, aqueles cujo impacto ambiental é mais reduzido em relação aos produtos do mesmo grupo. Os critérios de atribuição, presentes no art. 6º, são elaborados a partir de dados científicos relativos a todo o ciclo de vida dos produtos. Importa, a este propósito, esclarecer que o desempenho ambiental de determinado produto/serviço é avaliado desde o momento da extração da matéria-prima necessária à sua produção, atravessa o tempo de vida da sua utilização e termina quando se determina a necessidade de lidar com o resíduo gerado, que poderá ser eliminado ou aproveitado.

O sistema do rótulo ecológico europeu deverá ser aplicado no respeito das disposições dos Tratados, nomeadamente o princípio da precaução²⁵. A União Europeia publicou um Guia, no qual razões de diversa ordem são apresentadas para justificar a adesão de determinado produto/serviço ao rótulo ecológico. Destacamos: credibilidade, compreensibilidade, longo-

25 Este princípio propugna um ideal de *in dubio pro ambiente*, ou seja, perante a incerteza acerca da perigosidade de certa atividade para o meio ambiente, cumpre decidir-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor – por outras palavras, o ónus da prova da inocuidade de uma ação em relação ao ambiente é transferido para o potencial poluidor. Neste sentido, ARAGÃO, A., *idem*, 2012, p. 15.

alcance, elevado poder de influência e a vantagem competitiva que atribui, bem como a fidedigna indicação de que aquele produto é mais amigo do ambiente, fator importante na ótica do consumidor²⁶.

Como decorre do R (CE) 66/2010, o rótulo pode ser atribuído a todos os bens ou serviços destinados a distribuição, consumo ou utilização no mercado comunitário. Subtraídos à sua aplicação estão os medicamentos para uso humano, os medicamentos veterinários e os dispositivos médicos. De igual forma, não pode ser atribuído aos produtos que contenham substâncias classificadas pelo R (CE) nº 1272/2008, de 16 de Dezembro, como tóxicas, perigosas para o meio ambiente, cancerígenas ou mutagénicas, ou substâncias abrangidas pelo quadro regulamentar de gestão das substâncias químicas.

O Anexo V do regulamento contém um contrato-tipo relativo às condições de utilização do rótulo. Acrescida de uma taxa no momento da apresentação do pedido, a utilização do rótulo está sujeita ao pagamento de uma taxa anual que, de acordo com o Anexo III, varia de acordo com a dimensão. Embora sejam valores razoáveis, questionamos se poderão constituir um impedimento, mesmo de ordem estratégica, à participação dos diversos operadores económicos.

Compete aos Estados – Membros designar os organismos responsáveis pelo processo de rotulagem a nível nacional, organismos que funcionam de forma transparente e cujas atividades estão abertas à participação de todos os interessados. Responsabilizam-se por verificar regularmente a conformidade do produto com os critérios de atribuição, tendo ainda atribuições na receção de queixas, informação ao público, fiscalização das publicidades falsas ou interdição de produtos (arts. 10º e 13º).

Através da Decisão 2010/709/UR da Comissão, de 22 de Novembro, a Comissão institui o Comité do Rótulo Ecológico da União Europeia, o CREUE, cujos membros são nomeados pela Comissão. É composto por representantes dos Estados-Membros da União Europeia e do Espaço Económico Europeu, bem como por representantes dos organismos nacionais e europeus competentes.

A Comissão consulta o CREUE no momento da elaboração ou da revisão dos critérios e requisitos de atribuição do rótulo. O Comité assume uma importância fulcral enquanto entidade que assegura a participação efetiva dos cidadãos o que reforça, desde logo, a faceta democrática de todo este processo.

26 Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/ecolabel/index_en.htm.

4.1 CUSTOS ACRESCIDOS, CUSTOS JUSTIFICADOS?

A implementação de um rótulo ecológico uniforme a nível europeu exige uma clara definição dos princípios e critérios que norteiam a seleção dos produtos, por forma a garantir a eficácia do sistema. As condições de obtenção devem permitir que diferentes partes possam obter benefícios com a inclusão do rótulo nos seus produtos e serviços.

Importa aqui analisar as conclusões de Benalcazar²⁷. Tendo o ambiente como principal destinatário, o rótulo surge como resultado da constatação da possibilidade de unir dois polos tradicionalmente considerados opostos, o marketing e o ambiente. De facto, e como o comprovam as políticas europeias nesta temática, uma abordagem que aproxima marketing e ambiente é possível e constitui um marco essencial na jornada pela sustentabilidade. A participação dos cidadãos faz-se por intermédio das associações nacionais, cujos representantes têm assento no referido CREUE.

Os beneficiários do rótulo não ficam isentos de outras disposições europeias, quer sejam ou não relacionadas com o meio ambiente. Além do princípio da precaução, o rótulo deve cumprir também as demais condições aplicáveis aos diferentes produtos na mesma categoria. Podemos citar, como exemplo, a Diretiva 92/75/CEE, em matéria de rotulagem energética.

Todavia, a benignidade da flor europeia pode ser facilmente esquecida se retomarmos as preocupações com o marketing ambiental. De facto, o risco de *greenwashing*²⁸, ou seja, do desvio do argumento ecológico, de se conferir uma roupagem verde a produtos unicamente para conquistar mercado. Não se verificando a sua real bondade ambiental, é bastante real. Também Masson nos fala desta “desinformação verde”, um suspeito verniz verde que recai sobre os produtos cujo desempenho ambiental nunca chega a ser verdadeiramente comprovado²⁹.

27 BENALCAZAR, I., *Le Label écologique: le consommateur au secours de l'environnement*, Petits affiches, n.º 203, Outubro de 2011.

28 A GreenPeace, reconhecida ONG ambiental, tem-se assumido particularmente ativa no combate ao *greenwashing*: <http://www.stopgreenwash.org>.

29 MASSON, D., *La publicité peut-elle devenir éco-compatible?*, in *La société de consommation face aux défis écologiques*, Problèmes politiques et sociaux, La documentation Française, n.º 954, Novembro de 2008.

Noutro ponto, os custos apresentados pelas taxas de candidatura e utilização poderão justificar-se pelo novo mercado a que o rótulo ecológico garante acesso? As empresas precisam, num cenário de crise como este que atravessamos, de garantias. Cumpre aqui recordar que o sistema da flor europeia é voluntário, logo, as empresas são livres de não se candidatarem nem submeterem os produtos a um crivo de critérios científicos e auditorias rigorosas, em troca de uma despesa (as referidas taxas) sem retorno. O *pay-off*, a rentabilidade, pode não compensar. Acresce que a flor europeia ainda é pouco conhecida pelo público em geral.

O rótulo proporciona a um produto o acesso ao mercado comum com melhor posicionamento. Além disso, tem o mérito de aliar as preocupações dos consumidores com as estratégias das empresas. Por isso, apresenta-se como uma ferramenta que, além das vantagens económicas, reforça e evidencia o papel do cidadão, enquanto consumidor, educador, fonte de exemplo e responsável para e pelas gerações futuras. Através do seu poder de compra, deve exercer pressão sobre as empresas para melhorarem os seus métodos de produção, rumo a uma produção inteligente, sustentável e eficiente.

4.2 CRÍTICAS

O Regulamento aqui em análise apresenta algumas insuficiências e fragilidades, que cumpre agora apresentar.

Em primeiro lugar, nada fica dito acerca das embalagens dos produtos. Devemos presumir que se encontram abrangidas por este Regulamento? Outro pensamento alerta-nos para a ausência de disposições acerca do transporte dos produtos. Na lógica da análise do ciclo de vida, o transporte é fator importante a ter em conta na determinação do desempenho ambiental dos produtos.

Depois, a questão dos resíduos. Estes apenas são referidos enquanto elemento presente na elaboração dos critérios científicos que um produto terá que cumprir para que seja concedido o rótulo. Todavia, existe uma distinção fulcral a fazer neste domínio entre a eliminação e a valorização dos resíduos, que a flor europeia deve acompanhar.

A importância deste ponto é evidente se pensarmos que o consumidor poderá escolher um produto cujo rótulo indique o resíduo futuro pode ser valorizado, o que contribui para um elevado desempenho ambiental. A flor europeia deveria ser colocada em produtos que permitam a valorização do resíduo, bem como naqueles cuja eliminação é total e o menos inócua possível para o ambiente.

No campo das sanções, o n.º 5 do art. 10º do Regulamento ordena que seja retirado o rótulo dos produtos que deixem de cumprir os critérios com base nos quais o mesmo lhes foi conferido. Todavia, e quando o particular deixa de proceder ao pagamento da taxa anual? Ou reincide no uso abusivo do rótulo?

O Regulamento delega, através do art. 17º, a competência para elaborar sanções para os Estados-Membros, preocupando-se em evidenciar que essas sanções devam passar por um duplo crivo, o da efetividade e o da proporcionalidade, possuindo ainda um necessário caráter dissuasivo. As sanções financeiras, embora cumpram o requisito de serem dissuasivas, pecam pela falta de um propósito pedagógico e/ou incentivador da mudança de comportamento. O infrator limitar-se a pagar a quantia financeira a título de coima ou pena de multa caso o legislador decida revestir de dignidade penal os bens jurídicos aqui a tutela, como o sejam a confiança, a informação, entre outros. Não obstante, as sanções financeiras apresentam versatilidade no seu quantum, pelo que cumprem o requisito da proporcionalidade. Assim sendo e aqui chegados, consideramos que a sanção financeira deve existir e ser acompanhada por uma sanção acessória como, por exemplo, a obrigatoriedade de frequência de cursos e ações formativas sobre a sustentabilidade.

O último apontamento dirige-se à publicidade comparada. O sistema de rotulagem baseia-se numa lógica de comparação entre produtos que têm o rótulo dos que não o têm – cairá esta lógica na categoria ilegítima de publicidade comparada?

A legislação europeia protege os consumidores e os profissionais que exercem uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal contra a publicidade enganosa e as suas consequências desleais. Este é o âmbito de aplicação da Diretiva 2006/114/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro. Revoga a Diretiva 84/450/CEE e para a sua redação foi um contributo importante a proposta de diretiva sobre a publicidade comparativa, publicada no Jornal Oficial nº C 180/14, de 11 de Julho de 1991.

O facto é que o rótulo é apenas outro símbolo apostado na embalagem do produto. Nos meios de comunicação social, bem como nos restantes veículos de informação e publicidade, o rótulo poder encarado como um plus do produto, uma vantagem extra que justifica um (porventura) acrescido preço de aquisição. Todavia, o sistema é voluntário, pelo que determinada empresa poderá, por razões diversas, não candidatar-se à flor europeia. A dúvida fulcral transfigura-se nos seguintes termos: como

asseguramos que os produtos não abrangidos pela flor europeia não têm igual (ou melhor...) desempenho ambiental que os produtos da mesma categoria que têm o rótulo ecológico?

5 CIDADANIA AMBIENTAL

A rápida evolução tecnológica que estandardizou estilos de vida e massificou a produção traduziu-se na criação de uma sociedade de consumo em diversas frentes insustentável, caracterizada pelo consumo desenfreado e ilimitado. Os cidadãos desta sociedade, convertidos pelo marketing e pela publicidade, compram o que são induzidos e pensar que precisam, mas não o que verdadeiramente necessitam. Acresce que o preço pago por um produto / bem / serviço raras vezes reflete o custo real do mesmo. Pressionadas pela crise económica e financeira, empresas e distribuidoras tendem a ocultar os custos ambientais do produto, de forma a apresentar um preço atrativo que não é representativo do seu real custo.

Estas constatações alertam-nos para a necessidade da criação de uma política de proteção do consumidor, teoricamente construída a par de uma política de proteção do ambiente³⁰. A nossa sociedade, global nos seus mercados e industrial na sua produção, apresenta a patologia de falta de proteção dos cidadãos e do ambiente face ao problema civilizacional da escassez dos recursos naturais e da ausência de uma ética do consumidor que coloque em primeira linha valores fundamentais como a liberdade do cidadão e a sustentabilidade do ambiente.

Como decorre dos arts. 60^o e 66^o da CRP, ambas as proteções, traduzidas em políticas de defesa (que superam o manto de retalhos de artigos e disposições dispersas que, indiretamente, se dedicam ao consumidor e ao ambiente) têm dignidade constitucional e têm sido alvo de dedicação por parte do legislador europeu. Na ordem jurídica portuguesa, destaca-se a Lei 19/2014, de 14 de Abril, a nova Lei de Bases da Política do Ambiente e a já referida Lei de Defesa do Consumidor. Trata-se de criar uma “política unitária, coerente e eficaz”, a qual, “através de uma ação dinâmica, complexa e multifacetada” e de “medidas articuladas, integradas e eficazes”, ou seja, “meios idóneos e eficazes”, conjugue

30 Pinto Monteiro dedicou um artigo a esta proposta, que aqui analisamos de perto. A este propósito vide MONTEIRO, A., O papel dos consumidores na política ambiental, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 72, Coimbra, 1996.

o esforço de cidadãos, empresas e o os Estados na prossecução de uma “causa comum” – o nosso futuro³¹.

Com as noções de consumidor e publicidade em mente, lancemos um olhar sobre o marketing ambiental. Nascida da preocupação em promover produtos, bens e serviços mais amigos do ambiente, esta estratégia de mercado pode revelar-se fraudulenta e altamente prejudicial para o consumidor e para o ambiente. Uma das formas de proteger o consumidor materializou-se através da consagração do direito à informação do consumidor, assim se esbatendo a distância entre produtor/fornecedor e o consumidor dos produtos e bem pelos primeiros produzidos/fornecidos.

Com a sua proteção, procura-se que o consumidor esteja em condições de fazer uma escolha “livre, racional, fundada em conhecimento sólido”³² das características dos bens e que respeite as suas reais necessidades de consumo. Importa vingar este direito à informação, pois esta detém um poder de persuasão inegável que influencia a capacidade de discernimento e o comportamento humano. Dotado das informações necessárias, o consumidor fará uma escolha racional, equilibrada e mais amiga do ambiente. A sua auto-determinação sai protegida e fortalecida.

A outra face do direito à informação mostra-nos o dever que surge na esfera jurídica do produtor/fornecedor de satisfazer esse direito. Quem até então se apresentou como o detentor único e exclusivo das informações acerca do fabrico e das características do produto, tem agora o dever de satisfazer o direito à informação do consumidor. O direito à informação ambiental é um dos três pilares da Convenção de Aarhus, direito que alguns autores identificam como um direito humano³³. Neste ponto, leia-se o n.º

31 MONTEIRO, A., *idem*, p. 384. A Lei nº 19/2014, de 14 de Abril define as bases e os objetivos da política do ambiente. Oferece um conceito funcional de cidadania ambiental: dever de contribuir para a criação de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e, na ótica do uso eficiente dos recursos e tendo em vista a progressiva melhoria da qualidade de vida, para a sua proteção e preservação” (n.º 2 do art. 8º). Assim se cumpre o dever de proteger, preservar e respeitar o ambiente, indissociavelmente ligado ao direito do ambiente (n.º 2 do art. 5º). Os princípios a que as políticas públicas ambientais estão subordinadas estão definidos no art. 4º, dos quais destacamos: educação ambiental (alínea d) e informação e participação (alínea e). Promove-se a cidadania participativa e a responsabilização, tendo em vista a proteção e a melhoria do ambiente; uma cidadania que prevê, entre outros, o direito pleno de intervir na elaboração e no acompanhamento da aplicação das políticas ambientais.

32 LEITÃO, M., *idem*, p. 51.

33 CRAMER, B., The human right to information, the environment and information about the environment: from Universal Declaration to the Aarhus Convention. *Communication Law and Policy*, Mahwah, NJ, v. 14, nº 1, 2009, p. 73 – 203.

2 do art. 60º da CRP, que consubstancia, segundo VIEIRA DE ANDRADE, uma garantia fundamental, indispensável à proteção dos consumidores³⁴.

Um consumidor informado será um consumidor sensibilizado para as questões em torno da proteção do ambiente. Consciente que, ao orientar o seu poder de compra em direção a produtos amigos do ambiente (no método de produção, no seu desempenho e também no tratamento aplicável aos seus resíduos), forçará empresas a investirem em tecnologias e *know-how* que visem reduzir e otimizar o consumo de energia e matérias-primas. Visa-se, portanto, a educação e esclarecimento dos cidadãos, com vista a torna-los agentes ativos da luta pelo ambiente, organizados em associações, participados e empenhados.

Pese-se o seguinte argumento: todas as políticas (ambientais, mas não só) devem convergir no sentido do hipoconsumo, ou seja, um “consumo moderado, de forma duradoura, que prolonga ecologicamente a vida dos produtos, dentro de uma evolução dos níveis de consumo até à ausência total de qualquer consumo material – o desconsumo”³⁵.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(Todos os links foram consultados pela última vez a 29 de Junho de 2015)

ARAGÃO, A., A credibilidade da rotulagem ecológica dos produtos, in *RevCedoua*, A. 14, nº 27, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

ARAGÃO, A., Direito Comunitário do Ambiente, cadernos CEDOUA, Almedina, Coimbra, disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/15282/1/cadernos%20CEDOUA%20direito%20comunitario%20_Parte%20I_.pdf;

ARAGÃO, A., O princípio do nível elevado de proteção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos, Coimbra, Almedina, 2006;

ARAGÃO, A. e OLIVEIRA, F. e CONDE, A., Educação Ambiental e urbana para o desenvolvimento sustentável, in *RevCedoua*, nº 33, Ano XVII, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 125 a 136;

BENALCAZAR, I., Le Label écologique: le consommateur au secours de l'environnement, *Petits affiches*, n.º 203, Outubro de 2011;

34 VIEIRA DE ANDRADE, J., Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v- 78, 2002, pp. 43-64.

35 ARAGÃO, A., O princípio do nível elevado de proteção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos, Coimbra, Almedina, 2006.

- CRAMER, B., The human right to information, the environment and information about the environment: from Universal Declaration to the Aarhus Convention. *Communication Law and Policy*, Mahwah, NJ, v. 14, nº 1, 2009, p. 73 – 203;
- DIAS, J., *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Cadernos do CEDOUA, Coimbra, Almedina, 2002;
- FALCÃO, D., *O Direito e o Marketing*, Lisboa, Rei dos Livros, Lisboa, 1995;
- FERRY, L., *A nova ordem ecológica: a árvore, o animal e o homem*, Porto, ASA, 1993;
- GOMES, Carla Amado, A proteção do Ambiente na Jurisprudência comunitária – Uma amostragem, in MIRANDA, Jorge et al. (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Coimbra, Edições Almedina, Julho de 2010, pp. 43 – 83;
- GRAU CREUS, Mireia, Política Medioambiental: la formación de la Agenda Gubernamental en el Estado Español, in VICENTE GIMÉNEZ, Teresa (coord.), *Justicia Ecológica y protección del medio ambiente*, Espanha, Editoria Trotta, 2009, pp. 83 – 98;
- HOBSBAWM, E., *Globalização, Democracia e Terrorismo*, Lisboa: Editorial Presença, 2007;
- LEITÃO, M., *Rotulagem Ecológica e o direito do consumidor à informação*, Brasil, Verbo Jurídico, 2012;
- LOUREIRO, J., *Direito do Marketing e da Publicidade*, Seminário, Lisboa, 1985, *apud* CHAVES, R., *Código da Publicidade Anotado*, Coimbra, Almedina, 2006;
- MASSON, D., La publicité peut-elle devenir éco-compatible?, in *La société de consommation face aux défis écologiques, Problèmes politiques et sociaux*, La documentation Française, n.º 954, Novembro de 2008;
- MORAIS, R., *Segurança e Rotulagem de alimentos geneticamente modificados*, Rio de Janeiro, Forense, 2004;
- SPAARGEN, G. e COHEN, M., Greening lifecycles and lifestyles: sociotechnical innovations in consumption and production as core concerns of ecological modernisation theory, in MOL, A., SONNENFELD, D. e SPAARGEN, G. (ed.) (2009), *The Ecological Modernisation Reader – Environmental Reform in theory and practice*, New York, Routledge, pp. 257 a 274;
- VIEIRA DE ANDRADE, J., Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v- 78, 2002, pp. 43-64;

