
EJUSE
ESCOLA JUDICIAL
DO ESTADO DE SERGIPE

REVISTA DA EJUSE

Revista da EJUSE N° 25, 2016

©REVISTA DA EJUSE
ISSN 2318-8642

Conselho Editorial e Científico
Direção Editorial: Juiz José Anselmo de Oliveira
Membros: Juiz João Hora Neto
Juiz Francisco Alves Júnior
Juíza Suzete Ferrari Madeira Martins
Juíza Rosa Geane Nascimento Santos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade
José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Daniela Patrícia dos Santos Andrade
Revisão: Ronaldson Sousa e José Mateus Correia Silva
Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares
Impressão: Gráfica e Editora Liceu Ltda.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Judicial do Estado de Sergipe
Centro Administrativo Desembargador Antonio Goes
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-080- Aracaju – Sergipe
Tel. (79) 3214-0115. Fax: 3214-0125
http: wvw.tjse.jus.br/ejuse
e-mail: ejuserevista@tjse.jus.br

R454 Revista da Ejuse.
Aracaju: EJUSE/TJ, n° 25, 2016.

Semestral

1. Direito - Períodico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



COMPOSIÇÃO

Diretor
Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico
Desembargador José dos Anjos

Coordenadora Administrativa
Luciana Rocha Melo Muniz

Coordenadora de Cursos Externos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade

Coordenadora de Cursos para Magistrados
Laís Machado Ramos

Coordenadora de Cursos para Servidores
Ana Patrícia Prado Santana Campos

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....11

DOUTRINA.....13

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E AS NORMAS FUNDAMENTAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Ana Lúcia Freire de Almeida dos Anjos.....15

RETOMANDO A DISCUSSÃO ACERCA DO DIREITO À EDUCAÇÃO
Alexis Magnum Azevedo de Jesus.....39

POLUIÇÃO SONORA: DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA
Camila Costa Almeida.....55

MEIOS EXTRAJUDICAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
Rodrigo Vasconcelos Lima.....79

O NÃO CONFISCO TRIBUTÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A CONSTRUÇÃO DE UM CONTEÚDO MÍNIMO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
Fabrício Emmanuel Lima Santos.....101

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 140/2015 QUE PROPÕE O REESTABALECIMENTO DA CPMF
Felipe Nascimento de Oliveira.....139

O DIREITO CONSTITUCIONAL AO FIM DA VIDA DE FORMA DIGNA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO BIOPODER
Flávio Cardozo de Albuquerque Filho.....163

LEI MARIA DA PENHA: ASPECTOS PENAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
Isadora Waleska Oliveira Santos.....209

INTERVENÇÃO FEDERAL – UMA MEDIDA DE EXCEÇÃO
Marcelo Neres dos Santos.....231

O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES
Pamela Ferreira Almeida.....247

O PRECEDENTE VINCULANTE FORMADO A PARTIR DA *RATIO DECIDENDI* NAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E O MECANISMO DE CONTROLE À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Romário Jesus de Oliveira.....265

INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO
Tirzah Míriam Costa Dias.....283

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: CRÍTICAS À CONCRETIZAÇÃO DESTES DIREITOS PELO PODER JUDICIÁRIO
Vivien Félix Silva.....325

AS REGIÕES METROPOLITANAS E A (IN)VIOLABILIDADE DA AUTONOMIA MUNICIPAL
Silvia Emanuelle de Almeida Ramos.....359

APRESENTAÇÃO

A Escola Judicial de Sergipe (Ejuse), em contínuo aprimoramento de suas atividades, ofertou à comunidade jurídica o seu primeiro Curso de Pós-Graduação, e o fez justamente na seara do Direito Constitucional.

Fruto de um trabalho diário e de dedicação permanente por todos que se viram envolvidos por um ambiente de excelência e profissionalismo, do início ao seu final, o Curso atinge agora seu ápice com a publicação desta edição especial da *Revista da Ejuse*, de número 25.

Trata-se de uma coletânea de artigos jurídicos de autoria de alguns dos 45 (quarenta e cinco) alunos que concluíram com gáudio a Pós-Graduação, integrantes de uma turma coesa, densa em conteúdo e riquíssima no propósito de aprofundar conhecimentos jurídicos e, assim, contribuir positivamente para a sempre almejada correta compreensão do Direito.

A sociedade jurídica sergipana recebe, com esta edição especial da *Revista da Ejuse*, uma inestimável contribuição técnica para os aplicadores do direito e uma excelente fonte de pesquisa para todos aqueles que desejam entender os diversos institutos jurídicos que são aqui minuciosamente trabalhados.

Os 14 (quatorze) artigos jurídicos que abrilhantam a Revista decorrem de uma produção acadêmica embasada nos debates verificados por ocasião dos módulos que integraram o Curso de Pós-Graduação, pelo apurado conteúdo doutrinário e, ainda, pela experiência vivenciada por ocasião da defesa em bancas de avaliação do trabalho de conclusão.

Os artigos enveredam pela análise jurídica de temas relacionados à educação, aos princípios constitucionais processuais e normas fundamentais no novo Código de Processo Civil, à poluição sonora, ao não confisco como direito fundamental, à (in)constitucionalidade da PEC 140/2015 e ao direito constitucional ao fim da vida de forma digna.

Ainda, fazem aprofundados estudos relativos à Lei Maria da

Penha, no que pertine aos aspectos penais à luz da Constituição, bem como discorrem acerca da Intervenção Federal, do ativismo judicial, dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, como também do precedente vinculante formado a partir da *ratio decidendi* nas ações de constitucionalidade e o mecanismo de controle à luz do novo Código de Processo Civil.

De forma igualmente destacada e com o necessário aprofundamento jurídico, adentra-se também no exame dos instrumentos processuais de controle da inconstitucionalidade por omissão, da colisão entre direitos fundamentais nas relações privadas e, por fim, em trabalho de forte contribuição ao direito administrativo, lança luzes ao tema relativo às regiões metropolitanas e a (in)violabilidade da autonomia municipal.

A coletânea que integra a *Revista da Ejuse* de nº 25, portanto, simboliza o coroamento de extensos estudos e debates jurídicos, tanto dos autores dos artigos que aqui se publicam, como dos ilustres pós-graduados que igualmente contribuíram e produziram seus trabalhos de conclusão de curso e que, por certo, lançarão com suas publicações posteriores novas perspectivas sobre os diversos temas também pesquisados e de valorosos conteúdos técnico-jurídicos.

A minha emoção e o meu orgulho de ter acompanhado todo o Curso e presenciado a dedicação de alunos e professores na excelência de sua realização, somente se iguala à honra de promover a apresentação desta Revista, cujo destinatário e maior beneficiado será a comunidade jurídica, local e nacional, que a partir deste momento contará com mais um instrumento de estudo e pesquisa.

Em conclusão, parabenizo a Ejuse, por seu Diretor Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto, servidores, professores e, de modo especial, meus queridos alunos que, com suas contribuições, permitiram que esse sonho se tornasse realidade.

Aproveitem todos a leitura desta nossa edição especial.

Juiz Marcos de Oliveira Pinto
Mestre em Direito
Professor de Pós-Graduação da Ejuse
Coordenador do Curso de Pós-Graduação da Ejuse

DOUTRINA

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E AS NORMAS FUNDAMENTAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ana Lúcia Freire de Almeida dos Anjos*

RESUMO: Este trabalho traz um estudo a respeito dos princípios e a sua evolução através dos tempos até alcançar a sua condição de norma jurídica, passando, juntamente com as regras, a constituir espécie daquele gênero. Tece considerações a respeito de como os princípios se apresentam de forma destacada no sistema jurídico brasileiro, diferentemente do que ocorria no passado, quando desempenhavam função unicamente auxiliar e subsidiária na aplicação do direito. Aborda os princípios e as regras na visão de Dworkin e Alexy e a resolução dos conflitos existentes entre eles. Analisa a visão principiológica do Direito Processual Constitucional e identifica os princípios constitucionais processuais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ao final, enfatiza e comenta sobre a importância dos princípios no âmbito processual, especialmente em relação ao Novo Código de Processo Civil, que traz em seu primeiro capítulo as normas fundamentais do processo civil, estabelecendo em seu artigo 1º que ele será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Constituição. Processo.

1 INTRODUÇÃO

Os princípios se apresentam de forma destacada no sistema jurídico brasileiro, possuindo, alguns deles, matriz constitucional.

Diferentemente do que ocorria no passado, quando desempenhavam função unicamente auxiliar e subsidiária na aplicação do direito, hoje os princípios são vistos como normas jurídicas, estabelecendo, como

* Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Juíza Titular da 9ª Vara Cível da Comarca de Aracaju. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe (Ejuse). Graduada pela Universidade Federal de Sergipe.

as regras, o seu papel de destaque. As regras e os princípios, portanto, integram as normas jurídicas.

A base teórica da diferenciação entre normas e princípios coube ao pós-positivismo destacando-se as lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy, dentre outros.

A visão dos princípios como norma e a grande importância dos princípios constitucionais no âmbito processual, levaram o Novo Código de Processo Civil a trazer em seu primeiro capítulo as normas fundamentais do processo civil, estabelecendo que ele será disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as suas disposições.

O novo Código traz, assim, um verdadeiro sistema de princípios que se agregam às regras instituídas, gerando uma leitura constitucional do processo.

2 PRINCÍPIOS

2.1 CONCEITO

A palavra "princípio" deriva do latim *principium.* Tem-se por princípio o que está no princípio, no começo, no início, na origem ou como fonte inspiradora da formação de normas jurídicas.

Para Luís-Diez Picazo, *apud* Bonavides (2014, p. 260) a ideia de princípio deriva da linguagem de geometria, "onde designa as verdades primeiras", considerando que exatamente em razão dessa premissa, são *princípios*, "porque estão no princípio", constituindo-se "as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*".

Ainda citando Luís-Diez Picazo ao invocar o pensamento do jurista espanhol F. de Castro, Bonavides (2014, p. 261) menciona que "os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validez e obrigatoriedade".

Trazendo um outro conceito, desta feita, formulado pela Corte Constitucional italiana em uma de suas primeiras decisões, no ano de 1956, Bonavides (2014, p. 261) afirma:

> Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

Analisando esses conceitos, Bonavides (2014, p. 262) aponta um defeito capital em todos eles ao dizer:

> Observa-se um defeito capital em todos esses conceitos de princípio: a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade.

Para Bonavides (2014, p. 262), o traço normativo dos princípios afirmado de forma categórica e precursora, somente será encontrada na conceituação formulada por Crisafulli, no ano de 1952, a saber:

> Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), dos quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

A análise conceitual dos princípios e a sua visão dentro do ordenamento jurídico são de grande importância para o constitucionalismo contemporâneo. Nessa grade de ideias, faz-se necessário buscar a sua origem dentro do sistema normativo.

2.2 NORMATIVIDADE

As normas jurídicas são divididas em normas constitucionais e normas infraconstitucionais. São normas constitucionais aquelas decorrentes do processo de elaboração da Constituição pelo Poder Constituinte Originário, e as que venham a ser inseridas pelo Poder Constituinte Reformador ou Derivado. Existem, ainda, as normas infraconstitucionais, que subdividem em atos normativos primários e atos normativos não-primários.

Uma grande mudança de paradigma ocorreu no transcorrer do século XX momento em que a norma constitucional assumiu a função de norma jurídica, superando, assim, o modelo acolhido na Europa onde a Constituição era vista com caráter eminentemente político prevalecendo a centralidade da lei e a superioridade do Parlamento, impossibilitando o controle judicial de seus atos.

A força normativa da Constituição sobreveio, assim, após a Segunda Guerra Mundial, ao adotar o modelo americano caracterizado por assegurar a sua supremacia e a sua proteção através de mecanismos de controle de constitucionalidade.

A Constituição, pois, do ponto de vista jurídico, revela-se, no dizer de Cunha Júnior (2014, p. 121), como "um conjunto de normas jurídicas suficientemente aptas para regular todos os fenômenos da vida política e social".

Essas normas jurídicas, portanto, após um longo processo evolutivo, consolidaram-se em um gênero que traz em si as regras e os princípios, cuja distinção se apresenta de grande relevância no que se refere às normas constitucionais.

Os princípios, na teoria jurídica tradicional, como dito, apresentavam-se, na verdade, com uma função unicamente auxiliar ou subsidiária na aplicação do Direito. Com o pós-positivismo e assunção do novo Direito Constitucional do pós-guerra, passaram a ser reconhecidos como normas, fazendo cair por terra a distinção outrora existente entre normas e princípios.

> Cunha Júnior (2014, p. 126), ao tratar da teoria jurídica tradicional no Direito Brasileiro, em razão da função meramente auxiliar ou subsidiária dos princípios em sua aplicação, enfatiza:

> Nesse sentido, os princípios não eram vistos como normas jurídicas, mas apenas como ferramentas úteis para a sua integração e aplicação. Eram uma categoria à parte, marginalizada e relegada à importância secundária. Esta posição reduzida dos princípios, entre nós, foi claramente adotada por nosso sistema jurídico positivado como se observa da leitura do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC, Decreto-lei 4.657/42: *'Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito)'*.

Os princípios, pois, como as regras, passaram a integrar as normas jurídicas, sendo estas o gênero de que aqueles são espécies.

2.3 OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS NA VISÃO DE DWORKIN E ALEXY

Por meio dos estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, os princípios passaram a ser vistos como dotados de dignidade normativa e, juntamente com as regras, tornaram-se espécies do gênero norma, apresentando esses doutrinadores a distinção entre as espécies normativas.

Para Dworkin, as regras e os princípios se assemelham, uma vez que ambos estabelecem obrigações jurídicas, contudo, enquanto as regras são aplicáveis ou por inteiro ou em nada, ou seja, no modo de "tudo ou nada" ou "*an all or nothing*", os princípios não ensejam consequências jurídicas imediatas decorrentes do texto normativo em razão do fato. Estes possuem a dimensão do peso, daí os conflitos devem ser resolvidos levando-se em consideração o peso de cada um.

Em seus estudos, Alexy consagra que os princípios e as regras se diferenciam qualitativamente. Assim, os princípios, para Alexy (*apud* MENDES, 2015, p. 74), "são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes", já as regras "[...] determinam algo". "Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos".

Para Alexy *apud* BARROSO (2015, p. 242), então, "as regras contêm determinação no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isso

significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau".

A Constituição, pois, contém regras e princípios, apresentando-se como um sistema normativo aberto, o que traz maior segurança na aplicação das normas. Nesta esfera, afirma MENDES (2015, p. 75):

> Um modelo feito apenas de regras prestigiaria o valor da segurança jurídica, mas seria de limitada praticidade, por exigir uma disciplina minuciosa e plena de todas as situações relevantes, sem deixar espaço para o desenvolvimento da ordem social. O sistema constitucional não seria aberto. Entretanto, um sistema que congregasse apenas princípios seria inaceitavelmente ameaçador à segurança das relações.

Traz a Lei Maior, de forma expressa, a teoria da *força normativa dos princípios*, nela traduzindo não só os direitos fundamentais previstos em seu art. 5º como outros decorrentes do regime e dos princípios que forem por ela adotados, ou, ainda, de tratados internacionais em que o Brasil for parte (art. 5º, § 2º, CF).

3 VISÃO PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Através do processo se materializa a função jurisdicional, e, através dele o cidadão busca a proteção do Poder Judiciário para fazer valer os seus direitos e garantias constitucionais assegurados pela Lei Maior.

A discussão a respeito da denominação desse ramo do direito aponta a existência de distinção entre direito constitucional processual e direito processual constitucional. A doutrina diverge em relação à nomenclatura a ser utilizada. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, citado por DANTAS (2015, p. 8) afirma que o *direito processual* refere-se "ao elenco de normas e princípios processuais consagrados e tutelados no texto constitucional", enquanto o *direito processual constitucional* reflete "o elenco de normas e princípios processuais que tem por finalidade regular a jurisdição constitucional".

Em relação a esse entendimento, diz DANTAS (2015, p. 9):

> Para essa corrente, em suma, o direito constitucional processual teria por objeto específico o estudo dos princípios e regras, contidos na Constituição, que disciplinam o processo. Já o direito processual constitucional teria por objeto o estudo da denominada jurisdição constitucional e que compreende, como veremos melhor oportunamente, as normas relativas ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, e também a tutela de direitos fundamentais.

De outra banda existem aqueles que consideram que não há dicotomia entre os dois ramos do direito afirmando que as matérias afeitas ao direito constitucional processual se inserem no direito processual constitucional, pertencendo, portanto, a esse ramo do direito.

Seguindo essa linha de interpretação, e à qual também me filio, DANTAS (2015, p. 9), considera que "o direito processual constitucional tem por objeto o estudo sistemático dos princípios e regras constitucionais que tratam do processo", encontrando-se nele inseridos, os princípios constitucionais processuais, as normas relacionadas à organização do Poder Judiciário, como, também, "o conjunto de normas que tratam da chamada jurisdição constitucional, e que tutelam as liberdades públicas e disciplinam o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos instituídos pelo Poder Público".

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 seguiu a tendência das Constituições modernas, ao prever normas, assim considerados princípios e regras, de conteúdo processual, estabelecendo, assim, os chamados *princípios constitucionais processuais*.

Tais princípios vêm previstos no art. 5º da Constituição Federal, no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais destacando-se no campo do Direito Processual Civil, os princípios do devido processo legal, da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, da segurança jurídica, da

inafastabilidade da jurisdição, da proibição de prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição, da motivação das decisões e da duração razoável do processo.

3.1.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Inspirado no direito norte-americano, com base na garantia do *Dwo Process of Law,* o princípio do devido processo legal surge no Brasil, vagamente e de forma imprecisa na Constituição de 1824, com base no processo criminal, integrando a partir daí, timidamente, todas as demais Constituições pátrias, tendo sido consagrado expressamente na Constituição Federal de 1988, especificamente em seu art. 5º, inciso LIV, o qual assegura que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Considerado como o princípio de maior relevância no ordenamento jurídico e uma das mais relevantes garantias do direito constitucional, o devido processo legal, também apontado como "Super Princípio", consegue englobar todos os demais princípios processuais.

Apresenta, assim, o princípio do devido processo legal como seus destinatários os Poderes Legislativo Executivo e Judiciário, conforme lições de Marinoni (Marinoni *et al,* 2015, p. 620), ao afirmar:

> O seu primeiro destinatário é o legislador, o qual tem como tarefa concretizá-lo mediante a promulgação de normas processuais. O administrador judiciário tem o dever de organizar estruturalmente o Poder Judiciário a fim de capacitá-lo a cumprir com a sua função de tutela jurisdicional efetiva dos direitos. O direito ao processo justo, portanto, também tem como destinatário o administrador. O juiz é obrigado a interpretar as normas em conformidade com o direito fundamental ao processos justo e, sendo o caso, tem, inclusive, o dever de densificá-lo *diretamente* (art. 5º, § 1º, da CF). Trata-se de comando cujo fundamento reside na necessidade de observar a *hierarquia* existente entre Constituição e legislação infraconstitucional.

Analisado no sentido formal, ou sob o ponto de vista processual,

o princípio do devido processo legal tem por fundamento garantir a qualquer pessoa um julgamento com base em normas previamente previstas, ou seja, em obediência a um processo ditado pela lei como devido.

Sob o aspecto substantivo, apresenta-se para garantir um julgamento justo e adequado.

Não se pode perder de vista, pois, que o princípio do devido processo legal tem por finalidade proteger o indivíduo da perda de sua liberdade ou de seus bens, sem que exista previamente um processo legítimo e sob a intervenção do Poder Judiciário.

3.1.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Também denominado de princípio da isonomia e da paridade de armas, o princípio da igualdade assegura o tratamento isonômico aos cidadãos, sendo previsto no art. 5º da Lei Maior ao dispor que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes".

Conquanto, de início, possa se ter em mente, que não se trata, em sua essência, de um princípio constitucional processual, não se pode perder de vista que o princípio da igualdade reflete sobremaneira no processo, na medida em que imprime, não só ao legislador ou particulares, mas, também, ao aplicador do direito, o tratamento igualitário a todos os envolvidos.

Não se pode olvidar, ainda, que embora prevendo alguns privilégios processuais, essa previsão reflete, em verdade, a busca da igualdade material, a exemplo dos prazos diferenciados concedidos ao Ministério Público, à Fazenda Pública, à Defensoria Pública, dentre outras distinções processuais. Assim, pode-se afirmar:

> A igualdade na legislação pressupõe a *inexistência de distinções arbitrárias* no seu conteúdo. A distinção tem de ser feita de forma *racional* pelo legislador. É claro que a igualdade 'não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações', já que 'senão aquilo que é

> igual deve ser tratado igualmente'. O problema da igualdade na legislação, portanto, está na utilização de *critérios legítimos* para distinção entre *pessoas* e *situações* no processo. É vedada, em outras palavras, a existência de 'distinções arbitrárias' na legislação, isto é, realizadas sem finalidade legítima ('*legitimate purpose*') (Marinoni *et al*, 2012, p. 640).

Essa ordem de ideias, inclusive, reflete nas normas fundamentais que integram o novo Código de Processo Civil e que será objeto de análise mais adiante neste estudo.

3.1.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de forma conjunta com o princípio da ampla defesa, a qual dispõe em seu art. 5º, LV, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", o Princípio do Contraditório se apresenta como o mais relevante entre os corolários do devido processo legal.

Sem previsão nas demais Constituições, que se limitavam a assegurar esse princípio ao processo penal, a Constituição Federal de 1988 traz de forma expressa a aplicação do princípio não só no processo judicial como no administrativo.

Revela-se, assim, o princípio do contraditório como sendo aquele que permite à parte, em um processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o direito de se manifestarem sobre todas as alegações e documentos que são produzidos nos autos pela parte adversa, buscando a paridade de tratamento na relação processual.

Em breve linhas, Novelino (2015, p. 470) entende que o contraditório "como a ciência bilateral dos atos do processo com a possibilidade de contrariá-los é composto por dois elementos: informação e reação".

A Constituição Federal ao garantir a plenitude de defesa, nada obstante a diversidade dos bens jurídicos tutelados, equiparou o contraditório exigido para o Direito Processual Penal ao Direito Processual Civil revelando, assim, a importância do instituto na defesa dos interesses das

partes envolvidas em litígio.

O norte constitucional do princípio, revelando a função garantista que o caracteriza, tem sua efetiva concretização sob o prisma infraconstitucional, na medida em que serve como base de atuação para as relações processuais.

Segundo afirma Marinoni e Mitidiero (Sarlet *et al*, 2012, p. 647), "o direito do contraditório rege *todo e qualquer processo*: pouco importa se jurisdicional ou não". Para ele, diante da possibilidade de advir para uma das partes envolvidas no processo, quer administrativo, quer judicial, decisão favorável que afete de forma negativa a sua esfera jurídica, impõe-se a aplicação do contraditório, a fim de que seja garantido à parte um processo justo.

3.1 4 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Como já mencionado, os princípios da ampla defesa e do contraditório têm previsão conjunta no artigo 5º inciso LV da Constituição Federal de 1988.

Diferentemente do que ocorria anteriormente, quando as nossas Constituições limitavam os princípios da ampla defesa (de igual forma, do contraditório) à instrução criminal, a Constituição Federal de 1988 traz expressamente a sua aplicação não só a todos os processos judiciais como, também, aos administrativos.

Deve-se ressaltar que parte da doutrina atual tem entendido que houve a fusão dos princípios do contraditório e da ampla defesa a exemplo do que afirma Didier Junior (2015, p. 86) quando diz que "tendo em vista a dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando um amálgama de um único direito fundamental", acrescentando que a ampla defesa, em verdade, "corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório".

3.1.5 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural vem consubstanciado nos incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal de 1988 aos disporem, respectivamente, que "não haverá juízo ou tribunal de exceção" (CF/1988, art. 5º, XXXVII) e que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade

competente" (CF/1988, art. 5º, LIII).

Por esse princípio é assegurado a todos o direito de serem julgados por membros do Poder Judiciário, devidamente investidos na função de acordo com as normas constitucionais e legais, inclusive em razão da competência.

Segundo Novelino (2015, p. 473):

> Juiz natural é o abstratamente constituído antes da ocorrência do fato, requisito imprescindível para a independência e imparcialidade do órgão julgador. O princípio traduz uma significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas, atuando como fator limitativo dos poderes persecutórios do Estado.

Deve se ter em mente, assim, que em decorrência desse princípio, todos têm direito de ser julgados por membros do Poder Judiciário, devidamente investidos na função de acordo com os comandos constitucionais e infraconstitucionais, inclusive àqueles relacionados à fixação da competência, sendo constitucionalmente vedados o juízo ou tribunal de exceção.

3.1.6 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Também de matriz constitucional e previsto no art. 5º da Lei Maior, o princípio da segurança jurídica está relacionado, no campo processual civil, à coisa julgada, na medida em que o seu inciso XXXVI assegura que "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (Art. 5º, XXXVI, CF/1988). Merece ressalva, contudo, a possibilidade do ajuizamento da Ação Rescisória.

Necessário se faz registrar que a nossa Constituição Federal de 1988 não traz a definição do que seja o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A definição legal dessas garantias podemos encontrar na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mais especificamente em seu art. 6º ao dispor que "reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou" (art. 6º, § 1º, LINDB); como direitos adquiridos "[...] os direitos que o seu titular, ou alguém por

ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem" (art. 6º, § 2º LINDB) e coisa julgada "[...] a decisão judicial de que já não caiba recurso" (art. 6º § 3º, LINDB).

Revela-se, assim, que este princípio traz em si o direito à certeza, à confiabilidade e à estabilidade em razão das situações jurídicas decorrentes do processo. Conclui-se, desta forma, da leitura do citado dispositivo constitucional, que ao legislador é vedado buscar qualquer meio capaz de prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e, no campo processual civil, a coisa julgada.

Não se pode deixar de mencionar que a garantia da coisa julgada não possui caráter absoluto, situação que vem sendo preconizada pela doutrina e pela jurisprudência, nos casos em que ela estiver em desacordo com outros preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, derivando na chamada *coisa julgada inconstitucional*. É o que se conhece como *relativização da coisa julgada.*

Ao tratar da relativização da coisa julgada, Marcelo Novelino, citado por Dantas (2015, p. 28), enfatiza que "se nem mesmo a inviolabilidade do direito à vida é absoluta, o que dizer da coisa julgada que, assim como as demais garantias, não é um objetivo em si mesmo, mas um meio para se proteger determinados direitos e alcançar determinados valores".

3.1.7 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O princípio do acesso à justiça, também denominado de princípio da inafastabilidade da jurisdição, possui previsão constitucional desde a Constituição Federal de 1946, adotando a Magna Carta de 1988 a denominada *jurisdição una*, limitando ao Poder Judiciário a atividade jurisdicional, o que se constata do art. 5º, XXXV, ao dizer que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Destarte, em que pese a existência no Brasil de órgão administrativos com poderes para julgar (administrativamente), a exemplo dos Tribunais de Contas do país e do Conselho dos Contribuintes, suas decisões poderão ser objeto de revisão pelo Judiciário.

Através desse comando é assegurado às pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, o acesso à justiça a fim de que possa defender o direito a que entende fazer jus.

3.1.8 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

A Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da proibição de provas ilícitas ao estabelecer que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (art. 5º, LVI da CF/1988).

Derivado do princípio do devido processo legal, o princípio da proibição de provas ilícitas revela que se tem por prova ilícita a prova ilegal, ou seja, aquela obtida através de meios que violem o ordenamento jurídico. A sua ilicitude pode se dar tanto do ponto de vista formal como material, tratando-se, no primeiro caso, quando derivada de um ato contrário ao direito, como por exemplo, uma interceptação telefônica não autorizada, violação de sigilo epistolar e formal quando, embora seja lícita em sua origem, a forma como é produzida apresenta-se ilegítima.

Analisando o tema, diz Novelino (2015, p. 477):

> Criada com a finalidade de evitar futuras violações aos direitos fundamentais, a norma impede que a prova conseguida ilicitamente seja juntada aos autos do processo, sendo irrelevante indagar se o ato ilícito do qual se originou o dado probatório questionado foi praticado por particular ou agente público. Caso a prova seja juntada, deverá ser desentranhada sob pena de nulidade da sentença que a utilizou como fundamento.

Nada obstante a disposição desse princípio, não se pode deixar de lembrar da possibilidade de mitigação aos seus preceitos, como no caso de utilizar-se em favor do réu no processo penal, diante da possibilidade de ilegítima restrição à liberdade de uma pessoa que se revele incontestavelmente inocente.

A respeito, Novelino (2015, p. 477) pondera:

> A prova não pode ser considerada ilícita, quando produzida em legítima defesa, por ser esta uma causa excludente de ilicitude. Nessa hipótese, a prova obtida é considerada lícita ficando, portanto, fora do âmbito de incidência do art. 5º, inciso LVI da Constituição. É o que ocorre, por exemplo, quando a vítima de investida criminosa grava a conversa

sem o consentimento do outro interlocutor.

Já sob a esfera do processo civil, existe a possibilidade de utilização de provas ilícitas em casos excepcionais, uma vez que "ao negar eficácia às provas ilícitas no processo, nossa Constituição realizou inequívoca *ponderação* entre a *efetividade da proteção do direito material* e o *direito à descoberta da verdade* no processo" (Marinoni *et al*, 2012, p. 659). Nessa esfera:

> No âmbito do processo civil, a ponderação realizada pela Constituição não exclui a necessidade de uma *segunda ponderação* entre o *direito afirmado em juízo* pelo autor e o *direito violado pela prova ilícita,* haja vista os diversos bens passíveis de proteção e discussão no nosso direito processual civil. Negar a necessidade dessa segunda ponderação importa em negar *a priori* tutela jurisdicional a uma das partes. Essa *ponderação* deve ser realizada em concreto pelo juiz a fim de cotejar a relevância dos valores e dos interesses em jogo (*Gütter- und Interessenabwägung*) a fim de aquilatar a *proporcionalidade* do emprego da prova para a proteção do direito formado em juízo (*Verhältnismässigkeit*). (Marinoni *et al*, 2012, p. 659).

Também tem que ser anotada a chamada ilicitude da prova por derivação ou contaminação, conhecida como a teoria dos frutos da árvore envenenada *(the fruit of the poisonoustree).* Decorre quando as provas derivadas, de forma direta ou não, de provas ilícitas, são maculadas por esta. Contudo, caso a prova derivada venha a ser produzida independentemente da prova ilícita, ao que a doutrina chama de *fonte autônoma de prova*, não haverá mácula a ser considerada, podendo ser utilizada no processo, conquanto oriunda daquela maculada pela ilicitude.

3.1.9 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade também guarda relação com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

De previsão constitucional no art. 5º LX que dispõe que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa

da intimidade ou o interesse social o exigirem" (CF/1988, at. 5º LX), o princípio da publicidade assegura aos litigantes o conhecimento dos atos processuais, salvo quando se tratar de questões cuja discussão assegura o segredo de justiça ou que o interesse social assim exija.

Tal princípio vem também assegurado no art. 93 inciso IX da Magna Carta ao dispor:

> Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos [...], sob pena de nulidade, a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Visa o princípio da publicidade garantir a imparcialidade e a transparência dos atos jurisdicionais, na medida em que disponibiliza às partes e à sociedade como um todo, o conhecimento sobre as decisões derivadas do Poder Judiciário, inclusive, permitindo o acesso às audiências e julgamentos em geral, assegurando, assim, a publicidade dos atos processuais.

A mitigação quanto à aplicação desse princípio é considerada pela Constituição Federal quando trata da defesa do direito à intimidade, de igual forma constitucionalmente garantido, ou o interesse social o exigirem (CF/88, artigo 5º, LX). Assim, poderá haver *restrição* à publicidade dos atos processuais, não se podendo confundir com a *exclusão* da publicidade desses atos. Dessa forma, as partes e seus advogados, terão acesso aos autos. Como exemplo, temos os feitos que envolvem direito de família e os relacionados à infância e juventude, em que se exige a necessidade de tramitação em segredo de justiça.

3.1.10 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O *duplo grau de jurisdição*, previsto como princípio e garantia constitucional assegura o direito do cidadão em recorrer das decisões ou sentenças para tribunal superior.

Dantas (2015. p. 41) entende que "a Constituição Federal não explicita, em quaisquer de seus dispositivos, a exigência do duplo grau

de jurisdição".

Não obstante o entendimento de parte da doutrina no sentido de que a Constituição Federal não prevê expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição, tal princípio se encontra revelado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, ao dispor que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa**,** com os meios e recursos a ela inerentes".

Assim, ao assegurar a Constituição Federal de 1988, aos litigantes, a utilização de recursos necessários para a aplicação do princípio da ampla defesa, está assegurando às partes o direito de ter a decisão proferida revista por uma instância hierarquicamente superior, com a reapreciação da matéria discutida.

Quanto à não limitação em relação a dois órgãos distintos, entendo que acertadamente afirma Dantas (2015, p. 41):

> [...] referido princípio não limita a atuação do Poder Judiciário a apenas dois graus de jurisdição, permitindo, na realidade, que uma determinada demanda, atendidos certos pressupostos de admissibilidade, seja examinada por uma pluralidade de instâncias.

Não se pode olvidar que este princípio não fere a independência do juiz que proferiu a decisão recorrida. O que se revela é a possibilidade de reapreciação da matéria por uma instância colegiada que poderá revelar a fragilidade no julgamento ou, simplesmente, chegar à conclusão diversa daquela interpretada na decisão combatida.

3.1.11 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da motivação em seu art. 93 inciso IX ao dispor que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]".

A fundamentação das decisões, pois, apresenta-se como garantia fundamental decorrente do Estado Democrático de Direito. Segundo este princípio, que constitui consectário lógico da garantia do devido processo legal, todas as decisões dos órgãos jurisdicionais devem ser motivadas.

A fundamentação das decisões, pois, se mostram como garantia para que as partes envolvidas tenham conhecimento do caminho percorrido pelo magistrado e qual o raciocínio por ele utilizado para chegar à decisão, viabilizando o controle da atividade jurisdicional não somente pelas partes, como, também, pela sociedade como um todo.

3.1.12 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O princípio da *duração razoável do processo* foi inserido no art. 5º, LXXVIII, CF/1988 pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com o objetivo de dar maior celeridade à tramitação dos processos, o qual prevê que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Ao dispor sobre o tema, Mendes (2015. p. 405) assevera que "A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana".

A celeridade na tramitação do processo com base nesse princípio, por certo, não se apresenta de caráter absoluto. A nossa Constituição Federal, em verdade, visa assegurar que o trâmite processual não ocorra de forma indefinida, ilimitada, eliminando, assim, o tempo patológico.

Para Marinoni e Mitidiero (Sartet *et al,* 2012, p. 678):

> O *direito à duração razoável do processo* não constitui e não *implica direito a processo rápido ou célere.* As expressões não são sinônimas. A própria ideia de *processo* já repele a *instantaneidade* e remete ao *tempo* como algo inerente à *fisiologia processual.* A natureza necessariamente *temporal* do processo constitui imposição *democrática,* oriunda do direito das partes de nele *participarem* de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para organização do processo justo *ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito a um processo célere.* O que a Constituição determina é a eliminação do *tempo patológico* – a *desproporcionalidade* entre a

> duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar.

Busca, desta forma, o princípio da duração razoável do processo, dar maior celeridade ao andamento dos feitos, garantindo às partes a concretização dos direitos que lhe são assegurados pela Lei Maior, evitando, assim, que se protraia indefinidamente no tempo.

Não se pode perder de vista que a delonga indefinida na prestação jurisdicional leva as partes envolvidas no processo à descrença na justiça e à insegurança jurídica em relação à solução do conflito.

4 AS NORMAS FUNDAMENTAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nada obstante o fato de o Código de Processo Civil (1973) trazer como parâmetro os direitos fundamentais e os princípios constitucionais, uma das grandes inovações no Novo Código de Processo Civil (NCPC) é a constitucionalização do Direito Processual.

Dividido em seis livros em sua parte geral, o Novo Código trata no Livro I *Das Normas Processuais Civis*, apresentando como título único *Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais*.

Cria, assim, o Novo Código de Processo Civil, uma nova categoria de normas fundamentais no processo civil, registradas no Capítulo I do Título Único do seu Livro I.

Nada obstante os artigos que compõem o Capítulo I do novo Código, as normas ali inseridas não se apresentam de forma exauriente, já que outras normas de direitos fundamentais se encontram nele espalhadas.

Digno de nota é também a existência de normas fundamentais presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, mas que não integram o referido Capítulo. Exemplo disso é a ausência de previsão expressa do princípio do devido processo legal, que, em verdade, trata-se de uma norma fundamental do processo civil prevista na Constituição Federal. Outro exemplo é o princípio da proibição da prova ilícita, também de matriz constitucional, mas que não está previsto expressamente no supracitado capítulo.

Destarte, ao proceder a leitura inicial do novo Código percebemos que o Título Único e o Capítulo I falam de "normas fundamentais", o que

se justifica, na medida em que, consagra, na verdade, princípios e regras, espécies do gênero norma.

Em destaque é o que se vê da leitura do artigo 1º do Código de Processo de 2015 ao dispor que "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Traz, assim, o dispositivo, a assertiva de que o processo civil somente pode ser compreendido e interpretado com base na Constituição Federal, devendo todas as normas processuais ser aplicadas de acordo com o que determina a Lei Maior, não podendo dela se desvencilhar.

Para Didier Junior (2015, p. 47):

> Embora se trate de uma obviedade, é pedagógico e oportuno o alerta de que as normas de direito processual civil não podem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, sobretudo no caso brasileiro, que possui um vasto sistema de normas constitucionais processuais, todas orbitando em torno do princípio do devido processo legal, também de natureza constitucional. Ele é claramente uma tomada de posição do legislador no sentido de reconhecimento da força normativa da Constituição. E isso não é pouca coisa.

Um ponto relevante que deve ser registrado é o de que existindo ofensa ao art. 1º do Novo Código, a norma nele inserida por ser repetição de norma constitucional, não lhe retira a característica, dando ensejo à interposição de recurso extraordinário e não especial, haja vista que repete norma constitucional. Portanto, a sua violação caracteriza ofensa direta à Lei Maior.

Digno de nota é o fato de que, da leitura do Capítulo I do Código de Processo Civil de 2015 percebemos, de logo, a ausência do mais importante princípio constitucional processual, o princípio do devido processo legal. Nada obstante a ausência de previsão explícita, não se pode perder de vista que esse princípio se insere entre as normas fundamentais ali traçadas.

Nessa esfera, diz Marinoni (Marinoni *et al*, 2015, p. 493):

> [...] embora o novo Código de Processo Civil não tenha *textualmente* previsto o direito ao processo justo dentre as suas normas fundamentais, é claro que o que está por detrás da previsão de direito à tutela adequada e efetiva (art. 3º) de direito à colaboração (art. 6º), de direito à igualdade, ao contraditório, à motivação e à publicidade (arts. 7º, 9º, 10 e 11) e direito à tutela tempestiva (art. 4º) é a necessidade de se outorgar ao processo civil nele densificado uma *justa estruturação*. As normas fundamentais do novo Código, nessa linha, apenas realçam direitos fundamentais processuais que decorrem da cláusula do direito ao processo justo e que encontram expresso abrigo sob a sua normatividade.

Não há dúvidas, pois, que, não obstante a ausência de previsão textual do princípio do devido processo legal no Novo Código de Processo Civil, uma vez tendo essa nova legislação garantido os demais princípios elencados na Constituição Federal e a ele umbilicalmente ligados, por certo, o devido processo legal estará presente no contexto.

Previsão expressa se verifica, contudo, em razão dos Princípios da Inércia da Jurisdição e do Impulso Oficial (Art. 2º, NCPC); A Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional (Art. 3º, NCPC); As Normas Fundamentais da Duração Razoável do Processo, da Decisão de Mérito e da Efetividade (Art. 4º NCPC); Princípio da Boa-Fé (Art. 5º NCPC); Princípio da Cooperação (Art. 6º, NCPC); Princípio da Igualdade Processual (Art. 7º, NCPC); Os Fins Sociais e o Bem Comum, e os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Proporcionalidade, da Razoabilidade, da Legalidade, da Publicidade e da Eficiência (Art. 8º, NCPC); Princípio do Contraditório (Arts. 7º, 9º e 10º, NCPC); Princípios da Publicidade e da Motivação (Art. 11, NCPC) e o Princípio da Transparência (Art. 12, NCPC).

5 CONCLUSÃO

Por intermédio do presente estudo se observa que os princípios evoluíram no decorrer dos tempos. Uma grande mudança de paradigma se revelou no transcorrer do século XX, quando a norma constitucional

passou a assumir a função de norma jurídica, superando o modelo acolhido na Europa, onde a Constituição era vista com caráter eminentemente político, passando a se revelar como um conjunto de normas jurídicas, consolidado em regras e princípios, capaz de regular os fenômenos da vida social e política.

A força normativa dos princípios ganha, assim, relevância, sendo abraçada pelo Direito Processual Constitucional, seguindo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a tendência das Constituições modernas, ao prever normas, assim consideradas princípios e regras, de conteúdo processual.

Nada obstante o Código de Processo Civil de 1973 ter como parâmetro os direitos fundamentais e os princípios constitucionais, é com o Código de Processo Civil de 2015 que ocorre a constitucionalização do Direito Processual. O Novo Código, no Livro I, Das Normas Processuais Civis, apresenta como Título Único, Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais, e em seu primeiro capítulo traz doze artigos que dispõem sobre essas normas, além daquelas inseridas ao longo do Código.

Constata-se, assim, a importância da aplicação desses princípios no direito processual civil, e a nova visão a ser considerada com a entrada em vigor do Novo Código, que destaca a obediência marcante ao princípio do contraditório, a cooperação entre os envolvidos no processo, a boa-fé processual, a mediação e a conciliação, bem como a teoria dos precedentes, além do negócio processual, e tantos pontos a ser considerados, na busca de uma justiça não somente célere, como também, efetiva e justa.

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES PROCEDURE AND FUNDAMENTAL RULES IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

ABSTRACT: This paper presents a study on the principles and its evolution through the ages to achieve their status as legal norm, going along with the rules, to be kind of that genre. Presents considerations as to how the principles are presented separately in the Brazilian legal system, unlike what occurred in the past when played only a subsidiary role and assist in law enforcement. It discusses the principles and rules in the view of Dworkin and Alexy and the resolution of conflicts between them. Analyzes the principled view of the Constitutional Procedural Law and identifies the procedural constitutional principles embodied in

the Constitution of the Republic of 1988. At the end of Brazil, stresses and comments on the importance of the principles in the procedural framework, especially in relation to new Civil Procedure Code, which brings in its first chapter the fundamental rules of civil procedure, establishing in its Article 1 that it will be orderly, disciplined and construed in accordance with the values and the fundamental norms laid down in the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

KEYWORDS: Principles. Constitution. Process.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http//www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.
DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2015.
DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.
MARINONI, Luiz Guilherme *et al*. *Novo Curso de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. com. São Paulo: Saraiva, 2015.
NOVELINO, Marcelino. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.
SARLET, Ingo Wolfgang *et al*. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RETOMANDO A DISCUSSÃO ACERCA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Alexis Magnum Azevedo de Jesus*

RESUMO: O artigo trata do direito à educação, seus fundamentos históricos e filosóficos, bem como a inserção constitucional desse direito e o tratamento dado pelo Poder Judiciário diante da crescente demanda pela concretização dos direitos sociais. Reflete a importância da afirmação do direito à educação e a necessidade de superação da contradição entre a inobservância da prestação estatal e os mandamentos constitucionais. É parte do trabalho monográfico de conclusão de curso da Pós-graduação em Direito Constitucional da Escola Judicial de Sergipe que aborda as tendências do direito à educação em tempos de crise.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à educação. Direitos Humanos. Constituição.

1 INTRODUÇÃO

Discutir o direito à educação é discutir direitos humanos, em última instância. Por esta condição, de grande carga valorativa, num primeiro momento não foi possível afirmar a necessidade de eficácia deste direito, devido a uma incompreensão acerca do seu caráter. Contudo, algumas mudanças interpretativas aconteceram ao longo do tempo. Para parte da doutrina estaríamos somente diante de normas programáticas, de meras orientações, dotadas de um alto grau de abstração e dificuldade ou impossibilidade de aplicação prática.

Assim, mesmo com a existência de referências jurídicas importantes no campo da afirmação dos direitos sociais como a Constituição de Weimar e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado do Congresso Soviético foi somente com o marco político-legal da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 que se iniciou uma mudança na forma de pensamento e novas perspectivas de concretização

* Bacharel em Direito pela UFS e Especialista em Direito Constitucional pela Ejuse.

dos direitos foram abertas. Para Bonavides:

> A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano (BONAVIDES, 2005, p. 578).

Segundo ele *foi tão importante para a nova universalidade dos direitos fundamentais o ano de 1948 quanto o de 1789 o fora para a velha universalidade de inspiração liberal* (idem, 2005).

> A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É uma universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e fraternidade (idem, p. 573).

E arremata:

> Erra todo aquele que vislumbra no valor das declarações dos Direitos Humanos uma noção abstrata, metafísica, puramente ideal, produto da ilusão ou do otimismo ideológico. A verdade é que sem esse valor não se explicaria a essência das Constituições e dos tratados, que objetivamente compõem as duas faces do direito público - a interna e a externa (idem, p. 574).

Sob esse aspecto também é enfática a posição de Clarice Duarte:

> Deve-se mencionar, ainda, a inovação trazida pelo artigo 5º, §1º, da Constituição Federal (CF), que atribui aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

> Apesar da falta de consenso sobre o alcance desse dispositivo, ele, sem dúvida, aponta para um tratamento diferenciado e reforçado a ser dispensado a essa categoria de direitos, abalando a doutrina que atribuía o caráter de normas programáticas aos direitos sociais, como se elas fossem desprovidas de caráter verdadeiramente imperativo, ou seja, como se não fossem capazes de vincular a atuação dos poderes públicos (DUARTE, 2007, p. 696).

Aqui, registre-se, estão postos os fundamentos jurídicos que possibilitam a materialização de exigências judiciais para o cumprimento dos direitos sociais, caracterizando, portanto, um direito subjetivo do cidadão perante o Estado.

Consagrado nas declarações internacionais de Direitos Humanos, na Carta Magna e legislação especial, o direito à educação é, não somente um dos principais direitos sociais, como também é essencial para a fruição de outros direitos, como o direito ao trabalho e os direitos políticos, funcionando como uma *conditio sine qua non* para alcançá-los. É um dos pilares para a realização plena da dignidade humana.

2 DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS

A definição que segue ilustra com exatidão a centralidade do direito à educação e a sua força no conjunto do ordenamento.

> Em síntese, a educação, como direito fundamental de caráter social: a) ocupa posição de destaque no ordenamento jurídico, servindo mesmo como razão de ser de toda a ordem jurídica, juntamente com os demais direitos fundamentais; b)tem aplicabilidade imediata, embora sua realização integral só possa se dar de forma progressiva; c) não pode ser suprimida do ordenamento jurídico por meio de emenda constitucional; d)pertence a todos, mas deve priorizar categorias de pessoas que se encontram numa mesma posição de carência ou vulnerabilidade; e)tem como sujeito passivo o

> Estado; f)realiza-se por meio de políticas públicas ou programas de ação governamental; g)vincula a todos os poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), que devem adotar medidas – legislativas, técnicas e financeiras – até o máximo dos recursos disponíveis, para a satisfação daquilo que foi eleito como prioritário (núcleo mínimo obrigatório), reconhecendo o direito à educação como um verdadeiro direito (idem, p. 710-711).

Reconhecido como um direito de "segunda geração", está assegurado na Constituição como direito fundamental de natureza social e afirma suas diretrizes gerais e fundamentais em seu art. 205 que define a educação como direito de todos e dever do Estado, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. Esses são apontamentos retomados na Lei de Diretrizes e Bases da Educação e estão em consonância com os diplomas internacionais nos quais se inspira a legislação educacional brasileira.

Não obstante as determinações internacionais, a Constituição cidadã, como ficou popularmente conhecida, recebeu o impulso dos ventos de redemocratização pelo qual passava o país após um longo período de ditadura civil-militar. Assim, durante o período da constituinte ocorreram duras batalhas ideológicas e importantes avanços educacionais foram garantidos. *A Constituição de 88 é a mais extensa de todas em matéria de educação, sendo detalhada em dez artigos específicos (arts. 205 a 214) (VIEIRA, 2007, p. 14).*

Para José Afonso da Silva:

> o art. 205 contém uma declaração fundamental que, combinada com o art. 6º, eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem. Aí se afirma que a educação é direito de todos, com o que esse direito é informado pelo princípio da universalidade. Realça-lhe o valor jurídico, por um lado, a cláusula - a educação é dever do Estado e da família -, constante do mesmo artigo, que completa a situação jurídica subjetiva, ao explicitar o titular do dever, da obrigação, contraposto àquele direito. Vale dizer: todos têm o direito à educação

> e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família (SILVA, 2006, p. 312).

Isto significa que o Estado tem uma responsabilidade com a educação, dela não podendo se eximir, sendo, inclusive, responsabilizado pela oferta irregular de acordo com o art. 208, § 2º. No que diz respeito aos princípios norteadores do ensino encontramos o art. 206 a "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber"; o "pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino"; a "gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais"; a "valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União"; e a "garantia de padrão de qualidade" (CF, 88).

A garantia da autonomia didática, científica, administrativa e financeira foi uma outra inovação do tratamento educacional pelo direito. O art. 207 garante o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Sobre a competência para legislar em matéria de diretrizes e bases da educação e o regime de colaboração entre os entes federados, é possível encontrar as disposições nos arts. 22, XXIV; 23, V; 211 e parágrafos.

Quanto ao financiamento foi recebido tratamento prioritário, garantida a vinculação de recursos públicos e a possibilidade de transferência destes mesmos recursos para a iniciativa privada em casos específicos, conforme nos apresenta Vieira (2007) em uma boa síntese:

> A vinculação de recursos para a educação recebeu tratamento prioritário, sendo estabelecido que a União aplicaria "anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino" (art. 212). O mesmo artigo assegura como prioritário na distribuição de recursos públicos o "atendimento das necessidades

do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação" (art. 212, § 3º). Mantém-se como fonte adicional de financiamento a este nível de ensino público "a contribuição social do salário educação, recolhida, na forma da lei, pelas empresas, que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes" (art. 212, § 5º). Ainda sobre a matéria cabe assinalar que o financiamento dos "programas suplementares de alimentação e assistência à saúde" seria advindo de "recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários" (art. 212, § 4º). A "liberdade de ensino", tema predominante em constituições anteriores, é colocada em novos termos na Carta de 1988 (...). Diz-se que "o ensino é livre à iniciativa privada", observando-se o "cumprimento das normas gerais da educação nacional" e a "autorização e avaliação de qualidade pelo poder público" (art. 209, I e II). Mantém-se a abertura de transferir recursos públicos ao ensino privado. As instituições passíveis de recebê-los são "escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas", as quais devem comprovar "finalidade não lucrativa" e aplicação de "excedentes financeiros em educação", assim como assegurar "a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao poder público, no caso de encerramento de suas atividades" (art. 212, I e II). A concessão de tais benefícios pode ser feita por meio de "bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o poder público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade" (art. 212, § 1º). São também possíveis beneficiárias de apoio financeiro do Poder Público "atividades universitárias de pesquisa e extensão" (art. 212, § 2º) (VIEIRA, 2007, p. 305, 306).

Por último, é necessário fazer menção à obrigatoriedade de elaboração plano nacional de educação e a diretriz de eliminação do analfabetismo e universalização do ensino fundamental que se encontram respectivamente no art. 214 e art. 60 da ADCT (*idem*, 2007).

O cuidado do legislador constituinte com a temática da educação não deixa dúvidas acerca de sua importância para a concretização dos direitos humanos em sua plenitude. No caso brasileiro cabe uma reflexão diferenciada para a percepção dos direitos sociais. Ainda que o direito à educação esteja explicitado desde a Declaração dos Direitos do Homem, o país atravessou um conturbado período ditatorial, em que graves violações foram cometidas representando um longo tempo de retrocesso democrático. No final da década de 70 e, principalmente, com o advento da Constituição, o debate foi retomado.

Além das diversas normas acerca da educação, no período recente tem sido crescente a judicialização de demandas relativas à questão. Observar os julgados também constitui uma importante fonte de compreensão para a análise desse direito.

3 BREVE PANORAMA DO JUDICIÁRIO

De uma forma geral, o Estado Juiz tem apreciado um número maior de questões relativas à efetiva prestação dos direitos sociais. Não somente a educação. Silveira a partir dos ensinamento de Boaventura fundamenta:

> o desenvolvimento do Estado-providência, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, gerou mudanças no mundo do Direito e da Justiça, com a consagração constitucional dos direitos sociais e econômicos. Com essas transformações, o Judiciário passa a ser acionado para efetivar a nova legislação social (SILVEIRA, p. 32).

A crescente atuação implica em críticas referentes aos limites da atuação judicial como também defesas em favor de um maior papel protagonista do juiz. Sobre esta polêmica questão assinala Gonçalves (2010):

> Os limites relativos às esferas de atuação dos

três poderes do Estado, que existem e devem ser respeitados, não podem impedir que o Poder Judiciário, guardião maior da integridade do direito posto, atue em consonância com o que o texto constitucional e demais diplomas legais lhe permitem. No caso brasileiro, os magistrados, desde o juiz da mais distante e pequena das Comarcas até o presidente da mais alta das Cortes de Justiça, devem ter em conta que os dispositivos da Constituição Federal em vigor que tratam dos direitos sociais não se afiguram como meras declarações de vontade, de natureza estritamente programática, despidas de força normativa capaz de garantir a sua efetiva implementação por intermédio da atividade jurisdicional. Respeitados os limites impostos pela razoabilidade da aplicação dos recursos provenientes dos orçamentos, o Poder Judiciário deve se atentar para o fato de que garantir ao povo os direitos, consagrados constitucionalmente, à saúde e à educação, por exemplo, não se afigura como atividade que ultrapassa os limites da parcela de poder que lhe foi outorgado pelo contrato social vigente. O Poder Judiciário deve considerar que sua atuação visando garantir a efetivação dos direitos sociais em nada interfere nas esferas de atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo, mas sim corresponde à aplicação das regras constitucionais e infraconstitucionais inerentes ao tema, atividade esta que, à toda evidência, corresponde ao poder de dizer o direito no caso concreto, finalidade precípua de todos aqueles investidos nos cargos da magistratura. Uma última consideração deve ser feita, sobretudo em tempos como estes onde uma evidente crise de representatividade assola tanto o Executivo quanto o Legislativo: o Judiciário deve se mostrar disposto a evoluir no campo da efetivação dos direitos fundamentais, procurando cumprir o papel que o texto constitucional lhe atribui, exercendo com retidão a parcela do poder estatal que lhe é outorgada pelo povo, sob pena de, a exemplo do que se verifica atualmente com os outros

> dois Poderes, passar a ser fortemente questionado pelos cidadãos acerca de sua verdadeira função no âmbito da sociedade, se a de garantir privilégios a uma minoria ou de concretizar direitos em prol da maioria (GONÇALVES, p. 28).

Para autores como Tate e Vallinder (1995) há aspectos positivos nesse processo como uma maior consciência dos direitos e dos meios judiciais necessários e o aperfeiçoamento da democracia, mas também negativos como a incapacidade das instituições em dar provimento às demandas sociais, delegando às cortes a tomada de decisão em determinadas áreas da política, exatamente como pensam Rios-Figueiroa e Taylor (2006) quando afirmam que *a judicialização da política está relacionada aos deslocamentos crescentes dos conflitos políticos das arenas tradicionais (Legislativo e Executivo), para o Judiciário* (SILVEIRA, p. 34).

Isto é, subjacente a essa constatação de crescimento da intervenção judicial está, na verdade, a não garantia efetiva de políticas públicas e de cumprimento pleno dos mandamentos constitucionais. A falência da execução das políticas sociais, mesmo com a existência de um ordenamento garantidor de direitos, são, contraditoriamente, as bases para o novo papel progressivo que vem cumprindo o Judiciário.

Mas, afinal? Como tem decidido a justiça em torno do direito à educação? Evidente que não há condições de esgotar essa discussão, porém esboçamos uma reflexão acerca de três relatórios de pesquisa que dialogam nessa perspectiva. O primeiro, de Adriana Silveira, analisa as decisões do Tribunal de Justiça paulista referente ao tema, o segundo trata da pesquisa de Claudia Amaral considerando as demandas judiciais referentes ao ensino superior no âmbito do TRF1, e o trabalho da professora Ana Paula Barcellos reflete sobre as decisões relativas à educação no STF.

A pesquisa de Silveira realizou um levantamento de 483 documentos entre 1991 e 2008. Para a autora, *o recurso judicial para requisição de uma vaga na educação básica e para o oferecimento de serviços que impedem a permanência do aluno na escola foram os conflitos mais presentes no conjunto estudado*. (SILVEIRA, 2010).

As questões relativas à mensalidade escolar também são percebidas na pesquisa de Amaral que trabalhou com 828 ações judiciais.

> Percebe-se na tabela 2 apresentada que, dos 19 assuntos destacados (com frequência acima de 10), 8 são relacionados à questão financeira, ou seja, negativa de renovação de matrícula por atraso de repasse de recursos financeiros à IES oriundos de empréstimo estudantil; negativa de matrícula em razão de débitos não pagos; retenção de documentos de aluno em razão de débitos não quitados; impedimento de assistir aulas e/ou fazer atividades avaliativas por falta de pagamento; cobrança de taxa para expedição de documento; impedimento de colação de grau por existir débitos; impedimento de matrícula sem anterior pagamento de taxa da mesma e requerimento de isenção de taxa (AMARAL, p. 16).

Esse ponto em comum entre os tribunais de São Paulo e o Tribunal Federal da Primeira Região, de certa forma, aponta uma polêmica central para o direito à educação: o debate financeiro e as questões que envolvem abusividade das instituições particulares, assim como a inadimplência dos estudantes. No caso do TRF1 os estudantes ou grupo de estudantes tem obtido respostas satisfatórias sendo *em geral, 80,55% das ações judiciais tiveram parecer favorável ao aluno e 13,41% favorável à universidade. (idem, p. 09)*.

A pesquisa de Barcellos, por sua vez, mostra que no tocante ao STF foram discutidos temas referentes ao ensino infantil, ensino fundamental regular, ensino médio, direito dos educandos da educação básica a programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde, direito dos portadores de deficiência de terem acesso educacional especializado e acesso ao ensino superior facultado a todos em função de mérito (BARCELLOS, 2010).

Estas foram as questões enfrentadas com maior fôlego gerando a seguinte síntese:

> A – O STF já proferiu decisões reconhecendo ao direito à educação infantil e ao direito à educação fundamental o status de direitos subjetivos e determinando ao Poder Público (respectivamente, municipal e estadual) a execução

> de providências concretas para a prestação dos serviços correspondentes a esses direitos. B – Boa parte das decisões do STF que menciona direitos à educação enfrenta, na realidade, conflitos federativos, não abordando o direito sob a perspectiva do cidadão. Frequentemente, porém, a competência comum atribuída aos entes federativos em matéria de educação, ao invés de multiplicar os responsáveis pelo serviço perante o cidadão, acaba por tornar mais difícil a exigibilidade do direito perante qualquer deles (BARCELLOS, p. 28 e 29).

Dessa forma há uma crítica direta à distribuição de competências e outra mais sutil quanto à atuação do STF que preocupa-se mais com os conflitos federativos do que as necessidades do cidadão. Com estes estudos é possível verificar que ainda existe um longo caminho a se percorrer para firmar o direito à educação.

Obviamente as decisões que obriguem o Estado a prestar o direito à educação em cada caso concreto implicam em custos orçamentários. Nesse momento há uma barreira colocada para a concretização do direito, na medida em que são alegados argumentos como a falta de recursos públicos, a discricionariedade conferida à administração pública e a separação dos poderes. Nesse esteio surge a Teoria da *Reserva do Possível*. Um instituto importado do direito alemão, que em sua origem se relacionava com a razoabilidade, mas no Brasil teve seu sentido modificado, sendo utilizado para a discussão de capacidade financeira estatal para efetivação dos direitos sociais.

Para Sarlet *apud* Avila:

> pode-se desdobrar a ideia da Teoria da "Reserva do Possível" em dois elementos: um fático e outro jurídico. O fático refere-se à disponibilidade de recursos financeiros suficientes à satisfação do direito prestacional, e o jurídico à existência de autorização orçamentária, portanto legislativa, para o Estado despender os respectivos recursos. Nesse diapasão, a "Reserva do Possível" passou a ser utilizada como justificativa para ausência Estatal, um verdadeiro argumento do Estado para não

> cumprir com o papel que a própria Constituição lhe conferiu, qual seja, de provedor das necessidades da sociedade, representadas, mesmo, pelos direitos fundamentais e sociais ali descritos (SARLET apud AVILA, p. 01).

Análise retomada por Barcellos:

> na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais (2002, p. 237).

Importante segmento da doutrina, portanto, compreende criticamente a utilização desse instituto problematizando a sua origem e a distorção e má aplicação pelo Judiciário brasileiro, funcionando mais como um entrave aos direitos do que um argumento jurídico de maior envergadura. Trata-se de um *direito constitucional equivocado* (KRELL, 2002).

Destaca-se ainda um outro aspecto. A mera afirmação da tese da reserva do possível pelo poder público não basta para eximi-lo do cumprimento das obrigações constitucionais. Há necessidade de comprovação da insuficiência econômica, conforme posicionamento do STF:

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

> frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente usando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [...] (STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04).

Essa tem sido a divergência diária nos tribunais, uma vez que a dignidade humana como princípio máximo a ser observado, composta por um núcleo básico qual seja o mínimo existencial (condições sem as quais não seria possível exercer a cidadania e a realização plena do indivíduo em sociedade), tem esbarrado no argumento "racional" da impossibilidade financeira.

4 CONCLUSÃO

Geralmente essa é a forma mais comum de apresentar a discussão dos direitos sociais. Percorre-se um roteiro da história, sua relação com os direitos humanos, análise de sua inserção constitucional, objetivos, diretrizes, competências, etc., e por último como o Judiciário tem decidido sobre esse direito.

A abordagem hegemônica do direito à educação elabora, assim, este percurso de análise, com um forte discurso de reforço aos valores

> Porém, dentro de uma visão histórica mais ampla, é impossível desconsiderar a influência decisiva que a teoria crítica teve no surgimento de uma geração menos dogmática, mais permeável a outros conhecimentos teóricos e sem os mesmos compromissos com o *status quo*. A teoria crítica deve ser vista, nesse início de século, na mesma

> perspectiva que a teoria marxista: apesar de seu refluxo na quadra atual, sobretudo após os eventos desencadeados a partir de 1989, conserva as honras de ter modificado e elevado o patamar do conhecimento convencional (BARROSO, 2001, p. 16).

Mas o fato é que objetivamente, as normas, tanto os princípios quanto as regras, não tem sido observadas. Mesmo o papel progressivo do Judiciário, que não dá conta de resolver os problemas a longo prazo, depende da ineficiência do Estado, para que assim ao cidadão seja criada a possibilidade de exigência jurídica. O ideal jurídico seria que o Judiciário não precisasse se debruçar sobre a garantia ao direito à educação, pois o Estado Social cuidaria de buscar condições de efetivação da dignidade humana.

Essa contradição entre a previsão normativa e a defesa histórica dos direitos humanos frente a não prestação do direito à educação precisa ser enfrentada, debatida e superada. Somente dessa forma teremos condições de oferecer respostas adequadas às exigências imediatas e históricas da humanidade.

RESUMING THE DISCUSSION ABOUT THE RIGHT TO EDUCATION

RESUME: The article deals with the right to education, their historical background and philosophical , as well as the constitutional inclusion of this right and the treatment by the judiciary in the face of growing demand for the realization of social rights. It reflects the importance of affirmation of the right to education and the need to overcome the contradiction between the failure to comply with state provision and the constitutional commandments. It is part of a research project completion postgraduate course in constitutional law of the Sergipe Judicial School that addresses the trends of the right to education in times of crisis .

KEYWORDS: Right to education . Human rights. Constitution.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudia Tavares. *Demandas judiciais em questões referentes*

ao ensino superior. Universidade de Lisboa. Disponível em: http://www.anpae.org.br/simposio26/1comunicacoes/ClaudiaTavaresdoAmaralComunicacaoOral-int.pdf. Acessado em 18/10/2015.
AVILA, Kellen Cristina de Andrade. *Teoria da reserva do possível*. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teoria-da-reserva-do-poss%C3%ADvel. Acessado em 19/10/2015.
BARCELLOS, Ana Paula de. *Os direitos à educação e o STF*. Disponível em: http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-os-direitos-a-educacao-e-o-stf.pdf. Acessado em 18/10/2015.
BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Rio de Janeiro. 2001
BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. 18ª edição. Ed. Malheiros. 2006.
DUARTE, Clarice Seixas. *A educação como um direito fundamental de natureza social*. Revista Educ. Soc., Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p 691-713, out. 2007.
SILVA, Reinaldo Pereira. *O neoliberalismo e a reforma constitucional*. Resenha Eleitoral. Nova série, v. 04, n. 01 - jan/jun. 1997.
SILVEIRA, Adriana A. Dragone. *Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica*. Jornal de Políticas Educacionais. Nº 09. págs. 30-40 - janeiro-junho. 2011. UFPR. Curitiba/PR

POLUIÇÃO SONORA: DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Camila Costa Almeida*

RESUMO: A poluição sonora é um dano ambiental prejudicial à saúde do ser vivo. A agressão ao bem ambiental incorre em ofensa ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, bens difusos e reconhecidos como um direito fundamental. Para haver a defesa eficaz desse direito, é necessário considerar o Ministério Público parte legítima para ajuizar ação civil pública e afastar a exigência de haver muitos reclamantes pelo incômodo causado pela poluição sonora para que o referido órgão possa ser legitimado ativo.

PALAVRAS-CHAVE: Poluição sonora. Meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sadia qualidade de vida. Direito fundamental. Ministério Público Estadual.

1 INTRODUÇÃO

O progresso das cidades é inevitável. O homem vem criando, a cada dia, tecnologia a fim de que possa se adaptar melhor nesse meio. Ocorre que, alguns cuidados, quando deixam de ser tomados, ocasionam consequências graves à vida humana e animal. A poluição sonora é um desses efeitos negativos que origina doenças naqueles que habitam o espaço urbano, em decorrência dos ruídos desagradáveis gerados pelo próprio homem e suas invenções.

Quando da ocorrência de um dano advindo da poluição sonora, as suas consequências são, inevitavelmente, suportadas por alguém. Os prejuízos diminuem as resistências humanas, causando-lhes, gradativamente, estresse e tantos outros transtornos psíquicos. Assim, estamos diante de uma agressão ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente

* Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes 2012.2. Advogada. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe (Ejuse).

equilibrado e à sadia qualidade de vida.

Por isso, é forçoso observar o alcance da legitimidade do Ministério Público do Estado de Sergipe no âmbito das ações civis públicas ajuizadas por esse órgão frente aos danos causados pela poluição auditiva.

Por ser um tema de grande relevância nacional e que vem tomando espaço e atenção nas discussões atuais, principalmente por ter se tornado uma questão de saúde pública, algumas questões merecem ser esclarecidas. Daí surgem os seguintes questionamentos: O Ministério Público de Sergipe atua em casos de poluição sonora? Em quais casos? Qual a resposta que o Poder Judiciário apresenta diante das demandas que lhe são propostas pelo Parquet?

No âmbito do Direito Ambiental, o nosso ordenamento jurídico possui ampla legislação criada com o escopo de prevenir o acontecimento de danos causados aos seus cidadãos pela poluição sonora e responsabilizar os poluentes. Além disso, por meio da execução das leis, são impostas, ao infrator, medidas de repreensão com o intuito de dificultar a prática constante desses atos, ou, se já houverem ocorrido, que obriguem o poluente a reparar a situação da melhor forma.

O tema da poluição sonora é social, público, ligado aos direitos fundamentais e, portanto, como tal deve ser tratado pela sociedade, pelo Estado e demais órgãos encarregados de intervir, seja de forma repressiva, punitiva ou auxiliar.

É preciso salvaguardar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, bem como a legitimidade do Ministério Público de Sergipe para ajuizar ação civil pública contra o poluente, independentemente de quantas pessoas foram atingidas diretamente pelo dano.

A poluição sonora dificilmente é percebida por todos, o que torna difícil contabilizar o número de pessoas que foram, de fato, atingidas por ela. O ruído, uma vez emitido, não escolhe os seus ouvintes. Ademais, algumas pessoas são mais sensíveis do que outras ao ruído, embora o ruído seja prejudicial a todos, independentemente da consciência dos abrangidos.

O entendimento jurisprudencial sobre o assunto demonstra que os Tribunais estão de acordo com o reconhecimento da legitimidade ativa do Ministério Público Estadual de Sergipe, bem como dos demais órgãos ministeriais do Brasil, para propor a competente ação civil pública com

o fito de combater e reprimir a poluição sonora, ainda que o número de denunciantes seja pequeno.

2 DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O meio ambiente é matéria, hoje, de grande relevância mundial. Sobre o tema vem figurando discussões, sejam elas no meio acadêmico, no meio científico, ou mesmo no político. Para a maior parte da sociedade, esse termo, meio ambiente, está ligado simplesmente à natureza. Além disso, ele é divulgado e muitas vezes aceito pelas pessoas como sendo um meio natural composto pelos animais, pela flora e outros recursos naturais, que devem ser cuidados e preservados em favor das próximas gerações, esquecendo-se que o meio artificial e o cultural também fazem parte dele.

O avanço da preocupação com o meio ambiente não pode se dar por outra razão senão pelo aumento dos problemas ligados a ele. Com o passar do tempo, algumas questões surgem acerca do futuro do planeta e elas necessitam de respostas, muitas vezes, rápidas, principalmente porque influenciam na qualidade de vida humana, na existência saudável do ser humano no Planeta Terra.

O artigo 3º, inciso I, da Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) define, legalmente, o meio ambiente como sendo "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Na Constituição Federal de 1988 foi registrado o avanço da importância dada ao meio ambiente, além da necessidade de viabilizar para a sociedade um ambiente adequado à vida humana. O artigo 225, caput, do referido diploma dispõe que:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à Coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No tocante ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devemos ter em mente que a preocupação com esse direito somente passou a ter força após a Revolução Industrial, em razão das novas

condições de vida humana que esses momentos e suas consequentes transformações trouxeram para toda a sociedade.

As novas tecnologias, as condições de trabalho, a fumaça advinda das indústrias, o ruído das máquinas e automóveis, a extração de recursos naturais, o crescimento desordenado das cidades e grandes centros urbanos, podem ser citados como alguns exemplos das novidades que a referida revolução trouxe para a sociedade.

No início da década de 70 tivemos um grande avanço social com o aumento da responsabilidade e do comprometimento com a sadia qualidade de vida e do meio em que vive o homem. De acordo com Silva (2011, p. 60, grifo do autor): "esse novo direito fundamental foi reconhecido pela Declaração do Meio Ambiente, adotada pela Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em julho de 1972, [...]".

O homem, é colocado na Declaração como sendo o fim em si mesmo para o qual se procura proteger e melhorar o meio ambiente, permitindo que ele goze de uma vida digna e em perfeito equilíbrio. Cabe, no entanto, ao próprio homem a criação de meios e instrumentos capazes de fazê-lo alcançar essa condição de salubridade, combatendo, ao mesmo tempo, as suas atitudes de destruição e distanciamento desse objetivo comum.

A partir disso, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, seguindo a "onda verde" que se espalhava pelo mundo, se firmou com na Magna Carta de 1988 e as inovações no campo do direito ambiental trazidas por ela, um capítulo para tratar especificamente da problemática ambiental. Nesse sentido, os ensinamentos de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer:

> A CF88 (art. 225 e art. 5.º, § 2.º), por sua vez, seguindo a influência do direito constitucional comparado e mesmo do direito internacional, sedimentou e positivou ao longo do seu texto os alicerces normativos de um constitucionalismo ecológico, atribuindo ao direito ao ambiente o status de direito fundamental, em sentido formal e material, orientado pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de emblemática decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello (SARLET e FENSTERSEIFER, 2012, p. 39- 40).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de terceira dimensão, dimensão essa que representa, na concepção de Dirley da Cunha (2012, p. 626), não apenas a "proteção do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa". Sendo assim, a terceira dimensão dos direitos fundamentais, por estar ligada a toda uma coletividade universal que precisa empregar esforços conjuntamente, compreende valores de fraternidade e solidariedade.

Por se tratar de direito que abrange todas as pessoas que se encontrem no território brasileiro, pode ser exercido por qualquer delas, de forma coletiva ou individual. Dirley da Cunha (2012, p. 776-777) esclarece que o equilíbrio do meio ambiente é um direito ao mesmo tempo social e individual em razão da proximidade que há na concretização deles.

> O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconhecido pela Constituição Federal em capítulo situado no título da ordem social, é um direito fundamental, na categoria direito social, qualificado pela doutrina como direito de terceira geração. Nem por isso se lhe negue caráter, também, individual. Cuide-se, pois, de um direito simultaneamente considerado social e individual, uma vez que a realização individual deste direito fundamental está intrinsecamente ligada à sua realização social, por isso mesmo considerado transindividual (grifo do autor).

A natureza transindividual do direito difuso empregada ao meio ambiente tem a ver com a relação existente entre o direito individual e o direito social. Eles se confundem e se fundem em um só, porque protegem algo maior do que o simples direito de um particular e defendem o direito de toda uma coletividade, o direito social ao meio ambiente equilibrado, bastando, para isso, que danos criados por terceiros estejam prejudicando algumas pessoas.

O meio ambiente é comtemplado, concomitantemente, pelo ser individual e por todos ao mesmo tempo. Isso torna difícil a delimitação de cada um dos indivíduos que, porventura, estejam sofrendo alguma perturbação comum ligada ao direito de todos eles de viver em um meio

ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, todas as pessoas prejudicadas estão unidas por uma mesma circunstância fática, todos os envolvidos estão sendo prejudicados, embora não possamos individualizar o alcance do dano. Ressaltemos, então, a indeterminabilidade dos sujeitos dos titulares do direito como sendo uma das características típicas dos direitos difusos. Outra característica é a impossibilidade de disposição individual desse direito, que o torna um direito de objeto indivisível, bem como indisponível.

Se o homem não encontra um meio ambiente saudável e livre de ameaças para desenvolver as suas atividades diárias, ele não tem, consequentemente, nem saúde psíquica ou física de qualidade, nem muito menos uma vida de qualidade, livre e em plena condição do gozo de suas funcionalidades e essa situação é a mesma quando vista inversamente.

Na Declaração do Rio de Janeiro de 1992, foram reafirmados o estreitamento das relações entre o Poder Público e os indivíduos na busca por uma maior compreensão, regulamentação e concretização de melhores condições da vida humana na Terra, destacando a expressão "desenvolvimento sustentável".

Fiorillo (2012, p. 109), no sentido de esclarecer a proteção encontrada na Constituição Federal de 1988 ao meio ambiente artificial, também disse que: [...] os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil possuem o direito constitucional ao bem-estar relacionado às cidades em que vivem, em decorrência da existência de um direito material metaindividual que tutela aludido bem ambiental. [...]

Esse direito metaindividual garante a todos os indivíduos o direito ao meio ambiente equilibrado, seja ele natural ou artificial, que proporcione aos seus integrantes conforto e boas condições de vida nas cidades. Daí se extrai a necessidade de protegê-lo, inclusive, da possibilidade de retrocesso de seus princípios e objetivos até então alcançados.

A proibição do retrocesso dos direitos socioambientais deve ser exigida, assim como se exige da legislação ambiental a atuação positiva do seu dever de proteger o meio ambiente. Isso deve acontecer no sentido de alcançar o equilíbrio ambiental para as gerações futuras, a fim de que essas não assumam o peso da irresponsabilidade como os assuntos ambientais notórios nas gerações do passado, bem como nas atuais.

Outro aspecto que merece atenção é a condição de bem perpetrada ao meio ambiente. Por se tratar de bem de uso comum de todos, a

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal lhe atribui a característica de patrimônio público conforme salientou o Ministro Celso de Mello em seu voto no Mandado de Segurança n. 22164-0/SP:

> [...] o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como encargo que se impõe – sempre em benefício das presentes e das futuras gerações – tanto ao Poder Público como à coletividade em si mesmo considerada [...]

A qualidade de patrimônio público é atribuída ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não apenas por se tratar de bem pertencente ao Poder Público, mas por pertencer a toda uma coletividade interessada diretamente pela sua qualidade, não importando se eles são concernentes à presente ou às futuras gerações.

> Como todo direito fundamental, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é indisponível. Ressalte-se que essa indisponibilidade vem acentuada na Constituição Federal pelo fato de mencionar-se que a preservação do meio ambiente deve ser feita no interesse não só das presentes, como igualmente das futuras gerações. Estabeleceu-se, por via de consequência, um dever não apenas moral, como também jurídico e de natureza constitucional, para as gerações atuais de transmitir esse 'patrimônio' ambiental às gerações que nos sucederem e nas melhores condições do ponto de vista do equilíbrio ecológico (MIRRA, 1994, p. 13 *apud* MILARÉ, 2009, p. 156-157).

Então, na teoria, por se tratar de bem comum, todos deveriam cuidar. O problema é que, na prática, muita gente ainda não entendeu a necessidade de proteger, juntamente com os demais, para garantir que os benefícios de um meio ambiente saudável para todos.

3 POLUIÇÃO SONORA

A poluição sonora é assunto altamente relevante nos dias atuais. Há alguns anos, com o crescimento e desenvolvimento desenfreado das cidades, muitos possíveis problemas deixaram de ser observados, tudo para não atrapalhar o progresso. Hoje a sociedade colhe o ônus da falta de consciência do homem em relação aos prejuízos causados pelo barulho.

Antes de explicar propriamente o que vem a ser a poluição sonora, faremos a distinção dos conceitos de som e ruído, fundamental para o entendimento do assunto. A proximidade do conceito de som e ruído torna difícil essa distinção. Luís Paulo Sirvinskas (2015, p. 823), no entanto, simplifica os conceitos e afirma que o "[...] som é a emissão da voz humana, a música harmoniosa. Enfim, o som é harmonioso e agradável. Ruído, por seu turno, é o som indesejado, o barulho irregular e desagradável produzido pela queda de um objeto, por exemplo".

Para a devida constatação da poluição auditiva por cada pessoa, devemos ter em mente que embora o ruído acima do limite cause danos à saúde do ser humano, em relação ao incômodo que o "barulho" causa, existe uma variação de resistência por cada um.

Sendo assim, algumas pessoas suportam e acolhem melhor o ruído do que outras e isso é muito particular, depende da resistência de cada organismo e do psiquismo de cada ser. José Osório do Nascimento Neto (Poluição sonora e direito ao silêncio, p. 4) simplifica e afirma que:

> Para fins práticos, o som é medido pela pressão que ele exerce no sistema auditivo humano. Na medida em que essa pressão provoca danos à saúde humana, comportamentais ou físicos, ela deve ser tratada como poluição, sendo a medida da intensidade do som feita em decibéis (dB), unidade proposta por Graham Bell. [...]

É possível constatar que o ruído está por toda parte. Na construção civil, nas ruas e avenidas, com o contínuo crescimento do tráfego. Nos bares e restaurantes, com música ao vivo. Nas indústrias que funcionam muito próximas às residências. Tudo isso acontece, diariamente, sem a observância dos limites permitidos para a emissão de ruído, fazendo com que se multipliquem os problemas decorrentes do "barulho".

A poluição sonora, então, se configura todas as vezes que é desrespeitado o direito do ser humano ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado, com a emissão de ruídos indesejados, que perturbem o sossego e afetem a saúde das pessoas e dos animais. Para Sirvinskas (2015, p. 824) a: "poluição sonora é a emissão de sons ou ruídos desagradáveis que, ultrapassados os níveis legais e de maneira continuada, pode causar, em determinado espaço de tempo, prejuízo à saúde humana e ao bem-estar da comunidade, bem como dos animais".

A preocupação com o tema cresceu e deixou de ser apenas uma implicância entre vizinhos para ganhar a atenção de estudiosos da saúde e das leis, uma vez que a poluição sonora afeta diretamente o equilíbrio orgânico do ser humano, embora muitos desconheçam.

De acordo com o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, os principais efeitos negativos oriundos da poluição sonora são: "distúrbio de sono, estresse, perda da capacidade auditiva, surdez, dores de cabeça, alergias, distúrbios digestivos, falta de concentração e aumento do batimento cardíaco".

Além disso, Sirvinskas (2015, p. 827) afirma que, de acordo com a Organização Mundial de Saúde:

> [...] os ruídos até 50 dB não implicarão nenhum efeito negativo. Entre 50 e 65 dB, o organismo começa a sofrer impactos do ruído, dificuldades para relaxar, menor concentração, menor produtividade no trabalho e intelectual. Entre 65 e 70 dB, aumenta o nível de cortisona no sangue e diminui a resistência imunológica, induz a liberação de endorfina, aumenta a concentração de colesterol no sangue. Acima de 70 dB, o estresse torna-se degenerativo e abala a saúde mental, aumentam-se os riscos de infarto, infecções, entre outras doenças.

Esses altos níveis de barulho são facilmente alcançados nas cidades, até mesmo nas pequenas. Infelizmente, inevitavelmente, quase todas as atividades do dia a dia produzem "barulho". São as buzinas nos cruzamentos, as construções por toda parte, as casas noturnas instaladas nas proximidades de áreas residenciais, eletrodomésticos e tantos outros.

> A poluição sonora passou a ser um transtorno à população que mora nos grandes centros urbanos por causa da rápida urbanização e o excesso

> de veículos transitando pelas ruas. O barulho aumentou dificultando muito a vida do cidadão. Essa poluição é danosa ao meio ambiente e também à saúde humana e animal (SIRVINSKAS, 2015, p. 824).

As pessoas, por vezes, ignoram os malefícios gerados pelo ruído emitido acima do convenientemente permitido e não relacionam seus problemas de saúde ao ruído. Elas simplesmente não acreditam que a poluição sonora "pode causar danos à integridade do meio ambiente e à saúde dos seres humanos", conforme aduz Farias (Análise jurídica da poluição sonora, 2007).

O perigo disso reside justamente no fato de que as pessoas estão sendo constantemente prejudicadas, sem perceber e sem dar a devida atenção ao problema que varia a depender de uma maior ou menor exposição aos ruídos, contínuos ou não. Segundo Fiorillo (2014, p. 368):

> [...] o resultado mais traiçoeiro ocorre em níveis moderados de ruído, porque lentamente vão causando estresse, distúrbios físicos, mentais e psicológicos, insônia e problemas auditivos. Além disso, sintomas secundários aparecem: aumento da pressão arterial, paralisação do estômago e intestino, má irrigação da pele e até mesmo impotência sexual.

Daí observamos que os efeitos acarretados pelos ruídos excessivos e desagradáveis aos seres humanos, são uma ofensa ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e que as pessoas ainda ignoram muito esse direito.

A preocupação com o meio ambiente é mais constante hoje, principalmente em razão do desenvolvimento desordenado das grandes cidades que acarreta nele diversos problemas estruturais. Por isso, os legisladores, juristas e governantes precisaram desenvolver meios de proteger os direitos do cidadão, sem desprezar ou contrapesar com os direitos dos demais.

Não é todo dia que estamos preparados para suportar o "barulho", a falta de bom senso e de educação das pessoas. Além disso, as

circunstâncias dizem muito. Uma pessoa hoje pode querer exercer livremente o seu direito de dançar e procurar um estabelecimento com música ao vivo e, em contrapartida, noutro dia necessitar de silêncio em sua residência para se concentrar na realização de uma tarefa difícil ou mesmo para descansar.

Ademais, devemos ter em mente que as pessoas não possuem a mesma capacidade auditiva. Alguns ouvem melhor do que outros ou preferem ouvir o som mais alto, ou menos grave. Enquanto algumas pessoas se incomodam com o menor dos sons, outras pessoas adoram quando o ambiente está bem servido de "barulho", porque estão acostumadas a ele e o consideram normal.

4 A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA DIANTE DA OCORRÊNCIA DE POLUIÇÃO SONORA

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ocasiona a necessidade de proteger, embutido nele, outros tantos direitos, como o direito à vida, à saúde, ao sossego, à vizinhança, etc.

Intrinsecamente ligado a esse direito, a dignidade da pessoa humana se traduz no respeito à dimensão existencial do outro ser humano e a todas as suas necessidades fundamentais particulares. A Constituição Federal de 1988, garante a todos viver dignamente, assegurados todos os direitos correlatos inerentes ao desenvolvimento pleno da pessoa humana.

> A valorização da vida como valor supremo, como faz logo de início a Constituição Federal consagrando o direito à vida e o resguardo à dignidade da pessoa humana (arts. 1.º, III e 5.º, caput, da CF/1988), tem por finalidade viabilizar a realização plena do potencial produtivo e criativo intrínseco de cada indivíduo. Isso ao mesmo tempo, impõe aos seres humanos o dever de preservar o lar em que vivem (Barbosa, 2012, 58).

A Carta Magna acrescentou um capítulo específico para tratar do meio ambiente e, no artigo 225, adicionou à Carta um direito fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como objetivo

essencial para garantir ao cidadão a sadia qualidade de vida.

José Robson Silva apud Haroldo Camargo Barbosa (2012, p. 59, grifo do autor), instrui que:

> O equilíbrio ambiental é crucial para que as personalidades possam ter o curso normal de desenvolvimento. Nas grandes e médias cidades, os desarranjos emocionais e físicos provocados pela poluição sonora, atmosférica, hídrica etc. afetam sim toda a sociedade e o indivíduo em particular. Subtrair do sujeito o direito subjetivo ao equilíbrio ambiental é desvirtuar a eficácia social da norma constitucional. [...] O ambiente equilibrado como um direito fundamental pode ser um instrumento de realização da personalidade da pessoa em vários sentidos.

No mesmo sentido, Barbosa (2012, p. 59) entende que existe a necessidade de preservar o meio ambiente e garantir que ele seja ecologicamente equilibrado para que possa ser assegurado o direito à sadia qualidade de vida. Por essa razão, o aludido autor relaciona o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito da personalidade, que se justifica pela proteção destinada à dignidade da pessoa humana no contexto normativo brasileiro.

Deste modo, para que ocorra a violação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, é preciso que a degradação atinja os interesses da sociedade de forma a causar sérios danos para suas vidas ou dos que convivem no mesmo ambiente atingido pela poluição.

Além disso, temos a figura daquele que dá causa, direta ou indiretamente ao estado de degradação da qualidade de vida de outrem e que é denominado poluidor. O que polui, de certo, dirá que está no seu direito de produzir ruídos, a pretexto da necessidade de crescer o seu negócio, de movimentar a sua casa noturna, independentemente do horário, bem como de transitar na cidade com seu automóvel, ainda que ele seja extremamente ruidoso.

De fato, em determinados casos, é necessário abrir mão da garantia total ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia

qualidade de vida, relativizando-os em detrimento de outros direitos, mas isso, claro, sem perder de vista a obediência aos limites impostos pelas normas para a emissão de ruídos. É necessário sopesar os direitos em conflito para encontrar o equilíbrio. Dinah Shelton (2014, p. 153) diz que: "ainda que exista um direito garantido ao meio ambiente, frente à existência de um conflito, precisará ocorrer o equilíbrio dele com outros direitos. Em alguns casos, uma prioridade específica pode ser estabelecida em lei".

Diversas vezes a poluição é causada pela desinformação da população ou mesmo pela falta de interesse do Governo em combatê-la. É comum que grandes empresas geradoras de poluição tenham ligação direta ou indireta com governantes, dificultando a investigação e o reconhecimento dessa poluição. Outras vezes, a poluição acontece em decorrência da ineficiência do Estado em aparelhar os seus órgãos de maneira condizente com a fiscalização efetiva das práticas de abuso ao meio ambiente.

Nesse tocante, é necessário contrapesar a garantia constitucional da sociedade de ter resguardado seu direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a consequente sadia qualidade de vida, com a necessidade do Estado de permitir que exista o progresso e o crescimento econômico.

Quando o poluidor é uma empresa, privada ou pública, é fundamental averiguar o nível de impacto que determinada atividade econômica gera para os cidadãos que estão expostos aos poluentes por ela emitidos. Preferencialmente, isso deve ocorrer antes mesmo da liberação de licença para funcionamento, quando se tratar de estabelecimento comercial.

Não discordamos de que o Estado precisa permitir que empresas desenvolvam atividades econômicas num ambiente favorável para o crescimento delas, mas essa atividade deve se dar de forma responsável. Forçoso haver comprometimento no ato da fiscalização e reparação das irregularidades que estejam prejudicando a saúde e a vida da sociedade.

Antes mesmo de detectada uma anormalidade na emissão de ruídos, o Estado deve atuar com afinco, de forma a combater severamente a poluição, evitando os graves danos que o "barulho" acarreta para as pessoas, bem como fazendo valer o princípio da precaução, em reconhecimento à dificuldade de remediar um dano ambiental, principalmente quando esse atinge diretamente a saúde de alguém.

No mesmo sentido, existem danos causados pela poluição sonora gerada por uma simples pessoa física. E o fato de ser causada por apenas

uma pessoa não torna a poluição menor ou menos preocupante. O dever do Estado de proteger a todos indistintamente permanece e, a qualquer momento, ele poderá ser responsabilizado, sempre que, sendo omisso, permitir que a sua fiscalização falhe.

O arcabouço de legislação sobre o tema é satisfatório, mas não basta legislar sobre a poluição sonora e o meio ambiente, é preciso ir mais longe. Por isso, o Estado será sempre cobrado quando deixar de atuar satisfatoriamente diante de um quadro inconteste de poluição e danos ambientais, até mesmo por ausência de legislação.

Com a finalidade de proteger o meio ambiente, o Ministério Público é um dos legitimados para promover ação civil pública contra o agente poluente, de acordo com o artigo 5º da Lei nº 7.347/1985, que teve sua redação alterada pela Lei nº 11.448/2007.

> [...], particularmente no que se refere à tutela do meio ambiente, a liberalização dos mecanismos de legitimação *ad causam* foi uma das grandes inovações introduzidas pela Lei 7.347/1985, que rompeu com o princípio tradicional da obrigatória coincidência entre os sujeitos da relação jurídico-material controvertida e os sujeitos do processo [...] (MILARÉ, 2014, p.1477).

Na Constituição Federal de 1988, o artigo 127, caput, aduz que o Ministério Público é "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, nº 6.938 de 1981, o artigo 14, parágrafo 1º, aduz que o Ministério Público da União e dos Estados apresentam legitimidade para propor ação civil pública diante da ocorrência de danos ao meio ambiente para responsabilizar civilmente aquele que degradou o meio ambiente.

A Lei nº 7.347 de 24 de junho de 1985, que disciplina a ação civil pública, aponta como objeto dessa ação, atuar nas ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, conforme redação dada ao artigo 1º, inciso I, da referida lei.

Além disso, forçoso observar que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, foi ampliando o alcance da defesa dos

direitos protegidos pela Lei da Ação Civil Pública, conforme constatamos na redação do artigo 117 do aludido Código.

Na Constituição Federal de 1988, ressalta Milaré (2014, p. 1467, grifo do autor) que:

> Com efeito, logo no 'Preâmbulo', a Constituição fala que o Estado Democrático Brasileiro se destina a assegurar o exercício dos direitos *sociais e individuais...*, e, em seu art. 5.º, XXXV, vem expresso que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão* ou *ameaça de lesão*'. Não se referiu apenas à lesão de direito *individual*, e sim em 'lesão ou ameaça a direito', alcançando, a bem ver, tanto a proteção dos direitos individuais como dos supraindividuais. Nem se omitiu de garantir a faculdade de pedir a tutela do Judiciário inclusive para a *ameaça* de lesão.

Em relação à nomenclatura da ação civil pública, de acordo com Machado (2014, p, 434), ela é "chamada 'pública' porque defende bens que compõem o patrimônio social e público, assim como os interesses difusos e coletivos, como se vê do art. 129, III, da CF/1988". Desse artigo se extrai expressamente a imposição ao Ministério Público de atuar em defesa do meio ambiente, promovendo o inquérito civil e a ação civil pública.

O inquérito civil é um procedimento administrativo, realizado pelo Ministério Público que passa a investigar o acontecimento danoso com o objetivo de colher provas para instruir a ação civil pública. Sirvinskas (2015, p. 958) explica que:

> O inquérito civil, em outras palavras, tem natureza unilateral e facultativa e será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais (art. 1º da Res. 23, de 17-9-2007, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP).

A ação civil pública será ajuizada sempre que um interesse ou direito difuso, coletivo ou individual homogêneo[1] se encontrar lesado ou ameaçado de sofrer lesão. A propósito, em relação à poluição sonora, a ação civil pública é cabível em diversas situações de descumprimento das normas de proteção ambiental. Nesse sentido, Sirvinskas (2015, p. 836) aduz que:

> Cabe ação civil pública para a proteção da comunidade ou da vizinhança instalada próxima à fonte de poluição sonora emitida por qualquer atividade poluidora com base nos seguintes fundamentos: a) a falta do estudo prévio de impacto ambiental; b) a falta de análise da poluição acústica na concessão do licenciamento; c) o fornecimento de produtos fora dos padrões legais permissíveis; d) a recusa por parte do poluidor em fornecer os equipamentos antissom às vítimas; e) a recusa por parte do construtor em vedar ou reduzir as emissões de som a partir de sua fonte geradora.

O que intriga é que, embora esteja claramente inserida no ordenamento jurídico brasileiro a legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil pública diante da ofensa ao meio ambiente em decorrência da poluição sonora, existe alguma divergência quanto à abrangência desse direito. Alguns juristas tentam reduzir o alcance, exigindo que o dano atinja grande número de pessoas e que não se resuma apenas aos vizinhos do local de onde são emitidos os ruídos.

Acontece que, apenas um reduzido número de pessoas ingressa com a ação cível contra o poluidor. A prova da existência de poluição sonora é extremamente difícil de ser obtida e cara demais para ser produzida por um mero particular. Isso faz com que o êxito nessas ações seja irrisório, pelo que se torna forçosa a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público que possui maior aparato para garantir a efetividade da tutela do meio ambiente.

No Estado de Sergipe, mais especificamente no município de Aracaju, uma empresa encontrou entraves para permanecer funcionando. Uma moradora do prédio vizinho à instalação da empresa denunciou o ruído excessivo emitido pelos geradores de energia e condensadores.

O Ministério Público ajuizou a competente Ação Civil Pública, 201011001420, que foi julgada procedente no sentido de condenar a empresa a se adequar aos valores de emissão permitidos na legislação, bem como ao pagamento de multa.

A sentença prolatada confirmou a liminar anteriormente concedida, condenou a empresa ao pagamento de R$ 150.000,00 a título de danos morais coletivos. A empresa, então, recorreu e na Apelação, tombada sob o número 6551/2013, foi alegada a ilegitimidade do Ministério Público diante da inexistência de interesses transindividuais, bem como levantaram a ausência de dano moral coletivo por não ter sido atingido a seara íntima da coletividade. Além disso, a empresa defendeu a não ocorrência do dano ambiental e da poluição sonora, entre outras alegações.

No acórdão registrado sob o número 201316406, de relatoria do juiz convocado Gilson Félix dos Santos foi prolatado o voto, e no que diz respeito à alegação preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público de Sergipe, aspecto que nos é particularmente caro quando se discute a atuação do Parquet na seara do meio ambiente artificial, foi rejeitada a preliminar, sob o argumento de que: "o direito ao meio ambiente, a paz, a tranquilidade, ao bem-estar de uma coletividade são direitos indisponíveis relativos à dignidade da pessoa humana. Assim, não vejo razão para a alegação de ilegitimidade do Ministério Público".

Contra a decisão acima fora interposto Recurso Especial que teve o seu seguimento negado pelo Tribunal de origem. Em seguida, inconformadas, as partes interpuseram o Agravo em Recurso Especial número 737.887. O recurso foi conhecido, mas teve o seu seguimento negado. Com relação à legitimidade ativa, o Ministro Humberto Martins afirmou em sua decisão que:

> Cuidando-se de poluição sonora, e não de simples incômodo restrito aos lindeiros de parede, a atuação do Ministério Público não se dirige à tutela de direitos individuais de vizinhança, na acepção civilística tradicional, e, sim, à defesa do meio ambiente, da saúde e da tranquilidade pública, bens de natureza difusa. O Ministério Público possui legitimidade para propor Ação Civil Pública com o fito de prevenir ou cessar qualquer tipo de poluição,

> inclusive sonora, bem como buscar a reparação pelos danos dela decorrentes. (AREsp 737.887/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 19/08/2015.)

Após, foi interposto Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, que teve negado o seu seguimento. Como se vê, em todas as instâncias pelas quais percorreu o caso explicitado acima, o entendimento foi sempre no sentido de manter a decisão, considerando o Ministério Público parte legítima para atuar diante da ocorrência de poluição sonora, em razão do caráter difuso do direito abalado, ainda que poucos sejam os reclamantes dela, como no caso em tela, que a reclamação aconteceu por apenas uma moradora do prédio vizinho ao da instalação da empresa.

O fato é que restou comprovado no decorrer do processo que as máquinas estavam emitindo ruídos acima do permitido e que, consequentemente estavam atingindo todas as famílias residentes na vizinhança. Isso reforça a ideia de que a poluição é relativa, a resistência a ela depende do organismo de cada um. Além disso, de acordo com os estudos já realizados, as sequelas provocadas por ela podem demorar meses ou anos para serem percebidas.

Todavia, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça não foi sempre no sentido de legitimar o Ministério Público em casos envolvendo o interesse de vizinhos. Já restou decidido, anteriormente, que as ações civis públicas ajuizadas para defender a vizinhança de estabelecimento comercial emissor de poluição sonora não contavam com a legitimidade do Ministério Público, uma vez que o direito em questão não era considerado pelo Tribunal como sendo metaindividual e indisponível, mas como mero direito individual.

Sendo assim, em alguns momentos era percebido um avanço na responsabilização dos poluentes. Em outros, o retrocesso. A poluição sonora, portanto, por anos não recebeu a devida atenção, mas o entendimento atual da jurisprudência tem mudado o rumo dos julgamentos, reconsiderando a importância do respeito ao sossego das pessoas, bem como, principalmente, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no qual haja a possibilidade de se desenvolver uma vida com qualidade.

É arriscado para a sociedade a atuação limitada do Ministério Público

à coexistência de muitos reclamantes do "barulho". Já externamos aqui que muitas vezes as pessoas desconhecem os efeitos nefastos que esse tipo de poluição acumula no organismo humano, seja agredindo à saúde física ou mesmo mental, e, por isso, deixam de questionar os poluentes. Ainda que somente um vizinho reclame, os demais, silenciosamente, estão sendo prejudicados, ainda que inconscientemente.

Sabemos que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida é um direito fundamental e indisponível. Além disso, o Ministério Público possui legitimidade para defender os interesses difusos em prol do desenvolvimento sadio da sociedade, pelo que entendemos não haver nenhum impedimento ao ajuizamento de ação civil pública. Pelo contrário, existe um dever desse órgão de agir em favor da comunidade que tenha, conjuntamente, este direito agredido.

É considerado difuso o direito existente na relação entre os vizinhos diante de uma dada ocorrência de poluição sonora, uma vez que são compreendidos como sendo pessoas que habitam numa mesma região, expostas aos efeitos de poluição sonora, tão nociva à saúde humana e animal.

O fato é que é impossível especificar quais foram os vizinhos afetados por um dano causado pela poluição sonora. Quando os ruídos são emitidos, eles não escolhem os ouvidos que o perceberão, mas simplesmente invadem todas as residências que se encontrem ao seu alcance. Por isso, não dá para garantir que a ocorrência de poluição auditiva atinge apenas uma pessoa dentre os diversos vizinhos, considerando-a uma agressão a direito individual. Na verdade, existe uma ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado que não pertence a uma pessoa individualmente, mas a todos, ao mesmo tempo. A indeterminabilidade desse direito é absoluta.

Estamos, portanto, diante de um direito reconhecidamente difuso, que abrange todas as pessoas pertencentes à sociedade. Ademais, o direito ao meio ambiente, por ser difuso, possui característica de direito indivisível, por conseguinte, qualquer desequilíbrio que ele venha a sofrer, é capaz de desequilibrar a saúde e o bem-estar de todas as pessoas inseridas nele.

Não dá para limitar o alcance da agressão somente às pessoas que prestarem uma reclamação formal ao órgão competente, individualizando o dano. O direito ao meio ambiente equilibrado é, como dito, um direito essencialmente coletivo, que transpassa o âmbito pessoal, alcançando

todas as pessoas simultaneamente.

Independentemente de qualquer coisa, toda denúncia deve ser levada em consideração pelo Ministério Público e investigada com a devida vênia, mesmo que seja descoberto, no decorrer da apuração dos fatos, que o emissor dos ruídos é uma pessoa física. O Parquet também deverá levar adiante os casos de poluição sonora oriundos de pessoa jurídica, ainda que elas possuam alvará de funcionamento ambiental. Nesses casos, é forçoso averiguar a possibilidade de suspensão dessa liberação.

Além disso, o Ministério Público recebeu a legitimação legal para defender o meio ambiente. Diante de casos de poluição sonora entre vizinhos, indivisível que é o meio ambiente, também o artificial, não é crível que o Parquet se abstenha da obrigação de defendê-lo, sob a alegação de que estaria se intrometendo na seara do particular. Pelo contrário, abnegar essa ação, é tolher da sociedade direitos que pertencem a todos indistintamente e que são igualmente garantidos para todos na Carta Magna de 1988, como o direito à saúde, ao meio ambiente equilibrado e à tranquilidade pública, valores maiores da sociedade, de acordo com o respeitado acórdão extraído do Recurso Especial nº 1051306/MG, de relatoria do Ministro Herman Benjamin.

Então, se o Ministério Público é legitimado para proteger o meio ambiente, não estaria ele atuando em relações de vizinhos como se pode tentar fazer crer, mas na defesa do meio ambiente artificial equilibrado capaz de proporcionar a todos a precisa sadia qualidade vida, na qual as pessoas tenham efetivamente o direito ao descanso, à vida, à saúde, ao sossego garantidos e preservados, tudo isso de acordo com a legislação pátria.

5 CONCLUSÃO

A poluição sonora envolve a questão da saúde do ser humano, física e mentalmente, pelo que requer atenção das pessoas expostas aos altos níveis de ruídos, para que elas se conscientizem dos malefícios dessa poluição, bem como cabe ao poder público disponibilizar instrumentos eficazes para combater o abuso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É certo que a poluição sonora sempre existiu, no entanto, ultimamente, com o crescimento e desenvolvimento descompassado das cidades, passou-se a dar maior atenção ao assunto. Essas mudanças despertaram

nos especialistas a necessidade de preparar estudos especializados tanto na área da saúde, como na do meio ambiente com o fito de melhor entendê-lo. Com esses estudos, chegaram à conclusão dos mais variados efeitos negativos provocados pela exposição excessiva aos ruídos desagradáveis, abordados em nosso trabalho, bem como constataram o desconhecimento da população acerca desses efeitos, levando o tema à evidência.

O silêncio é um direito dirigido a todo cidadão com o intuito de garantir a ele uma vida tranquila e harmônica com os demais seguimentos da sociedade. E, embora as pessoas possam fazer "barulho", é necessário observar os limites impostos pela vasta legislação aplicável para o tema.

O Direito Ambiental brasileiro é repleto de instrumentos adequados para salvaguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como a sadia qualidade de vida e, consequentemente, todos os demais direitos a ele relacionados, como a vida, a saúde, o sossego, a tranquilidade. Esses direitos estão protegidos nas diversas normas legais espalhadas em nosso ordenamento jurídico, com previsão nas esferas federal, estadual e municipal.

Ocorre que, muito embora exista, em nosso ordenamento, algumas tutelas eficazes no combate à poluição sonora ou na responsabilização dos poluentes, alguns casos, como os de vizinhos incomodados com os ruídos, são, por diversas vezes, afastados da proteção judicial.

Isso decorre do entendimento emanado por alguns tribunais no sentido de negar a legitimidade do Ministério Público estadual para interpor ação civil pública, tutela para a qual o Ministério Público é legalmente legitimado, sob a alegação de que é preciso que o mal atinja um número indeterminado de pessoas e que a reclamação seja feita por muitas delas.

Não é apropriado considerar como simples problema de vizinhos as situações nas quais restar comprovado, por meio de estudos realizados pelos órgãos competentes, que há emissão de ruídos ultrapassando os limites permitidos, estabelecidos na legislação própria, pelo que resta configurada a poluição sonora e o consequente prejuízo para a população que reside próximo ao local de emissão.

O Ministério Público é, indiscutivelmente, parte legítima para proteger o meio ambiente de forma que previna ou cesse qualquer tipo de poluição, inclusive a sonora, independentemente de quantas forem as pessoas que tenham consciência do malefício ao qual estão submetidas e reclamem uma solução.

NOISE: RIGHT TO ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT AND PUBLIC MINISTRY OF ENTITLED TO PROPOSE SERGIPE CIVIL ACTION PUBLIC

ABSTRACT: Noise pollution is a harmful environmental damage to the health of living being. The assault on environmental and incurs offense the right to an ecologically balanced environment and healthy quality of life, diffuse and assets recognized as a fundamental right. To be effective defense of this right, it is necessary to consider the prosecution of legitimate to judge public civil action and remove the requirement that there are many claimants for the inconvenience caused by noise so that this body can be legitimized active.

KEYWORDS: Noise pollution. Ecologically balanced environment. Healthy quality of life. Fundamental right. State Prosecutor.

Nota

1 Por não ser o objeto deste trabalho, não ingressaremos no debate quanto ao uso da nomenclatura ação civil pública ou ação civil coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos, matéria que ainda é objeto de forte cizânia em alguns ramos do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Haroldo Camargo. Meio Ambiente, Direito Fundamental e da Personalidade. Da conexão às consequências na reparação. In: LACEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (Coords.). *Revista de Direito Ambiental*. Ano 17, vol. 68. São Paulo: Ed. RT, out.-dez., 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2015.

_____. *IBAMA*. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/areas-tematicas-qa/programa-silencio-2>. Acesso em 05 de outubro de 2015.

_____. *Lei 6.938*, de 31.08.1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial n. 737.887/SE*. Agravante: Cencosud Brasil Comercial LTDA. Relator:

Ministro Humberto Martins. Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico: 19/08/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501613818&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 07 de novembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP*. Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira versus Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão publicado no Diário da Justiça da União dia 17 de novembro 1995. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 de outubro 2015.

DA CUNHA JÚNIOR, DIRLEY. *Curso de Direito Constitucional.* 6. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

DA SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 9. ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente humano, de 1972. Disponível em: < www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc >. Acesso em 05 de setembro de 2015. FARIAS, Talden. *Análise jurídica da poluição sonora.* Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1293, 15 janeiro 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9390>. Acesso em: 5 de maio de 2012.

FENTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito constitucional ambiental*: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro.* 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do Direito Processual Ambiental*. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil, 1994*. In: MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NASCIMENTO NETO, José Osório. *Poluição Sonora e Direito ao Silêncio: desafios da sustentabilidade "ao som" do novo*

constitucionalismo latino americano. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8977ecbb8cb82d77>. Acesso em: 17 de agosto de 2015.
SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Ação Civil Pública nº 201011001420.* Ministério Público de Sergipe versus Cencosud Brasil S/A e G. Barbosa Comercial Ltda. Sentença publicada no Diário de Justiça em: 26/03/2013.Disponível em: <www.tjse.jus.br>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.
SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Apelação Cível nº 6551/2013.* Cencosud Brasil S/A e G. Barbosa Comercial Ltda *versus* Ministério Público de Sergipe. Relator: Desembargador Gilson Felix dos Santos. Acórdão publicado no Diário de Justiça em: 04/11/2013. Disponível em: <www.tjse.jus.br>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.
SHELTON, DINAH. *Direitos Humanos e o Meio Ambiente*: direitos substantivos. In: LACEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (Coords.). Revista de Direito Ambiental. Ano 19, vol. 74. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun., 2014.
SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIOS EXTRAJUDICAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Rodrigo Vasconcelos Lima*

RESUMO: O presente texto tem a intenção de destacar que, a Justiça caminha atualmente na direção de encontrar e permanecer atuando por meio das soluções alternativas de resolução de conflito, em aliança com instrumentos de ação social participativa. Dentro dessa cadeia de surgimentos de novos instrumentos de participação social e de resolução de conflito, como forma de alcançar a pacificação social, enfrentamos, também, os obstáculos e barreiras existentes para a implementação e efetivação desses novos instrumentos. Todo o raciocínio desenvolvido neste estudo sinaliza o real empenho de todos que movimentam a máquina do Poder Judiciário, a fim de realizar mudanças perceptíveis e concretas, possibilitando, assim, alcançar novos horizontes através dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos e com isso garantir a efetivação dos direitos garantidos na Constituição e dar rápida prestação, tanto jurisdicional, como extrajudicial.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Meios extrajudiciais. Resolução de conflitos. Acesso à Justiça. Novo paradigma. Pacificação social.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é detalhar o uso das ferramentas extrajudiciais de solução de conflitos e tecer considerações acerca do seu uso, uma vez que os fenômenos dos mecanismos extrajudiciais de pacificação social estão ganhando espaço e se fortalecendo, construindo uma base sólida no terreno do Poder Judiciário, mormente a crise que passa a Justiça brasileira em relação à resposta célere e eficaz que a sociedade atualmente necessita.

Neste ano entrará em vigor o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) e a partir dessa mudança procuramos refletir a respeito do acesso à justiça, o novo paradigma de acesso à justiça, no sentido de

* Bacharel em Direito, Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe (Ejuse), Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

efetivar o primado constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

A sociedade brasileira e o Poder Judiciário caminham ao inevitável encontro com os meios extrajudiciais de resolução de conflitos, permitindo, com isso que o acesso à justiça se torne mais real e possível, sem fazer distinções ou criar obstáculos para aqueles que clamam pela pacificação social e das relações interpessoais.

Assim, será dada ênfase aos mecanismos de acesso à Justiça, com um viés mais desburocratizado e menos formal, e consequentemente delinearemos as especificidades relacionadas a mecanismo, fazendo um apanhando de informações, particularidades, requisitos e aplicabilidade para cada caso concreto. Com isso, o estudo possibilitará conhecer as nuances dos institutos da Arbitragem, Conciliação e Mediação com todos os desdobramentos deles derivados.

Na conclusão, construímos uma síntese a partir das abordagens jurídicas e sociais balizadas ao longo do trabalho, visando difundir e operacionalizar no direito os meios extrajudiciais de resoluções de conflitos.

2 MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com a concretização dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, será oportunizada, uma maneira de resolver os impasses existentes na sociedade, sem a necessidade de ter que ir atrás do Judiciário. Deve-se ter em mente o fato de a Justiça estar a um passo do colapso, pois a máquina judiciária já trabalha com o sistema inchando, não conseguindo responder a contento àqueles que o procuram.

O fato é que durante muitos anos os doutrinadores e operadores do Direito menosprezavam e desacreditavam da real eficácia desses instrumentos como expediente apto a pacificar as contendas existentes na sociedade.

A partir do inchaço da máquina do Judiciário, surge a necessidade de estruturar novas formas de legitimação em uma sociedade marcada por um modelo desatualizado de prestar justiça, buscando alcançar um paradigma alicerçado nas novas formas de produção legislativa, pautada no uso de técnicas de interação entre aqueles novos atores

sociais, buscando sempre a diversidade.

A partir dessas circunstâncias os meios extrajudiciais vêm ganhando grande destaque na doutrina e na prática forense dos operadores dos Direitos, como forma de evitar a morosidade e o formalismo exacerbado do sistema judiciário brasileiro.

A utilização cada vez mais constante dessas técnicas tem proporcionado, não obstante os obstáculos, à população a procura cada vez maior desses mecanismos, que até então, eram tradicionalmente decididos pelo Judiciário.

Os ideais do uso a respeito dos mecanismos extrajudiciais são constantemente alvos de debates na doutrina, e com relação a essa celeuma assim se manifesta Carmona quando defende que:

Cumpre observar que também é espécie de resolução de conflito a autocomposição, que vem se tornando cada vez mais popular e difundida, pois possibilita aos envolvidos um sacrifício, seja integral ou parcial, em prol da pacificação social. Dessa maneira, impera a vontade das partes como um verdadeiro espírito democrático.

O que se pretende com isso, é proporcionar àqueles materialmente desfavorecidos, a inclusão e uma resposta aos conflitos por eles vividos, bem como resultar em igualdade material de acesso à Justiça.

Para a real efetivação desses institutos, é importante a prática do desapego em relação à ideia de que a única forma de solução de conflitos é aquela em que somente o Judiciário é capaz de pacificar as lides. Devemos estar abertos e preparados para os mecanismos que possibilitam prevenir e resolver os conflitos, voltados às necessidades e interesses das partes envolvidas e se tornam corresponsáveis pela decisão e pacificação social.

A contribuição desses instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos acarretará na informalidade dos conflitos, em que as causas de menor complexidade não haverá a necessidade da atuação do Poder Judiciário, uma vez que esses mecanismos propiciam a celeridade, desburocratização, economicidade e eficácia para solucionar as lides.

A consequência prática desses modelos de resolução de conflito é erigir o Poder Judiciário a ultima razão, ou seja, o Estado-Juiz será o último a ser procurado para atuar e solucionar conflitos, em contraponto aos meios consensuais de solução de conflitos.

É interessante destacar que em determinada passagem de sua obra,

que trata tão somente dessa abordagem desburocratizada do Direito, Cappelletti e Garth defendem a ideia da existência de um sistema jurídico mais descomplicado e trazem uma reflexão acerca do tema:

> Nosso Direito é frequentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico[1]

3.2 ESPÉCIES DE MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Podem ser identificadas várias espécies de resolução de conflitos diferentes daquele ordinariamente conhecido, são eles: conciliação, mediação, arbitragem, negociação, transação, adjudicação entre outros.

Interessa destacar que em relação às espécies aqui tratadas, elas não se excluem, existindo assim a possibilidade de uso sucessivo desses meios, mais especificamente em relação à arbitragem e mediação. O cuidado existe em razão da atuação sucessiva do árbitro e mediador, apresentarem parcialidade no decorrer dos procedimentos, haja vista atuação em uma ou outra modalidade previamente, sendo prudente a separação das funções de mediador e arbitro.

3.2.1 ARBITRAGEM

A arbitragem como modalidade alternativa de resolução de conflito, também conhecida como jurisdição privada, consiste em uma técnica de solução de conflitos por meio dos quais os conflitantes aceitam que a solução de seu litígio seja decidida por uma terceira pessoa, de confiança das partes.

A arbitragem, como forma de solução de conflitos, é caracterizada

como heterocomposição, isto é, instrumento por meio do qual o conflito é resolvido por um terceiro imparcial.

Podemos extrair do doutrinador Sérgio Pinto Martins, o conceito de arbitragem a partir de uma forma de solução de um conflito, feita por um terceiro, estranho à relação das partes, que é escolhido por estas, impondo a solução do litígio. É uma forma voluntária de terminar o conflito, o que importa dizer que não é obrigatória (MARTINS, 2003).

Recentemente, foi publicada a Lei 13.129/2015 alterando a Lei 9.307/95 que regula a arbitragem, elevando esta modalidade de resolução de conflito a um patamar de destaque no cenário atual da justiça brasileira. Impende registrar que a arbitragem também encontra previsão legal na Lei dos Juizados Especiais, em seu artigo 24 e em alguns dispositivos do Código de Processo Civil.

Muito se discute acerca da natureza da arbitragem, se ela seria jurisdição ou seria apenas considerada como uma equidade jurisdicional. Na doutrina atual, identificamos duas correntes: a primeira capitaneada por Fredie Didier, afirma que a arbitragem é jurisdição; em contraponto, Luiz Guilherme Marinoni defende que a arbitragem não é jurisdição.

Devemos entender que a arbitragem possui duas vertentes de atuação, podendo ser de direito e de equidade, bastando a escolha de uma dessas modalidades pela vontade das partes, assim define o art. 2º da Lei 9.307/95.

Entende-se por arbitragem de direito aquela situação em que os árbitros irão decidir, por meio das bases das regras de direito. Ex: as partes combinam que os árbitros encontrarão a solução para o caso seguindo as regras do Código Civil.

Ressalta-se que podem livremente as partes escolher as regras de direito que serão aplicadas no procedimento da arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (§ 1º do art. 2º).

Frise-se que as partes poderão convencionar que a arbitragem seja realizada com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (§ 2º).

Já com relação à arbitragem de equidade, podemos entender como aquela em que os árbitros decidirão o conflito não unicamente com os olhos voltados ao ordenamento jurídico, mas sim de acordo com aquilo que lhes parecer mais justo, razoável e equânime. Nesta modalidade de arbitragem, haverá maior liberdade de julgamento, já que não se estar

obrigado a seguir o que diz a lei, podendo conferir solução contrária às regras do direito, desde que isso, no caso concreto, pareça a decisão mais justa e adequada ao episódio.

Diante da arbitragem, as partes envolvidas e interessadas podem submeter o caso concreto mediante convenção de arbitragem, conforme determina a regra insculpida no art. 3º. A Convenção de arbitragem é gênero, das quais são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

O art. 4º enuncia que a "cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".

Cláusula compromissória, também chamada de cláusula arbitral, deve ser compreendida como uma cláusula prevista no contrato, de maneira prévia e abstrata, na qual as partes estipulam em caso de surgimento de algum conflito, este será resolvido por meio da arbitragem e não pela via ordinária, diga-se, o Judiciário.

Em regra, a cláusula compromissória é válida e, tendo sido imposta, sua observância torna-se obrigatória, consubstanciando, portanto, em hipótese de derrogação da jurisdição estatal.

A outra espécie do gênero Convenção de Arbitragem é o compromisso arbitral, consistindo em uma convenção, ou seja, um acordo realizado entre as partes, após o surgimento do conflito, renunciando as partes o direito de buscar a resolução pelo Poder Judiciário e sim, escolhendo que o conflito seja solucionado por intermédio da arbitragem.

No que diz respeito aos contratos de consumo, o compromisso arbitral é totalmente válido para dirimir conflitos em uma determinada relação de consumo. Esse é o entendimento do STJ[2], no sentido de permitir o uso da arbitragem neste tipo de contrato. Entende a Corte que a limitação prevista no art. 51, VII, do CDC é imposta quando realizada de maneira prévia e compulsória quanto ao uso da arbitragem.

Não obstante, no surgimento de eventual litígio, desde que haja consenso entre as partes interessadas, principalmente da parte hipossuficiente – o consumidor poderá ser dado início ao procedimento arbitral.

Em relação ao árbitro, de acordo com as regras trazidas nos arts. 13 a 18 da Lei 9.307/96 poderão exercer a função de árbitro qualquer pessoa

civilmente capaz e que tenha a confiança das partes envolvidas. Em outras palavras, as partes decidem quem elas vão querer como árbitros.

A nomeação dos árbitros recairá sempre em número ímpar, podendo ser apenas um ou mais árbitros, caberá também às partes escolherem os suplentes dos árbitros.

Na hipótese das partes escolherem os árbitros e resultar na somatória de número par, os próprios árbitros estão autorizados a nomear mais um árbitro, a fim de totalizar um número ímpar. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa à nomeação do árbitro.

Pode acontecer das partes não escolherem os árbitros, situação em que a escolha, feita pelas próprias partes, poderá recair em um órgão arbitral especializado para julgar sua causa. Órgão arbitral institucional ou entidade especializada são pessoas jurídicas constituídas com a finalidade de solucionar de maneira extrajudicial os conflitos por meio da mediação, negociação, conciliação e arbitragem.

Note-se que caso as partes optem por um órgão arbitral institucional ou entidade especializada para solucionar a causa, a seleção dos árbitros será feita, em princípio, pelas regras previstas no estatuto da entidade.

Interessa demonstrar que a inovação trazida pela Lei 13.129/2015, possibilitou conferir maior liberdade aos envolvidos, incluindo o §4° ao art. 13 da Lei 9.307/96 prevendo que as partes podem de comum acordo, afastar algumas regras do regulamento do órgão arbitral ou entidade especializada, objetivando, com isso maior liberdade na escolha dos árbitros.

O que se quis na realidade foi estabelecer determinada parcela de poder às partes que escolherem o órgão ou entidade como para solucionar o conflito, uma vez que esse poder será exercido com a possibilidade de as partes escolherem outros árbitros que não aqueles que compõem a lista fechada dos órgãos ou entidades.

Uma inovação legislativa deve trazer em seu bojo um progresso, uma facilidade, um incentivo, mas não foi isso que aconteceu com o referido parágrafo. Como em um primeiro momento as partes escolhem de livre vontade se submeterem a um determinado órgão arbitral ou entidade especializada, em razão do bom desempenho frente a sua atuação, e esse deve ser na maioria das vezes o motivo da escolha e de maneira desarrazoada mudar o "meio de campo", ou seja, os protagonistas do

desempenho eficiente daquele grupo. Dessa forma, o legislador logrou alcançar um verdadeiro retrocesso.

Assim como foi dito em relação aos mediadores, os árbitros são equiparados a auxiliares da justiça e, portanto, sofrem as mesmas causas de impedimento e suspeição destinadas aos magistrados. A atuação de um bom árbitro requer a procedência do julgamento destituído de qualquer valor de parcialidade, dependência, razão pela qual estará ele subsumido à regra do art. 14 do CPC (amizade íntima, inimizade, interesse na causa etc.)

A regra da imparcialidade – imposta para todas as modalidades de resolução de conflito, e neutralidade a eles impostas é deveras, absolutamente impossível, haja vista a pessoa que comanda uma causa, seja ele juiz, árbitro, conciliador ou mediador são seres humanos e trazem com eles razão e emoção.

Na atualidade, tanto o juiz quanto os solucionadores de conflito devem atuar esforçando-se ao máximo para se manter imparcial, mas sem ser neutro, uma vez que dependendo da modalidade a ser escolhida pelas partes, haverá uma escolha prévia do "julgador".

Da mesma maneira que os árbitros são equiparados a auxiliares da justiça, também são, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal (art. 17).

3.2.2 CONCILIAÇÃO

A modalidade de resolução de conflito que aqui será tratada pode ser compreendida como uma fase procedimental, na qual é presidida por um terceiro imparcial, na qual sua atuação objetiva as partes conflitantes a chegarem a uma solução justa para por fim ao conflito existente.

Por 'Conciliação', palavra derivada do latim *conciliatio*, de *conciliare* (atrair, harmonizar, ajuntar), entende-se o ato pelo qual duas ou mais pessoas, desavindas a respeito de certo negócio, põem fim à divergência amigavelmente. Entretanto, tecnicamente, tanto pode indicar o acordo amigável, como o que se faça judicialmente mediante transação, que termina o litígio[3].

O procedimento de conciliação tem como escopo principal o estímulo, por meio do conciliador, a todo o momento promover a

comunicação e o diálogo entre as partes, alcançando, desta forma, a pacificação social.

Com o slogan de "Conciliar é legal", o Conselho Nacional de Justiça – CNJ fomenta a ideia de que os litígios sejam resolvidos por esse mecanismo solucionador de conflito. Esse método consiste na prevenção de litígios, funcionando como opção alternativa ao ingresso na justiça, objetiva, com isso, evitar o alargamento do número de demandas nos foros e a abreviação de tempo na solução das pendências, tornando-se um método extremamente acessível.

À época presidente do CNJ, a Ministra Ellen Gracie Northfleet, manifestou-se no sentido de que a conciliação "permitirá alcançar no futuro uma sociedade menos litigiosa em que o Estado somente intervenha diante da impossibilidade de composição e de acordo".

A solução do litígio, nessa modalidade, pode ser perquirida em qualquer momento, antes mesmo de ter sido instaurado o contraditório. Entretanto, nada obsta que a solução finde apenas com o desenrolar de todo o processo, ou a partir de acontecimentos processuais com: a) Renúncia do autor ao direito sobre o que se funda a ação - É o ato pelo qual o demandante reconhece não possuir o direito alegado; b) Reconhecimento do réu quanto a procedência do pedido - É a conduta do demandado que reconhece a procedência do pedido que lhe foi dirigido; c) Transação - é o negócio jurídico pelo qual as partes litigantes põem fim (ou o previnem) ao conflito existente, relacionado a direitos patrimoniais de caráter privado, mediante concessões mútuas. Trata-se do acordo propriamente dito.

Na modalidade de conciliação extrajudicial, o seu procedimento prevê que, um terceiro neutro e imparcial, possuidor da prerrogativa de sugerir acordos, equacionando e ponderando as vantagens e desvantagens na obtenção de acordos.

A atuação do conciliador deve ser pautada nas causas psicológicas e sociológicas que são objetos de conflitos. A contenda existente é solucionada pelas próprias partes, estando o conciliador atuando como coadjuvante, em que o papel principal de decisão é acometido às próprias partes.

3.2.3 MEDIAÇÃO

Assim como a arbitragem e a conciliação, a mediação objetiva a

pacificação entre as partes. Para que isso ocorra, o procedimento de mediação conta a intervenção de um terceiro imparcial e neutro em relação às partes.

A atuação do mediador consiste na técnica de auxiliar e estimular às próprias partes para que elas identifiquem e percorram o caminho para obtenção consensual do litígio.

Destaca-se que, neste ano foi publicada a Lei 13.140/2015 que dispõe sobre a mediação e dá outras providências, prevendo em seu texto, duas espécies de mediação e são elas: a mediação judicial e extrajudicial. A mediação extrajudicial prevê que as partes optem em tentar solucionar o conflito antes mesmo de ingressarem na via judicial. A escolha do mediador, nessa modalidade, será de escolha das partes, bastando, para tanto, ser pessoa capaz e que tenha sido capacitada para realizar a tarefa de mediação, conforme se extrai da exigência do art. 9 da lei.

Já na mediação judicial, em razão dessa modalidade, haverá a necessidade de os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais criarem centros especializados de mediação, com o objetivo de orientar, estimular e incentivar a autocomposição.

Com relação à mediação judicial, deverá a petição estar com todos os requisitos preenchidos para que possa ser designada pelo magistrado, com no mínimo de 30 dias de antecedência, depois de recebida a inicial, a audiência de conciliação e mediação, devendo o réu ser citado com 20 dias de antecedência.

Ademais, as partes deverão estar assistidas por advogado ou defensor público, salvo se o processo tramitar no rito dos juizados especiais, hipótese na qual a assistência por advogado ou defensor público não é necessária.

A audiência poderá ser dispensada pelas partes, manifestando o desinteresse, tanto pelo autor na inicial como o réu em petição apresentada com no mínimo 10 dias de antecedência.

Interessa demonstrar nessa senda que a não apresentação no que tange o desinteresse da audiência, deve ser considerado como ato atentório à dignidade da justiça, devendo a parte que deixou de manifestar seu desinteresse recair o pagamento de multa em favor do ente político.

A lei dispõe, ainda, que por meio de outorga poderá a audiência ser realizada por procurador com poderes especiais para negociar e transigir. Poderá, também, a audiência ser realizada por meio eletrônico.

A mediação extrajudicial, por sua vez, quando surge o conflito, o interessado almeja a obtenção de um acordo, realiza um convite à parte adversa com o objetivo de alcançar a solução do conflito.

O convite pode ser realizado de forma livre, devendo nele constar o escopo da mediação, a data e o local que será realizada a reunião. Ao receber o convite, a parte adversa poderá aceitar, recusar expressamente ou pode optar em não responder, que será interpretado como recusa, caso a parte não manifeste qualquer resposta no prazo de 30 dias.

Nesta modalidade, é permitido que o contrato celebrado entre as partes conste a cláusula de mediação, consistindo no compromisso das partes em tentar solucionar o conflito antes de buscar o Poder Judiciário, por meio da mediação. Ademais, nesta cláusula poderá prever penalidade para a parte que não comparecer à primeira reunião.

Na reunião, as partes poderão comparecer sem assistência de advogado ou defensor público. Entretanto, caso haja o acompanhamento de advogado e defensor público apenas por uma das partes, o mediador suspenderá a reunião até que o equilíbrio seja estabelecido, de forma que ambas estejam assistidas ou ambas estejam desassistidas.

O mediador é pessoa estranha às partes, que se coloca entre os litigantes, conduzindo-os a um acordo. Entretanto, por mais aconselhador que seja a atuação de um mediador, a ele não é permitido propor soluções para o litígio, cabendo às partes chegar a um consenso mútuo.

O mediador, na modalidade de mediação extrajudicial, deve ser pessoa capaz e de confiança das partes, uma vez que a escolha do mediador é de responsabilidade das partes.

Sendo ela judicial, o mediador terá seu nome incluído em um cadastro nacional e também em um cadastro no Tribunal que atua, seja estadual ou federal.

Ainda na modalidade judicial, o mediador requer conhecimento pelo MEC de curso superior de no mínimo 2 anos, além de ter feito curso de capacitação e formação de mediação devidamente reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou Tribunal, observados os requisitos mínimos exigidos pelo Conselho Nacional de Justiça e Ministério da Justiça.

O mediador judicial é considerado como auxiliar da justiça, inclusive para fins penais e sendo o mediador do quadro do Tribunal ou mediador

externo, em regra, seu trabalho é remunerado. Entretanto, a atuação do mediador por razão óbvia, não será remunerada quando for voluntária.

Sendo eles considerados auxiliares da justiça, recaem sobre eles também os impedimento e suspeição decorrentes do dever de imparcialidade e neutralidade. Havendo circunstância que torne o mediador isento de imparcialidade, tanto de ordem objetiva como de ordem subjetiva, é seu dever informar às partes, sob pena de prejudicar a lisura do procedimento de mediação.

3.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Por se tratar de uma ciência, toda a discussão é válida, ainda quando se trata de uma temática inovadora na adoção dos mecanismos diferenciados.

Ada Pellegrini Grinover estabelece que:

> Não há dúvida de que o renascer das vias conciliativas é devido, em grande parte, à crise da Justiça. É sabido que ao progresso científico do direito processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça. A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflitos; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas. [...] Por outro

> lado, o elevado grau de litigiosidade, próprio da sociedade moderna, e os esforços rumo à universalidade da jurisdição [...] constituem elementos que acarretam a excessiva sobrecarga de juízes e tribunais. E a solução não consiste exclusivamente no aumento do número de magistrados, pois quanto mais fácil for o acesso à Justiça, quanto mais ampla a universalidade de jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve. A crise da Justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro fundamento das vias conciliativas: o fundamento funcional (GRINOVER, 2007).

É possível destacar as vantagens como resultados céleres, confiáveis, econômicos, ampliação do leque de opções ao cidadão, que teria diversas oportunidades de tratamentos do conflito, aperfeiçoamento do sistema judicial estatal diante da redução do número de processos em andamento, maior efetividade no cumprimento dos acordos. Devemos somar a essas vantagens o fato de que esses instrumentos sendo administrados de forma eficiente, podem levar ao estabelecimento de uma relação saudável entre os indivíduos, finalizando a lide instalada e prevenindo outras.

Desvantagens: deletéria privatização da justiça (retirando do Estado, a ponto de enfraquecer uma das suas funções essenciais e naturais) falta de controle de confiabilidade dos procedimentos e das decisões (caso algum procedimento seja transcorrido sem transparência e lisura) exclusão de certos cidadãos e sua renegação ao contexto de uma justiça de segunda classe, frustração do jurisdicionado e enfraquecimento do direito e das leis.

Tais críticas não se sustentam, pois o uso de tais instrumentos não enseja qualquer enfraquecimento do Judiciário, ao contrário, como ensina a professora Lilia de Moraes Sales[4], a introdução dos meios extrajudiciais não visa substituir ou enfraquecer o Poder Judiciário, mas, pelo contrário, oferece meios mais adequados de resolução de conflitos e insere-se no âmbito da dinâmica do Poder Judiciário, facilitando a efetiva prestação jurisdicional por este poder.

3.4 ENFOQUE PSICOLÓGICO

A problemática existente em um conflito, por vezes poderia de pronto ser solucionado, caso não houvesse tanta tensão envolvida no contexto litigioso, dificultando sobremaneira a obtenção do equilíbrio. Nesse diapasão, depreende-se da doutrina de Jorge Ponciano Ribeiro que:

> Tensão e conflito funcionam como figura e fundo. Desejo e necessidade, querer e poder estão no centro do conceito de tensão. Onde existe tensão, existem desejo ou mais campos de força em disputa. Chamamos de tensão o processo de oposição entre dois campos de forças. A intensidade da tensão é função da intensidade entre forças opostas (RIBEIRO, 2009).

Inúmeras são as vezes em que os próprios litigantes impõem resistência, ocasionando dificuldades na obtenção da solução da lide. Segundo Erving e Miriam Polster resistência pode ser considerada como:

> (...)
> Qualquer força interpessoal que interfira no movimento para essas direções é chamada de resistência, uma barreira teimosa, estranha ao comportamento natural da pessoa. A barreira precisa ser removida para que o objetivo "correto" possa ser alcançado. Portanto, a resistente é vista como sabotador entre as diversas forças que existe dentro do indivíduo, e, na verdade, como um agente não do eu, mas sim do antieu. Isso é uma reminiscência da superstição medieval com relação à possessão por demônios ou espíritos malignos.
> (...)
> Devemos enxergar o homem como uma composição de características em vez de meramente alguém que resiste leva a uma imagem de que o homem estará em dificuldades quando

> estiver dividido dentro de si mesmo e, não contra si mesmo (Erving e Polster,2001).

Um dos objetivos principais das formas alternativas de resolução de conflitos é justamente conseguir com que os litigantes desapeguem, abandonem a resistência iniciada antes de um procedimento e continuada durante o seu desenrolar. Contudo, o que se quer também é procedimento de resolução de conflito é possibilitar aos litigantes falar, e a respeito Erving e Polster tratam assim o assunto:

> Os hábitos linguísticos de uma pessoa dizem muito sobre ela e também sobre o que ela está tentando comunicar. Alguns dos estudos mais fascinantes sobre personalidades foram escritos a respeito de Shakespeare, detalhando seu uso da linguagem, as próprias palavras, e o modo como ele as reunia. Em todos os lugares pode-se olhar as pessoas com essa mesma sensibilidade ao uso que fazem da linguagem. Algumas pessoas são avarentas com suas palavras, medindo cuidadosamente cada palavra, como feijões secos, grampos ou balas. Outras pessoas jorram torrentes de palavras, como água transbordando e depois desaparecendo sem deixar traço ou como um arremesso de pedrinhas de cores brilhantes, encobrindo seu brilho falso, ou nos deliciando com reflexos e generosidade.
> (...)
> Dizer aquilo que desejamos é um ato magnífico de criação, facilmente negligenciado. Muitas vezes a linguagem é tudo o que existe para se fazer contato, e mesmo as mínimas mudanças fazem a diferença entre o atingir o alvo ou cair quilômetros longe do ponto de contato.

As modalidades alternativas de resolução de conflitos proporcionam através dos mecanismos de interação, escuta, fala, diálogo e compreensão, atingir o equilíbrio, a fim de solucionar o referido litígio. Equilíbrio pode ser entendido como "um Estado em que as forças são distribuídas de tal modo que a força resultante desaparece" (RIBEIRO, 2009).

Um dos pontos essenciais para o bom desempenho do procedimento e de todos aqueles que protagonizam as formas alternativas de resolução de conflito é a fala, uma vez que ela, a fala, é um marco na história do homem, pois é o traço e característica que nos diferencia dos animais. Porém, esta capacidade de dialogar, visto que nos adjetiva como seres racionais, tem sido cada vez menos explorada e praticada no cotidiano, provavelmente em função das modificações que a globalização impôs em nossas vidas, alterando radicalmente a rotina das pessoas que cada vez possuem menos tempo para conversar e tentar resolver seus problemas de forma racional, ou seja, pela fala.

Assim, os instrumentos de resolução de conflito aqui analisados, diga-se, mediação, conciliação e arbitragem são mais importantes para a sociedade, uma vez que os indivíduos que estão passando por conflitos carecem de amparo, e esse amparo tem sido alcançado precisamente com esses mecanismos.

É a construção de uma sociedade com melhores bases emocionais, pois, fica claro ao nosso redor que cada um carrega um trauma que será jogado sobre a pessoa mais próxima como forma de aliviar o seu próprio peso, ação chamada de "vitimologia". Acima de tudo isso, fica a compreensão de que o mais importante é fazer com que a sociedade resolva seus conflitos de forma amigável e preservando o bem-estar.

A partir do momento em que é permitido às partes externarem suas emoções e exporem seus reais interesses, ou seja, explorarem os aspectos psicológicos do conflito, pode-se chegar a soluções muito mais criativas e satisfatórias do que alcançadas por uma sentença.

4 CONCLUSÃO

Como visto nas linhas anteriores deste trabalho, o objeto de estudo desta obra teve o cerne direcionado aos meios extrajudiciais de resolução de conflitos e sua grande influência na pacificação social.

Destarte, o Poder Legislativo regulamentou recentemente as matérias relacionadas aos meios extrajudiciais de resolução de conflito, impondo com isso, de certa maneira, caráter cogente aos primados instituídos nas respectivas leis.

O que se pretende, em verdade, é desmistificar a ideia de que para obter justiça no Brasil, deve-se, tão somente, socorrer-se ao Poder

Judiciário, como única maneira de dirimir os conflitos da vida em sociedade e das relações cotidianas de consumo, contratuais, negociais entre outras.

A existência de obstáculos ao acesso da justiça, em razão de condições sociais, culturais, econômicas, bem como a descrença da efetividade do Judiciário pelo atravancamento de suas atividades, devem ser afastadas. Para tanto, é necessário fazer chegar aos cidadãos às novas maneiras de ter acesso à justiça, dando conhecimento e informações aos jurisdicionados acerca dos benefícios, conteúdo, aplicação e extensão do direito fundamental de acesso à justiça.

Com isso, os Tribunais de todo o Brasil, tanto estadual quanto federal, devem adotar uma postura de incentivo à prática do uso dos meios extrajudiciais de resolução de conflito, também como uma forma de se obter a pacificação social e a sonhada justiça.

A crítica com relação a este tema refere-se, tão somente, ao termo "alternativo", utilizada de maneira assistemática, dando a ideia de existir outro método. Uma possível interpretação a ser dada a esta expressão contempla o juízo de que o Poder Judiciário não é a única forma de acessar a justiça, sendo que o acesso à justiça acontece de maneira múltipla, variada, alternativa e que uma delas são os meios extrajudiciais de resolução de conflito.

De mais a mais, aos operadores do Direito e todos aqueles que de alguma maneira fazem parte do Poder Judiciário, denota-se boa vontade em difundir e expandir o uso e efetivação desses métodos e é isso que se espera, pois todos saem vencedores, a uma porque o Judiciário torna-se mais célere e efetivo àquelas demandas que necessitam de maior acuidade e a duas porque aos jurisdicionados será oportunizado um procedimento com pessoas qualificadas a fim de solucionar conflitos e resguardar a paz social, tão almejada por todos.

Dessa maneira, o primado insculpido no art. 5°, inc. LXXVIII da CF, essencial aos processos, tanto judiciais quanto administrativos, na qual prevê a duração razoável do processo, com o amplo conhecimento e aplicação dos meios de resolução de conflito será exaustivamente aplicado, pois para ser cumprido o seu mandamento é necessária uma cooperação ativa de todas as partes envolvidas no procedimento. Neste ponto, os mecanismos extrajudiciais se destacam, em razão da participação atuante de todos que fazem parte do procedimento em

questão.

Infere-se de tudo o que foi analisado que a crise instaurada no Judiciário, frise-se, que perdura há mais de 30 anos e reduz sensivelmente o mandamento constitucional do razoável duração do processo e, porque não dizer, do devido processo legal, põe em risco a credibilidade na Justiça.

Não adianta oferecer mais daquilo que se encontra saturado, encorpar a estrutura do Judiciário não vai produzir o efeito de diminuir a quantidade de demandas crescentes, pois estes decorrem das relações entre as pessoas e a cada dia a possibilidade de ampliar estas relações eleva-se vertiginosamente, ganham novos facetas e fazem surgir novos direitos antes não concebidos, resultado, obviamente, do crescimento da população.

Uma nova formatação de justiça se faz imperiosa e necessita acelerar o princípio da inafastabilidade da Jurisdição de forma a atingir todos os extratos sociais, tal que o ordenamento jurídico comporte outras formas de resolução que não a adjudicada, e, ainda que já judicializados os conflitos possam ser solucionados de maneira não adversariais no seu decorrer. O acesso à justiça deve ser visto como aquele que propicia a oferta de métodos e meios adequados à resolução de conflitos, dentro ou fora do Estado, e, não obstante as soluções devam surgir dentro do ordenamento jurídico, isto não significa que necessariamente seja dentro do Poder Judiciário.

Diante de tais considerações, é possível estabelecer uma ilação, sem atribuir caráter abusivo ou irresponsável: providências da Administração Judiciária, visando à criação de novas mentalidades, à formação de juízes polivalentes, aparelhados para exercerem funções múltiplas de julgadores, administradores, consultores, conciliadores, enfim, de agentes de geradores de mudanças, devem ser concentradas, sistemática e periodicamente, em juízes singulares, durante toda sua vida profissional.

Destarte, uma vez ultrapassadas as explicações e discussões, torna-se clarividente que as medidas alternativas de resolução de conflito são uma resposta à preocupação com a efetivação do acesso à justiça. Conforme abordado no decorrer deste trabalho, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo o princípio e garantia fundamental do acesso à justiça e a partir do momento em que o Estado não conseguiu cumprir

com seu papel de efetivar e garantir tal direito surgiu movimentos sociais focados na concretização do acesso à justiça.

Portanto, os meios extrajudiciais de resolução de conflito, representa um verdadeiro aliado à efetiva celeridade do Poder Judiciário, pois a partir do momento em que as demandas mais simples deixarem de adentrar nas vias ordinárias judiciais, por ocasião da existência de mecanismos extrajudiciais mais rápidos. Com isso os magistrados, servidores e auxiliares da justiça demandas que necessitam de maior atenção e acuidade do magistrado, servidores e auxiliares da justiça, poderão empregar maior atenção, uma vez que nestes processos, em sua grande maioria, estão sendo discutidos os bens mais importantes e garantidos na Carta Magna, quais sejam, a vida, liberdade, dignidade, segurança, saúde, moradia e outros que podem surgir e que merecem atenção do Poder Judiciário.

Finalizamos este trabalho científico com a certeza que boa parte das horas de estudos e de pesquisa foram concentrados na proposta inicial do tema que é discutir e difundir a utilização dos meios extrajudiciais como mecanismos aptos e efetivos a retribuir à sociedade a pacificação social e reequilíbrio da equação entre qualidade e tempo, há muito impossível desse binômio ser alcançado pelo Poder Judiciário, em razão do cenário atual de crise.

___

EXTRAJUDICAIS MEANS OF CONFLICT RESOLUTION

ABSTRACT: The study was also directed towards the need to resort to transdisciplinary, searching for more humane, fair, effective and efficient decisions, and requires the current situation experienced by litigants and legal professionals. Worth mentioning that the Justice currently goes toward finding and stay working through of alternatives of conflict resolution, in alliance with participatory social action tools. Within this arisings chain of the new instruments of social participation and conflict resolution as a way of achieving social peace, face, too, obstacles and barriers for the implementation and enforcement of these new instruments. All the reasoning developed in this study signals the real commitment of all that move the machine of the judiciary in order to make visible and concrete changes, enabling thus reach new horizons through alternative means of conflict resolution and thus guarantee

realization of the rights guaranteed in the Constitution and give rapid delivery, both national as extrajudicial.

KEYWORDS: Judiciary. Judicial means. Conflict resolution. Access to justice. New paradigm. Social peace.

Notas

1 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
2 STJ. 3ª Turma. REsp 1.169.841-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 6/11/2012.
3 DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. I.
4 SALES, Lilia Maia de Morais. Justiça e Mediação de conflitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
ALVES, Cleber Francisco & PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à Justiça em preto e branco*: Retratos Institucionais da Defensoria Pública, 2004.
ALVIM, J.E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
ARISTÓTELES. *A Política*. [Tradução: Torrieri Guimarães]. São Paulo, Martin Claret, 2002.
CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
CANOTILHO, Gomes José Joaquim. *Direito constitucional*. Coimbra Editora, 1994.
CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. 2. tir./ Curitiba: Juruá, 1999.
CONIMA – *Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem* -http://www.conima.org.br/
DALLARI, Dalmo de Abreu. *A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea*.
ECONOMIDES, Kim. *Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça"*: epistemologia versus metodologia?*
FALCÃO, Joaquim de Arruda. Acesso à justiça: diagnóstico e tratamento. *In Justiça: promessa e realidade*. O acesso à justiça em

países ibero-americanos. Organização: Associação dos Magistrados Brasileiros, AMB. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996
GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.
GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático do Direito*: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: RT, 1997.
KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). *Revista dos Tribunais*, ano 98, vol. 888, p. 9-36. São Paulo, 2009.
MARTINS, SÉRGIO PINTO. *Direito processual do trabalho*. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
PEREIRA, Áurea Pimentel. *A reforma da Justiça na Emenda Constitucional 45/2004*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Tramas entre subjetividades e direito*: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
REVISTA IN VERBIS – Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil. 2014, n 44.
SALES, Lilia Maia de Morais. Justiça e Mediação de conflitos
WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, In: *Participação e processo*, São Paulo, Ed. RT, 1988.

O NÃO CONFISCO TRIBUTÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A CONSTRUÇÃO DE UM CONTEÚDO MÍNIMO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Fabrício Emmanuel Lima Santos*

RESUMO: O presente trabalho teve como proposta a análise do instituto jurídico do não confisco tributário sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, a fim de se reconhecer conteúdo mínimo que o classifique como direito fundamental, desvinculando-se, assim, da clássica definição como princípio reflexo do direito fundamental de propriedade. Para tanto, foram realizadas pesquisas e estudos da doutrina abalizada de renomados autores de Direito Constitucional e Tributário, como também consagrados doutrinadores estrangeiros, expondo e confrontando teses, a fim de delimitar o raciocínio jurídico ao alcance da proposta temática. Foi traçado estudo centrado na teoria geral dos direitos fundamentais e a relação entre tributação e dignidade da pessoa humana. A partir de tais premissas, traçou-se o núcleo essencial que qualifica o não confisco tributário como direito fundamental. Assim, constatou-se que o não confisco tributário apresenta-se como direito fundamental, sob a forma constitucional de princípio, possuindo, para tanto, como seu conteúdo mínimo, à luz da dignidade da pessoa humana, qual seja, a tributação justa (concepção ideológica), que resguarda a dignidade humana como valor comunitário. Ao final, foram apresentadas as consequências deste reconhecimento, quais sejam, a aplicabilidade imediata do não confisco e sua proteção de cláusula pétrea.

PALAVRAS-CHAVE: Não confisco. Direito Fundamental. Dignidade da Pessoa Humana. Valor Comunitário. Tributação Justa.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional. Tributário.

* Especialista em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe. Especialista em Direito Processual Civil. Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem como proposta a análise do instituto jurídico do não confisco tributário sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, a fim de se reconhecer conteúdo mínimo que o classifique como direito fundamental, desvinculando-se, assim, da clássica definição como princípio reflexo do direito fundamental de propriedade.

O estudo inicial será sobre a relação entre tributação e dignidade da pessoa humana para, a partir de tais premissas, traçar o núcleo essencial que qualifica o não confisco tributário como direito fundamental.

Para tanto, o tópico inicial servirá a discorrer brevemente acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, delineada por alguns dos principais doutrinadores nacionais e estrangeiros, como Ingo Sarlet, Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins e Alexy, a fim de direcionar o estudo à dignidade da pessoa humana e à tributação, passando-se pelo estudo da teoria dos quatro *status*, de George Jellinek, a classificação trialista dos direitos fundamentais e as dimensões dos direitos fundamentais, com enfoque nos ensinamentos de Paulo Bonavides, bem como a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, consoante proposta de Jürgen Habermas.

Abordados conceitos sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, e tendo por base a íntima relação destes com a dignidade da pessoa humana, o segundo tópico do segundo capítulo será dedicado a uma breve exposição sobre a dignidade humana, tendo por base, dentre renomados doutrinadores, o trabalho científico desenvolvido por Luís Roberto Barroso, sobre a dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo, discorrendo-se sobre a origem, evolução, natureza jurídica e conteúdo mínimo, e sobre a dignidade humana em seus aspectos de valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

Em prosseguimento ao estudo desenvolvido, os tópicos seguintes se destinam a apresentar raciocínio jurídico teórico da relação entre o fenômeno da tributação e a dignidade humana em seu aspecto de valor comunitário, a fim de estabelecer um conteúdo mínimo de dignidade humana presente no instituto jurídico do não confisco tributário, a fim de se o reconhecer como direito fundamental.

Por fim será tecida análise dos efeitos do reconhecimento do não

confisco como direito fundamental, quais sejam, a aplicação imediata e a proteção de cláusula pétrea. Para tanto, serão expostos ensinamentos de doutrinadores como José Afonso da Silva, Eros Grau e Gilmar Mendes.

A proposta do trabalho se desenvolve em torno do exame da legislação aplicável ao tema, junto à captação de estudos de diversos doutrinadores consagrados, bem como do entendimento formado no âmbito da jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, analisando e confrontando os raciocínios divergentes.

A importância dos temas abordados se revela em face de não haver corrente firmemente dominante acerca desses, sendo muitas as divergências entre as vertentes doutrinárias que circundam a matéria.

Assim, como tema deste trabalho, tem-se a análise do não confisco como direito fundamental, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, plenamente justificável, ante as controvérsias e necessidade de estudos que venham a contribuir na consolidação de entendimentos acerca da matéria.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente tópico tem por finalidade discorrer brevemente acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, delineada por alguns dos principais doutrinadores nacionais e estrangeiros, a fim de direcionar o estudo à dignidade da pessoa humana e à tributação.

Inicialmente, deve ser abordada a questão terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais, estes reconhecidos como os positivados no ordenamento constitucional de cada Estado, ao passo que os direitos humanos são aqueles reconhecidos em tratados internacionais, de forma que "aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional)" (SARLET, 2009, p. 29).

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que direitos fundamentais são direitos humanos que cada Estado internamente positivou em seu ordenamento jurídico constitucional.[1]

Há, ainda, a expressão "direitos do homem"[2], esta mais ligada à concepção de direitos naturais, ou seja, um estado pré-positivo, assim, distinto de "direitos humanos"[3].

A fim de sistematizar, pode-se distinguir as expressões direitos do homem como direitos naturais ou não positivados, direitos humanos como direitos positivados na esfera internacional, e direitos fundamentais como os positivados na esfera constitucional interna de cada Estado.[4]

Quanto à natureza dos direitos fundamentais, atualmente são reconhecidos como verdadeiras normas positivas constitucionais, podendo assumir o caráter de princípios e regras, não somente simples declarações de valor moral.[5]

Isso posto, passa-se ao breve estudo sobre a classificação dos direitos fundamentais. Para tanto, devem ser tecidas considerações iniciais acerca da teoria dos *status* de Georg Jellinek (1970). O *status* não se confunde com direito, visto que este se apresenta como ter algo, ao passo que o *status* revela uma qualificação de um indivíduo, qualificação esta, sob a ótica desta teoria, em relação ao Estado. Dessa forma, "um *status* é alguma forma de relação entre cidadão e Estado. Como relação que qualifica o indivíduo, o *status* deve ser uma situação, e, como tal diferenciar-se de um direito" (ALEXY, 2008, p. 255).

Jellinek apresenta quatro relações de *status* em sua teoria. O *status* passivo é aquele no qual o indivíduo encontra-se sujeito a alguma obrigação ou proibição perante o Estado, ou seja, não confere direitos ao indivíduo, mas sim deveres.[6] O *status* negativo (também denominado *status libertatis*) corresponde à clássica concepção liberal de impor limites ao poder estatal, a fim de preservar a liberdade pessoal, sob a forma de abstenções, ao contrário do *status* passivo, em que o Estado cria deveres ou proibições ao indivíduo. Dessa forma, caracteriza-se o *status* negativo pela obrigação endereçada ao Estado de se abster de intervir na esfera de liberdade do indivíduo, concepção compartilhada pela ampla doutrina, da qual militam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 65).[7]

Por sua vez, o *status* positivo (ou *status civitatis*) refere-se ao direito do cidadão à ação estatal, ou seja, que o indivíduo possui pretensão a algo em face do Estado, bem como competência em relação ao seu cumprimento (ALEXY, 2008, p. 263-268).

Por fim, o *status* ativo refere-se à capacidade de participação e formação da vontade estatal (ALEXY, 2008, p. 268).

Tecidos tais comentários, passa-se à análise da classificação dos

direitos fundamentais, sob a ótica da classificação trialista, na qual cada um dos grupos de direitos corresponde a um *status* da Teoria de Jellinek.

Os Direitos de Defesa relacionam-se ao *status* negativo ou *libertatis* e impõem ao Estado o dever de não interferir, reprimir ou censurar determinadas liberdades individuais, ou seja, impõe um limite ao poder estatal.

Os Direitos a Prestações correlacionam-se ao *status* positivo e correspondem ao direito a prestações estatais (dever de agir), de forma a promover a proteção ou fruição de determinados bens jurídicos.

Nesse contexto, conforme lecionam Dimoulis e Martins (2007, p. 67), as prestações estatais podem ser materiais, sob a forma de bens e serviços, e jurídicas, sob a forma de normas para tutelar interesses individuais.

Ao final, os Direitos de Participação, que se relacionam ao *status* ativo, visam a garantir a participação do indivíduo na vontade estatal.

Os direitos fundamentais são ainda classificados em dimensões[8] que revelam o caráter progressivo e evolutivo do reconhecimento dos direitos fundamentais através da história, em decorrência das mudanças econômicas, sociais, políticas e culturais no passar do tempo.

Tal complementaridade histórica revela o caráter de unidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, tanto no plano constitucional interno, como no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos (Marmelstein, 2008, p. 57).

O lema da Revolução Francesa, "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", sequenciou, quase que de forma profética, o surgimento dos direitos fundamentais em suas três primeiras e tradicionais dimensões.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão caracterizam-se por direitos de defesa (*status* negativo), que exprimem o valor de liberdade individual em face do Estado. De origem liberal-burguesa e conotação jusnaturalista[9], a primeira dimensão guarda os direitos à vida, propriedade, igualdade formal (perante a lei) e liberdade (incluindo liberdade de expressão, reunião, imprensa e manifestação), bem como garantias processuais como o devido processo legal e o *habeas corpus*. Além dos direitos civis descritos, os direitos políticos também se incluem na primeira dimensão dos direitos fundamentais, tais como o voto e a capacidade eleitoral passiva, "revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia" (SARLET, 2009, p. 47).[10]

A segunda dimensão dos direitos fundamentais guarda relação com direitos à prestação (*status* positivo), fazendo surgir os direitos sociais, econômicos e culturais. Diferentemente da primeira dimensão, em que as liberdades perante o Estado evocam direitos de defesa, ou seja, abstenção de intervenção estatal, a segunda dimensão conclama igualdade material, atribuindo ao Estado comportamento ativo para a implementação da justiça social. Tais direitos são frutos do impacto da industrialização e dos problemas sociais que fizeram eclodir doutrinas e movimentos socialistas, no final do século XIX[11], decretando a necessidade de ir além da igualdade formal, que não era capaz de garantir efetiva liberdade. "Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado" (SARLET, 2009, p. 47).

Os direitos de segunda dimensão, até hoje, caracterizam-se principalmente pelas prestações sociais estatais, como saúde e educação, por exemplo. Contudo, um novo conteúdo surge com os direitos fundamentais de segunda geração, as chamadas garantias institucionais, que não se confundem com direitos, mas correspondem a proteções constitucionais a determinadas instituições (públicas e privadas) essenciais à sociedade (BONAVIDES, 2005, p. 518-522).

Além dos direitos à prestação, há também direitos de defesa decorrentes da segunda geração. São as chamadas liberdades sociais, tais como os direitos dos trabalhadores e direito de greve.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade, são decorrentes das profundas desigualdades entre as nações no segundo pós-guerra, da corrida armamentista, do avanço tecnológico e das necessidades em escala muito além da individual, até mesmo mundial.[12]

A terceira geração refere-se a uma dimensão transindividual de direitos, tendo, pois, como destinatário "o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta" (BONAVIDES, 2005, p. 523).

Os mais reconhecidos como direitos fundamentais transindividuais são a autodeterminação dos povos, o desenvolvimento, a comunicação, a qualidade de vida e ao meio ambiente. O titular desses direitos é a coletividade, podendo assumir-se por um grupo indeterminado ou determinado (como uma nação em relação à autoderminação), ou,

ainda, podendo traduzir-se por todo o gênero humano (como é o caso da qualidade de vida e meio ambiente).

Essas três dimensões são as mundialmente consagradas pela doutrina. No entanto, alguns doutrinadores vêm trabalhando em desenvolver uma quarta geração de direitos fundamentais. No Brasil, Paulo Bonavides desenvolveu sua teoria em torno de uma quarta dimensão, que vem sendo bastante reconhecida. Segundo Bonavides, a quarta dimensão de direitos compreende a democracia direta[13], informação e pluralismo, que correspondem à progressão dos direitos fundamentais à globalização.

O doutrinador reconhece que tais direitos representam o futuro, mas se encontram em fase embrionária, de forma que "compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política" (BONAVIDES, 2005, p. 526).

Além da quarta dimensão, o citado professor também leciona acerca de uma quinta dimensão de direitos fundamentais, representado pelo direito à paz, que assume uma relevância e reclama a si uma nova importância dentro da evolução do contexto global (BONAVIDES, 2008, p. 82).

Sob essa perspectiva, a paz, no âmbito constitucional, não deve ser compreendida apenas como ausência de guerras e conflitos armados, mas, consoante ensina Ingo Sarlet (2009, p. 52), "condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural, pressuposto, portanto (embora não exclusivo), para a efetividade dos direitos humanos e fundamentais de um modo geral".

Traçadas tais premissas, é de se salientar que as classificações acima não são suficientes para caracterizar os direitos fundamentais, os quais são ditos fundamentais por guardarem íntima relação com a dignidade da pessoa humana, que é o fundamento dos direitos fundamentais, e estes possuem sua razão de ser na promoção da dignidade humana, consoante propõe Jürgen Habermas (2010, p. 466-469):

> Dignidade humana significa um conceito normativo de fundo a partir do qual os direitos humanos podem ser deduzidos ao especificar as condições e que a dignidade é violada [...] a dignidade humana, que é uma e a mesma em

> toda e para todos, fundamenta a indivisibilidade de todas as categorias dos direitos humanos. Só em colaboração uns com os outros podem os direitos fundamentais cumprir a promessa moral de respeitar igualmente a dignidade humana de cada pessoa.

A relação com a dignidade da pessoa humana conduz a certas características dos direitos fundamentais, que podem ser identificados como a universalidade[14], inalienabilidade, imprescritibilidade, historicidade e irrenunciabilidade.

Causa divergência a característica da relatividade, que determina que nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, visto que encontra limites nos demais direitos fundamentais.

Noberto Bobbio (1992, p. 41), no entanto, leciona que há poucos direitos fundamentais que não encontram limites em outros direitos fundamentais, e, portanto, assumem caráter absoluto. Tais seriam o direito a não ser escravizado e a não ser torturado.

O mais aceito pela doutrina, contudo, é que os direitos fundamentais possuem certa relatividade, sendo a dignidade da pessoa humana o direito[15] (no sentido genérico de conteúdo jurídico) com valor absoluto.[16]

3 ASPECTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. A CONTRIBUIÇÃO DE LUÍS ROBERTO BARROSO

Abordados conceitos sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, e tendo por base a íntima relação destes com a dignidade da pessoa humana, presta-se este tópico a uma breve exposição sobre a dignidade humana, tendo por base, dentre renomados doutrinadores, o trabalho científico desenvolvido por Luís Roberto Barroso, sobre a dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo, discorrendo-se sobre a origem, evolução, natureza jurídica e conteúdo mínimo.

O primeiro conceito de dignidade remonta à Roma antiga e atinge até o século XVIII, estando associada a um *status* social ou a um cargo público ocupado por um indivíduo, ou seja, a dignidade não era decorrente da pessoa, mas sim de sua posição social.[17] Nesse diapasão, não se pode conceber que uma dignidade intrínseca ao ser humano possua relação com tal noção de dignidade, visto que a *dignitas hominis*

romana mais se relaciona à posição ocupada do que à pessoa em si.

A origem do atual conceito de dignidade humana remonta a uma filosofia metafísica acerca de um valor intrínseco a todo ser humano, e desenvolveu-se através do pensamento clássico, do Cristianismo, passando pelo Iluminismo e o segundo pós-guerra.

Cícero (2009), em seu clássico *Dos Deveres*, de 44 a.C., retrata uma dignidade inerente ao ser humano, que o tornaria superior aos outros animais.

O Cristianismo, por seu turno, teve grande influência sobre a civilização ocidental, tendo decisiva contribuição à noção de dignidade humana. A noção judaica, descrita no *Gênesis*, de que todo homem é imagem e semelhança de Deus criador, impõe uma essência comum e mais elevada a todo ser humano. Tal caráter é reafirmado no Novo Testamento, como descrito por São Paulo em sua Carta aos Gálatas (cap. 3, vers. 28), de que "Não há judeu ou gentio, nem escravos ou libertos, nem homens ou mulheres, pois todos vocês são um só em Jesus Cristo".

Forma-se, assim, um conceito de dignidade humana associado à essência divina de que todo ser humano é portador, o que torna todos iguais perante Deus.

O Iluminismo, por sua vez, trouxe um novo passo ao entendimento sobre a dignidade da pessoa humana, indo além do conceito religioso que dominou a Idade Média, trazendo a razão, o conhecimento e a liberdade para o centro da dignidade humana, fazendo emergir "a centralidade do homem, ao lado do individualismo, do liberalismo, do desenvolvimento da ciência, da tolerância religiosa e do advento da cultura dos direitos individuais" (BARROSO, 2014, p. 18).

O conceito de dignidade humana ganha, assim, as noções de razão, liberdade e direitos individuais à sua ideia de essência comum a todo ser humano (seja divina ou por outra acepção), ou seja, de que todo homem é portador de direitos (inicialmente associados à liberdade) inerentes à sua condição (essência) humana.[18]

A Segunda Guerra Mundial marcou outro passo evolutivo à dignidade humana, em reação aos horrores do nazismo, incorporando-a à esfera política e jurídica, e não apenas filosófica e religiosa, com a inclusão da dignidade humana em vários tratados internacionais e Constituições de Estado.

Na perspectiva filosófico-religiosa, a dignidade humana pode ser

caracterizada como "o valor intrínseco de cada pessoa e a capacidade individual de ter acesso à razão, de fazer escolhas morais e determinar seu destino", bem como, sob a ótica política, "um fim a ser alcançado por instituições nacionais e internacionais" (BARROSO, 2014, p. 61).[19]

Na esfera jurídica, com o pós-positivismo, fruto do segundo pós-guerra, que reaproximou o direito e a moral, a dignidade da pessoa humana ganhou amplo relevo na interpretação das normas legais, conforme leciona Barroso (2014, p. 62-63):

> Não demorou muito, entretanto, para que essas metas políticas e valores morais inscritos na dignidade migrassem para o direito. [...] Isso é particularmente verdadeiro nas decisões envolvendo casos difíceis, em que não há soluções claras e acabadas no direito positivo. Esses casos envolvem lacunas, princípios conflitantes, desacordos morais ou ambiguidades. Nesse novo ambiente pós-positivista, no qual a Constituição e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, desempenham uma função central, os juízes e as cortes frequentemente necessitam recorrer à moralidade política com a finalidade de aplicar os princípios corretamente. Isso tudo favoreceu à ascensão da dignidade humana.

Assim, na perspectiva jurídica, a dignidade humana caracteriza-se como um valor fundamental, sob a forma (natureza jurídica) de princípio jurídico com *status* constitucional.[20] Dessa forma, a dignidade da pessoa humana deixa de ser apenas um valor moral, metafísico e abstrato e alcança uma dimensão normativa de aplicabilidade prática, expressa sob a forma de princípio constitucional, no qual se alicerçam todos os direitos fundamentais.[21]

A dignidade humana assume no ordenamento jurídico, enquanto princípio, duas funções: uma como fonte de direitos não expressos, mas que fazem parte do núcleo essencial da dignidade humana[22]; e a interpretativa, como já mencionado.

Tecidos tais comentários acerca da evolução e natureza jurídica da dignidade humana, passa-se à análise de seu conteúdo mínimo.

Conceituar a dignidade humana é tarefa praticamente impossível,

levando-se em conta as inúmeras diversidades mundiais, sendo colocada nos documentos jurídicos nacionais e internacionais sem um conceito concreto. Ante tal impossibilidade, deve-se buscar um conteúdo mínimo a identificar a dignidade humana, "capaz de ser aceito por conservadores, liberais ou socialistas, assim como por pessoas que professam diferentes concepções razoáveis de bem e de vida boa" (BARROSO, 2014, p. 73).

Barroso identifica o conteúdo mínimo da dignidade humana em três elementos. Segundo o autor "a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses coletivos (valor comunitário)" (BARROSO, 2014, p. 72).

A dignidade como valor intrínseco refere-se às características que são comuns a todos os seres humanos e os torna distintos de outras espécies. Entre tais características identificam-se a inteligência, sensibilidade e a capacidade de se comunicar. O valor intrínseco não pode ser concedido ou perdido, tornando a dignidade como algo que independe de qualquer condição. Segundo Dworkin (2006, p. 910), esta característica revela a dignidade como um valor objetivo.[23]

Esse valor objetivo implica também que o homem não pode ser meio para realização de outros fins, mas sim consiste num fim em si mesmo, e que o Estado serve ao indivíduo e não o inverso, em contraposição à dignidade do Estado[24]. Direitos fundamentais à vida[25], integridade (física[26] e psíquica[27]) e igualdade perante a lei[28] são decorrentes da dignidade humana como valor intrínseco.

A dignidade como autonomia, por sua vez, relaciona-se com autodeterminação, ou seja, a liberdade individual de viver, segundo seus valores, princípios e desejos.[29]

Autonomia não se confunde com liberdade de forma ampla, visto que esta acaba por ser restringida. A autonomia refere-se ao núcleo essencial da liberdade que não pode ser suprimida. "A autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo de sua vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas" (BARROSO, 2014, p. 82). Decorrem da dignidade humana como autonomia direitos fundamentais de autonomia privada[30], autonomia pública[31] e mínimo existencial[32].

A dignidade humana como valor comunitário relaciona-se ao elemento social (relação entre os indivíduos) que se contrapõe ou restringe a autonomia individual com fins de promover a própria dignidade humana como um todo (individual, em relação a terceiros e da sociedade em geral). As formas de restrição ocorrem através dos valores e crenças de determinado grupo social e pela atividade normativa estatal.[33]

O valor comunitário refere-se, pois, ao convívio harmônico entre os indivíduos e às metas coletivas para se promover a dignidade humana, que ocorre por meio de normas morais, éticas e jurídicas, que de algum modo podem implicar restrições à esfera de direitos individuais.

No entanto, a linha que separa a dignidade como valor comunitário e a afronta à própria dignidade pode revelar-se tênue. Apenas a atuação legítima e razoável pode ser considerada como digna. O abuso, por sua vez, traduz-se em ofensa à dignidade humana, seja como autonomia ou valor intrínseco.

Dessa forma, é legítimo que haja limitações à autonomia individual a fim de se promover a dignidade em relação a terceiros, mas o uso de tal restrição não pode ser de tal forma a ultrajar a própria dignidade. Nesse sentido, leciona Barroso (2014, p. 89):

> Não é difícil compreender e justificar a existência de um conceito como a dignidade como valor comunitário, que faz parte do conteúdo e delineia os contornos da dignidade humana, ao lado do valor intrínseco e da autonomia. Os objetivos que ele busca alcançar são legítimos e desejáveis, caso suas linhas sejam corretamente traçadas.

Barroso (2014, p. 95) exemplifica com o caso do *hate speech*, assim denominado o discurso depreciativo ou violento destinado a grupos vulneráveis, que representa um conflito entre aspectos da dignidade humana como autonomia e como valor comunitário. Em lados opostos, a liberdade de expressão (autonomia privada) e a proteção ao vulnerável colidem, de forma que, a restrição à liberdade de expressão individual a fim de proteger a dignidade humana de terceiros vulneráveis (no caso, direitos como honra e autonomia estão envolvidos) torna-se legítimo e não significa ofensa à dignidade humana, mas sim a sua promoção.

Deve-se frisar, a fim de complementar o raciocínio acima, que a dignidade humana como autonomia corresponde ao núcleo essencial da liberdade de expressão e não a todo o conteúdo da liberdade de expressão, de modo que se faz racional e razoável concluir-se que, dentro da liberdade de expressão, determinado exercício (no caso, o *hate speech*) pode caracterizar-se como uma ofensa à dignidade humana como valor comunitário (como no caso do *hate speech*) ou como valor intrínseco.

Pode-se afirmar como decorrência do valor comunitário os direitos fundamentais à prestação estatal na forma de proteção individual e coletiva por meio de tutela normativa que visem à promoção e proteção da dignidade humana.

Dessa forma, conclui-se que todo ser humano é dotado de algo que o torna único e insubstituível, que o diferencia de todos os outros objetos e o torna fim em si mesmo e autônomo de seu destino (livre arbítrio), bem como agente social e partilhante desta característica com os demais homens e responsável pela promoção deste caráter em si e nos demais semelhantes. Assim, parafraseando o pensamento Kantiano, o homem não possui preço, mas sim dignidade. Tal dignidade humana está presente no valor intrínseco do ser humano, ou seja, do homem em si mesmo, enquanto ser natural, e em sua autonomia, isto é, no agir livre e consciente humano, bem com na interação do homem (valor comunitário) que manifesta a dignidade em relação a terceiros e ao meio social como um todo.

4 TRIBUTAÇÃO JUSTA COMO VALOR COMUNITÁRIO DA DIGNIDADE HUMANA

Estabelecidas as premissas acerca da dignidade da pessoa humana, presta-se o presente tópico a esboçar uma relação entre o fenômeno da tributação e a dignidade humana em seu aspecto de valor comunitário.

Como visto, o valor comunitário da dignidade humana perfaz-se por restrições à autonomia, a fim de promover dignidade humana de forma social, tal como se fosse um contrapeso a fim de harmonizar a dignidade humana como um sistema. A tributação, por sua vez, é um fenômeno estatal, classicamente entendido como decorrente do *jus imperii* do Estado em face do indivíduo. Dessa forma, parece quase

que incompatível relacionar uma demonstração do poderio estatal com dignidade humana, que, estando no núcleo essencial dos direitos fundamentais, se origina como contraposição ao poder estatal.

No entanto, faz parte da acepção de dignidade humana a desconstituição do Estado como um fim em si mesmo, pois é o homem que é um fim em si mesmo e, o Estado, uma "coisa" dos homens para servi-los. A evolução da sociedade e a emersão da segunda dimensão de direitos fundamentais (direitos sociais) transformaram o Estado em um agente da promoção e proteção da dignidade humana, de forma que clássicos fenômenos decorrentes de seu poderio passam a ser desconstituídos de sua natureza de *jus imperii*, para serem compreendidos, também, como promotores de um conteúdo mínimo da dignidade humana. Sob essa lógica, a tributação pode ser revista para além de um fenômeno estatal puro, como um fenômeno da dignidade humana, pois que servível à promoção e proteção da dignidade por meio da atuação estatal.

O Estado coerente e humanizado é aquele servível à promoção e proteção do valor intrínseco do homem (vida, saúde, por exemplo), da autonomia (educação, mínimo existencial) e do valor comunitário (por meio de normas e garantias, por exemplo).

A tributação, em seu âmago, contudo, representa uma ofensa ao direito fundamental de propriedade, que limita a autonomia do homem.

Todavia, com visto, a dignidade humana representa o conteúdo mínimo do direito fundamental, de sorte que sua limitação não significa necessariamente uma ofensa à dignidade humana, se utilizada à promoção da própria dignidade humana em seu sentido mais amplo. Tal limitação, trilhando o raciocínio traçado, é a dignidade humana como valor comunitário. Nesse diapasão, a tributação pode se apresentar como uma manifestação do valor comunitário da dignidade humana, no sistema jurídico.

Contudo, apenas a tributação legítima e razoável é servível à promoção da dignidade humana, ou seja, a tributação justa, visualizada numa perspectiva metafísica. A tributação injusta, por sua vez, ilegítima ou desrazoável, pura manifestação do poder estatal em desconformidade com o bem de seus indivíduos, fere a dignidade humana.

Assim, a tributação justa pode ser entendível como manifestação da dignidade humana como valor comunitário, que impõe limites à

propriedade (direito fundamental) de um indivíduo a fim de promover e proteger a dignidade humana dele próprio, de terceiros, e de todos no meio social (coletivo).

Se, por um lado, a tributação justa (valor comunitário) promove a autonomia por meio da promoção dos direitos à prestação estatal, também protege a autonomia enquanto direito de propriedade por meio da limitação da própria tributação. Sob essa ótica, a tributação justa (como ideal) é o conteúdo essencial que limita a própria tributação como poder estatal e harmoniza o fenômeno da tributação.

Portanto, a tributação justa, vista como valor comunitário da dignidade humana, traduz-se por um equilíbrio que limita o direito de propriedade ao mesmo tempo em que o protege, pois o seu parâmetro de legitimidade e razoabilidade limita o poder estatal.

A dignidade humana como valor comunitário traduzido na tributação justa é, assim, um binômio, que infere a tributação ao indivíduo até certo limite, ou seja, dela decorre uma permissão e uma proibição, que é o limite da permissão.

5 O NÃO CONFISCO COMO DIREITO FUNDAMENTAL COROLÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A vedação ao confisco é aceito pela doutrina como tendo natureza de princípio jurídico, que norteia a administração pública e a legislação tributária, com aplicação, em sua maioria, meramente retórica. Por estar descrito como um dos limites constitucionais ao poder de tributar, o não confisco é facilmente relacionado aos direitos de defesa (primeira dimensão).

No entanto, como visto, para ser direito fundamental faz-se necessário ter a dignidade humana como conteúdo mínimo. Assim, a vedação ao confisco é tradicionalmente identificada como um princípio decorrente do direito fundamental de propriedade, e este guarda em seu núcleo a dignidade humana como autonomia.

Todavia, com a evolução da sociedade e a compreensão de novas dimensões de direitos, a concepção de não confisco puramente ligada à ideia de propriedade não satisfaz esta nova dicotomia. Como descrito no tópico anterior, a emersão da segunda dimensão de direitos fundamentais transmutou o Estado dominador em Estado provedor, de

forma que a tributação deixa de ser puro fenômeno do *jus imperii* estatal e passa a ser fenômeno social a fim de atender a dignidade humana como um todo.

Dessa forma, a tributação como justo limite à propriedade privada não fere a dignidade humana, mas harmoniza-a como um sistema transindividual, de forma que a tributação justa, sob essa nova ótica, assume um caráter seja de valor, meta-princípio ou direito fundamental implícito, que materializa em si o aspecto da dignidade humana como valor comunitário. Desse núcleo essencial (que contém a dignidade humana) irradia um binômio: direitos sociais e parâmetros razoáveis à própria tributação.

Direitos sociais contêm tributação justa em seu núcleo essencial visto que, além de promover a dignidade como valor intrínseco e autonomia, requerem recursos financeiros a fim de garantir esta proteção, o que revela a dignidade em seu valor comunitário, por meio da tributação.

Todavia, como também estabelecido no tópico anterior, apenas a tributação legítima e razoável traduz a dignidade humana como valor comunitário. Sob essa ótica, o não confisco materializa tal parâmetro de legitimidade e razoabilidade da tributação.

Dessa forma, o não confisco tributário resta-se caracterizado por direito fundamental, visto que possui em seu núcleo essencial a dignidade da pessoa humana como valor comunitário traduzida em tributação justa (conteúdo mínimo). O não confisco faz-se, por conseguinte, útil à proteção da propriedade privada, liberdade de profissão, atividade econômica, mas, de forma mais contundente, serve-se à harmonização do sistema da tributação ao sistema da dignidade humana, evocando uma expressão mais ampla, ou seja, de direito fundamental.

Tendo a dignidade humana como valor comunitário como seu conteúdo mínimo, torna-se mais visível a aplicação concreta do não confisco tributário, ou seja, parâmetro de justiça à limitação de outros direitos fundamentais (propriedade, profissão, dentre outros) por meio da tributação, o que evoca uma análise de razoabilidade ao caso concreto.

Assim, o não confisco deve promover não apenas a propriedade, mas sim a tributação justa como um todo, que possui em sua essência a promoção da dignidade humana em sua acepção para além do individual. Ou seja, aplicar o direito fundamental ao não confisco perfaz-se por

auferir o ideal de tributação justa e promoção da dignidade humana.

Não se trata apenas de uma abstenção (deixar de tributar). A satisfação ao não confisco exige o atendimento à tributação justa, a qual somente será justa se observados parâmetro de razoabilidade e se servível à promoção da dignidade humana. Como visto, o binômio deve ser respeitado, ou haverá lesão à dignidade humana. Sob essa perspectiva, não basta a simples aferição numérica de um percentual de alíquota ou base de cálculo, ou ainda o valor de uma multa fiscal. Ainda que parâmetros sejam observados na fixação de alíquotas, por exemplo, se a destinação do montante de tributo recolhido não for utilizado à promoção e proteção da dignidade humana (em acepção social), caracterizando-se o mau uso do dinheiro público, restar-se-á configurado o efeito de confisco tributário e lesão à dignidade da pessoa humana.

Por fim, o não confisco tributário encontra-se normatizado sob a forma de princípio constitucional, consoante a divisão estabelecida por Alexy[34], em razão de seu alto grau de abstração, ou seja, trata-se de um princípio fundamental ou princípio de direito fundamental.

6 CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DO NÃO CONFISCO TRIBUTÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: APLICABILIDADE IMEDIATA E CLÁUSULA PÉTREA

A primeira característica do reconhecimento do não confisco tributário como direito fundamental é sua aplicabilidade imediata, ou seja, independe de norma complementar ou regulamentadora, por força no disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal[35].

Faz-se um adendo para expor a classificação das normas constitucionais, segundo as clássicas lições de José Afonso da Silva, pelas quais as normas constitucionais podem ser divididas em normas de eficácia limitada, contida e plena.

As normas de eficácia limitada caracterizam-se por não possuírem por completo os elementos que possibilitam sua aplicação, necessitando de norma complementar infraconstitucional.[36] Dessa forma, a norma constitucional não possui os elementos linguísticos suficientes, de forma que a proposição prescritiva da norma geral e abstrata[37] será formada por enunciados do texto constitucional e infraconstitucional,

obrigatoriamente, por ser impossível a leitura apenas com base da Constituição.[38]

As normas constitucionais de eficácia contida, por sua vez, podem ser entendidas como aquelas que possuem elementos suficientes para sua aplicabilidade, todavia, podem ter sua amplitude reduzida por lei infraconstitucional.[39] Em outras palavras, sob o enfoque hermenêutico, constituem proposições prescritivas com elementos linguísticos suficientes à prescrição da norma geral abstrata, sendo permitido, no entanto, que elementos linguísticos veiculados por norma infraconstitucional a componham, reduzindo o âmbito original de sua incidência.[40]

As normas de eficácia plena, por fim, são as normas dotadas de aplicabilidade direta, pois seus termos não dependem de legislação infraconstitucional, ou seja, são proposições prescritivas constituídas unicamente pela disposição constitucional, possuindo elementos linguísticos suficientes para a formação da norma geral abstrata.[41]

Apesar de o art. 5º, §1º, da CF, como mencionado, tratar expressamente que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, parte da doutrina reconhece que muitas das normas de direitos fundamentais se revelam normas de eficácia limitada, por simples impossibilidade de aplicação prática. José Afonso da Silva (2008, p. 165), nesse sentido, leciona que:

> Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no §1º do art. 5º da Constituição, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

Nesse diapasão, parece não haver dúvidas de que o art. 7º, IV[42] e XIX[43], da CF, ao estabelecer o direito ao salário mínimo e licença-paternidade, nos termos fixados em lei, é verdadeira norma de direito

fundamental abstrata de eficácia limitada. Trata-se, pois, de caso em que a falta de norma complementar impede a aplicação da norma de direito fundamental, por pura implicação lógica.

Feita tal análise, pode-se questionar se a norma abstrata de direito fundamental do não confisco tributário constitui uma norma de eficácia plena ou limitada. Poder-se-ia sustentar que o nível de abstração da vedação ao confisco implicaria uma insuficiência de elementos linguísticos a possibilitar a aplicação da norma, ou seja, não se poderia identificar o seu campo de incidência, o que levaria à necessidade de norma complementar.

No entanto, em face do mandamento constitucional que expressamente determina a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, não se pode simplesmente ignorar a norma e, por conseguinte, lesar direito fundamental, na análise de caso concreto, sob o pretexto de que a norma encontra-se com sua eficácia limitada à edição de norma completar que não existe e, por essa justificativa, negar aplicação à norma.

O certo é que o aplicador do direito, ao analisar o caso concreto, deverá definir a norma jurídica ao caso, norma esta que será individual e concreta, com base na aplicação de norma geral e abstrata, ou seja, todas as normas legais e constitucionais são, em sua natureza, abstratas, não podendo o julgador se furtar de aplicá-las sob esse pretexto, ainda mais quando se tratarem de normas que veiculam direitos fundamentais, que não podem ser anuladas em hipótese alguma, devendo sempre ser ponderadas e harmonizadas.[44]

Diversamente do exemplo do salário mínimo, que depende da fixação de seu valor por ato normativo para que possa existir, a vedação ao confisco, por mais ampla e indeterminada que seja a terminologia, não há nada que impeça sua aplicação pelo Poder Judiciário, exceto, por óbvio, se inexistissem tributos. Este é o entendimento compartilhado por Barroso (2009, 139-140):

> Ainda quando se afigure pouco lógica a existência de uma regra afirmando que as normas constitucionais são aplicáveis, parece bem a sua inclusão no texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de

> ser do Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da LINDB.

Não se pode deixar de registrar a posição de Ingo Sarlet (2009, p. 271), pela qual a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais determina um mandado de otimização, de forma que deve ser conferida a máxima eficácia aos direitos fundamentais.[45]

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já proferiu entendimento de que as normas de direitos fundamentais possuem aplicação imediata, independentemente da existência de norma regulando sua aplicabilidade, podendo o Judiciário valer-se de tais normas a fim de proteger o direito fundamental em questão. Foi esse o entendimento que a Corte Suprema consagrou ao julgar a questão de ordem levantada no MI 107, entendendo pela possibilidade de impetração de Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da CF, ainda que inexistente norma regulamentadora, nos seguintes termos:

> Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua autoaplicabilidade, ou não. Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão entidade ou autoridade de que ela dependa (…) Assim fixada a natureza desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, "Q" -, autoexecutável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber.

> Questão de ordem que se resolve no sentido da autoaplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107 QO. Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 21/09/1990)[46]

Isso posto, não merece prosperar a tese de que as normas de direitos fundamentais possuem eficácia limitada, visto que tal raciocínio se mostra propriamente inconstitucional, por força do disposto no art. 5º, §1º, da CF. Pensar o inverso seria admitir a inutilidade de tal norma constitucional, bem como aceitar que outras diretrizes, que não o texto constitucional, regem a Constituição Federal.

O sistema constitucional deve ser harmônico como um todo, de modo que, se as normas que veiculam direitos fundamentais são, por determinação do próprio texto constitucional, de aplicação imediata, elas devem possuir, no caso concreto, sua margem de eficácia, ainda que alto o grau de abstração, como é o caso do não confisco.

Não se pode aceitar a inutilização da norma da vedação ao confisco, simplesmente por conta da abstração do termo confisco, e da inexistência de norma que regule sua amplitude de incidência. Cabe, pois, ao julgador, na análise do caso concreto, a aplicação da norma constitucional a fim de proteger o direito fundamental.

Por tais razões, a aplicabilidade imediata da norma do não confisco encontra respaldo e harmonia nos termos de racionalidade da Constituição Federal, a permitir que o Judiciário atue no caso concreto de forma a corrigir os excessos que caracterizem efeito de confisco.

Deve-se concluir, também, que se tratando o não confisco como norma de direito fundamental de nítido caráter de princípio (princípio de direito fundamental) e com aplicação imediata, deve nortear a atividade legislativa e os atos administrativos, bem como deve ser aplicado pelo Judiciário no enfrentamento do caso concreto, a fim de propiciar a garantia do direito fundamental ao não confisco tributário.

A segunda consequência do reconhecimento do não confisco tributário como direito fundamental é sua característica de cláusula pétrea, conferida pela Constituição Federal aos direitos e garantias individuais, em seu art. 60, §4º, IV[47], de forma que não pode ser suprimido do ordenamento jurídico.

As cláusulas pétreas, consoante os ensinamentos de Gilmar Mendes

(2007, p. 1029), "traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade".[48]

De igual forma, leciona Paulo Bonavides (2005, p. 660) que as cláusulas pétreas exprimem a essência do pacto social e refletem a vontade inviolável do constituinte.

Todavia, há corrente que considera as cláusulas pétreas verdadeiras cláusulas antidemocráticas. Segundo os que advogam esta tese, as cláusulas pétreas limitam a democracia por impedirem a efetivação da vontade popular. Joaquim Barbosa, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, em seu voto no julgamento da ADI 3105-DF, manifestou-se contrário às cláusulas pétreas:

> Essa teoria [das cláusulas pétreas] é antidemocrática porque, em última análise, visa a impedir que o povo, por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos, promova de tempos em tempos as correções de rumo necessárias à eliminação paulatina das distorções, dos incríveis e inaceitáveis privilégios que todos conhecemos.[49]

Alexy (2003, p. 38), por seu turno, admite o papel antidemocrático exercido pelas cláusulas pétreas, mas o defende por entender necessário que alguns assuntos não sejam objeto de deliberação pelas maiorias.

Com respeito ao pensamento de Joaquim Barbosa e dos que defendem que as cláusulas pétreas são antidemocráticas, mas não merece prosperar tal raciocínio. O termo antidemocrático é por deveras pejorativo e tão somente reflete um posicionamento político particular de alguns. As cláusulas pétreas desempenham verdadeiro papel contramajoritário, que, diverso de antidemocrático, objetiva a proteção da própria democracia e a supremacia da Constituição, frente a oportunismos, movimentos e ideologias políticas momentâneas, pois, como assevera Bobbio (1992, p. 15), sem efetiva proteção aos direitos do homem não existe democracia.[50]

Um Estado Constitucional Democrático de Direito não se compreende por uma ditadura da maioria, que representa uma falsa noção de democracia. O sistema majoritário não pode se sobrepor à

ordem constitucional democrática, sob pena de desconstituí-la. Uma verdadeira democracia guarda sua dimensão material, que não pode ser decidida pela maioria, conforme leciona Ferrajoli (1997, p. 99):

> A dimensão material daquilo a que podemos chamar "democracia substancial", respeita ao que não pode ou deve ser decidido pela maioria, e que é garantida pelas normas substanciais que das mesmas decisões disciplinam a substância ou o significado, vinculando-as, sob pena de invalidade, ao respeito dos direitos fundamentais e dos outros princípios axiológicos por elas estabelecidos.

As cláusulas pétreas servem, portanto, ao propósito de proteger determinados conteúdos essenciais da Constituição "contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias (mesmo qualificadas) parlamentares" (SARLET, 2009, p. 418). Assim, direitos fundamentais, que se incorporam ao patrimônio jurídico individual e social, devem ser protegidos contra possíveis manobras políticas tendentes a subtrair tais direitos e garantias.

Poder-se-ia questionar o fato de que a vedação ao confisco não se encontra prevista no art. 5º da Constituição Federal, o que levaria ao não alcance da cláusula de imutabilidade, prevista no art. 60, §4º, IV, da Carta Magna. Tal raciocínio, que parte de uma análise puramente literal, considera que o disposto no inciso IV do §4º, do art. 60, da CF, refere-se ao texto do Capítulo I, do Título II, "Dos direitos e deveres individuais e coletivos", ou seja, abrangeria apenas o que nele se encontra descrito.

A análise puramente literal poderia conduzir a este equívoco, que seria desprezar os demais direitos e garantias individuais espalhados no texto constitucional, de forma expressa ou implícita. Nesse aspecto, Gilmar Mendes (2007, p. 451) considera que o legislador constituinte não optou pela melhor técnica ao disciplinar os direitos e garantias em suas várias dimensões.[51]

Sob o mesmo ponto de vista literal, é de se reconhecer que o inciso IV do §4º do art. 60 da CF não faz menção ao art. 5º, mas sim aos direitos e garantias individuais como um todo, não cabendo interpretações restritivas quanto a direitos fundamentais. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2006, p. 191) leciona que direitos e garantias individuais não

são apenas os dispostos no art. 5º da CF, mas sim todos os "direitos fundamentais do homem indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado".

O Supremo Tribunal Federal ainda não analisou a questão do não confisco sob esse enfoque, mas já enfrentou matéria semelhante, em relação à anterioridade tributária, considerando-a garantia fundamental individual, amparada, logo, sob a proteção de cláusula pétrea:

> O poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, § 2º e § 3º, da CF, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos parágrafos 1º, 4º e 5º do aludido artigo. A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 587.008, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 02/02/2011, DJe em 06/05/2011, com repercussão geral)[52].

Dessa forma, sendo o não confisco tributário um direito fundamental individual, encontra-se revestido como cláusula pétrea, não podendo ser abolido do sistema constitucional vigente.

Todavia, é certo que o art. 60, §4º, IV, da CF, veda a proposta legislativa tendente a abolir a norma de direito fundamental individual, mas não faz menção à supressão parcial, ou seja, novamente utilizando-se de interpretação puramente literal, poder-se-ia aceitar que tais direitos fossem parcialmente reduzidos. Como já mencionado, tais direitos incorporam-se ao patrimônio jurídico dos cidadãos, e a abolição total ou parcial destes implica lesão ao patrimônio jurídico, verdadeiro retrocesso.

O sistema jurídico constitucional não contempla uma interpretação que obstrua a evolução ou, pior, que implique retrocesso. A esse raciocínio denomina-se cláusula de vedação ao retrocesso, extraída dos princípios da máxima efetividade e supremacia da Constituição.

Dessa forma, entende-se que o direito fundamental ao não confisco tributário está revestido sob a proteção de cláusula pétrea, não podendo ser abolido do sistema constitucional, bem como não pode sofrer limitações ou restrições que impliquem retrocesso social.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como proposta a análise do instituto jurídico do não confisco tributário sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, a fim de se reconhecer conteúdo mínimo que o classifique como direito fundamental, desvinculando-se, assim, da clássica definição como princípio reflexo do direito fundamental de propriedade.

A abordagem inicial teve por proposta um estudo sobre a relação entre tributação e dignidade da pessoa humana e, a partir de tais premissas, foi traçado o núcleo essencial que qualifica o não confisco tributário como direito fundamental. Para tanto, o tópico inicial discorreu brevemente acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, assentando-se que direitos fundamentais, atualmente são reconhecidos como verdadeiras normas positivas constitucionais, podendo assumir o caráter de princípios e regras, não somente simples declarações de valor moral.

Ato contínuo fora analisada a teoria dos quatro *status*, de George Jellinek, que são divididos em passivo, negativo, positivo e ativo. O *status* não se confunde com direito, visto que este se apresenta como ter algo, ao passo que o *status* relava uma qualificação de um indivíduo, qualificação esta, sob a ótica desta teoria, em relação ao Estado.

Após, foi explanada a classificação trialista dos direitos fundamentais, que se dividem em direitos de defesa, a prestações e de participação, bem como a classificação das dimensões dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de primeira dimensão caracterizam-se por direitos de defesa (*status* negativo), que exprimem o valor de liberdade individual em face do Estado, e guardam os direitos à vida, propriedade, igualdade formal (perante a lei) e liberdade (incluindo liberdade de expressão, reunião, imprensa e manifestação), bem como garantias processuais como o devido processo legal e o *habeas corpus*, além dos direitos políticos. A segunda dimensão conclama igualdade material,

atribuindo ao Estado comportamento ativo para implementação da justiça social, configurando os chamados direitos sociais. A terceira geração refere-se a uma dimensão transindividual de direitos como a autodeterminação dos povos, o desenvolvimento, a comunicação, a qualidade de vida e ao meio ambiente. Paulo Bonavides reconhece a quarta dimensão de direitos, que compreende a democracia direta, informação e pluralismo, e a quinta dimensão que se refere ao direito universal à paz.

Conclui-se, após tais premissas, que a dignidade humana é o fundamento dos direitos fundamentais, e estes possuem sua razão de ser na promoção da dignidade.

O segundo ponto de estudo foi dedicado a uma breve exposição sobre a dignidade humana, tendo por base, dentre renomados doutrinadores, o trabalho científico desenvolvido por Luís Roberto Barroso, sobre a dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A origem do atual conceito de dignidade humana remonta a uma filosofia metafísica acerca de um valor intrínseco a todo ser humano, e desenvolveu-se através do pensamento clássico, do Cristianismo, passando pelo Iluminismo e o segundo pós-guerra. Na esfera jurídica, com o pós-positivismo, fruto do segundo pós-guerra, que reaproximou o direito e a moral, a dignidade da pessoa humana ganhou amplo relevo na interpretação das normas legais. A dignidade humana assume no ordenamento jurídico, enquanto princípio, duas funções: uma como fonte de direitos não expressos, mas que fazem parte do núcleo essencial da dignidade humana, e a interpretativa.

O conteúdo mínimo da dignidade humana pode ser visto em três perspectivas: o valor intrínseco de todos os seres humanos; a autonomia de cada indivíduo; e a limitação por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses coletivos (valor comunitário). A dignidade humana como valor comunitário relaciona-se ao elemento social (relação entre os indivíduos) que se contrapõe ou restringe a autonomia individual com fins de promover a própria dignidade humana como um todo (individual, em relação a terceiros e da sociedade em geral). No entanto, a linha que separa a dignidade como valor comunitário e a afronta à própria dignidade pode revelar-se tênue. Apenas a atuação legítima e razoável pode ser considerada como digna. O abuso, por sua vez, traduz-se em ofensa à dignidade humana,

seja como autonomia ou valor intrínseco.

Em prosseguimento ao estudo desenvolvido, os tópicos seguintes foram destinados a apresentar raciocínio jurídico teórico de relação entre o fenômeno da tributação e a dignidade humana em seu aspecto de valor comunitário, a fim de estabelecer um conteúdo mínimo de dignidade humana presente no instituto jurídico do não confisco tributário, a fim de se o reconhecer como norma princípio de direito fundamental. Restou-se demonstrado que a dignidade humana representa o conteúdo mínimo do direito fundamental, de sorte que sua limitação não significa necessariamente uma ofensa à dignidade humana, se utilizada à promoção da própria dignidade humana em seu sentido mais amplo. Tal limitação, trilhando o raciocínio traçado, é a dignidade humana como valor comunitário. Assim, a tributação legítima e razoável, ou seja, a tributação justa, pode se apresentar como uma manifestação do valor comunitário da dignidade humana no sistema jurídico.

Dessa forma, a tributação como justo limite à propriedade privada não fere a dignidade humana, mas harmoniza-a como um sistema transindividual, de forma que a tributação justa, sob esta nova ótica, assume um caráter seja de valor, metaprincípio ou direito fundamental implícito, que materializa em si o aspecto da dignidade humana como valor comunitário. Desse núcleo essencial (que contém a dignidade humana) irradia um binômio: direitos sociais e parâmetros razoáveis à própria tributação. Dessa forma, o não confisco tributário caracteriza-se por direito fundamental autônomo, visto que possui em seu núcleo essencial a dignidade da pessoa humana como valor comunitário traduzida em tributação justa (conteúdo mínimo).

Tendo a dignidade humana como valor comunitário como seu conteúdo mínimo, torna-se mais visível a aplicação concreta do não confisco tributário, ou seja, parâmetro de justiça à limitação de outros direitos fundamentais (propriedade, profissão, dentre outros) por meio da tributação, o que evoca uma análise de razoabilidade ao caso concreto.

O estudo final foi destinado à análise dos efeitos do reconhecimento do não confisco como direito fundamental, quais sejam, a aplicação imediata e a proteção de cláusula pétrea.

O sistema constitucional deve ser harmônico como um todo, de modo que, se as normas que veiculam direitos fundamentais são, por

determinação do próprio texto constitucional, de aplicação imediata, elas devem possuir no caso concreto sua margem de eficácia, ainda que alto o grau de abstração, como é o caso do não confisco. Não se pode aceitar a inutilização da norma da vedação ao confisco, simplesmente por conta da abstração do termo confisco, e da inexistência de norma que regule sua amplitude de incidência. Cabe, pois, ao julgador, na análise do caso concreto, a aplicação da norma constitucional a fim de proteger o direito fundamental. Por tais razões, a aplicabilidade imediata da norma do não confisco encontra respaldo e harmonia nos termos de racionalidade da Constituição Federal, a permitir que o Judiciário atue no caso concreto de forma a corrigir os excessos que caracterizem efeito de confisco.

Direitos fundamentais incorporam-se ao patrimônio jurídico individual e social, devendo ser protegidos contra possíveis manobras políticas tendentes a subtrair tais direitos e garantias. O sistema jurídico constitucional não contempla uma interpretação que obstrua a evolução ou, pior, que implique retrocesso. A esse raciocínio denomina-se cláusula de vedação ao retrocesso, extraída dos princípios da máxima efetividade e supremacia da Constituição. Desta forma, conclui-se que o direito fundamental ao não confisco tributário está revestido sob a proteção de cláusula pétrea, não podendo ser abolido do sistema constitucional, bem como não pode sofrer limitações ou restrições que impliquem retrocesso social.

Por fim, conclui-se como alcançada a proposta do presente trabalho monográfico, definindo-se o não confisco tributário como direito fundamental (princípio de direito fundamental), traçando-se, para tanto, o seu conteúdo mínimo, à luz da dignidade da pessoa humana, qual seja, a tributação justa (concepção ideológica), que resguarda a dignidade humana como valor comunitário.

THE CONFISCATION NOT TAX AS FUNDAMENTAL RIGHT: THE CONSTRUCTION OF A MINIMUM CONTENT IN THE LIGHT OF HUMAN DIGNITY

ABSTRACT: This work aimed at analyzing the legal principle of non-tax confiscated from the perspective of human dignity, in order to recognize minimum content that classify as a fundamental right, decoupling is thus the classic definition as principle reflects the fundamental right to

property. To this end, we carried out research and studies of authoritative doctrine of renowned authors of constitutional and tax law, as well as established foreign scholars, exposing and confronting theses in order to define the legal reasoning to reach the proposed theme. Was traced study focused on the general theory of fundamental rights and the relationship between taxation and human dignity. From these premises, it drew up the essential core that qualifies not tax confiscation as a fundamental right. Thus, it was found that the non-tax confiscation is presented as a fundamental right under the constitutional form of principle, having to do so, as their minimum content, in the light of human dignity, which is the fair taxation (design ideological) which protects human dignity as a community value. In the end, the consequences of recognition were presented, namely, the immediate applicability of the non-forfeiture and its entrenchment clause protection.

KEYWORDS: Not confiscation. Fundamental right. Dignity of human person. Community value. Fair taxation.

RIGHT AREA: Constitutional. Tax.

Notas

1 Nesse sentido, Robert Alexy (1998, p. 6) discorre: "Direitos fundamentais são essencialmente direitos humanos transformados em direito positivo. Direitos humanos reclamam institucionalização. Assim, não existe apenas direito humano à vida se não direito humano a que exista um Estado que implemente esse direito."

2 "A utilização da expressão "direitos do homem", de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, nada obstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma "pré-história" dos direitos fundamentais." (SARLET, 2009, p. 30)

3 Segundo Bobbio (1992, p. 26), direitos humanos não podem ser equiparados com direitos naturais, tendo em vista que a positivação no direito internacional revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos.

4 A Constituição brasileira de 1988 adota o termo "direitos fundamentais" para designar os direitos nela positivados, e "direitos humanos" para referir-se a direitos consagrados em tratados e convenções internacionais.

5 Canotilho (2000, p. 1141-1142) leciona que os direitos fundamentais são dotados de "força normativa independente do ato de transformação legislativa".

6 "Estar em *status* de passivo nada mais significa que se encontrar em uma determinada posição que possa ser descrita com o auxílio das modalidades de dever, proibição e competência – ou de seu converso, a sujeição." (ALEXY, 2008, p. 256)

7 Alexy (2008, p. 258), no entanto, leciona que o sentido original traçado por Jellinek ao *status* negativo refere-se apenas às liberdades jurídicas não protegidas, que são faculdades do indivíduo,

e não à obrigação de abstenção do Estado de forma ampla. *In verbis*: "Ao membro do Estado é concedido um *status*, no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o seu *imperium*. Essa é a esfera individual de liberdade, do *status* negativo, do *status libertatis*, na qual os fins estritamente individuais encontram a satisfação por meio da livre ação do indivíduo".

8 A doutrina também utiliza o termo "gerações". Contudo, tal terminologia é alvo de várias críticas, sob o argumento de que carrega ideia de alternância de direitos (uma geração que dá lugar à posterior), o que se revela equivocado, pois os direitos fundamentais se complementam, numa verdadeira progressão evolutiva. Neste sentido, dentre outros, lecionam Ingo Sarlet (2009, p. 45) e Brega Filho (2003, p. 25).

9 Sobre esta característica, comenta Ingo Sarlet (2009, p. 46): "Os direitos fundamentais da primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental."

10 Acerca dos direitos fundamentais de primeira dimensão, conclui o autor que: "cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados" (SARLET, 2009, p. 47).

11 Algumas Constituições deste século já contemplavam alguns direitos sociais, como a Constituição Imperial do Brasil de 1824, a Constituição Francesa de 1848 e a Constituição Alemã de 1849. No entanto, é apenas no segundo pós-guerra que os direitos fundamentais de segunda dimensão passaram a ser amplamente consagrados nas Constituições dos Estados (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 68).

12 Nesse sentido, leciona Ingo Sarlet (2009, p. 48-49): "Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. [...] Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação."

13 A Constituição Federal de 1988 consagra a democracia representativa como direito fundamental. Porém a democracia participativa (direta) é timidamente consagrada.

14 Universalidade não deve ser confundida com uniformidade, visto que as sociedades devem guardar um núcleo mínimo, porém as diversidades culturais irão conferir certas variações a determinado direito fundamental, as quais devem ser respeitadas (HESSE, 2001, p. 85).

15 Alguns doutrinadores preferem classificar a dignidade humana como "[...] verdadeiro superprincípio constitucional [...]" (PIOVESAN, 2012, p. 87).

16 Nesse sentido, Fernando Ferreira dos Santos (1999, p. 94) e Cleber Francisco Alves (2001, p. 178). Em sentido contrário, vale registrar o posicionamento de Carlos Ayres Britto (2001, p. 39), para quem, não a dignidade humana, mas sim a democracia ocupa o centro fundamental do sistema constitucional, pois "a democracia há de resistir a tantos golpes, porque ela, no fundo, é o verdadeiro ser, a verdadeira alma da Constituição brasileira de 1988".

17 Barroso (2014, p. 14) leciona que, "na cultura ocidental, começando com os romanos e chegando até o século XVIII, o primeiro sentido atribuído à dignidade – enquanto categorização dos indivíduos – estava associado a um *status* superior, uma posição ou classificação social mais alta".

18 Immanuel Kant (1998, p. 42), em sua filosofia, relaciona dignidade com autonomia (vontade livre), de forma que o homem é um fim em si mesmo e não um meio. "No reino dos fins

tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes; as coisas, por outro lado, que estão acima de todo preço e não podem ser substituídas por outras equivalentes têm dignidade".

19 Comenta o autor: "Não é difícil perceber, nesse contexto, a dupla dimensão da dignidade humana: uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros. A primeira dimensão é por si só inviolável, já que o valor intrínseco do indivíduo não é perdido em nenhuma circunstância; a segunda pode sofrer ofensas e violações" (BARROSO, 2014, p. 61-62).

20 Nesse sentido, Barroso (2014, p. 64) leciona: "Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais".

21 Alguns doutrinadores preferem considerar a dignidade humana, sob a ótica jurídica, como um direito autônomo. Barroso (2014, 67-68) defende a posição de natureza jurídica de princípio, visto que, "uma vez que a dignidade é tida como alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e como fonte de parte de seu conteúdo essencial, seria contraditório considerá-la um direito em si, já que ela é parte de diferentes direitos. Além disso, se a dignidade humana fosse considerada um direito fundamental específico ela necessariamente iria ter que ser ponderada com os outros direitos fundamentais, o que a colocaria em uma posição mais fraca do que ela teria caso fosse utilizada como um parâmetro externo para aferir soluções possíveis nos casos de colisões de direitos. Como um princípio constitucional, contudo, a dignidade humana pode precisar ser ponderada com outros princípios ou metas coletivas".

22 Barroso (2014, p. 66) exemplifica o caso dos direitos ao voto e à privacidade que não estão expressos na Constituição dos Estados Unidos, e o direito contra a autoincriminação, que não está enumerada na Constituição do Brasil.

23 "Cada vida humana tem um tipo especial de valor objetivo (...) O sucesso ou fracasso de qualquer vida humana é importante em si mesmo (...) todos nós deveríamos lamentar uma vida desperdiçada como algo ruim em si, seja a vida em questão a nossa ou a de qualquer outra pessoa."

24 No regime nazista predominava a ideia de Dignidade do Estado, em detrimento da dignidade humana. De forma semelhante, a Constituição de 1977 da União Soviética mencionada dignidade da cidadania soviética e dignidade nacional. Ainda hoje, a Constituição da China prevê que o Estado deve proteger a dignidade do sistema legal socialista.

25 Em relação ao direito à vida, deve-se frisar que repousam controvérsias em algumas questões como o aborto, o suicídio assistido e a pena de morte, esta última abolida na maioria dos países, sendo expressamente proibida pela Carta Europeia, mas persiste em países como os Estados Unidos da América.

26 "O direito à integridade física abrange a proibição da tortura, do trabalho escravo e das penas cruéis ou degradantes. É no âmbito desse direito que se desenvolvem discussões acerca da prisão perpétua, técnicas de interrogatório e condições nas prisões" (BARROSO, 2014, p. 78).

27 A integridade psíquica também compreende o direito à honra pessoal, à imagem e à privacidade.

28 Acerca da igualdade formal, discorre Barroso (2014, p. 78): "Todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. Isso implica na proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia ou nacionalidade, sexo, idade ou capacidade mental (o direito à não discriminação) e no respeito à diversidade cultural, linguística ou religiosa (direito ao reconhecimento)."

29 Nesse sentido, leciona Barroso (2014, p. 79): "A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e ter uma vida boa."

30 Autonomia privada refere-se a direitos como a liberdade de religião, expressão e associação.

31 Autonomia pública refere-se a direitos de participação política, como o voto e a capacidade eleitoral passiva.
32 O mínimo existencial refere-se ao conteúdo essencial dos direitos sociais e econômicos. Barroso (2014, p. 87) defende que "o mínimo existencial está no cerne da dignidade humana, e que a autonomia não pode existir onde as escolhas são ditadas apenas por necessidades pessoais. Desse modo, portanto, aos muito pobres deve ser conferida proteção constitucional".
33 Nesse sentido, complementa Barroso (2014, p. 87): "O indivíduo, portanto, vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado. Sua autonomia pessoal é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva."
34 Conforme leciona Alexy (2008, p. 51), as "normas de direitos fundamentais são normas. Por isso, o conceito de norma de direito fundamental compartilha todos os problemas que dizem respeito ao conceito de norma", ou seja, podem assumir a forma de princípios ou regras. Ainda, conforme Alexy (2008, p. 90), a diferença entre as regras e princípios reside, além do grau de generalidade e abstração, na seara do campo qualitativo; as regras refletem mandamentos definitivos, de forma que ou se aplicam ou não se aplicam, (conforme a já mencionada lógica do tudo ou nada traçada por Dworkin) e os princípios configuram mandamentos de otimização, ou seja, devem ser aplicados de forma a conferir a maior eficácia possível ao caso concreto.
35 § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
36 Nas palavras de José Afonso da Silva, são "aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte" (SILVA, 2008, p. 118).
37 Utiliza-se a expressão "norma geral abstrata" para identificar o conteúdo extraído dos elementos textuais de corpo normativo, em contrapartida à "norma jurídica" (individual e concreta), fruto da aplicação concreta da norma abstrata, que resulta num determinado comando a determinada pessoa ou grupo de pessoas em determinada situação concreta, consoante os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 284-285). Exemplificando com o ato administrativo de lançamento tributário, "cabe à autoridade administrativa ou ao contribuinte, conforme o caso, aplicar a norma geral e abstrata, produzindo norma individual e concreta, nela especificando os elementos do fato e da obrigação tributária, com o que fará surgir o correspondente crédito fiscal" (CARVALHO, 2008, p. 432).
38 Como exemplo de norma constitucional de eficácia limitada tem-se o inciso IX do art. 37, que dispõe: "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".
39 Assim define José Afonso da Silva: "são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados" (SILVA, 2008, p. 116).
40 O mais clássico exemplo dessas normas é o disposto no art. 5º, XIII: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer."
41 Consoante leciona José Afonso da Silva, tais normas são "de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos" (SILVA, 2008, p. 101/102).
42 IV – salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
43 XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

44 Nesse sentido leciona Eros Grau (2008, p. 321): "Para fazê-lo sucintamente, relembro, ainda outra vez, que o preceito inscrito no §1º do art. 5º da Constituição de 1988 afirma a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, Isso significa que tais normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda, que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas. Por essa razão é que tais normas já não têm mais caráter meramente programático, assumindo a configuração de preceitos autoexecutáveis, aos quais o aplicado último do direito – o Poder Judiciário – deve conferir efetividade jurídica ou formal."

45 "Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan. Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* de aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta".

46 Noutro caso, o STF manteve o mesmo entendimento para aplicar a impenhorabilidade de pequena propriedade rural: "Impenhorabilidade da pequena propriedade rural de exploração familiar (Const., art. 5º, XXVI): aplicação imediata. (…) A falta de lei anterior ou posterior necessária à aplicabilidade de regra constitucional – sobretudo quando criadora de direito ou garantia fundamental -, pode ser suprida por analogia: donde, a validade da utilização, para viabilizar a aplicação do art. 5º, XXVI, CF, do conceito de "propriedade familiar" do Estatuto da Terra" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 136.753-9, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 25/04/1997).

47 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais.

48 Conclui o autor: "É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito Democrático sob a forma da legalidade" (MENDES, 2007, p. 1029).

49 O trecho voto do Ministro Joaquim Barbosa relativo às cláusulas pétreas foi bastante criticado pelos demais ministros da Corte Suprema, mas merece ser transcrito em sua íntegra: "Com a devida vênia daqueles que têm outro ponto de vista, eu sempre vi com certa desconfiança a aplicação irrefletida da teoria das cláusulas pétreas em uma sociedade com as características da nossa, que se singulariza pela desigualdade e pelas iniquidades de toda sorte. […] Vejo a teoria das cláusulas pétreas como uma construção intelectual conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional. Conservadora porque, em essência, a ser acolhida em caráter absoluto, como se propõe nesta ação direta, sem qualquer possibilidade de limitação ou ponderação com outros valores igualmente importantes, tais como os que proclamam o caráter social do nosso pacto político, a teoria das cláusulas pétreas terá como consequência a perpetuação da nossa desigualdade. Constituiria, em outras palavras, um formidável instrumento de perenização de certos traços da nossa organização social. A Constituição de 1988 tem como uma das suas metas fundamentais operar profundas transformações em nosso quadro social. É o que diz seu art. 3º, incisos III e IV. Ora, a absolutização das cláusulas pétreas seria um forte obstáculo para a concretização desse objetivo. Daí o caráter conservador da sua pretendida maximização. Essa teoria é antidemocrática

porque, em última análise, visa a impedir que o povo, por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos, promova de tempos em tempos as correções de rumo necessárias à eliminação paulatina das distorções, dos incríveis e inaceitáveis privilégios que todos conhecemos. O povo tem, sim, o direito de definir o seu futuro, diretamente ou por meio de representantes ungidos com o voto popular" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3105, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 18/08/2004, DJ 18-02-2005).

50 "Sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticos que são os Estados."

51 "A simples enunciação do problema e a utilização de terminologia diferenciada parecem demonstrar que o constituinte não obrou com o melhor apuro técnico quando disciplinou os direitos e garantias nas sua diversas dimensões. É certo, por outro lado, que o constituinte pretendeu conferir disciplina destacada aos direitos individuais e aos direitos sociais, tal como se pode depreender dos dispostos nos arts. 5º, 7º e 8º do texto constitucional. A cláusula pétrea do art. 60, §4º, não parece abranger os direitos sociais, que, como visto, não se confundem com os direitos individuais" (MENDES, 2007, p. 451).

52 Em outro julgado, o STF assim sedimentou entendimento: "Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo STF, cuja função precípua é de guarda da Constituição. A EC 3, de 17-3-1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, b, e VI, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 150, III, b, da Constituição)." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgamento em 15/12/1993, DJ de 18/03/1994).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais.* Palestra proferida na fundação casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998.

_____. "Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático". In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. "Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos". In: *Revista Internacional de Direito Tributário.* Belo Horizonte: ABRADT, v.3, p. 155-167, jan./jun. 2005.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed., ver e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
BALERA, Wagner. *Competência jurisdicional na previdência privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.
BÍBLIA SAGRADA. Tradução dos originais mediante a versão dos Monges de Maredsous (Bélgica) pelo Centro Bíblico Católico. 87. ed. São Paulo: Ave Maria, 1992.
BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral I. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 104.
BONAVIDES, Paulo. "A quinta geração de direitos fundamentais". In: *Direitos Fundamentais & Justiça,* Porto Alegre, ano 2 - nº 3, abr./jun. 2008.
_____. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
BORGES, José Souto Maior. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. 40. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988:* Conteúdo Jurídico das Expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
BRITTO, Carlos Ayres. "Poder Constituinte *versus* Poder Reformador".

In: *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
_____. *Direito Tributário*: Fundamentos Jurídicos da Incidência, 9. edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
_____. *Direito Tributário*: Linguagem e método, 2. edição. São Paulo: Noeses, 2008.
CASTILHO, Paulo César Bária de. *Confisco Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
_____. "Infrações e sanções tributárias no estado democrático de direito". In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 66, jan. 2006.
CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.
COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição 1988 – Sistema Tributário.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
_____; SANTIAGO, Igor Mauler; MANEIRA, Eduardo. *Constitucionalidade da Lei Federal nº 10.165/2000, que criou a taxa de controle e fiscalização ambiental.* Disponível em http://sachacalmon.com.br, 2015.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
DÓRIA, Antônio R. Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e "due processo of Law"*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here*: principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.
_____. *Uma questão de princípios.* Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
FERRAJOLI, Luigi. "O Direito como sistema de garantias". In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *O princípio do não-confisco no direito tributário.* São Paulo: RT, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.* 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
HABERMAS, Jürgen. "The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights". In: *Metaphilosophy*, Oxford, vol. 41, n. 4, p. 464- 480, jul. 2010.
HARET, Florence. "Princípios (e interpretações) aplicáveis às sanções tributárias: análise das imposições de ordem constitucional e da exegese mais recente da jurisprudência em matéria de ilícitos tributários". In: *Revista tributária das Américas*, São Paulo, v. 9, jan. 2014.
HESSE, Konrad. "Significado de los derechos fundamentales". In: *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução da segunda edição alemã por LOS RIOS, Fernando de. Buenos Aires: Albatros, 1970.
KANT, Immanuel. *The mataphysics of morals*. NewYork: Cambridge University Press, 1998.
LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1983.
MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais.* São Paulo: Atlas, 2008.
MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
_____. "O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras". In: *Revista Diálogo jurídico*, Salvador, ano 1, vol. 1, nº 5, agosto de 2001.
MENKE, Cassiano. *A proibição aos efeitos de confisco no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2008.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*

internacional. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 2000.
ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
SANTIAGO, Igor Mauler. *Construindo o Direito Tributário na Constituição:* uma análise da obra do Ministro Carlos Mário Velloso. Praticabilidade e razoabilidade na quantificação das taxas. A visão do Ministro Carlos Velloso. Comentários às decisões tomadas na ADIn-Mc n. 1.772-7/MG e no RE n. 232.393-1. São Paulo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. 1. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
STRECK, Lenio. "As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*". *In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.
TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 140/2015 QUE PROPÕE O REESTABELECIMENTO DA CPMF

Felipe Nascimento de Oliveira*

RESUMO: O presente trabalho pretende fazer uma análise da constitucionalidade do retorno da CPMF ao ordenamento jurídico. Para tanto, por meio de estudo da doutrina e da legislação, foi feita uma análise do tributo, definida sua natureza jurídica, vantagens e desvantagens de sua instituição, bem como apurando ainda sua função extrafiscal, qual seja, de instrumento hábil no combate à sonegação fiscal. Definida sua natureza jurídica como sendo de imposto, foi possível identificar sua sujeição ao Princípio da Capacidade Contributiva. De tal sorte, concluiu o trabalho que a PEC 140/2015 que propõe o retorno da CPMF é inconstitucional, pois, ofensiva ao referido princípio, devendo ser afastada do ordenamento jurídico por meio do controle de constitucionalidade em sua forma preventiva. Assim, o exposto, o retorno da CPMF ao Sistema Tributário Nacional somente se faz possível se pensado num contexto de reforma tributária.

PALAVRAS-CHAVE: CPMF, Natureza Jurídica, Vantagens, Desvantagens, Sonegação Fiscal, Princípio da Capacidade Contributiva, Inconstitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por terma a análise da constitucionalidade da PEC 140/2015, a qual prevê a recriação da CPMF – Contribuição Provisória Sobre Movimentação Financeira.

A CPMF é polêmica e surgiu com a criação do IPMF em 1993, o qual era um imposto de caráter provisório, cuja a arrecadação seria revertida em favor da seguridade social e que incidia sobre as movimentações financeiras.

Posteriormente, seu nome foi substituído por CPMF – Contribuição

* Advogado, Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe (Ejuse).

Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira e tantas foram as prorrogações, que o que nasceu para ser provisório perdurou no Sistema Tributário Nacional até o ano de 2007.

Adormecido estava o referido tributo até o corrente ano, quando o Governo Federal encaminhou proposta de Emenda à Constituição (PEC 140/2015), a qual pretende reviver o tributo.

É certo, que o referido tributo é questionável, pois, criado originalmente com destinação para o financiamento da previdência social, em caráter provisório, acabou sendo prorrogado por diversas vezes.

O objetivo principal deste trabalho é investigar a Constitucionalidade ou não da PEC nº 140/2015, apresentada em setembro passado como parte do pacote de medidas do chamado "ajuste fiscal", a qual pretende acrescer o art. 90 – A aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir, novamente, a CPMF no Ordenamento Jurídico pátrio.

Mostrou-se necessário o enfrentamento do tema, pois, com o atual cenário de crise, onde o Governo Federal busca de toda forma fontes para custear as atividades do Estado e reduzir o déficit nas finanças públicas.

2 ASPECTOS GERAIS DA CPMF

2.1 CONCEITUAÇÃO E HISTÓRICO DA CPMF

A sigla CPMF significa Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, tributo cobrado em razão de movimentações financeiras, realizadas por via bancária, quer por pessoa jurídica, quer por pessoa física.

A CPMF foi pensada no Brasil pelo economista Marcos Cintra, o qual idealizou um imposto único que incidisse diretamente sobre as movimentações financeiras, objetivando a redução na sonegação fiscal, o aumento do poder de compra contribuinte e ainda em uma redução nos custos das empresas, que poderia ser revertido na criação de novos postos de trabalho.

Não muito depois, o Congresso Nacional se "apropriou" da ideia original e a distorceu, promulgando a Emenda Constitucional de nº 3/1993, a qual autorizava a criação de uma nova espécie tributária, qual

seja, o Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e Créditos e de Direitos de Natureza Financeira, antigo IPMF, o qual foi inserido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei Complementar de nº 77/1993.

Passado mais algum tempo, com o advento da Lei Federal nº 9.311/1996, o IPMF foi substituído pela CPMF, fundamentada na Emenda Constitucional nº 12 agosto de 1996, a qual acresceu ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na Constituição Federal, o artigo 74.

O intuito, da referida mudança era de driblar a disposição constante do artigo 167, IV, da Constituição Federal, que assim dispõe:

> Art. 167. São Vedados:
> (...)
> IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvada a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

A referida Emenda Constitucional estabeleceu, em princípio, que o prazo de cobrança da CPMF não poderia superar a 2 (dois) anos e que sua alíquota não poderia ultrapassar a 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento), bem como que os recursos obtidos pela arrecadação desta deveriam ser dirigidos, em sua totalidade, ao Fundo Nacional de Saúde.

Ocorre que a despeito de possuir caráter provisório, conforme demonstrado, a eficácia da CPMF foi sendo prorrogada no tempo, somente sendo extinta do ordenamento jurídico pátrio em setembro de 2007.

Quando finalmente parecia superado tal tributo, o Governo Federal, em 22 de setembro deste ano, apresentou ao Congresso Nacional Proposta

de Emenda à Constituição Federal (PEC 140), manejada pelo Executivo Federal para arrecadar recursos para os cofres públicos durante o período previsto de sua vigência, caso aprovada.

A referida proposta de Emenda à Constituição tem por objetivo acrescer o art. 90-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual terá a seguinte redação, caso aprovada seja:

> Art. 90-A. A contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, previstas nos arts. 74, 75, 84, 85 e 90 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e instituída pela Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, será cobrada até 31 de dezembro de 2019.
> § 1º A alíquota da contribuição de que trata o caput será de 0,20% (vinte centésimos por cento).
> § 2º O Produto da arrecadação da contribuição de que trata este artigo, no período estabelecido no caput, será destinado ao custeio da previdência social, no âmbito da União, e não integrará a base de cálculo da Receita Corrente Líquida.
> § 3º Fica restaurada, no que não for contrário ao disposto neste artigo, a vigência da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, e de suas alterações.

Do pretenso texto legal, ora transcrito, foram extraídas perceber diversas e valiosas informações. Primeiro, observou-se que ao acrescer o referido dispositivo legal ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi conferida, em verdade, nova vigência a Lei nº 9.311 de 1996.

Em segundo lugar, constatou-se que houve alteração da destinação dos recursos provenientes da arrecadação da CPMF, já que agora o produto será destinado à previdência social e não mais à saúde, como ocorreu outrora.

É fato que a nova proposição da CPMF não implica em criação de novo e estranho tributo ao Sistema Tributário Nacional, vez que, a mesma já integrou o nosso ordenamento jurídico.

Contudo, não se pode deixar de observar que o referido tributo tem em sua origem, caráter de provisoriedade, não sendo fácil justificar seu

retorno, mormente pelas razões lançadas pelo Governo Federal.

O Brasil, como sabido, enfrenta atualmente uma crise econômica a qual tem como sintomas, a retração da economia e a incerteza de mercado. Aliada à crise econômica, também vivemos uma crise política aquecida pelos constantes escândalos de corrupção.

Nesse cenário tenebroso, o Governo Federal tenta justificar a instituição da CPMF pelo significativo aumento das despesas com a Previdência Social e benefícios que delas decorrem.

Entretanto, discute-se se este é ou não o real motivo para instituir a CPMF atualmente, pois, ainda que com destinação específica, a aludida "contribuição" foi no passado e será, caso aprovada, uma importante e considerável fonte de custeio para a União, tendo em vista que esta foi o imposto eficaz no que cinge à inexpressiva sonegação.

A expectativa de arrecadação com a CPMF é de quarenta bilhões de reais, durante os três anos de vigência previstos, ao passo em que o déficit previdenciário já é superior a este numerário, não é crível que se queira instituir a CPMF como fonte de salvação para a falta de recurso para custeio da previdência.

Deve-se ter em mente, que a CPMF tem período certo de vigência, pois, provisória. Então, sabendo-se que esta, por si só, não resolverá o déficit previdenciário já existente e o qual tende a aumentar nos anos que se seguem, pretenderá o Governo Federal prorrogar sua vigência após 31 de dezembro de 2019 e torná-la um tributo permanente?

Não parece ser esta uma medida adequada. Ora, na própria exposição dos motivos determinantes para a inclusão do art. 90 – A, da ADCT, na Constituição Federal se reconhece que mesmo que a economia volte a crescer, esta dificilmente deixará o déficit previdenciário abaixo dos R$ 30 bilhões (trinta bilhões) até 2019.

Na prática, está sendo proposta uma medida paliativa com condão meramente arrecadatório para custear um orçamento que não se sustenta.

Contudo, apesar dos aspectos negativos da CPMF, esta também possui suas vantagens, as quais restaram evidenciadas durante o período em que vigeu, não podendo ser desprezadas, ante a sua relevância.

Há quem sustente, inclusive, que as características positivas da CPMF são capazes de justificar o seu retorno, não por conta de seu potencial arrecadatório, mas pela sua eficiência no combate à sonegação fiscal, este que ainda se mostra um problema de difícil solução no Brasil.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DA CPMF

A natureza jurídica da CPMF é matéria de extrema relevância, sobre a qual o trabalho se aprofundou, sobretudo por trazer implicações práticas capazes de gerar entendimentos diversos quanto à sua compatibilidade com o sistema constitucional por nós adotado e ainda quanto à sua sujeição aos princípios constitucionais implícitos ou expressos.

Como mencionado anteriormente, o referido tributo surgiu, a princípio com o nome de Imposto Provisório Sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos de Natureza Financeira, somente sendo substituído pela CPMF em agosto de 1996.

Parece que a mudança de nome não passou de mera manobra legislativa, para tentar driblar a disposição constante do artigo 167, IV, da Constituição Federal, que assim dispõe:

> Art. 167. São Vedados:
> (...)
> IV – a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvada a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

Pretendia o legislador, afastar a latente ofensa à Constituição Federal no que toca à impossibilidade de vinculação da receita de impostos, com a simples permuta do nome Imposto, pela nomenclatura Contribuição.

Entretanto, em se tratando de espécies tributárias, quem define a sua natureza jurídica do tributo é o seu fato gerador. No caso da CPMF é movimentação financeira, sem que para isso concorra qualquer atividade do Estado, característica esta, inerente aos impostos.

Nesse sentido, leciona Kiyoshi Harada em seu artigo intitulado

natureza Jurídica da CPMF e o Princípio da Anterioridade (2001):

> Não há dúvida, pois, tratar-se de imposto, apesar da equivocada denominação de contribuição. Pudesse a denominação formal alterar a substância do tributo ou a espécie tributária, de nada adiantaria a rígida discriminação constitucional de impostos para preservação do princípio federativo. Inúmeros outros impostos poderiam ser criados pelas três entidades políticas com diferentes denominações, destruindo a garantia constitucional do cidadão de não se submeter senão aos impostos nominados ou àqueles decretados no exercício da competência residual da União, além dos extraordinários no caso de guerra externa ou sua iminência.

Enquanto imposto, a CPMF estaria sujeita a todos os princípios constitucionais que são aplicáveis à espécie, dentre os quais podemos destacar o Princípio da Anterioridade e o Princípio da Capacidade Contributiva. Este último, de tamanha relevância que será abordado em capítulo próprio.

No caso, parece gritante que a CPMF é imposto e não, Contribuição, tendo em vista a destinação do produto da sua arrecadação, bem como o fato de não estar associada a qualquer atividade do Estado.

Note-se que realmente no caso da CPMF, não há qualquer vinculação à atuação estatal, se caracterizando assim imposto, nos termos do artigo 16 do Código Tributário Nacional e como tal, deve se sujeitar a todas as normas a estes aplicáveis.

Do exposto concluímos que estamos diante de um verdadeiro imposto, ainda que a sua receita seja vinculada, aspecto que ao nosso sentir implica em flagrante inconstitucionalidade por afrontar ao já citado artigo 167, IV, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, veremos adiante que a CPMF é dotada também de função extrafiscal, típica dos impostos, conforme lição que se extrai do art. 153, § 1º, da Constituição Federal. Vejamos:

> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
> I – importação de produtos estrangeiros;

> II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
> III – rendas e proventos de qualquer natureza;
> IV – produtos industrializados;
> V – operação de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
> VI – propriedade territorial rural;
> VII – grandes fortunas, nos termos da lei complementar.
> §1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

2.3 DESVANTAGENS E VANTAGENS DA INSTITUIÇÃO DA CPMF

Embora possua destinação certa para sua receita e a responsabilidade pelo seu recolhimento seja das instituições bancárias, o que reduz custos de operacionalização, também apresenta desvantagens.

A primeira delas é a sua cumulatividade, ou seja, a capacidade que a CPMF possui de incidir diversas vezes sobre o mesmo recurso financeiro ou sobre a cadeia produtiva, já que o seu fato gerador é a movimentação financeira.

Essa cumulatividade é preocupante, pois, não se pode conceber uma carga tributária elevada ao ponto de desestimular a atividade empresarial, geradora de emprego e renda.

Outro problema enfrentado é o fato da CPMF ter surgido como tributo provisório e que sabidamente se perpetuou no Sistema Tributário Nacional.

Hoje, se tem a nítida impressão de que corremos o mesmo risco do passado de perpetuação da CPMF, tendo em vista a PEC 140 propõe sua instituição por período certo, para amenizar o déficit previdenciário, mas já ciente de que este tende a aumentar nos anos que se seguem.

Assim, o retorno desta espécie tributária, pretendido atualmente pelo Governo Federal, na forma como sustentado, além de não resolver o déficit previdenciário, implicaria em mais uma elevação da já sufocante e exaustiva carga tributária.

De tal sorte, uma vez vigente a CPMF, corre-se o grande risco da elevação da carga tributária reduzir ainda mais o poder aquisitivo do trabalhador brasileiro.

Note-se ainda, que a CPMF tributa com alíquota única todos os contribuintes, deixando de observar a disposição constitucional que assegura que os impostos serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.

Ao proceder desta forma, cobrando do assalariado a mesma alíquota que é cobrada de um abastado empresário, incorre mais uma vez, a CPMF, em ofensa ao princípio da capacidade contributiva.

Apesar das desvantagens apontadas, a CPMF também possui atributos que lhes são bastante favoráveis.

O primeiro deles consiste em seu baixíssimo custo operacional, já que a lei atribui a reponsabilidade tributária às instituições financeiras, o que facilita a fiscalização e arrecadação, bem como no fato desta atingir um vasto número de contribuintes.

Ora, o Estado não precisa montar uma estrutura física para arrecadação deste tributo, tão pouco preocupar-se com a qualificação de profissionais para arrecadar e fiscalizar o adimplemento de tal imposto.

Como dito, a própria instituição financeira ao intermediar uma determinada movimentação de valores deverá reter os valores correspondentes à alíquota da CPMF, repassando tais informações à Secretaria da Receita Federal.

Além de tal fato, como possui como fato gerador as movimentações financeiras, a CPMF é capaz de minimizar consideravelmente a sonegação fiscal, pois, todo aquele que realizar movimentação bancária terá o imposto recolhido na fonte, o que implicará em uma maior possibilidade de confrontar as movimentações financeiras do contribuinte com suas declarações de imposto de renda, quer seja pessoa física quer seja pessoa jurídica.

É por atingir diretamente as operações financeiras, esse imposto alcança inclusive, aos que desenvolvem atividade informal, pois, ainda que se esquivem de pagar outros tributos, tal como o Imposto de Renda, não terão como deixar de pagar a CPMF.

2.5 DA FUNÇÃO EXTRAFISCAL DA CPMF

Os tributos possuem uma finalidade precípua, qual seja, assegurar ao Estado recursos bastantes para a manutenção de suas atividades e prestação dos serviços públicos, sempre observando os princípios que regem e limitam o Direito de Tributar, essa é a chamada função fiscal (arrecadatória) do tributo.

Ocorre que esta é apenas uma das funções que podem ser desempenhadas por um dado tributo. Existe outra e não menos importante, denominada função extrafiscal.

Não podemos esquecer que a extrafiscalidade, vem se mostrando um excelente instrumento a serviço do Estado, seja por inibir condutas indesejáveis, seja por estimular condutas desejadas.

Nesse sentido apregoa Nicole Scassiotta Neves, em seu artigo *O princípio da capacidade contributiva e sua concretização*:

> A extrafiscalidade, então, não estaria relacionada com o fim último dos demais tributos fiscais que é o custeio das despesas públicas com o objetivo de manter a ordem da sociedade e sua organização. Assim, a extrafiscalidade é um instrumento reconhecido pelo ordenamento para estimular ou desestimular comportamentos, em consonância com os objetivos constitucionais.

No caso da CPMF, frise-se que muito mais do que arrecadar recursos para a mantença do Estado, a CPMF, de forma reflexa serviu ao longo do tempo em que possuiu eficácia como um importante instrumento de fiscalização e controle de outras espécies tributárias.

De forma mais clara, a CPMF torna possível o confrontamento entre as informações prestadas pelo contribuinte quando da Declaração Anual do Imposto de Renda e os valores que este movimenta, por exemplo.

De sorte que, é instrumento hábil, simples e de baixo custo operacional, capaz de inibir e ainda de ajudar na detecção da ocorrência de sonegação fiscal, por meio de cruzamento de dados.

Destaque-se que pouco interessa a alíquota. Existindo a CPMF ela é capaz de ajudar de forma crucial no combate à sonegação fiscal, dada a sua ampla capacidade de atingir uma infinidade de contribuintes.

3 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA ENQUANTO PRINCÍPIO INFORMADOR DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 145, §1º, prevê:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
> (...)
> § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Sobre o tema, comentar Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 1020):

> O princípio da capacidade contributiva é aquele em virtude do qual o contribuinte deve ser onerado na conformidade de seus haveres. (...) Ressalte-se que a capacidade contributiva é objetiva, e não subjetiva. Isso significa que, na tributação, o que se leva em conta são as manifestações objetivas de riqueza (ter um imóvel, automóvel, etc.) e não as condições econômicas reais de cada contribuinte. Pouco importa que esse contribuinte seja pobre. O que importa é que ele tem um imóvel (para suportar o IPTU ou ITR), um automóvel (para suportar o IPVA).

Yves Gandra (1989) observa que o legislador se equivocou ao utilizar a expressão capacidade econômica no parágrafo primeiro, quando em verdade, queria utilizar-se da expressão contributiva, que embora possuam semelhança, não devem ser confundidas:

> À luz de tal distinção, percebe-se que o constituinte pretendeu, ao mencionar a capacidade do contribuinte, referir à sua capacidade contributiva e não à sua capacidade econômica, nada obstante o núcleo comum de ambas, que implica densidade econômica capaz de suportar a imposição.

Enquanto a capacidade contributiva está relacionada à capacidade do contribuinte de suportar o tributo decorrente de uma obrigação tributária, a capacidade econômica refere-se à aparência de potencial econômico, sem, contudo, haver a existência de uma relação jurídico-tributária.

Superada essa questão doutrinária, podemos concluir que o Princípio da Capacidade Contributiva, orienta que os contribuintes devem arcar com impostos de forma proporcional aos seus haveres.

Assim, tal princípio, embora dotado de elevado grau de abstração e generalidade é de importância singular, pois, busca fomentar a igualdade material na seara tributária.

Dada sua importância, até mesmo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1879, previa que o custeio das atividades do Estado deveria observar a capacidade de cada indivíduo, senão, vejamos:

> Artigo. 13. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Diga-se de passagem, este é um dos poucos princípios informadores do direito tributário constantes da Constituição da República e possui função estruturante no Sistema Tributário.

No que cinge à sua eficácia jurídica, surgem duas correntes. A primeira sustenta que a Capacidade Contributiva é norma de conteúdo programático, razão pela qual, não possui força vinculante, servindo, tão somente, para avaliar eventual inconstitucionalidade de lei instituidora de impostos.

Este entendimento, não nos parece razoável, pois, se legislador constituinte originário fez constar tal princípio de disposição expressa de norma constitucional, por certo o fez de forma proposital e desejada,

objetivando atingir os ideais de uma nação solidária.

Note-se que, ainda que programática fosse, tal norma poderia ser enfrentada como simples recomendação. Dela se extrai uma norma programática de eficácia positiva, da qual advém preceitos que devem ser aplicados de forma categórica.

Ainda que entendamos que a disposição constante do art. 145, §1º, da Constituição Federal é, em verdade, uma norma de conteúdo programático, não podemos renegar o seu caráter informador e incidência no ordenamento jurídico, sobretudo nos Sistema Tributário Nacional, somente sendo possível não observá-lo, quando o for impossível na hipótese.

Embora, expressamente mencione que esta orientação incide sobre os impostos, modernamente não faz sentido entender que o Princípio da Capacidade Contributiva não deva incidir sobre as demais espécies tributárias.

O que não se pode deixar de observar é que por si só, conceituar a capacidade administrativa de forma técnica não é tarefa fácil, sendo preferível deixar de elaborar tal conceito.

É importante termos em mente que embora esta capacidade implica na possibilidade individual de cada cidadão em contribuir para a manutenção das atividades do Estado, não é fácil definir no caso concreto o *quantum* que cada um é capaz de suportar.

Ademais, não podemos nos deixar cair num subjetivismo exacerbado, que por certo tornaria tal Princípio imprestável, o que por certo ofenderia aos valores constantes da Constituição Federal que assegura à igualdade material aos seus subordinados.

Nesse sentido, segue Marco Greco (2006):

> No texto da CF/88, a capacidade contributiva assume importância e caráter muito mais relevante do que anteriormente se lhe reconhecia. A capacidade contributiva é verdadeiro "princípio" informador do Sistema Tributário como um todo. É diretriz positiva da sua conformação. Neste sentido, por dizer respeito à composição estrutural do sistema, sua aplicação se dá antes mesmo da aplicação do princípio da igualdade tributária que,

> aliás, se apresenta como uma "limitação" (negativa) ao poder de tributar (CF/88, artigo 150, II).

Problema decorrente da inquestionável incidência do Princípio da Capacidade Contributiva no Sistema Tributário Pátrio é a identificação da capacidade contributiva, a qual deve ser feita, sempre que possível no caso concreto.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CPMF À LUZ DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Conforme já exposto o Princípio da Capacidade Contributiva se aplica a todas as espécies tributárias, embora a Constituição Federal de 1988 mencione que sua aplicação é devida aos impostos.

Nesse sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 56):

> Vimos que o texto constitucional, em termos expressos, só determina a obrigação de observância do princípio da capacidade contributiva para os impostos. Mas, dado o seu caráter genérico, entendemos que, embora somente expresso para os impostos, o princípio da capacidade contributiva deve ser observado, também, para outros tributos, obedecendo, todavia, as peculiaridades de cada espécie.

Ainda assim, restou demonstrado no presente trabalho que a CPMF, ainda que dotada do nome contribuição, constitui-se um verdadeiro imposto, já que o seu fato gerador não está ligado a qualquer atividade estatal.

Nesse toar, ilustra Micaela Dutra (2008), em seu artigo *A Aplicação do Princípio da Capacidade Contributiva aos Tributos no Sistema Tributário Nacional*:

> Os impostos, por serem tributos não vinculados à atividade estatal, podem ser balizados pela capacidade contributiva em sua máxima extensão, pois se impõe a eles não apenas o respeito aos

> limites inferior (mínimo existencial) e superior (confisco), como, também, é possível, ao estabelecer sua hipótese de incidência, escolher índices que apontam para a existência de capacidade contributiva que são: a renda, o patrimônio e o consumo.

Logo, conclui-se que a CPMF está sujeita ao Princípio da Capacidade Contributiva, razão pela qual, resta superada esta questão e passaremos a análise da ofensa ou não ao aludido Princípio com a propositura da PEC 140, a qual está em trâmite no Congresso Nacional.

Para tanto, observamos num primeiro momento que a carga tributária brasileira da forma como posta por si só, já extrapola os limites do razoável, tendo em vista que sacrifica o mínimo existencial de parcela significativa da sociedade.

Quanto ao princípio em comento, este se constitui como uma verdadeira garantia constitucional do administrado frente às ações do Estado, de sorte que negar-lhe eficácia é a mesma coisa que reconhecer a possibilidade de tributar com efeito de confisco, o que repudiado pela Constituição da República de 1988.

Nessa linha de raciocínio leciona Gabriel Antônio de Moraes Vieira (2013):

> Percebe-se que, excluindo a capacidade contributiva, o contribuinte ficará ao alvedrio do legislador ou do Executivo, que poderão fixar alíquotas das mais variadas formas, de maneira desordenada e descontrolada. Adverte-se que a inobservância da capacidade contributiva poderá gerar uma norma com flagrante efeito confiscatório, uma vez que irá atingir o contribuinte de forma exacerbada.

De tal sorte, o Princípio da Capacidade Contributiva é um verdadeiro limite ao Poder de Tributar, e, por tal razão, é uma Garantia Fundamental do indivíduo, a despeito de não estar elencada no artigo 5º, da Constituição Federal, que afasta do ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de utilização da tributação com efeito confiscatório.

Assim, percebe-se que o princípio da capacidade contributiva, deve

ser aplicado da forma mais ampla possível, mormente quando este salvaguarda um direito de ordem nitidamente fundamental.

Sobre a existência de Direitos Fundamentais além do art. 5º, da CF, nos ensina Bernardo Gonçalves Fernandes (2013, p. 359):

> A Constituição de 1988 elenca um rol de direitos fundamentais notadamente em seu artigo 5º, sem, contudo, como já discutimos, criar impedimentos para existam outros direitos fundamentais para além desse dispositivo normativo.

Enquanto direito fundamental, à observância ao Princípio da Capacidade Contributiva se revela uma cláusula pétrea, ainda que não elencada no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

De modo reverso, a eventual inobservância do festejado princípio implica em retrocesso, sendo que este é proibido, já que estamos diante de direitos fundamentais, como ilustra Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 507):

> Proibição do retrocesso – Sendo os direitos fundamentais o resultado de um processo evolutivo, marcado por lutas e conquistas em prol da afirmação de posições jurídicas concretizadoras da dignidade da pessoa humana, uma vez reconhecidos, não podem ser suprimidos, ou abolidos, ou enfraquecidos. Milita em seu favor a proteção da proibição de retrocesso.

Não é demais ressaltar, que vedação ao retrocesso não se limita ao retrocesso social, mas também preconiza a proteção a toda e qualquer garantia fundamental, tal como a aqui elencada.

Há uma limitação material ao poder de reforma constitucional ante a relevância da matéria, por força de mandamento insculpido na Própria Constituição Federal.

Assim, qualquer projeto de emenda à Constituição Federal que promova a instituição de tributo em flagrante ofensa ao Princípio Constitucional expresso da Capacidade Contributiva, implica em flagrante de inconstitucionalidade por ofensa à cláusula pétrea e deve ser afastado do ordenamento jurídico.

Ilustra Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 206):

> Nesse sentido, cumpre esclarecer que as limitações materiais não vedam a alteração ou reforma das matérias que visam proteger, mas sim a supressão total ou parcial delas, assegurando seu conteúdo mínimo. Tais limitações consagram na Constituição um *núcleo material irredutível,* que consiste num núcleo de matérias cujo conteúdo mínimo é irreformável. Isto é, a matéria não está imune a reformas; mas está protegida em seu conteúdo mínimo que não pode ser reduzido pela emenda. Ora, é induvidoso que uma emenda constitucional pode reformar o catálogo dos direitos e garantias fundamentais para acrescentar ao texto constitucional novos direitos (por exemplo, o *direito social à moradia*, que foi acrescentado ao art. 6º pela EC nº 26/2000) e *novas garantias* (por exemplo, a *garantia da razoável duração do processo*, que foi inserida, como inciso LXXVIII, ao art. 5º pela EC nº 45/2004). A própria lei pode ampliar o conteúdo dos direitos e garantias constitucionais, porém jamais esvaziá-lo.

De tal sorte, a PEC 140/2015 é flagrantemente inconstitucional, pois, ao tentar instituir a CPMF no ordenamento jurídico pátrio, viola a Capacidade Contributiva, sendo passível de controle de constitucionalidade, inclusive, de forma preventiva, já que a violação ao princípio constitucional surge com a propositura da emenda, não sendo necessário que esta chegue a produzir os efeitos jurídicos indesejados e danosos.

Nesse sentido, nos ensina Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 254):

> Já quanto à possibilidade de controle judicial preventivo de constitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem recusado o controle preventivo em sede abstrata e admitido, excepcionalmente, o controle preventivo *in concreto*, em face de mandado de segurança impetrado por parlamentar para a defesa de

> suas prerrogativas em decorrência de proposta inconstitucional de emenda à Constituição. Nesse caso, o STF tem admitido o cabimento do mandado de segurança quando a vedação inconstitucional se dirigir ao próprio processamento da lei (art. 57, §7º e art. 67), ou da emenda (art. 60, §§ 4º e 5º), vedando a sua apresentação na primeira hipótese e a sua deliberação na hipótese. A inconstitucionalidade, diz o Supremo, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita a Constituição.

Ainda nesse sentido, assevera Bernardo Gonçalves Fernandes (2013, p. 1086):

> O controle judicial preventivo é um controle exercido no iter do processo legislativo (como, por exemplo, e conforme já enfrentado pelo STF, na tramitação de proposta de emenda constitucional – PEC), sendo que esse vício será levado à análise do Poder Judiciário via Mandado de Segurança. O órgão do Judiciário competente para analisar o *writ* será o Supremo Tribunal Federal. Porém, é bom deixar expresso que, apesar da competência ser do STF, o controle de constitucionalidade será caracterizado como *in concreto* (concreto) e efetivado por meio do modo incidental.

Importante frisar que a regra geral continua ser do controle constitucional judicial repressivo. Contudo, como toda regra, essa também comporta exceções, tal qual a elencada, sendo que são legitimados para a impetração do mandado de segurança, Senadores e Deputados Federais, os quais são encarregados do processo de produção legislativa.

Ainda que sob os argumentos da PEC 140/2015, a instituição da CPMF se mostra por demais danosa, pois, se de um lado garante à União um fôlego para remediar o déficit da previdência, por outro, o referido imposto tende a encolher ainda mais o poder de compra quer seja das pessoas físicas, quer seja das pessoas jurídicas.

De sorte, que mesmo com a alíquota proposta pelo Governo Federal que é 0,20% (vinte centésimos por cento), conforme se extrai da redação do §1º, do artigo 90-A, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, será ocasionado um impacto financeiro no orçamento dos contribuintes.

Imperioso destacar, que por impor alíquota única para todos os contribuintes, a instituição da CPMF na forma como proposta pelo Governo Federal acarreta em ônus demasiado, sobretudo para aqueles menos abastados, a qual qualquer quantia, ainda que de minuta, faz toda a diferença no orçamento doméstico.

Não há dúvida de que a instituição da CPMF ofende ao Princípio da Capacidade Contributiva. Assim, nem o seu mais relevante atributo, que é o desempenho da função extrafiscal – é capaz de torná-la um imposto atraente para além da equipe que compõe o Governo Federal.

Note-se ainda, que a crise não chegou apenas para o Governo Federal e Estados e Municípios, também sob alegação de insuficiência de recursos, já encamparam uma batalha, para elevar a alíquota da CPMF dos 0,20% (vinte centésimos por cento) pretendidos, para 0,38 (trinta e oito centésimos por cento), dos quais 0,20% permaneceriam com a União e a diferença seria repassada aos demais entes federados.

Esta hipótese soa muito pior, e se mostra uma verdadeira aberração jurídica, sequer provida de argumento razoável, pois, Estados e Municípios simplesmente arrecadariam fonte para custeio de suas despesas, sobre um tributo para o qual não possui competência tributária.

No passado, Roque Antônio Carraza (2000, p. 65), quando ainda vigia a CPMF:

> Infelizmente, a nova CPMF "criada" pela Emenda Constitucional n. 21/99 continua afrontando o *princípio da capacidade contributiva*, pois, prevê que a alíquota da contribuição será de trinta centésimos nos meses subsequentes (art. 75, § 1º, do ADCT). A ausência de graduação de alíquotas e a incidência sobre a mera movimentação financeira mantém o total descompromisso da exação com a capacidade contributiva. Deveras, a movimentação de quantias, na conta corrente do contribuinte, em si mesma considerada, não exterioriza nenhuma manifestação objetiva de riqueza, já que elas podem

> ser frutos de empréstimos, pertencer a outras pessoas, etc. O que se está tentando significar é que a CPMF deveria ser graduada de acordo com critérios certos e específicos de exteriorização de riqueza, e não, como vem acontecendo, com base em indícios, por vezes irreais, de existência de recursos financeiros.

Observe-se que até a alíquota elevada – proposta pelos governadores de Estado - já foi desaprovada num passado, não tão distante, não sendo crível que essa proposta siga adiante, como salvação do orçamento de todos os entes federados.

Parece que o atual projeto proposto pela Presidência por intermédio da PEC nº 140, mesmo prevendo alíquota mais branda para o imposto, incorre gravemente nos mesmos vícios já apontados no passado.

Resta como único aspecto positivo da CPMF, a sua função extrafiscal. Contudo, no atual cenário os efeitos negativos desta, provavelmente tenham maior impacto do que as benesses.

De tal sorte, só entendemos ser possível discutir a criação da CPMF num cenário de reforma tributária, pois, o referido tributo já se mostrou eficaz no combate à sonegação fiscal.

Note-se ainda, que tendo em vista a insustentabilidade da Previdência Social, o mais ajustado seria a propositura também, de uma reforma previdenciária que garantisse o seu efetivo custeio por meio de suas próprias receitas, bem como uma adequação dos benefícios à realidade social.

Nesse sentido, ensina Fábio Zambitte Ibrahim (2008, p. 26):

> O sistema previdenciário deve ser autossustentável, isto é, deve financiar-se a partir das contribuições de seus participantes, evitando-se uma dependência indevida de recursos estatais, o que naturalmente poderia comprometer o sistema protetivo. Infelizmente, não é esta a realidade do sistema brasileiro, o qual foi irresponsável na administração das reservas do passado e, com frequência, concedia benefícios sem previsão de custeio específico. Embora frequentemente esquecida, a *contributividade* é mais uma característica básica do sistema previdenciário brasileiro.

Ora, se deve a Previdência garantir seu próprio sustento por meio da contribuição oriunda do recolhimento de seus participantes e não o sendo o *déficit* previdenciário nenhuma novidade aos Gestores Públicos, se faz razoável a instituição de uma medida de caráter provisório para amenizar seus efeitos?

Entendemos que não, sendo este mais um elemento que rechaça a possibilidade de ingresso da CPMF no ordenamento jurídico brasileiro, da forma como pretendida.

É sabido que já foram adotadas medidas políticas nesse sentido, a exemplo da MP convertida na Lei Federal nº 13.135/2015, sancionada pela Presidente Dilma Roussef que restringe as hipóteses do pagamento benefício pensão por morte, bem como seu período de pagamento.

Entretanto, essas pequenas inovações jurídicas por si só não serão capazes de resolver o déficit previdenciário, tendo em vista o aumento crescente do número de beneficiários, bem como o envelhecimento da população brasileira.

5 CONCLUSÃO

Falar sobre a CPMF se fez necessário tendo em vista que esta é uma espécie tributária com grandes chances de ressurgir no Sistema Tributário Nacional, mormente por estarmos em um momento onde o Poder Executivo Federal se encontra sem recursos para a manutenção de suas atividades.

Para a realização de uma boa análise desse tributo foi importante avaliar seus erros e acertos do passado, pontuando seus aspectos positivos e negativos, sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio e os impactos que sua instituição e manutenção ocasionaram.

Considerando que a CPMF é imposto, e não, Contribuição, restou patente o dever de obediência desta espécie ao já mencionado Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva, pois, expressamente a Constituição assim prevê em seu art. 145, §1º.

Como visto, tendo em vista atingir praticamente todas as operações financeiras, a CPMF atinge até mesmo aqueles que desempenham atividade informal, razão pela qual, se mostram verdadeiramente eficientes no combate à sonegação fiscal.

O problema aqui suscitado é que tal imposto não observa o Princípio da Capacidade Contributiva, pois, impõe alíquotas iguais para os mais

diversos contribuintes, tomando por bases movimentações financeiras que nem sempre, ou quase nunca, são capazes de reproduzir a real capacidade contributiva de quem suporta a tributação, além de ser cumulativa.

De tal forma, ressaltamos que a CPMF ofende ao Princípio da Capacidade Contributiva, o qual está expresso na Constituição Federal, e que representa um verdadeiro direito fundamental do indivíduo frente à necessidade inesgotável do Estado de tributar.

Uma vez entendido como direito fundamental, o Princípio da Capacidade Contributiva se revela cláusula pétrea, de maneira que a Proposta de Emenda à Constituição Federal de nº 140, encaminhada ao Congresso Federal pela Presidente da República, ao tentar resgatar um imposto que o infringe, incorre em flagrante de inconstitucionalidade e uma vez reconhecida inconstitucional pode ser atacada ainda em sede de Controle de Constitucionalidade preventivo.

O referido controle deve ser exercido por via de mandado de segurança, o qual pode ser impetrado por qualquer membro do Congresso Nacional, estes que detém capacidade para legislar.

Além dessa inconstitucionalidade, devemos observar que a CPMF, mesmo sendo medida de natureza provisória é vendida como capaz de ajudar a enfrentar o déficit em que se encontra a Previdência Social.

Entretanto, na própria exposição dos motivos ensejadores da propositura da PEC se reconhece que o déficit previdenciário aumentará mais até o final de 2019, que o próprio valor arrecadado com a exação do imposto sobre as movimentações financeiras.

Ora, não deveria então o Governo Federal pensar numa reforma tributária capaz de efetivamente organizar e prover uma boa saúde financeira ao orçamento da União?

Parece que sim. E não só uma reforma tributária, como também uma reforma previdenciária, já que a Previdência Social não mais se sustenta, ferindo assim, aos próprios princípios que a informam.

No mais, frise-se que a sonegação fiscal ainda é um problema grandioso em nosso país e nesse aspecto a CPMF ora se mostrou bastante eficiente, mas não podemos deixar que sob esse argumento, o referido imposto se some aos já existentes no ordenamento jurídico, tornando ainda mais expressiva a já elevada carga tributária.

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF PEC 140/2015 PROPOSES

THAT THE RESTORATION OF CPMF

ABSTRACT: This paper aims to analyze the constitutionality of the return of the CPMF Brazilian legal system. To this end, through study of doctrine and law, it was made a historical overview of the tribute, defined their legal nature, advantages and disadvantages of your institution, as well as still investigating his extrafiscal function, namely, skilled instrument in combating tax evasion. Defined their legal nature as tax, it could be identified it is subject to the principle of ability to pay. So much so, it completed the work that the PEC 140/2015 that proposes the return of the CPMF tax is unconstitutional therefore offensive to that principle and should be removed from the legal system by means of judicial review in a preventive manner. So the above, the return of the CPMF to the national tax system only becomes possible if thought of a tax reform context.

KEYWORDS: CPMF. Legal Nature. Advantages. Disadvantages. Tax Withholding. Contributory Principle of Capacity. Unconstitutionality.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Manual de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Método, 2009.
CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
CONTI, José Maurício. Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade. São Paulo: Dialética, 1997.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
DUTRA, Micaela Dominguez. *A Aplicação do Princípio da Capacidade Contributiva aos Tributos no Sistema Tributário Nacional*. Revista Fórum de Direito Tributário, n. 35, set./out. 2008.
FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.
GONÇALVES, Antônio Baptista. O Controle Fiscal, a Elisão Fiscal e o Combate aos Crimes Contra a Ordem Tributária. *Revista de Estudos*

Tributários, n. 96, mar./abr. 2014.
GRECO, Marco Aurélio. Princípio da Capacidade Contributiva. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 22, jul./ago. 2006.
HARADA, kiyoshi. Natureza Jurídica da CPMF e o Princípio da Anterioridade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/1383>. Acesso em: 12 nov. 2015.
IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 13. ed. Niterói: Impetus, 2008.
MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário.* 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Caderno de Pesquisas Tributárias Capacidade Contributiva*. Vol. 14. São Paulo: Resenha Tributária, 1989.
NEVES, Nicole Scassiotta. O Princípio da Capacidade Contributiva e sua Concretização. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 72, nov./dez. 2014.
NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva.* Porto Alegre: SAFE, 2001.
PAOLIELLO, Patrícia Brandão. O princípio da capacidade contributiva. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4138>. Acesso em: 12 nov. 2015.
SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *L*DO 2008, CPMF e DRU. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 5, n. 29, set./out. 2007.
VALENTE, Cristiano Mendes Wolney. Princípio da Capacidade Contributiva: Eficácia para contemplar o poder-dever da administração tributária de fiscalizar, cobrar e executar tributos. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 13, n. 75, maio/jun. 2015.
VIEIRA, Gabriel Antônio de Moraes. Análise dos princípios da capacidade contributiva e do não confisco na tributação extrafiscal. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 11, n. 65, set./out. 2013.

O DIREITO CONSTITUCIONAL AO FIM DA VIDA DE FORMA DIGNA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO BIOPODER

Flávio Cardozo de Albuquerque Filho*

RESUMO: O presente artigo aborda o processo de antecipação do fim da vida em pacientes acometidos por doença terminal a partir de uma ótica do exercício do biopoder do Estado, segundo Michael Foucault, que proíbe o indivíduo de exercer a autonomia sobre a sua vida, restringido a sua liberdade e influenciando as políticas públicas de saúde. Se não bastasse o exercício de tal poder por parte do Estado, é flagrante a influência religiosa no tema, dificultando a discussão da matéria na sociedade. Em que pese o direito à morte antecipada para garantir a dignidade do indivíduo não seja proibida expressamente por lei, na prática, tal direito não é garantido ao indivíduo, provocando insegurança jurídica. A partir de uma análise sistemática da Carta Constitucional brasileira à luz do fundamento constitucional da dignidade humana, fundamento maior da Constituição, constata-se que não há fundamento legal para que o Estado impeça o paciente em fase terminal de tomar uma decisão sobre o momento em que se dará o seu fim da vida, muito embora a mesma seja terminantemente proibida.

PALAVRAS-CHAVES: Antecipação do fim da vida. Biopoder. Dignidade da Pessoa Humana. Liberdade.

INTRODUÇÃO

É notório que em razão da evolução tecnológica moderna a Medicina atravessou profundas modificações ao longo do Século XX, bem como, em razão dos acontecimentos históricos modernos, o direito voltou-se para a proteção integral do indivíduo humano. Tem-se, portanto, de um lado uma ciência médica capaz de oferecer cuidados cada vez mais eficientes e de outro, uma ciência jurídica que busca proteger fielmente

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Advogado. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe. Mestrando em Direito da Saúde na Universidade Aix-Marseille (França). E-mail: flaviocardozoalb@gmail.com.

os indivíduos de atentados contra os seus direitos mínimos.

Dentre um dos paradoxos da evolução médica e do direito, tem-se a problemática referente à morte. É certo que a função primordial da medicina, é a manutenção da saúde do ser humano, saúde esta, que significa sobretudo a própria vida. A concepção histórico-cultural humana, e sobretudo a própria natureza humana, demonstra que a morte é um fenômeno repudiado na sociedade ocidental. A morte é repudiada enquanto o ser humano encontra-se vivo e em pleno gozo de suas capacidades únicas que o destacam quanto espécie junto a outros animais.

Historicamente, na Idade Média, o conceito de soberania garantia controle total da vida e morte dos súditos do suserano. Tal disposição só veio a ser modificada a partir de século XIX, concomitantemente com as modificações políticas que ali aconteceram, notadamente a concepção humanista do Iluminismo e a relevância do indivíduo. O homem passa a ser o centro de análises físicas e filosóficas enquanto surgiam as bases do Estado Moderno de Direito. Nesse momento, a vida assumiu então o bem jurídico mais valioso para a sociedade ocidental, passando a ser um dos objetos do controle do Estado.

A ciência médica sempre buscou compreender o funcionamento do corpo humanos a fim de postergar o tempo de vida e garantir autonomia ao homem. A morte, principal antagonista da medicina, passou a ser combatida incansavelmente, a ponto de tornar tarefa principal do médico fazer o paciente viver o máximo de tempo possível. Todavia, essa luta pelo prolongamento da vida passou aos poucos do panorama de objetivo para obrigação. É cada vez mais comum se observar no leito dos hospitais, o prolongamento da vida a qualquer custo, com a utilização de tratamentos desnecessários e injustificáveis, que muitas vezes não trazem conforto ao paciente.

1 DO CONTROLE ESTATAL SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

É comum o fato de as condutas e políticas adotadas pelos Estados modernos não serem compreendidas em toda a sua profundidade. Muitas vezes, o interesse supremo do Estado para fazer o bem a seus governados é apresentado como justificativa para serem impostas sujeições forçadas

sobre a vida dos indivíduos. Tal política de controle biológico do ser humano por parte do Estado, denominada de biopolítica, representam uma forma de controle que foge das concepções clássicas de política, talvez, por ser dentre elas, uma das mais modernas.

Tal implementação deu-se com o surgimento do Estado Moderno a partir da segunda metade do século XVIII, sobretudo em relação aos processos biológicos de natalidade, mortalidade e longevidade, constituindo os primeiros objetos de saber e os primeiros alvos de controle das políticas sociais, através da biopolítica[1]. Logo, esta representa a tecnologia de governo através da qual os mecanismos biológicos dos indivíduos passam a integrar o cálculo da gestão do poder, segundo considera Michael Foucault.

A atuação biopolítica dos Estados contemporâneos pode ser identificada em situações sutis, e que muitas vezes passam despercebidas. O presente trabalho objetiva analisar a biopolítica estatal relacionada ao direito individual de antecipação do fim da vida em pacientes terminais. Mas antes, necessário se faz compreender o contexto histórico que fez despertar por parte do Estado, o interesse em controlar biologicamente os seus governados.

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DA BIOPOLÍTICA SEGUNDO MICHAEL FOUCAULT

O despertar do interesse estatal sobre as causas concernentes à saúde pública coincide historicamente com surgimento da biopolítica[2]. Foucault traça um panorama histórico em seu curso "É preciso defender a Sociedade" considerando como referência a teoria clássica da soberania, a qual, no século XVII, tinha o direito de vida e morte como um de seus atributos fundamentais. É dizer: o soberano possuía então a manifesta dissimetria entre o direito de vida e de morte sobre o súdito, podendo fazer com que este possa morrer ou continue a viver. Logo, é por causa do soberano que o súdito tem direito de estar vivo, ou tem direito, eventualmente, de estar morto (FOUCAULT, 2000, p. 286).

A alteração desse panorama é vista com clareza no século XIX, paralelamente às transformações políticas que ali se iniciaram, fazendo com que o direito soberano de fazer morrer ou deixar viver seja penetrado, perpassado e modificado de forma a inverter e se transformar

em um poder exatamente inverso, qual seja, o poder de fazer viver e deixar morrer (FOUCAULT, 2000, p. 287).

Como consequência da implementação predominante nos países modernos do Estado do bem-estar social, o desenvolvimento das principais políticas públicas, dentre as quais se encontra a de saúde, passou por ele a ser desenvolvida, com o escopo primordial de conferir um mínimo de bem-estar econômico e social à população.

O Estado passa então a exercer o seu biopoder, sobretudo em torno de um conjunto de processos que passaram a ser de seu interesse. Destaca-se o interesse do Estado com as endemias, doenças reinantes numa população, mais precisamente em relação à sua natureza, extensão, duração e intensidade. Explica Foucault:

> Não mais a consideração destas como causas de morte mais frequente, mas como fatores permanentes de subtração das forças, diminuição do tempo de trabalho, baixa de energias, custos econômicos, tanto por causa da produção não realizada quanto dos tratamentos que podem custas. Em suma, a doença como fenômeno da populacão: não mais como a morte que se abate brutalmente sobre a vida – é a epidemia – mas como a morte permanente, que se introduz sorrateiramente na vida, a corrói perpetuamente, a diminui e a enfraquece (FOUCAULT, 2000, p. 287).

Não pode-se deixar de olvidar ou deixar em segundo plano a real intenção do Estado com a instituição deste biopoder: o controle da população através de mecanismos reguladores capazes de a torná-la melhor governável, diminuindo os riscos de morte e potencializando a vida. Nesse momento, a vida vira objeto de interesse primordial do Estado.

A passagem da sociedade disciplinar para a sociedade de controle, portanto, significou a abrangência de todas as forças sociais pelo capitalismo. O que significa, na acepção marxista, a realização plena da subordinação real do trabalho, da sociedade ao capital, quando está sujeito não apenas à dimensão econômica ou à dimensão social

da sociedade, mas também ao próprio bios social. O biopoder age diretamente no processo econômico de gestão do capital, tornando-o funcional. Daí Foucault afirmar que o ajustamento da acumulação dos homens à do capital, a articulação do crescimento dos grupos humanos à expressão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro, foram, em parte, tornadas possíveis pelo exercício do biopoder com suas formas e procedimentos múltiplos (NASCIMENTO, 2012, p. 169).

Incorre em erro pensar que o interesse o Estado nesse momento foi tão somente a melhoria da vida do indivíduo. Trata-se de um período histórico antecessor das grandes revoluções industriais, em que o Estado precisaria mais do que nunca de um indivíduo forte, sólido e vivo. Necessário se faria a manutenção dos indivíduos saudáveis e ativos, prontos e capazes para sustentarem um sistema de produção que viria a se consolidar, sobremaneira no continente europeu.

Foucault considera ainda que nesse período de implementação da biopolítica, o Estado passa a se preocupar com a população, a individualização do corpo, e não mais com uma massa de corpos. Será necessário, portanto, modificar, baixar a morbidade, encompridar a vida, estimular a natalidade, estabelecer mecanismos reguladores que, nessa população global com seu campo aleatório, poderão fixar um equilíbrio, manter uma média, estabelecer uma espécie de homeostase, assegurar compensações (FOUCAULT, 2000, p. 288).

O biopoder vai se dirigir à população através de mecanismos de regulamentação capazes de controlar a sua natureza aleatória, controlar a probabilidade dos eventos, com vistas a otimizar um estado de vida: seja para maximizar ou extrair as suas forças. A descoberta da população e, ao mesmo tempo, a descoberta do indivíduo e do corpo manipulável, por meio das tecnologias, apresentam-se como pontos centrais das mudanças substantivas dos processos políticos do Ocidente. A sociedade disciplinar e de controle subjugou a vida humana às estratégias do Estado em sua intenção de transformar tudo em produção, de tratar o ser humano não como indivíduo, mas como espécie, promovendo assim o desenvolvimento capitalista. Isso vai ser concretizado, historicamente, com a sociedade industrial organizada e gerenciada pelos princípios fordistas e tayloristas (NASCIMENTO, 2012, p. 164).

Nesse cenário em que o Estado passa a observar com atenção o fazer viver, por consequência, a morte passa a ocupar um segundo plano em

relação ao poder, que a partir de então, passará a exercer um domínio apenas de modo geral, global, estatístico. Logo, a morte agora passará para o âmbito privado, num momento em que o indivíduo escapa a qualquer poder, num foro estritamente particular.

Sobre esse novo foco da morte em relação ao Estado, à luz de Foucault, Maristela Nascimento ensina com maestria:

> Foucault percebeu que, no momento em que a vida passou a se constituir no elemento político por excelência (mais precisamente numa questão do poder), ela passou a demandar mecanismos e técnicas para a sua administração, o seu cálculo e a sua normatização. Esta foi, no século XVII e XVIII, a tradução do cuidado da vida como um direito resguardado pelo soberano, mas que trouxe a imposição da morte em massa, em nome, justamente, da preservação da vida. Como observa Foucault, as guerras já não se travam em nome do soberano a ser defendido; travam-se em nome da existência de todos; populações inteiras são levadas à destruição mútua em nome da necessidade de viver. Os massacres se tornaram vitais, fazem parte da organização do poder. Foi como gestores da vida e da sobrevivência dos corpos e da raça que tantos regimes puderam travar tantas guerras, causando a morte de tantos homens. E, por uma reviravolta que permite fechar o círculo, quanto mais a tecnologia das guerras voltou-se para a destruição exaustiva, tanto mais as decisões que as iniciaram e encerraram se ordenaram em função da questão nua e crua da sobrevivência. A vida ganha dimensão valorativa que justifica o poder matar e fazer morrer (NASCIMENTO 2012, p. 161).

George Rosen analisa e conclui em sua obra que a história da medicina social é, sobretudo, a história da política e da ação social em relação aos problemas de saúde. Aduz Rosen que o cuidado com a saúde encontrou-se sempre relacionado com condições políticas, econômicas e sociais de cada sociedade, porém, não havia a preocupação com a

análise e estudo do seu objeto, como veio a se observar no pós-Segunda Guerra Mundial[3].

Foucault denomina "sociedade de segurança" as sociedades modernas, em que as técnicas biopolíticas estão inseridas nos cálculos do governo. Essa nova forma de organização social marcou uma ruptura no discurso científico, com a valorização do saber nos campos da medicina e da estatística. É através deles que o biopoder é instrumentalizado, permitindo que o Estado atue biopoliticamente. A ordem jurídica integra-se cada vez mais ao conhecimento médico, promovendo uma intervenção reguladora na vida dos indivíduos (FOUCAULT, 2002, p. 291).

Dentre os objetos do biopoder que o Estado passou a exercer em matéria de saúde, encontra-se em primeiro plano as questões referentes à vida, bem jurídico mais valorizado, e portanto, cujo controle é o mais visado pelo Estado. Todavia, o mundo contemporâneo observa uma verdadeira insistência da grande parte dos Estados modernos em priorizarem o controle biopolítico do indivíduo, muitas vezes sem justificativa, causando prejuízos imensuráveis aos direitos fundamentais do homem.

Quando esse poder não for resultado da ação conjunta dos homens, deixa de ser potência; ele passa a ser poder-violência, instrumentalizado para o uso da força. Portanto, o poder na modernidade se tornou um fenômeno que transcende a multidão de homens em ação, passando a se expressar unicamente através de uma entidade una e universal por meio de instrumentos, sejam eles a arma ou a lei. Esta é a interpretação que fez da violência, algo constitutivo e legítimo do próprio Estado moderno, afinal é o medo, na leitura de Hobbes, que sustenta e mantém a vida organizada (NASCIMENTO, 2012, p. 159).

É dizer: sobretudo, em relação às biopolíticas estatais referentes ao direito de um indivíduo acometido de doença terminal escolher como e quando acontecerá sua morte. O Estado moderno, e no caso do presente trabalho, a República Federativa do Brasil, insiste em exercer o seu biopoder, supremo em relação à manifesta vontade do indivíduo, forçando o paciente terminal a permanecer vivo, ainda que esta não seja a sua vontade.

O direito à vida passa a se transformar em obrigação à vida, devido ao fato de o Estado ver com repulsa o desejo de um paciente acometido de doença terminal, querer apenas por fim ao sofrimento que encontra-

se vivendo. Trata-se de uma decisão de cunho estritamente subjetivo e pessoal por parte do paciente, não havendo qualquer desdobramento para além dos interesses do paciente terminal.

1.2 PROBLEMÁTICAS EM POLÍTICAS DE SAÚDE CONTEMPORÂNEAS

É inquestionável que toda e qualquer política pública de saúde[4] tem por finalidade, ainda que teoricamente, conforme visto anteriormente, implementar a qualidade de vida da população. Trata-se de uma política social estritamente ligada ao direito de cidadão inerente a todo aquele que assim é considerado, conforme disposição da Carta Constitucional. Todavia, em que pese tal certitude teórica sobre os fins primordiais das políticas públicas de saúde, há diversos outros fins, muitas vezes conjugados de forma prioritária àqueles.

A elaboração de políticas públicas representa um processo complexo que envolve diversos aspectos políticos, sociais, econômicos, institucionais, estratégicos, ideológicos, teóricos, técnicos, culturais, dentre outros, tornando-se muito difícil isolar a participação de cada um deles em um momento definido. Por se tratar de uma prática de proteção social, a política de saúde se numa zona tênue entre diversas formas de relação social, como a relação entre gestores e atores políticos de unidades governamentais e empresas, entre indivíduos e grupos sociais (famílias, grupos ocupacionais, religiosos, entre outros), entre cidadãos e os poderes públicos, entre consumidores e provedores de bens e serviços, etc[5].

A ação da política de saúde sobre tais formas de relação é diferente em cada caso e envolve estratégias, planos, instrumentos e processos mediados por instituições e significados culturais.

Muito embora no plano ideal e teórico toda e qualquer política pública deva observar sempre a melhoria das condições sanitárias da sociedade, esta sofre interferência de interesses externos, que acabam determinando os rumos e a estrutura das políticas de saúde. Logo, a política de saúde se encontra estritamente ligada a uma tríade entre Estado, sociedade e mercado. Em relação à sociedade, esta, além de ser a atriz principal da tríade, financia o sistema através de seus impostos e contribuições. O Estado, define as normas e obrigações, recolhe os

recursos e os destina, cria estímulos para produção de bens e serviços, define leis que sancionam o acesso, desenvolve tecnologias e forma recursos humanos. Por fim, o mercado, além de produzir os insumos, oferece serviços de seguro e participa da oferta de serviços e da formação de recursos humanos (GIOVANELLA, ESCOREL, LOBATO, NORONHA, CARVALHO, 2012, p. 17).

Dessa forma, resta evidente que a política de saúde tem também um forte vínculo com o âmbito econômico, dada sua contribuição para a manutenção do nível econômico e a aceleração do ritmo das atividades produtivas, no momento em que produz efeitos sobre outros setores como química e farmacêutica, equipamentos, etc.

No âmbito do presente estudo, qual seja, a faculdade do exercício de um direito de antecipação da vida do paciente em estado terminal, surge, por lógica, o seguinte questionamento: qual o interesse do Estado em interferir nessa seara e a coibir de forma sólida, penalizando-a? Até que ponto deveria o Estado interferir em um assunto estritamente de foro íntimo do indivíduo? Teria o Estado algum prejuízo caso viesse a conferir ao indivíduo a liberdade e autonomia sobre decidir sobre o momento em que sua vida deve encerrar, caso este possua uma doença em fase terminal?

Feitas tais interrogações retóricas, a última pode ser respondida com base no que Michael Foucault apresentou em sua obra já anteriormente apresentada, o denominado biopoder estatal. Mas não naquela forma apresentada em meados do século XIX, e sim de uma forma manifestamente excessiva, e por consequência, desarrazoada. De fato o Estado não teria qualquer prejuízo em permitir que os indivíduos que se encontrem nos últimos dias de vida e em sofrimento, possam antecipar a sua morte, a não ser a perda do exercício do seu biopoder sobre esse tema.

Tem-se, portanto, ainda, numa época em que o Estado Democrático de Direito encontra-se consolidada, uma forte influencia no biopoder estatal na agenda de elaboração de suas políticas públicas, limitando-a àquelas que lhes sejam benéficas, em detrimento de anseios públicos, e mais especificamente no presente caso, em detrimento do direito subjetivo de querer por fim a um sofrimento.

Em que pese diversos casos de antecipação do fim da vida em pacientes terminais já terem sido objeto de debate público, chegando ao

conhecimento dos três poderes políticos e também da sociedade, através da mídia, a matéria não é tratada com a devida atenção e credibilidade que merece.

É notório que o direito subjetivo de morrer de forma digna é estritamente individual, porém, o seu exercício encontra-se limitado pelo biopoder estatal. Não à toa, as discussões que atualmente encontram-se em pauta no Poder Legislativo são predominantemente no sentido de penalizar a possibilidade antecipação do fim da vida. Trata-se de um manifesto caminhar no sentido contrário à efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo ao direito considerado como referência de todo o ordenamento, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, conforme será visto adiante.

1.3 DA INFLUÊNCIA RELIGIOSA

Aliado ao excessivo biopoder estatal, constata-se ainda a forte influência religiosa, exercendo também, papel decisivo no momento de consolidação de políticas públicas. Muito embora a Constituição brasileira reconheça a laicização do Estado, tal imparcialidade não é observada na prática, tendo em vista que a religião católica exerce uma forte influência na sociedade brasileira, dificultando o desenvolvimento de debates e consequentemente o reconhecimento social do direito de antecipar o fim da vida por um paciente em fase terminal. As primeiras discussões nacionais através da mídia acerca da antecipação do fim da vida surgiram apenas há poucos anos[6].

O posicionamento adotado pela grande parte dos ordenamentos jurídicos mundiais, reconhecendo a indisponibilidade do direito de antecipar o fim da vida em pacientes terminais, e inclusive muitas vezes tipificando eventuais tentativas ou consumações como crime, se valem amplamente de argumentos exclusivamente religiosos.

Os que se utilizam de tais argumentos, conferem à vida um caráter sagrado, sendo ela inviolável em virtude do que representa. Para alguns, a vida humana representa o resultado de uma criação divina, ou seja, é uma obra de Deus, que a criou como sua própria imagem e dela ninguém, por razão alguma, pode dispor. Outros conferem sacralidade à vida humana por ser esta obra da natureza, o resultado de um processo natural seletivo que culminou na raça humana[7].

A vida e a morte são dois momentos extremamente importantes e que merecem ser debatidos. Ocorre que pela carga de mistério que carregam, muitas vezes seu debate encontra algumas resistências. Sobretudo em razão da importância objetiva dos dois momentos, assim como à resistência que oferecem à sua análise intelectual, fazendo com que os confins da vida em geral, e da vida humana em particular, tenham algo de misterioso[8].

A sacralização da vida fica clara na análise da forma como algumas religiões se posicionam sobre a possibilidade de realização da eutanásia. O judaísmo, por exemplo, se posiciona contra a eutanásia, mas defende que não deve haver o prolongamento do sofrimento por meio do uso de procedimentos que representem um escarnecimento terapêutico. Já para o islamismo, a vida é considerada inviolável, devendo ser protegida de todas as formas. O islamismo entende que a vida é um dom de Deus e o médico aparece como um instrumento de Deus para aliviar o sofrimento das pessoas. Por isso, deve defender a vida em todas as circunstâncias[9].

No Cristianismo, essa sacralização pode ser vista de forma ainda mais nítida. A visão da vida como uma criação divina fica clara na declaração divulgada pelo Vaticano em 05 de maio 1980, que considera qualquer ato que possa por em risco a continuidade da vida como uma violação à lei divina:

> A vida humana é o fundamento de todos os bens, a fonte e a condição necessária de toda a actividade humana e de toda a convivência social. Se a maior parte dos homens considera que a vida tem um carácter sagrado e admite que ninguém pode dispor dela a seu bel-prazer os crentes vêem nela também um dom do amor de Deus, que eles têm a responsabilidade de conservar e fazer frutificar.

Debora Diniz esclarece que o princípio da sacralidade da vida assegura o valor moral da existência humana e fundamenta diferentes mecanismos sociais que garantem o direito de estar vivo. Esse é um princípio laico, também presente em diferentes códigos religiosos, mas não é o mesmo que o princípio da santidade da vida. Reconhecer o valor moral da existência humana não é o mesmo que supor sua intocabilidade.

O princípio da santidade da vida é de fundamento dogmático e religioso, pois pressupõe o caráter heterônomo da vida humana. Em um Estado laico como é o Brasil, o que está expresso em nosso ordenamento jurídico público é o princípio da sacralidade da vida humana e não o princípio da santidade da vida humana. O valor moral compartilhado é o que reconhece a vida humana como um bem, mas não como um bem intocável por razões religiosas. Todavia, a socialização dos profissionais de saúde confunde ambos os conceitos, o que acaba por sobrepor valores privados e metafísicos a respeito do sentido da existência e da morte a princípios coletivos, como o da sacralidade da vida e o da autonomia[10].

A consequência do exercício de forte influência do excesso de biopoder estatal e da influência religiosa é sobretudo, a forma em que as políticas públicas de saúde acabam sendo aplicadas (ou não aplicadas) no país, chegando ao ponto de representar manifestos desrespeitos aos direitos humanos, como se observa no tema objeto deste estudo, qual seja, o direito de morrer de forma digna, o qual, por não ser de interesse do Estado, não encontra-se regulamentado positivamente a fim de garantir sua proteção, conferindo insegurança jurídica ao detentor de tal direito subjetivo.

2 DA ANTECIPAÇÃO DO FIM DA VIDA

Em que pese a matéria não ser abordada de forma consolidada no país, dada a falta de interesse estatal e a influência que a religião católica exerce, discussões acerca do direito de antecipar a vida, se desdobrando do direito de matar ou de morrer, encontram-se presentes desde as mais remotas épocas da história das civilizações humanas.

Na Índia antiga, por exemplo, aqueles enfermos considerados como incuráveis eram jogados no rio Ganges, depois de serem sua face vedada com a lama daquele mesmo rio, considerada como sagrada. Já em Atenas, o Senado possuía pleno poder em decidir acerca dos idosos e incuráveis, dando-lhes, quando conveniente, em uma cerimônia especial, a bebida venenosa mortífera[11].

Historiadores afirmam que o gesto de os guardas judeus darem a Jesus uma esponja embebida em vinagre, antes de constituir ato de zombaria e crueldade, teria sido uma maneira piedosa de amenizar seu sofrimento, pois o que lhe ofereceram, segundo consta, fora simplesmente o vinho

da morte, numa atitude de extrema compaixão. Tal bebida, produzia um sono profundo e prolongado, durante o qual o crucificado não sentia nem os mais cruentos castigos, e por fim caía em letargo passando à morte insensivelmente (FRANÇA, 1999, p.101).

Conclui-se, de plano, que a antecipação do fim da vida era uma prática normal cometida em diversas civilizações antigas. Amenizar o sofrimento daqueles que se aproximam da morte sempre foi algo buscado. A mudança em relação a essa normalidade se deu sobretudo a partir do momento em que o Judaísmo e o Cristianismo começaram a se desenvolver e exercer influência sobre as civilizações.

Com o surgimento do Estado Moderno, e o início do exercício do biopoder estatal, conforme já visto anteriormente, o direito à antecipação do fim da vida tornou-se uma proibição, inclusive com caráter de crime, dada a sua relação e interferência no bem moderno tido como mais valioso, qual seja, a vida.

A vida e a arte expõem diferentes conceitos acerca da finitude e do processo de morrer, incluindo situações como eutanásia, suicídio assistido, cuidados paliativos, distanásia e obstinação terapêuticas. Nesse contexto de situações limítrofes, em que enfermos com moléstias incuráveis se encontram em fim de vida, e sobre as quais deverão ser tomadas decisões, discutem-se questões como a suspensão (ou não) de medidas terapêuticas e de suporte avançado – antibioticoterapia, circulação extracorpórea, cirurgias, hemodiálise, hemotransfusão, intervenções diagnósticas, monitoramento das funções vitais, nutrição e ventilação mecânica, somente para citar algumas (NUNES, 2014).

O crescente envelhecimento populacional associado ao rápido avanço das tecnologias biomédicas favorece a ampliação do horizonte de debates sobre o direito de morrer, a eutanásia e a obstinação terapêutica. Certamente, este será um fenômeno que exigirá uma rápida revisão dos currículos das carreiras de saúde, e a bioética pode ser um instrumento analítico importante para essa redefinição dos papéis na relação entre os profissionais de saúde e os pacientes. O tema do direito de deliberar sobre a própria morte extrapolou as fronteiras acadêmicas do Direito, da Medicina e da Bioética, ganhando o espaço da ficção, do cinema e do debate cotidiano. Ao contrário de outros temas bioéticos, a ressignificação da eutanásia como uma expressão da cultura dos direitos humanos, ou seja, como um tema relativo a princípios éticos

como a autonomia ou a dignidade, é um movimento crescente no Brasil (DINIZ, 2006).

Com a evolução social e a supremacia dos direitos humanos, a qual é vista como predominante na civilizações atuais, o direito à antecipação do fim da vida urge como um direito a ser afirmado nos ordenamentos jurídicos estatais, haja vista sua grande particularidade e importância. Para uma melhor compreensão do que vem a ser a antecipação do fim da vida e quais os procedimentos que poderiam ser utilizados pelos pacientes terminais, o presente trabalho passará a abordar neste capítulo as modalidades existentes, não perdendo de vista que a possibilidade se delimita exclusivamente para os pacientes que se encontrem em estado terminal.

2.1 DO PACIENTE TERMINAL

Importante se faz ressaltar que o presente trabalho se restringe tão somente a analisar a possibilidade de antecipação do fim da vida aos pacientes que se encontram definidos em um estágio terminal. Todavia, tal expressão carece de consenso técnico, podendo ser a terminologia definida de várias formas e considerada em momentos distintos.

Em que pese tal incerteza, em regra a terminalidade é um estágio em que, de forma consensual e geral, o paciente encontra-se em uma situação de intenso sofrimento e dor, sem qualquer esperança de reversão do quadro em que se encontra. Sobre esse estado, Salvador Urraca Martínez[12] discorre:

> Algumas enfermidades arrancam impiedosamente o paciente grave de seu contexto habitual e os colocam em situações hospitalares despersonalizadas, sinistras e indignas. Não convém esquecer que na pessoa enferma, mais ainda se é terminal ou padece de uma enfermidade invalidante, se produzem mutações psicológicas e sociais de grande envergadura: saltam do entusiasmo e do domínio para a nostalgia e a dependência, da posse para a perda, da atividade criadora para a prostração aniquiladora, da cálida companhia ao abandono psicológico,

> dos projetos e expectativas fantasiosas à vida limitada, do ambiente cálido à frieza hospitalar, da comunicação ao engano, da ternura ao abandono

A ciência médica expõe que a dificuldade de definição da terminalidade diz respeito à objetivação temporal de tal momento. Para Gutierrez Pilar[13] é o momento quando se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível. O paciente se torna "irrecuperável" e caminha para a morte, sem que se consiga reverter este caminhar.

Trata-se, portanto, de um estágio intrínseco, sentido exclusivamente pelo paciente e capaz de refletir para as pessoas que com ele convivem. Diante dessa sensação, surge o questionamento acerca da possibilidade de antecipar o fim da vida, trazendo através da desistência em seguir com aquele sofrimento, um possível alívio com o simples fim.

José Roque Junges explica que o paciente terminal passa por cinco fases antes que venha falecer. A primeira delas é a fase da negação explícita, que representa a primeira reação diante da informação. Nesta primeira fase é esperado que o paciente negue a evidência do relato dos sintomas. A fase seguinte, da ira em que o doente assume atitudes coléricas contra os que o rodeiam, se pergunta por que a enfermidade lhe acomete e se revolta com toda vitalidade que encontra ao seu redor. Passa então à fase da negociação, representando uma espécie de trégua e colocação de prazos, enquanto se negocia com Deus. É neste momento que a pessoa já começa a enfrentar de frente a morte. Verifica-se então a fase da depressão, na qual, no começo trata-se de uma culpabilização em relação ao passado, procedida por uma depressão em relação ao futuro. É quando a pessoa prefere estar só familiares e amigos, não querendo saber nada da realidade exterior. Por fim, a quinta e última fase chega com o sentimento de aceitação na qual o doente pode experimentar um sentimento de profunda paz interior e exterior, superando o medo da aceitação, a atitude do doente ocupa um lugar central (JUNGES, 1999, p. 176).

De fato o paciente está diante de uma situação extremamente delicada e subjetiva. O paciente terminal encontra-se ponderando de um lado a insistência na dor, na falta de motivação, no sofrimento, em troca de

poucos dias de vida, na grande maioria dos casos e de outro lado, o fim de todas essas sensações negativas, antecipando-se a sua morte. Para a melhor compreensão da matéria, importante se faz analisar todas as suas modalidades.

2.2 MODALIDADES DE ANTECIPAÇÃO DO FIM DA VIDA

Com o atual advento das inovações tecnológicas para a cura dos doentes e seu indevido uso para aqueles que já se mostravam em processo de morte, os inúmeros casos de pacientes que relatavam sofrimento que suplicavam por uma morte rápida no estágio terminal de suas vidas, fizeram com que o clamor do procedimento eutanásico fosse aumentado, sobretudo nos fins do século XX (FRANÇA, 1999, p. 121).

O vocábulo eutanásia[14], de origem grega, tem por significado boa morte[15], ou seja, uma morte sem sofrimento ou dor, realizada em regra por um médico em face de um doente que se encontra em fase terminal, conferindo-lhe o direito de morrer antecipadamente. É, portanto, o ato do profissional médico, ou de terceiro, que de forma direta, leva à antecipação do fim da vida do paciente terminal. A título de exemplificação, a eutanásia se concretiza quando o médico injeta no paciente terminal um medicamento capaz de acelerar ou provocar sua morte.

Segundo o tema, Débora Diniz explica:

> Alguns conceitos bioéticos se prestam a várias interpretações, e o de eutanásia é um deles. Há autores que definem eutanásia pela etimologia do conceito: uma prática eutanásica seria aquela que garantiria a "boa morte". E boa morte seria aquela resultante de uma combinação de princípios morais, religiosos e terapêuticos. Não basta uma boa Medicina para garantir a boa morte, é preciso cuidado respeitoso com as crenças e valores que definem o sentido da vida e da existência para que se garanta a experiência de uma boa morte para a pessoa doente. De acordo com essa interpretação, eutanásia converte-se em um ato de cuidado e de

> respeito a direitos fundamentais, em especial à autonomia, à dignidade e ao direito a estar livre de tortura.

Para Carnevalli[16] o conceito de eutanásia é o de uma ação ou omissão, com o objetivo de causar a morte em um ser humano, com o objetivo de pôr fim ao seu sofrimento, sempre a pedido deste ou de seus familiares, tendo em vista que a vida que levam não se encontra dotada de nenhuma qualidade. Tereza Rodrigues Vieira[17] completa "ato de provocar a morte por compaixão no que tange a um doente incurável, pondo fim aos seus sofrimentos.

Os elementos centrais que caracterizam a eutanásia são: a necessidade da morte acontecer sem dor ou sofrimento para o enfermo ou, quando muito, com dor ou sofrimento rápido; o fim pretendido com o procedimento deve ser exclusivamente o de pôr fim à dor e ao sofrimento experimentado pelo enfermo; e a realização do procedimento em observância da solicitação consciente e livre pelo enfermo ou por familiares capazes de demonstrar que este teria sido o desejo do paciente caso estivesse consciente[18].

O segundo procedimento a ser aqui analisado é a ortotanásia, que significa a obtenção da morte de forma digna, sem interferência de procedimentos científicos que visem o seu prolongamento, garantindo que a mesma se realize em seu curso natural. A principal forma de um paciente terminal obter a ortotanásia é através da realização de cuidados paliativos por parte do médico.

Luciano de Freitas Santoro explica a ortotanásia da seguinte forma:

> A ortotanásia, assim, é o comportamento do médico que, frente a uma morte iminente e inevitável, suspende a realização de atos para prolongar a vida do paciente, que o levariam a um tratamento inútil e a um sofrimento desnecessário, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a falecer com dignidade. Por isso, a ortotanásia pode ser considerada como a conduta correta frente à morte, a qual será realizada a seu tempo e modo, já que não antecipará ou retardará, mas sim, aceitará que, tendo iniciado o processo mortal, deve-se continuar a respeitar a dignidade

> do ser humano, não submetendo o paciente a uma verdadeira tortura terapêutica.

A Organização Mundial da Saúde[19] define cuidados paliativos como o cuidado ativo e total dos pacientes cuja enfermidade não responde mais aos tratamentos curativos, dentre os quais se destacam o controle da dor e de outros sintomas, o cuidado dos problemas de ordem psicológica, social e espiritual são os mais importantes. O objetivo dos cuidados paliativos é atingir a melhor qualidade de vida possível para os pacientes e suas famílias.

Sobre o tema, Sá e Moureira ensinam:

> Entende-se que a ortotanásia, ou eutanásia passiva pode ser traduzida como mero exercício regular da medicina e, por isso mesmo, entendendo o médico que a morte é iminente, o que poderá ser diagnosticado pela própria evolução da doença, ao profissional seria facultado, a pedido do paciente, suspender a medicação utilizada para não mais valer-se de recursos heroicos, que só têm o condão de prolongar sofrimentos (distanásia) (SÁ, 2005, p. 134).

Em que pese o tema encontrar-se diretamente relacionado, e muitas vezes, de forma equivocada, provocar ligações com a eutanásia, são grandes as diferenças entre estas formas de antecipação do fim da vida de um paciente terminal. Isso porque, ao contrário da eutanásia, em que a morte é alcançada com a interferência, em regra, de um médico, a ortotanásia não conta com a atuação médica para esse fim. É dizer, na ortotanásia, o médico deixa de insistir em tratamentos que prolonguem a vida de maneira artificial e inútil, pelo fato de que a doença encontra-se em fase irreversível, sendo impossível a sua cura.

De acordo com José Roberto Goldim, há que se evitar a "futilidade terapêutica", que o autor explica:

> O conceito de “futilidade terapêutica” pode ser admitido como um princípio não estritamente moral. Pode referir-se a uma apreciação da sua validade prática, e, portanto, a um juízo

> de mera prudência clínica e até apenas uma manifestação do senso comum. O tema tem, no entanto, contornos que se podem ligar à utilização racional dos meios a utilizar nos cuidados de saúde e à gestão dos recursos disponíveis, sobretudo nos meios hospitalares onde aqueles são sempre necessariamente limitados. Sublinhe-se: o conceito de futilidade dos meios de intervenção diagnóstica ou terapêutica refere-se a um julgamento clínico e operacional conotado negativamente como indesejável e inadequado, independente dos seus custos. Embora represente sempre um consumo impróprio de recursos, a futilidade terapêutica tem como base conceitos de ordem clínica, com seus critérios de avaliação intrínsecos, não dependendo de eventual escassez ou da abundância dos meios de intervenção (GOLDIN, 2008).

Logo, na ortotanásia não é o ato do médico que antecipa o fim da vida do paciente terminal, causando a sua morte, e sim, a própria doença é a verdadeira causadora. O médico tão apenas reconhece, a impossibilidade da ciência médica em vencer a enfermidade, optando pela proteção à integridade da dignidade humana do paciente, e deixa com que a doença siga naturalmente o seu curso. Não está-se aqui diante de uma interrupção de vida do paciente, mas sim, da interrupção de tratamentos que visem apenas o prolongamento forçado da vida.

Muito embora a ortotanásia não possua qualquer elemento que possa ser imputada como ilícita, a sociedade em geral, inclusive médicos e operadores da lei, a vê frequentemente com maus olhos. Isso porque, não há uma unanimidade em relação à sua conceituação, fazendo com que a sua instituição seja consolidada, sendo frequentemente relacionada de forma indevida à eutanásia, sem de fato guardar qualquer relação, conforme visto anteriormente.

Apesar da existência de argumentos contrários, torna-se difícil sustentá-los à luz de uma interpretação constitucional fundamentada na dignidade da pessoa humana e à luz do direito à vida. O verdadeiro objetivo da ortotanásia é a garantia da manutenção da vida digna, até seus últimos segundos, fazendo com que os indivíduos em fase terminal

reconheçam, se assim quiserem, que morrer é um processo natural do viver. Importante ressaltar, que em momento algum deve-se deixar de esquecer que todo e qualquer procedimento em face de um paciente terminal deve respeitar tão somente a sua vontade, ou em caso de impossibilidade de manifestação, de seu representante legal[20].

Ainda como forma de antecipação do fim da vida, tem-se o suicídio assistido. Nesta hipótese, é o próprio enfermo terminal que provoca sua morte, através de um auxílio conferido por terceiro, caracterizado sobremaneira pela compaixão. Difere de plano da eutanásia, tendo em vista que nessa o terceiro não presta auxílio, mas sim, executa a própria ação de antecipar o fim da vida, a pedido do próprio paciente ou de seu representante legal.

A diferença entre a eutanásia e o suicídio assistido é que, neste último, a pessoa doente é apenas assistida para a morte, mas todos os atos que acelerarão esse desfecho são por ela realizados. Como há casos de pessoas que solicitam o suicídio assistido, mas que não possuem independência locomotora suficiente sequer para levar um copo à boca, foram desenvolvidos mecanismos para garantir que apertando um botão de uma máquina, por exemplo, seja acionado um dispositivo para injetar o medicamento. Aqueles que defendem o suicídio assistido argumentam que esta é uma maneira de não envolver os profissionais de saúde no ato da eutanásia, uma vez que é a própria pessoa quem toma a decisão e realiza as medidas necessárias para garantir sua morte. O auxílio que porventura necessite pode ser garantido por qualquer pessoa de seu círculo de relações afetivas ou sociais (DINIZ, 2006).

O suicídio assistido guarda um particular elemento, qual seja, a compaixão por parte do terceiro. É comum que o paciente que se encontre em estado terminal não possua condições mínimas de realizar os movimentos necessários para valer-se de seu direito subjetivo de pôr fim a sua vida, sendo necessária, após seu pedido, a atuação do terceiro.

Em que pese o caráter estritamente humanitário do terceiro, que a pedido do paciente terminal o auxilia a antecipar a sua morte, a legislação brasileira, no art. 122 do Código Penal[21], fecha os olhos para essa particularidade, tipificando aquele que auxilia o suicídio como criminoso, o penalizando com reclusão de dois a seis anos. Portanto, a legislação brasileira considera o médico ou o familiar que ajuda o paciente acometido por doença terminal que manifesta o desejo

antecipar a sua morte como instigador ao suicídio.

De forma oposta à eutanásia e ortotanásia, tem-se a distanásia, que objetiva o oposto à antecipação do fim da vida. Também conhecida como obstinação terapêutica, na distanásia ocorre o procedimento contrário à ortotanásia, qua seja, a adoção por parte do médico, de todos os meios terapêuticos disponíveis, ainda que desumanos, de forma incessante, com o objetivo exclusivo de prolongamento da vida do paciente. Busca-se tão somente a manutenção da vida do paciente terminal.

A distanásia não é considerada uma conduta ilícita, tendo em vista que muitas vezes se confunde com o dever de conferir cuidados por parte do médico. Todavia, dada a linha tênue entre o tipo de cuidado que será conferido e os resultados que poderão ser obtidos, pode-se chegar a esse processo condenável do ponto de vista ético e moral, dada a sua potencialidade em ferir a dignidade humana do paciente terminal.

Para Maria Helena Diniz[22], distanásia pode ser definida como "prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil". Ainda de acordo com a autora, o objetivo a se alcançar não é o de "prolongar a vida, mas sim o processo da morte".

Trata-se de uma prática médica excessiva e abusiva decorrente diretamente das possibilidades oferecidas pela tecnociência e como o fruto de uma teimosia de estender os efeitos desmedidamente, em respeito à condição da pessoa doente. A obstinação terapêutica surge como um ato profundamente anti-humano e atentatório à dignidade da pessoa e a seus direitos mais fundamentais[23].

Em tais situações em que os tratamentos se tornam um fim em si mesmos, o paciente está em risco de sofrer medidas desproporcionais, já que os interesses da tecnologia deixam de estar subordinados aos interesses do ser humano. Logo, a distanásia é expressão da obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, sem a devida atenção em relação ao ser humano (BORGES, 2007, p. 236).

Seguindo tal entendimento, Ronald Dworkin[24] expõe:

> Os médicos dispõem de um aparato tecnológico capaz de manter vivas – às vezes por semanas, em outros casos por anos – pessoas que já estão à beira da morte ou terrivelmente incapacitadas, entubadas, desfiguradas por operações experimentais, com dores ou no limiar da

> inconsciência de tão sedadas, ligadas a dúzias de aparelhos sem os quais perderiam a maior parte de suas funções vitais, exploradas por dezenas de médicos que não são capazes de reconhecer e para os quais já deixaram de ser pacientes para tornar-se verdadeiros campos de batalha. Situações desse tipo nos aterrorizam a todos. Também temos medo – alguns mais que outros – de viver como um vegetal inconsciente, mas escrupulosamente bem cuidados. Cada vez mais, nos damos conta da importância de tomar uma decisão com antecedência: queremos ou não ser tratados desse modo? (DWORKIN, 2003, p. 252).

É dizer, o dever do médico de buscar a cura do paciente é cláusula pétrea. Porém, a partir do momento em que o paciente encontra-se em estado terminal, o prolongamento artificial da vida, buscado a qualquer custo por parte do médico, deve respeitar única e exclusivamente a vontade do paciente.

2.3 DAS DIRETIVAS ANTECIPATIVAS DE VONTADE OU TESTAMENTOS VITAIS

A diretivas antecipativas de vontade, também conhecida como testamento vital, representam uma espécie do negócio jurídico do tipo testamento, sendo este último definido como negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável, pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou não, para depois de sua morte[25].

Especificamente à luz da antecipação do fim da vida, o testamento do tipo vital guarda uma particularidade especial. Diferentemente do testamento tido como clássico, no qual o outorgante dispõe sobre o seu pós-morte, no testamento vital o outorgante busca tão somente a produção de efeitos enquanto o mesmo encontra-se ainda vivo, razão pela qual poderá ser formalizado a qualquer momento, e da mesma forma modificado ou revogado.

No negócio jurídico em tela, o interessado, na plenitude de sua lucidez e autonomia, declara qual a diretriz de tratamento médico e hospitalar a ser observada quando o mesmo acometer-se de uma doença ou sofra

um acidente, e encontrar-se incapacitado de expressar sua vontade. Nele, o outorgante pode, por exemplo, recusar um tratamento que o mesmo considere agressivo e escolher qual o hospital deve ser escolhido para o seu tratamento. Ainda, pode ser formalizado em qualquer momento da vida

O testamento vital encontra fundamentação legal no artigo 15 do Código Civil Brasileir[26], o qual dispõe que ninguém poderá ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Ademais, o Conselho de Justiça Federal já proferiu enunciado[27] reconhecendo a validade dos testamentos vitais ou diretrizes antecipativas.

2.4 DO TRATAMENTO DA MATÉRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

A forma como o ordenamento jurídico lida com as matérias referentes ao direito à vida atesta de plano a alta carga valorativa que o legislador confere a tal direito. Não à toa, a todo crime que atente contra a integridade da vida do indivíduo, a punição estatal será mais severa. Cada país dá um tratamento diferente à prática da eutanásia, sendo certo que, na maioria dos países ocidentais, ela ainda é vista com receio, sendo poucas as legislações que contemplam sua disciplina. A primeira forma de se tratar a eutanásia é a penalização da sua prática, com efetiva persecução criminal para os praticantes do injusto penal, caso que se observa atualmente no Brasil.

Embora os procedimentos de antecipação do fim da vida em pacientes terminais não encontrem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, os mesmos podem-ser considerados ilícitos a partir de uma interpretação análoga do Código Penal brasileiro.

A eutanásia é por analogia correspondida a homicídio privilegiado, previsto no artigo 121[28] do Código Penal brasileiro, com pena de seis a vinte anos de reclusão, podendo ter redução de um terço a um sexto, por ter sido cometido por relevante valor moral e social, quais sejam, piedade e compaixão do doente. Para o ordenamento jurídico brasileiro, o consentimento e a declaração de vontade por parte do paciente terminal é plenamente irrelevante, tendo em vista que não existiria qualquer excludente de autorização para que alguém ajude outrém a

pôr fim à vida.

Sobre o consentimento, importante destacar a lição de Maria Inês Nunes:

> a tomada de decisão nas questões referentes ao fim da vida pode ter como protagonista o sujeito em processo de morrer, seu representante legal, considerado substituto, ou o profissional da saúde. Nesse processo, no qual também importa o papel dos familiares, o ideal é que todos os atores possam estar em fecundo diálogo para que a decisão seja tomada da melhor maneira possível. A seguir, analisa-se brevemente cada um deles.

Importante destacar que o anteprojeto que visa reformar o Código Penal brasileiro, e que encontra-se em tramitação através do Projeto de Lei nº 236/2012[29], prevê, em seu artigo 122[30], o crime de eutanásia, o qual corresponde a matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave.

O dispositivo legal prevê ainda a possibilidade do julgador deixar de aplicar a pena a partir de análise do caso concreto, assim como a partir da relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima. Em seguida, o texto do dispositivo legal condena a distanásia e exclui ainda a ilicitude do procedimento da ortotanásia, ou seja, quando o agente, com consentimento do paciente, deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível.

O questionamento que surge de imediato é: o que leva o Estado a inserir em seu novo Código Penal, que não é objeto de reforma há mais 75 anos, um tipo penal que vai de encontro à supremacia do valor dignidade humana e à livre autonomia do paciente? Enquanto os principais ordenamentos jurídicos mundiais encontram-se discutindo cada vez mais a efetivação positiva do direito à antecipação do fim da vida, o legislador brasileiro, parece ir de encontro à evolução social de afirmação dos direitos humanos, propondo uma lei estritamente retrógrada.

Não está-se aqui falando da necessidade de liberação da eutanásia, e

sim, da disponibilização ao paciente terminal, valendo-se dos princípios supremos da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, da faculdade de o mesmo, quando portador de uma doença atestada como terminal, poder decidir sobre o seu futuro e consequentemente seu fim.

Diante da inércia e desinteresse estatal bem como da necessidade de esclarecimento sobre possibilidades de antecipação do vim da vida, o Conselho Federal de Medicina através da Resolução 1.995/2012[31], conferiu aos profissionais médicos a garantia de realização do procedimento antecipatório do fim de vida do tipo ortotanásia, também denominado de cuidados paliativos. Trata-se de uma legislação que tem por objetivo informar ao médico os limites a serem observados para uma atuação pautada na ética profissional. Além disso, reconhece e legitima a validade das diretivas antecipadas de vontade, autorizando o profissional médico a respeitá-las.

De acordo com texto legal em questão, restou garantido ao médico a possibilidade de suspender procedimentos que visem prolongar a vida do paciente que se encontra em fase terminal de doenças consideradas graves e incuráveis. Da mesma forma, garante também a possibilidade do médico oferecer cuidados para aliviar o sofrimento do paciente, os cuidados paliativos, desde que observe-se o respeito à vontade do paciente ou de seu representante legal, em caso de o paciente não conseguir expressar a sua vontade.

Outra maneira de tratar o tema é sua prática ser tolerada, não obstante a conduta ser prevista como crime pelo ordenamento jurídico. Dada a confusão ou a dubiedade dos termos da lei que disciplina o assunto, o sujeito que pratica a eutanásia acaba se vendo livre de um processo criminal. Além disso, a própria sociedade, a despeito de saber que ela é praticada às escondidas, pouco faz para que o panorama seja modificado, como acontecia no Uruguai e na Colômbia, antes da disciplina do assunto (CARDOSO, 2008, p. 129).

Há também a alternativa de despenalização da eutanásia, caso este em que a prática sem mantém tipificada como crime, porém, permite-se excludentes penais, uma vez preenchidos os requisitos constantes em lei específica, na qual se encontram prescritas as circunstâncias e as condições para sua possibilidade, o sujeito ativo não responderá pela ocorrência de crime. É o que ocorre no Uruguai atualmente.

Por fim, é possível que a eutanásia seja legalizada. Desse modo, não

há lei vedando a conduta, mas, ainda assim, é preciso que determinados procedimentos sejam seguidos, a fim de que ela não seja considerada homicídio. É o que ocorreu recentemente na Colômbia, representando um verdadeiro marco das garantias humanas fundamentais na América Latina.

Todavia, em que pese haver exemplos ímpares, como a Colômbia e o Uruguai, a falta de interesse do Estado em assumir uma posição firme, seja legalizando ou proibindo, a antecipação do fim da vida em pacientes terminais ainda segue predominante, como se observa no Brasil. Por consequência, tem-se leis retrógradas, as quais necessitam ser subsumidas por analogia, provocando insegurança jurídica aos reais detentores do direito.

Como consequência, tem-se um sobrecarregamento do Judiciário brasileiro, o qual acaba necessitando de se pronunciar caso a caso, nas demandas propostas requerendo o reconhecimento de tal direito.

2.5 DO DIREITO COMPARADO: MODELOS COLOMBIANO E URUGUAIO

Enquanto no Brasil o tema ainda não foi objeto de regulamentação legal nem de efetiva manifestação social a seu favor, em países vizinhos, como a Colômbia e o Uruguai, e em diversos outros do mundo, tal direito encontra-se plenamente garantido, através de legislações especificas e objetivas.

Merece grande destaque a garantia conferida ao paciente terminal de ter uma morte digna na Colômbia, país em desenvolvimento que figura apenas como quarta economia da America do Sul. Desde 1997 a Corte constitucional colombiana reconheceu o direito do paciente terminal a antecipar sua morte, determinando que a legislação competente fosse elaborada. Porém, esta deu-se apenas 20 de abril de 2015, através de regulamentação[32] proferida pelo Ministério da Saúde colombiano com as diretrizes a serem observadas para o exercício do direito de morrer com dignidade.

Em que pese o grande lapso temporal entre o reconhecimento do direito à antecipação do fim da vida e a elaboração das ferramentas legais para a sua efetivação, a recente lei colombiana confere plenos poderes à autonomia do ser humano em decidir acerca de como

deverá ser seus últimos dias de vida acaso encontre-se acometido de uma doença considerada como terminal, não deixando margens para qualquer dúvida em relação ao exercício de tal direito.

O direito à realização da eutanásia encontra-se de plano legitimado na Colômbia, através da retromencionada recente lei. Trata-se de um processo formalizado e que exige uma série de ações a serem observadas tanto pelo paciente como pelo médico. Importante ressaltar que a legislação colombiana prevê a possibilidade do médico apresentar eventual objeção de consciência, caso não concorde com a realização do procedimento. O primeiro procedimento de eutanásia legal aconteceu em julho de 2015, quando um paciente de 79 anos de idade com cancer, em pleno uso de suas faculdades mentais e de forma livre e voluntário, manifestou sua vontade de realizar a eutanásia.

Encontra-se prevista também em sua nova legislação a impossibilidade de concretização de qualquer tratamento obrigatório, ou distanástico, garantindo a possibilidade dos pacientes terminais desistirem de maneira voluntária e antecipada dos tratamentos médicos desnecessários que não cumpram com os princípios de proporcionalidade terapêutica e que venham a ferir a dignidade do paciente.

No mesmo sentido, a lei colombiana garante ainda o direito à utilização de cuidados paliativos, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida dos pacientes terminais como inclusive de suas famílias, através de um tratamento integral da dor e alívio do sofrimento e outros sintomas.

Trata-se de um grande marco de efetivação dos direitos do homem em um país que sofre com grandes problemas sociais, destacando-se a desigualdade de renda e a riqueza mal distribuída. Além disso, merece destaque também a vitória frente à forte resistência manifestada pela religião católica em relação à não aceitação do direito de antecipação do fim da vida, tendo em vista que o catolicismo predomina em cerca de 90% da população.

O exemplo colombiano deve ser considerado como exemplo pelos demais países da América do Sul e inclusive de outros continentes. Demonstra que um país que objetiva se desenvolver deve buscar sempre uma máxima eficácia dos direitos humanos. Não por coincidência, a Colômbia figura atualmente como grande promessa da América do Sul, o que evidencia que o desenvolvimento econômico deve caminhar sempre aliado ao desenvolvimento social.

Importante reconhecimento ao direito de antecipação do fim da vida em relação aos pacientes terminais também é observado no Uruguai, que por muitos especialistas, é considerado como o primeiro país do mundo a legislar sobre eutanásia, em 1934. Mais recentemente, em 2013, foi aprovada legislação regulamentando as diretivas antecipadas e como deve ser manifestada a vontade do paciente. Trata-se de uma legislação liberal e que confere amplas garantias à livre autonomia do paciente em estado terminal.

A prática da eutanásia encontra-se prevista no Código Penal uruguaio sob a denominação de homicídio piedoso, excluindo de punição quem realizou o procedimento, desde que tenha antecedentes honráveis, seja realizado por motivo piedoso e tenha a vítima feito reiteradas súplicas.

3 DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL APLICADA AO FIM DA VIDA

3.1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Discussões acerca de formas de antecipar o fim da vida de pacientes que se encontram em quadro terminal irreversível, remontam a tempos pretéritos. Com a evolução social e sobretudo com a recente democratização constitucional observada no Brasil, tal discussão passa a ser de pouco em pouco acentuada, em razão do impulso valorativo do princípio da dignidade humana observado na grande maioria dos ordenamentos jurídicos mundiais.

Os limites de caráter ético e moral que devem direcionar o exercício do direito de antecipação do fim da vida dos pacientes terminais encontram como fundamento primordial a prevalência dos direitos humanos. Estes, por sua vez, são impulsionados pelo valor supremo da dignidade da pessoa humana, o qual, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral (BARROSO, 2010, p. 12).

A dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime. Tal

fato, todavia, não minimiza, as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica, e ao contrário, vem a causar diversos embates teóricos.

Sobre a dignidade, merece destaque a lição de José Afonso da Silva[33] à luz da filosofia de Kant:

> Voltemos, assim, à filosofia de Kant, segundo a qual no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa equivalente. Daí a ideia de valor relativo, de valor condicionado, porque existe simplesmente como meio, o que se relaciona com as inclinações e necessidades geral do homem e tem um preço de mercado, enquanto aquilo que não é um valor relativo, e é superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, é uma dignidade, é o que tem uma dignidade. Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente, confundindo-se com a própria natureza do ser humano.

Ao longo do tempo, consolidou-se a convicção de que nos casos difíceis, para os quais não há resposta pré-pronta no direito posto, a construção da solução constitucionalmente adequada precisa recorrer a elementos extrajurídicos, como a filosofia moral e a filosofia política. E, dentre eles, avulta em importância a dignidade humana (BARROSO, 2010, p. 21).

Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade. Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech*, negação do Holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial post mortem, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a auto-incriminação, pena de

morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais (BARROSO, 2010, p. 21).

A Carta Constitucional brasileira de 1988 conferiu à dignidade da pessoa humana o status de fundamento da República Federativa do Brasil, em seu artigo 3º, inciso III[34]. A partir de uma simples análise do texto constitucional brasileiro constata-se que a ordem jurídica democrática do país encontra-se consolidada e sustentada em torno da dignidade da pessoa humana.

É dizer, a dignidade da pessoa humana atinge na Constituição Federal um status superior a qualquer outra disposição legal. Nenhum outro direito elencado na Carta Constitucional tem sentido sem que seja de forma a garantir a dignidade do homem. José Afonso da Silva discorre que

> a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desse conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito (SILVA, 1998, p. 3).

Portanto, a Carta Constitucional brasileira conferiu à dignidade da pessoa humana o status superior inclusive ao de princípio constitucional fundamental e geral inspirador da ordem jurídica. Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Logo, se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional (SILVA, 1998, p. 4).

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, pela qual é

considerado merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. A dignidade da pessoa humana se concretiza por meio de um conjunto de direitos e deveres fundamentais, que buscam assegurar as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, e assim propicia e promove a participação ativa nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com a sociedade em geral. Assevera ainda que na qualidade de princípio fundamental constitui valor guia não apenas para os direitos fundamentais, mas também para toda a ordem jurídica[35].

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso ensina que

> a dignidade humana deve ser delineada com o máximo de neutralidade política possível, com elementos que possam ser compartilhados por liberais, conservadores ou socialistas. Por certo, é importante, em relação a múltiplas implicações da dignidade, a existência de um regime democrático. Por fim, o ideal é que esses conteúdos básicos da dignidade sejam universalizáveis, multiculturais, de modo a poderem ser compartilhados e desejados por toda a família humana. Aqui, será inevitável algum grau de ambição civilizatória, para reformar práticas e costumes de violência, opressão sexual e tirania. Conquistas a serem feitas, naturalmente, no plano das ideias e do espírito, com paciência e perseverança. Sem o envio de tropas (BARROSO, 2010, p. 21).

Muito embora a dignidade da pessoa humana, por sua carga valorativa, alcance amplas dimensões, sua objetivação também se faz necessária, com o objetivo de trazer certo grau de segurança e estabilidade jurídica. Ingo Wolfgang Sarlet propõe um conceito de dignidade no qual ela é: (a) vista como uma característica do ser humano, (b) que o faz merecedor do respeito e da consideração de todos os outros seres humanos e do Estado, (c) implicando em um complexo de direitos e deveres fundamentais que (d) assegure a pessoa contra qualquer ato degradante e desumano, (e) a fim de proporcionar condições mínimas de existência para garantir uma vida saudável, (f) além de promover a participação ativa e responsável nos destinos da existência e da vida em

comunhão com os demais (SARLET, 2009, p. 223).

Por conseguinte, resta evidenciado que o conceito de dignidade não é, como desejam alguns, algo puramente retórico, no qual caberiam quaisquer interpretações, pois, ainda que se paute na melhor resposta possível ou na única resposta correta, sempre haverá o repúdio ao arbítrio hermenêutico. A dignidade é uma ideia vinculada a uma comunidade constitucional, contrária a qualquer tipo de reducionismo em sua compreensão (CARDOSO, 2008, p. 175).

José Afonso da Silva propõe uma necessidade de objetivação prática da dignidade da pessoa a dignidade da pessoa humana, como forma de obter-se efeitos concretos:

> como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade. Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura, pois, a liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade, pois, a igualdade e dignidade da pessoa exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa. Resulta escandaloso o fato das excessivas desigualdades econômicas e sociais que se dão entre os membros ou os povos de uma mesma família humana. São contrários à justiça social, à equidade, à dignidade da pessoa humana e à paz social e internacional (SILVA, 2009, p. 305).

Feitas tais considerações elucidativas, necessário se faz trazer a análise da dignidade da pessoa humana à luz do direito à antecipação do fim da vida. Conforme visto, a dignidade humana pode e deve superar a própria vida, atingindo, portanto, a esfera da morte. A partir

do momento em que não se pode mais viver com dignidade, cada ser humano tem direito a uma morte digna, concluindo sua vida da forma menos dolorosa e mais íntegra possível, perto de quem se ama e da forma como se pretende.

Um exercício interpretativo dos procedimentos antecipativos da vida em pacientes terminal de forma sistemática em relação à Constituição, deixa evidente que tais procedimentos, quando objetivando por fim a um sofrimento, caminham lado a lado com o valor dignidade humana. É portanto, através dos procedimentos de antecipação do fim da vida, que efetiva-se a plenitude da dignidade do ser humano. Trata-se inclusive, de uma das últimas, se não a última oportunidade de afirmação de dignidade, optando pela antecipação da morte diante de um estágio de sofrimento terminal.

3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE E DA AUTONOMIA PRIVADA

Diante do caráter terminal de uma enfermidade irreversível e incurável que causa sofrimento ao paciente, a antecipação da morte é vista muitas vezes como o seu último desejo. Todavia, muito embora o ser humano seja livre, a sociedade moderna, pautada em razões éticas, morais e religiosas, além do já comentado excessivo biopoder exercido pelo Estado, retira a liberdade e autonomia do indivíduo quanto ao exercício o livre-arbítrio no que concerne à antecipação do fim da vida.

Surge de imediato o questionamento: se a liberdade e a autonomia guiaram durante toda vida o paciente que chegou estágio terminal da doença, porque não permanecem guiando quando a morte se aproxima? Certamente não deve haver distinção quanto à liberdade de tomada de decisões do homem seja no início, meio ou fim da vida. Para a melhor compreensão, necessário se faz elucidar os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada do indivíduo.

A liberdade encontra-se esculpida na Constituição como um direito fundamental e, assim como a vida, a igualdade, a segurança e a propriedade, deve ser garantida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, conforme prevê o seu artigo 5º[36].

José Afonso da Silva expõe que

> O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. É boa, sob esse aspecto, a definição de Rivero: "a liberdade é um poder de autodeterminação em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal". Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal (SILVA, 2009, p. 305).

A autonomia decorre do exercício da liberdade. A palavra autonomia encontra-se mais fortemente vinculada à ideia de liberdade positiva, mas não deixa de ter relação com a concepção negativa de liberdade. A liberdade positiva é compreendida como a situação na qual um indivíduo tem a possibilidade de orientar sua vontade para um objetivo, de tomar decisões, não sofrendo interferência da vontade de outros. Seria a liberdade de ação independentemente de causa opositiva. Por sua vez a liberdade negativa presume necessariamente a ausência de impedimento, em outras palavras, a possibilidade de fazer, mas também supõe a possibilidade de não fazer ante a ausência de constrição[37]. Logo, a liberdade de ação neste caso está vinculada à inexistência de obstáculo, caso este existisse, haveria a possibilidade não se praticar tal liberdade.

Logo, tem-se definido que o princípio da autonomia da vontade tem como pressuposto a liberdade dos indivíduos consubstanciadas numa vontade de agir, vontade esta que pode ser objeto de questionamento e interferência no consciente do indivíduo. Para que a autonomia possa ser garantida, é o indivíduo que deve ser o ator principal, ao escolher de que forma tomará suas decisões, valendo-se de seus interesses. É a capacidade do indivíduo tomar as suas próprias decisões e fazer as suas próprias escolhas pautadas na sua própria racionalidade.

Ronald Dworkin assevera que a autonomia pressupõe uma capacidade de agir com base em preferências genuínas, na percepção da natureza das coisas, nas convicções pessoais ou no sentido da própria identidade. Afirma também que as pessoas que acreditam que se deveria permitir que os pacientes competentes planejassem sua própria morte, com o auxílio de médicos dispostos a auxiliá-los, se assim quisessem, buscam

como fundamento o princípio da autonomia (DWORKIN, 2003, p. 59).

Roberto Barroso ensina que a autonomia da vontade é um elemento ético da dignidade humana, deve ser associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ou seja, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. Inscrita na autonomia está a capacidade de fazer valorações morais e de cada um pautar sua conduta por normas que possam ser universalizadas. A autonomia tem uma dimensão privada, subjacente aos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, sobre a qual se apoiam os direitos políticos, isto é, o direito de participar do processo eleitoral e do debate público. Condição do exercício adequado da autonomia pública e privada é o mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades vitais básicas (BARROSO, 2010, p. 38).

Não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Carta Constitucional estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos particulares que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas e mundividências, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes[38].

Assim, no plano da existência, o respeito à autonomia da pessoa se expressa pela manifestação da vontade direcionada diante de uma situação que seja bem compreendida por aquele que toma a decisão. Nos cuidados em saúde, o respeito à autonomia é formalizado mediante instrumentos como o consentimento informado e pelas diretivas antecipadas da vontade, ao passo que nas pesquisas torna-se essencial o termo de consentimento livre e esclarecido. Quando se trata de menores ou de incapazes, deve-se buscar seu consentimento, de acordo com sua capacidade de compreensão[39].

Maria Inês Nunes conclui que a pedra angular da livre tomada de decisão deve ser o respeito à autonomia do sujeito. No âmbito do cuidado à saúde, isso significa que os adultos competentes têm o direito de aceitar – ou recusar – procedimentos diagnósticos e terapêuticos. Tais aspectos devem ser igualmente levados em conta na integração do papel da família ao processo decisório (NUNES, 2014).

Por desdobramento do valor supremo da dignidade humana e dos princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada,

tem-se ainda a proibição à submissão a tratamento desumano ou degradante[40], inserido na Constituição Federal brasileira como direito fundamental. Trata-se de uma proibição a condutas que impliquem a instrumentalização do ser humano, e que venham a submetê-lo a uma situação indesejada.

O direito de morrer dignamente é uma reivindicação fundamentada pelos princípios constitucionais inseridos na Carta Magna do país. Refere-se ao desejo de se ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Isso não se confunde com o direito de morrer pura e simplesmente. Não se trata de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente, mas de reconhecer a sua liberdade e sua autodeterminação (BORGES, 2007, p. 232).

Nesse sentido:

> A autonomia em medicina, mais concretamente na ética médica e bioética, expressa o direito do paciente em definir o que seja ou não uma necessidade de saúde. Gracia esclarece que essa não é a autonomia kantiana, formal ou canônica, mas sim autonomia num sentido mais distinto, claramente deontológico. Em bioética, o que se entende por autonomia é a expressão de um direito. Desta forma, devemos aceitar que o usuário é quem hoje define, e certamente quem definirá no futuro, qual é a sua necessidade de saúde. Isso pode levar a todo tipo de arbitrariedade mediante a solicitação, pelo paciente, de coisas pouco racionais, que tenderão a trazer-lhe frustração e a também desanimar o profissional de saúde (NUNES, 2014).

Diante do exposto e à luz da temática e objeto do presente trabalho, evidencia-se que o direito à morte antecipada para garantir a dignidade humana encontra pleno respaldo dos princípios constitucionais da liberdade, autonomia privada e proibição de submissão a tratamento degradante. O respeito à autonomia do doente terminal não pode ser deixado às escuras, como assim faz o ordenamento jurídico brasileiro, impedindo o exercício da autonomia para decidir sobre o futuro da vida. O pleno exercício da autonomia privada do paciente terminal representa

o respeito ao fundamento dignidade humana, base estrutural do Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição brasileira.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou analisar o exercício das políticas públicas de saúde por parte do Estado com o objetivo de compreender os motivos que levam à falta de interesse estatal em legislar acerca de certas políticas públicas de saúde, sobretudo em relação à antecipação do fim da vida em pacientes acometidos de doença terminal irreversível.

A partir de uma análise da teoria biopolítica de Michael Foucault restou evidenciado que tal falta de interesse na matéria representa um reflexo do exercício excessivo do biopoder estatal, fazendo com que o direito de ter uma morte digna não possa ser exercido pelo paciente terminal. Viu-se ainda, que tal falta de interesse se encontra fortemente influenciada também pela influência religiosa no Estado, muito embora esse seja previsto constitucionalmente como laico.

A incoerência em relação à impossibilidade de exercício do direito à antecipação do fim da vida em pacientes terminais traz prejuízos consideráveis tão somente aos detentores de tais direitos, que acabam sendo obrigados a postergar a vida mesmo que diante de um quadro irreversível de doença incurável, mesmo que suplicando para que a morte seja antecipada.

Uma interpretação sistemática da Constituição, considerando-se o grau supremo e fundamentador da dignidade humana e os princípios da liberdade, somados à autonomia de vontade e à proibição de sujeição a tratamento degradante, faz concluir que o espírito da Constituição Federal não objetiva obrigar o paciente a viver contra a sua vontade, conferindo-lhe o direito subjetivo a uma morte de forma digna. Logo, o direito à prática antecipativa de morte encontra pleno amparo principiológico constitucional após análise adequada.

Resta notório, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro em relação ao direito de o paciente terminal ter uma morte digna se encaminha em direção contrária à evolução social dos direitos humanos, ao passo em que o Estado, exercendo seu excessivo biopoder e sob forte influência religiosa, obriga o paciente terminal a sofrer até que a morte o acometa. Trata-se, portanto, de um agir público através de uma política

de saúde manifestamente contrária à dignidade humana do paciente em fim de vida.

A decisão acerca da antecipação do fim da vida diz respeito tão somente à esfera individual e particularíssima do paciente terminal. No momento em que o Estado retira o direito do indivíduo de antecipar sua morte diante de um quadro de sofrimento, cria-se uma relação de obrigatoriedade de sofrimento. A antecipação do fim da vida traria apenas consequências diretas ao próprio paciente terminal, titular do direito personalíssimo à vida digna, e indiretas aos seus familiares e próximos. Não há portanto, porque o Estado assumir uma posição não laica e impossibilitar uma tomada de decisão valendo-se de fundamentos valorativos morais e religiosos.

A matéria em questão, apesar de encontrar-se cercada de tabus, deve entrar na agenda de discussões sociais, através de um diálogo entre o Estado e a sociedade. Não basta ao Estado garantir a dignidade do ser humano enquanto o mesmo encontrar-se em plenas condições de vida, sob pena de limitação do princípio da dignidade humana. Afinal, não há distinção entre a dignidade humana em vida ou em morte. A dignidade humana não tem prazo de validade nem campo de incidência.

Da mesma forma deve-se garantir a liberdade e autonomia do paciente em todos os momentos da sua vida, até mesmo no estágio terminal. Não há razão jurídica, ética ou moral que justifique a privação da liberdade do indivíduo em decidir a favor do alívio, durante a luta contra a doença terminal.

Urge, portanto, promover a efetivação da dignidade do paciente terminal de forma a respeitar o pouco que resta de sua vida, afinal, a morte antecipada põe fim à vida, mas por outro lado, eterniza a dignidade do indivíduo. Manter a obrigação da vida em detrimento da liberdade e dignidade do indivíduo é ferir de morte todo o sistema humanitário conquistado pelas civilizações até então. Não há escapatória para o Estado.

___

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO THE END OF THE LIFE IN A WORTHY WAY: AN ANALYSIS STARTING FROM THE BIOPOWER

ABSTRACT: The present article approaches the process of anticipation

of the end of the life in patients attacked by terminal disease starting from an optics of the exercise of the biopower of the State, according to Michael Foucault, that proíbe the individual of exercising the autonomy about his life, restricted his/her freedom and influencing the public politics of health. Despite the right to early death to ensure the dignity of the individual is not expressly prohibited by law, in practice this right is not granted to the individual, causing legal uncertainty. From a systematic analysis of the Brazilian Constitutional Charter in the light of the constitutional foundation of human dignity, greater foundation of the Constitution, it appears that there is no legal basis for the State to prevent the terminally ill patient to make a decision about the time that will give your end of life, even though it is forbidden.

KEYWORDS: Anticipation of the end of the life. Biopower. Dignity of the Human Person. Freedom.

Notas

1 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: Curso no Collège de France (1975-1976), (tradução de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000.
2 Os conceitos foucaultianos de biopolítica e biopoder surgiram como o ponto terminal de sua genealogia dos micro-poderes disciplinares, iniciada nos anos 70. Ao mesmo tempo em que eram depositários de um conjunto de análises e conceituações previamente estabelecidos, tais conceitos também inauguraram deslocamentos em relação àquilo que o autor havia pensado anteriormente, em obras como A Verdade e as Formas Jurídicas e Vigiar e Punir. Como se sabe, o ponto de partida da genealogia foucaultiana foi a descoberta dos micro-poderes disciplinares que visavam a administração do corpo individual, surgidos durante o século 17 em consonância com a gradativa formação de todo um conjunto de instituições sociais como o exército, a escola, o hospital, a fábrica etc. Foucault chegaria aos conceitos de biopoder e biopolítica ao vislumbrar o aparecimento, ao longo do século 18 e, sobretudo, na virada para o século 19, de um poder disciplinador e normalizador que já não se exercia sobre os corpos individualizados nem se encontrava disseminado no tecido institucional da sociedade, mas se concentrava na figura do Estado e se exercia a título de política estatal que pretendia administrar a vida e o corpo da população. Evidentemente, esta descoberta pressupunha combinar as análises desenvolvidas em Vigiar e Punir, definidas como uma "anátomo-política do corpo", com o que Foucault agora denominava, no volume I da História da Sexualidade, como a "biopolítica das populações". Se não há contradição entre poder disciplinar e biopoder, os quais têm nos processos de normalização sua base comum, não se pode deixar de notar que a introdução da biopolítica impôs uma mutação no curso das pesquisas genealógicas de Foucault (DUARTE, A. "Modernidade, biopolítica e disseminação da violência: a crítica arendtiana ao presente" in DUARTE, A.; LOPREATTO, C.; BREPOHL, M., (orgs.) A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro, Relume- Dumará, 2004)
3 ROSEN, G. *Da polícia médica à medicina social*. Rio de Janeiro: Editora graal, 1980.
4 Entende-se como política de saúde a resposta social (ação ou omissão) de uma organização (como o Estado) diante das condições de saúde dos indivíduos e das populações e seus

determinantes, bem como em relação à produção, distribuição, gestão e regulação de bens e serviços que afetam a saúde humana e o ambiente. Políticas de saúde abrangem questões relativas ao poder em saúde (politics), bem como as que se referem ao estabelecimento de diretrizes, planos e programas de saúde (policy). (...) enquanto disciplina acadêmica, a política de saúde abrange o estudo das relações de poder na conformação da agenda, na formulação, na condução, na implementação e na avaliação de políticas (PAIM, J. S. & TEIXEIRA, C. F. Política, planejamento e gestão em saúde: balanço do estado da arte. Revista de Saúde Pública, nº 40: 73-78, 2006).

5 GIOVANELLA L.; ESCOREL S.; LOBATO, LVC ; NORONHA JC., CARVALHO AI; *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz/Centro Brasileiro de Estudos de Saúde; 2012.

6 Considera-se o ano de 2013 como representativo da primeira vez a qual a eutanásia no Brasil entrou na pauta da imprensa. A médica Virgínia Helena de Souza, que chefiava a UTI do Hospital Evangélico de Curitiba, foi acusada de praticar esse crime com diversos pacientes. Segundo a acusação, Souza reduzia o nível de oxigênio dos aparelhos respiradores e aplicava anestésicos para provocar a morte dos pacientes. A Polícia Científica do Paraná afirmou que entre 2006 e 2013, mais de 300 pacientes da UTI morreram no mesmo dia em que receberam medicações da médica. Além dela, outros sete profissionais foram acusados de envolvimento nos crimes. Naquele ano, Souza ficou 29 dias detida. Hoje, responde ao processo em liberdade. Seu advogado, Elias Mattar Assad diz que ela "praticou atos tipicamente de medicina intensiva". "Ela me disse que tudo o que ela fez tem respaldo na literatura médica", disse o advogado. "Ela não violou nenhuma regra de medicina intensiva". De acordo com o advogado, a denúncia ocorreu de "pessoas que estavam inconformadas com a morte do paciente". Desde aquele ano o processo tramita na Justiça. Se for provada a acusação da médica, ela será julgada por um júri popular. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/07/politica/1431030917_335982.html.

7 GODOY, Rodrigo Gualano; DIAS, Rebeca Fernandes. Paradoxos do direito de viver e de morrer. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 44, n.o 0, 2006. p. 109-124. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/9418/6510>. Acesso em 22 set. 2015.

8 GRACIA, Diego. *Pensar a bioética*: metas e desafios. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010.

9 SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer*: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

10 DINIZ, Debora. *Quando a morte é um ato de cuidado*: obstinação terapêutica em crianças. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro , v. 22, n. 8, p. 1741-1748, Ago. 2006 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006000800023&lng=en&nrm=iso>. acesso em 18 de nov. De 2015.

11 FRANÇA, Genival Veloso. *Eutanásia*: Um Enfoque Ético-político. Bioética [do Conselho Federal de Medicina]. Brasilia: I Conselho Federal , n.o 01,Vol. 7 , 1999.

12 MARTÍNEZ, SU. *Eutanasia*: concepto y contexto. In: Eutanasia hoy: un debate abierto. Madri: Noesis, 1996

13 GUTIERREZ, Pilar L.. *O que é o paciente terminal*?. Rev. Assoc. Med. Bras. [online]. 2001, vol.47, n.2, pp. 92-92. ISSN 1806-9282.

14 O termo foi proposto por Francis Bacon, em 1623, em sua obra "Historia vitae et mortis", como sendo o "tratamento adequado as doenças incuráveis" (GOLDIN. José Roberto. Eutanásia. UFRGS. Rio Grande do Sul. 1998. Disponível em http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi.htm. Acesso em 19.09.2015.)

15 O termo boa morte tem duas origens. Uma proveniente de eu, thánatos (eu: boa; thánatos: morte), de onde se origina a palavra eutanásia, significando, em seus primórdios, a morte suave, indolor, rápida, o morrer bem – atualmente entendida como a morte desejada e sustentada temporalmente por seu solicitante, fundamentada em decisão autônoma. A outra origem do termo provém de kalós, thánatos (kalós: boa, bela; thánatos: morte), significando a morte bela,

nobre e exemplar. Esse poder de enfrentamento da morte, de morrer nobremente – de kalós thanein –, situa-se entre as categorias do belo e do heroico e, de fato, as categorias da beleza e do heroísmo são construções a partir da aisthesis, a qual indica, ao mesmo tempo, a sensibilidade e a sensação que, por sua vez, se referem tanto ao conhecimento sensorial de um objeto (ou percepção) como ao conhecimento sensorial de uma de suas qualidades 19. Mas a boa morte da eutanásia também não está separada da aisthesis. Pode-se dizer que há uma relação complexa entre a eutanásia – com sua dimensão espiritual presente na palavra grega eu – e a kalotanásia, vez que ambas são produto da aisthesis, a qual se refere tanto a um fenômeno corporal quanto simbólico (FLORIANI, Ciro Augusto. Moderno movimento hospice: kalotanásia e o revivalismo estético da boa morte. Rev. Bioét., Brasília , v. 21, n. 3, p. 397-404, Dec. 2013 . Disponível em : <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983804220130003000003&lng=en&nrm=iso>. acesso em 16 Nov. 2015)

16 CARNEVALLI, Eduardo Castillo. *Diez Años de Eutanásia em Holanda*: uma valoración moral. Thesis ad Doctoratum in Sacra Theologia Totaliter Edita. Pontificia Universitas Sanct AE Crucis. Facultas Theologiae. Roma, 2003.

17 VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

18 CARDOSO, Juraciara Vieira. *Ortotanásia*: o tempo certo da morte digna, uma análise sobre o fim da vida à luz dos direitos fundamentais. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

19 Disponível em: http://www.who.int/cancer/palliative/es. Acesso em 17 de novembro de 2015.

20 Na impossibilidade de tomada de decisão plena por parte do sujeito – no caso, por exemplo, de um doente em coma –, é possível lançar mão das diretivas antecipadas de vontade, instrumento que garante o direito da pessoa de decidir antecipadamente sobre os cuidados em saúde que poderá receber no futuro, indicando negativamente ou positivamente o que deseja para si. Trata-se da expressão da sua vontade, indicada por antecipação, que se fundamenta no princípio de respeito à autonomia (NUNES, 2009).

21 Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único - A pena é duplicada: Aumento de pena I - se o crime é praticado por motivo egoístico; II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

22 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

23 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de Morrer Dignamente*: Eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito*: Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Cap. 12, p. 283-305.

24 DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

25 TARTUCE. Flávio; SIMÃO José Fernando. *Direito Civil* – Direito das Sucessões. 5. ed. São Paulo: Método, 2012, vol.6.

26 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 17 de novembro de 2015.

27 Conselho de Justiça Federal, V Jornada de Direito Civil enunciado nº 527: é válida a declaração de vontade, expressa em documento autêntico, também chamado testamento vital em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade

28 Homicídio simples Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Caso de diminuição de pena § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

29 Disponível em: http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1. Acesso em 17 de novembro de 2015.
30 Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos. § 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima. Exclusão de ilicitude § 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.
31 Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em 17 de novembro de 2015.
32 República da Colômbia. Ministério da Saúde e Proteção Social. Resolução nº 1216 de 2015. Disponível em: http://www.dmd.org.co/pdf/Eutanasia_resolucion-1216-de-2015.pdf
33 SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*, 1998, vol. 212, p. 89-94.
34 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (…) III - a dignidade da pessoa humana; (…)
35 SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
36 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (…).
37 DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna*: uma visão constitucional da eutanásia. Op. cit., p. 132-133.
38 SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*. B. Cient. ESMPU, a. 4 - n.14, p. 167-217. Brasília. 2005
39 LIMA, Maria de Lourdes Feitosa; REGO, Sérgio Tavares de Almeida; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. Processo de tomada de decisão nos cuidados de fim de vida. *Rev. Bioética*, Brasília , v. 23, n. 1, p. 31-39, Apr. 2015.
40 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (…) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária.1984.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de Morrer Dignamente: Eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria

Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2001. Cap. 12, p. 283-305.
BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao .htm. 1988.
BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1940.
CARDOSO, Juraciara Vieira. *Ortotanásia*: o tempo certo da morte digna, uma análise sobre o fim da vida à luz dos direitos fundamentais. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.
CARNEVALLI, Eduardo Castillo. *Diez Años de Eutanásia em Holanda*: uma valoración moral. Thesis ad Doctoratum in Sacra Theologia Totaliter Edita. Pontificia Universitas Sanct AE Crucis. Facultas Theologiae. Roma, 2003.
DIAS, Rebeca Fernandes. *Eutanásia*: a autonomia do sujeito no contexto biopolítico. Monografia. Graduação em Direito Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2004.
DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna*: uma visão constitucional da eutanásia. Op. cit., p. 132-133.
DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001).
DUARTE, A. "Modernidade, biopolítica e disseminação da violência: a crítica arendtiana ao presente" in DUARTE, A.; LOPREATTO, C.; BREPOHL, M., (orgs.) *A banalização da violência*: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro, Relume- Dumará, 2004.
DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
EL PAIS. *Eutanásia pode virar crime no Brasil, com pena de quatro anos de prisão*. 2015. Disponível em : http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/07/politica/1431030917_335982.html. Acesso em 10 de novembro de 2015.
FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: Curso no Collège de France (1975-1976), (tradução de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000

FLORIANI, Ciro Augusto. Moderno movimento hospice: kalotanásia e o revivalismo estético da boa morte. *Revista Bioética*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 397-404, 2013 . Disponível em : <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198380422013000300003&lng=en&nrm=iso>. Accesso em Nov. 2015

FRANÇA, Genival Veloso. *Eutanásia*:Um Enfoque Ético-político. Bioética [do Conselho Federal de Medicina]. Brasilia: I Conselho Federal , n.o 01,Vol. 7 , 1999.

GODOY, Rodrigo Gualano; DIAS, Rebeca Fernandes. Paradoxos do direito de viver e de morrer. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 44, n.o 0, 2006. p. 109-124. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/9418/6510>. Acesso em 22 set. 2015.

GOLDIN. José Roberto. *Eutanásia*. UFRGS. Rio Grande do Sul. 1998. Disponível em http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi.htm. Acesso em 19 set. 2015.

GUTIERREZ, Pilar L.. O que é o paciente terminal?. *Rev. Assoc. Med. Bras*. [online]. 2001, vol.47, n.2, pp. 92-92. ISSN 1806-9282.

GRACIA, Diego. *Pensar a bioética*: metas e desafios. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010.

JUNGES, José Roque. *Bioética*: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

LIMA, Maria de Lourdes Feitosa; REGO, Sérgio Tavares de Almeida; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. Processo de tomada de decisão nos cuidados de fim de vida. *Rev. Bioét.*, Brasília , v. 23, n. 1, p. 31-39, Apr. 2015 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422015000100031&lng=en&nrm=iso>. acesso em 15 Nov. 2015. http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422015231043.

MARTÍNEZ, SU. Eutanasia: concepto y contexto. In: *Eutanasia hoy*: un debate abierto. Madri: Noesis, 1996

NASCIMENTO, Marisangela. Soberania, Poder e Biopolítica: Arendt, Foucault e Negri. *Revista de Filosofia*, Amargosa, Bahia – Brasil, v.6, n.2, dezembro de 2012. Disponível em: http://www2.ufrb.edu.br/griot/images/vol6-n2/11-SOBERANIA_PODER_E_BIOPOLITICA_ARENDT_FOUCAULT_E_NEGRI_SOBERANIA-Mariangela_Nascimento.pdf. Acesso em 16 de novembro de 2015.

NUNES, Maria Inês. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios,

obstáculos e limites. *Rev. Bioética*, Brasília, v. 22, n. 2, p. 241-251, Aug. 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000200006&lng=en&nrm=iso>. acesso em 17 Nov. 2015. http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422014222005.

PAIM, J. S. & TEIXEIRA, C. F. Política, planejamento e gestão em saúde: balanço do estado da arte. *Revista de Saúde Pública*, nº 40: 73-78, 2006

GIOVANELLA L.; ESCOREL S.; LOBATO, LVC; NORONHA JC., CARVALHO AI. *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz/Centro Brasileiro de Estudos de Saúde; 2012.

ROSEN, G. *Da polícia médica à medicina social*. Rio de Janeiro: Editora graal, 1980.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer*: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *B. Cient*. ESMPU, a. 4 - n.14, p. 167-217. Brasília. 2005

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*, 1998, vol. 212, p. 89-94.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TARTUCE. Flávio; SIMÃO José Fernando. *Direito Civil* – Direito das Sucessões. 5. ed. São Paulo: Método, 2012, vol.6.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

LEI MARIA DA PENHA: ASPECTOS PENAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Isadora Waleska Oliveira Santos*

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo a Lei Maria da Penha – 11.340/2006 criada com o propósito de punir e, consequentemente, erradicar a violência doméstica contra a mulher é uma ferramenta usada para ajudar a atenuar e a solucionar conflitos gerados dentro do seio familiar. De natureza dinâmica, suas ações visam responder rápida e precisamente os desvios no trato do homem para com a mulher, buscando uma coexistência harmoniosa. Apesar das mulheres terem sido predicadas de sexo frágil, a Lei n. 11.340/06 enxerga o gênero biológico como mola propulsora das suas práticas, com base no princípio de proteção elencado no artigo 226 § 8º da Constituição Federal de 1988, buscando nivelar o direito de isonomia entre os indivíduos, característica esta que tem gerado discursos contra e a favor discursos contra e a favor da lei. A lei Maria da Penha abarca um número maior de bens tutelados, quais sejam, entre outras, qualquer ação ou omissão que possa lhe causar morte, lesão, sofrimento físico que ofenda sua integridade ou sua saúde corporal. Como se percebe qualquer dano que possa causar a morte será protegido pela Lei 11.340/2006 e, por esta proteção, nasce a Lei n. 13.104/2015 que altera o Código Penal, inserindo o Feminicídio como meio de prevenir e intimidar a prática do crime contra a vida em favor do gênero feminino.

PALAVRAS–CHAVE: Lei Maria da Penha. Violência contra a mulher. Feminicídio.

1 INTRODUÇÃO

A Violência doméstica é um enigma que atinge mulheres, crianças, adolescentes e idosas em todo mundo. Decorre da desigualdade nas relações de poder entre homens e mulheres, bem como da discriminação

* Advogada, Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe (Ejuse).

de gênero ainda presente tanto na sociedade como na família.

Ainda que os direitos fundamentais possuam um caráter universal, as mulheres ainda são um grupo vulnerável a todas as formas de violência. Por essa razão, os constitucionalistas têm tratado o direito das mulheres como uma especialização dos direitos humanos fundamentais. Tal postura se justifica pela constatação empírica de que as mulheres encontram-se em situação de hipossuficiência nas relações sociais e políticas.

Nesse contexto, várias convenções e pactos de direitos humanos foram editados pelas Nações Unidas e Organização dos Estados Americanos com o objetivo de compelir os países signatários a tomar medidas legislativas e administrativas de promoção da igualdade de gênero e combate à violência contra a mulher.

O Brasil, o sistema de repressão e prevenção à violência doméstica é recente. Teve início em 1988, quando a Constituição Federal proclamou a igualdade entre homens e mulheres ao estabelecer, no art. 5º, inciso I, que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". A preocupação do constituinte brasileiro com a violência no âmbito das relações familiares evidencia-se no parágrafo 8º, do art. 226 que impõe ao Estado o dever de coibir a violência doméstica. Tais normas constitucionais foram ponto de partida para que o legislador ordinário ampliasse a proteção dos direitos das mulheres contra a discriminação e a violência.

Além de ponderar os aspectos característicos da Lei Maria da Penha, é oportuno analisá-la em consonância com o feminicídio, pois enquanto aquela abrange como violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, este, o feminicídio, restringe-se à forma extrema de violência que resulte na morte da mulher. Percebe-se que qualquer dano que possa causar a morte, também será protegido pela Lei n. 11340/2006 e, por esta proteção, nasce a Lei n. 13.104/2015 que vem complementar e integrar juntamente com a Lei 11.340/2006 a proteção contra a mulher.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A evolução histórica da proteção contra a violência à mulher através

do sistema legal está fundamentada na própria evolução dos direitos humanos e sua internacionalização.

A evolução dos direitos humanos teve investida após o término da segunda guerra, sucedido da repercussão da violação dos direitos humanos da era Hitler. A criação das Nações Unidas e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU (Organização das Nações Unidas) contribuíram para que a proteção aos Direitos Humanos se consolidasse. Resulta desse período a possibilidade de responsabilização internacional do Estado que demonstrasse falha ou omissão na proteção dos direitos humanos, que por sua universalidade, devem ser respeitados por todos os países, independentemente do regime político no qual está inserido.[1]

Desde a Declaração Universal de 1948, o sistema patriarcal ocidental passou, gradativamente, nas legislações posteriores, a reconhecer a diversidade biológica, social e cultural dos seres humanos, criando declarações e pactos específicos para as mulheres. Recomendando formas de atuação dos Estados-parte com a finalidade de promover a igualdade entre os sexos, lutar contra a discriminação e a violência contra a mulher. Embora tenham existido avanços dos direitos da mulher no mundo, no início do século XXI ainda não se pode falar que as mulheres conquistaram uma posição de igualdade diante os homens. Os homens continuam desfrutando de maior acesso a educação e empregos bem remunerados. Do mesmo modo, a violência física e psicológica contra a mulher continua a fazer parte do cotidiano da vida moderna. E neste e em outros setores, ainda há um longo caminho a ser percorrido.[2]

Assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) estabeleceu diretrizes sobre os direitos humanos, destacando em seu preâmbulo (1969) que: "os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoal humana".

A violência contra a mulher se identifica com a violência doméstica. Porém conceito de violência contra a mulher é mais amplo, uma vez que inclui segundo consta no art. 1 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, *in verbis*: "Qualquer ato de violência baseado em sexo, que ocasione algum prejuízo ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública

como na esfera privada".

Na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção do Belém do Pará[3], a violência contra a mulher é "qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada."

Essa importante Convenção ratificou e ampliou a Declaração e o Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, e representa o esforço do movimento feminista internacional para dar visibilidade à existência da violência contra a mulher e exigir seu repúdio pelos Estados-membros da OEA.

A referida Convenção determina que a violência contra a mulher institui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens; atravessa todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião e afeta negativamente suas próprias bases. E que a eliminação da violência contra a mulher é condição indispensável para seu desenvolvimento individual e social e sua plena e igualitária participação em todas as esferas da vida.[4]

Para Rovinsk apud Cavalcanti[5]

> Esse problema é decorrente da desigualdade nas relações de poder entre homens e mulheres, assim como, a discriminação de gênero ainda presente tanto na sociedade como na família; Porém, sabe-se que esta questão não é recente, estando presente em todas as fases da história, mas apenas recentemente no século XIX, com a constitucionalização dos direitos humanos a violência passou a ser estudada com maior profundidade e apontada por diversos setores representativos da sociedade, tornando-se assim, um problema central para a humanidade, bem como, um grande desafio discutido e estudado por várias áreas do conhecimento enfrentado pela sociedade contemporânea. Fato é que a violência contra a mulher é uma questão histórica e cultural anunciada, que ainda hoje infelizmente faz parte da realidade de muitas mulheres.

Vale ressaltar que para chegar ao ponto principal (violência doméstica) é necessário abordar a chamada violência de gênero, examinando sua origem, características, formas de manifestação e os possíveis fatores causadores dessa violência.

A violência de gênero deve ser analisada como algo que reproduz a submissão da mulher em relação ao homem, o que remodela a violência entre os sexos, não sendo fruto da natureza, mas sim de uma demanda existente entre a sociedade, em que o homem obteve domínio sobre as mulheres.

A violência doméstica e familiar não é marcada apenas pela violência física, mas também pela violência psicológica, sexual, patrimonial, moral dentre outras, que em nosso país atinge grande número de mulheres, as quais vivem estes tipos de agressões no âmbito familiar, ou seja, a casa, espaço da família, onde deveria ser o porto seguro considerado como lugar de proteção, passa a ser um local de risco para mulheres e crianças.

Segundo ao art. 7º da Lei Maria da Penha[6] são formas de violência doméstica:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
> I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
> III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da

> força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
> IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
> V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A violência contra a mulher parece, muitas vezes, um assunto invisível e silencioso, do qual não se fala e que se finge não existir. Isto vale tanto para as políticas públicas de contenção do problema quanto para o investimento em pesquisas, dados e informações que permitiriam mensurar a escala real do problema.

No Brasil, as poucas tentativas de mapear a grandeza deste fenômeno esbarraram na pouca confiança sobre os dados obtidos. De um modo geral, são pesquisas que usam os Boletins de Ocorrência das delegacias, sobretudo delegacias de mulheres, como fonte primária de informação. Sabemos, contudo, que muitos casos de violência contra a mulher não são denunciados, e muitos têm a queixa retirada pelas próprias vítimas, que são pressionadas pelos seus agressores ou sentem-se constrangidas por terem sido agredidas.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que se refere à posição do Brasil em relação ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, observa-se que somente a partir do processo de democratização do país é que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos. O

primeiro passo no processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1984, da Convenção sobre a eliminação de todos as formas de discriminação contra a mulher.[7]

Como marco essencial do processo de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, a Constituição Federal de 1988[8], logo em seu art. 1º erigiu a dignidade humana a princípio fundamental, *in verbis*: "Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana".

Instituindo, com este princípio, um novo valor que confere suporte axiológico a todo o sistema jurídico e que deve ser sempre levado em conta quando se trata de interpretar qualquer das normas constantes do ordenamento nacional.

Os instrumentos internacionais de direitos humanos (declarações, pactos e convenções) constituem um conjunto de recursos para a proteção dos direitos humanos. Eles são o marco referencial normativo e os acordos construídos em cada momento histórico pela comunidade das nações, sob a coordenação das Nações Unidas (ONU), em nível global, e da Organização dos Estados Americanos (OEA), em nível regional. Expressam o reconhecimento dos direitos humanos pelos Estados-partes e constituem a base do sistema internacional de garantias que gera condições de monitoramento e exigibilidade.[9]

A Constituição Federal de 1988, seguindo a tendência do constitucionalismo atual, deu grande passo rumo à abertura do sistema jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção de direitos, quando, no § 2º do art. 5º, deixou estatuído que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Assim, as normas de direitos humanos constantes nos tratados ratificados pelo Brasil têm atualmente status de lei federal e devem ser respeitados e aplicados em sua integridade pelo Estado brasileiro.

O artigo 5º da Constituição Federal trata dos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

O valor da dignidade humana, elevado a princípio fundamental da Carta Magna, nos termos do artigo 1º, III, impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a construir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.[10]

4 ASPECTOS PENAIS DA LEI MARIA DA PENHA

4.1 Rol de medidas cautelares de competência da autoridade policial

O artigo 11 da Lei n. 11.340/2006 dispõe as medidas cautelares emergenciais nos casos concretos, *in verbis*:

> Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:
> I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;
> II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;
> III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;
> IV - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;
> V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

O referido artigo estipula que o atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, determinando que a autoridade policial deverá, entre outras providências: garantir proteção policial, quando

necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário; encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal; fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida; se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar; informar à ofendida os direitos a ela conferidas nesta lei e os serviços disponíveis.[11]

As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados. As providências dos artigos não excluem uma a outra, são totalmente compatíveis.

Diferentemente do artigo 12, inciso III, que em princípio determinou legitimidade exclusiva da ofendida para pleitear medidas protetivas de urgência, o caput 19 estende a legitimidade ao Ministério Público. Para não se interpretar de forma contraditória tal disposição legal, é preciso ser coerente, concluindo que o Ministério Público será parte legítima para pleitear medidas protetivas de urgência em caso de impossibilidade da vítima. Do contrário, o pedido feito pelo Ministério Público deve estar instruído por representação da ofendida.[12]

O § 2º deu ampla liberdade ao magistrado para conceder todas as medidas protetivas pleiteadas, ou as que acharem necessário. O § 3º amplia mais o poder decisório do juiz, quando lhe faculta acrescentar outras medidas além das já concedidas ou até mesmo revê-las.

No tocante ao tempo de eficácia das medidas de proteção deferidas pelo juiz, estas não estão sujeitas ao prazo de caducidade previsto no artigo 806 do Código de Processo Civil, que exige a interposição de ação principal no prazo de 30 (trinta) dias.

Não obsta, igualmente, o prosseguimento da ação penal correspondente à eficácia das medidas protetivas de urgência deferidas em sede de cognição sumária, o acordo celebrado entre ofendida e ofensor, na esfera cível.

4.2 DAS MEDIDAS PROTETIVAS QUE OBRIGAM O AGRESSOR

A Lei 11.340/06 no art. 22, § 1º dispõe as medidas protetivas de urgência que podem vir a ser concedidas, *in verbis*:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de

> prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.
> § 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.
> § 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

A primeira dessas medidas consiste na suspensão da posse ou restrição do porte de armas. Trata-se de medida destinada a tutelar o direito da ofendida à sua integridade física, protegendo-se sua vida.

A segunda medida consiste no afastamento do agressor dos locais em que convivia com a ofendida. Afastá-lo do lar da família, do lugar de trabalho, ou de outros locais em que conviviam pode ser essencial para assegurar a paz e a integridade da ofendida.

Em seguida prevê-se a possibilidade de serem proibidas ao agressor algumas condutas, entre as quais aproximarem-se da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixada a distância mínima a ser mantida entre estes e o agressor. Pode-se também qualquer forma de comunicação do ofensor com a vítima, seus familiares e testemunhas.

Prevê ainda, a lei a proibição de que o ofensor frequente determinados lugares, a fim de preservar a integridade da ofendida.[13]

Por fim, a lei prevê a possibilidade de concessão de alimentos provisórios (art. 22, III, c, da Lei 11.340/2006), em caráter emergencial, visando prover os dependentes necessitados, garantido sua sobrevivência enquanto perdurar a ação.

4.3 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Os artigos, 25 e 26 da Lei 11.340/2006, dispõem:

> Art. 25. O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher.
> Art. 26. Caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher,

> quando necessário:
> I - requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros;
> II - fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas;
> III - cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Como dispõem os artigos 25 e 26, o Ministério Público intervirá quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher. Caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário: requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros; fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar; adotar de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas; e cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O art. 41 da Lei Maria da Penha dispõe:

> Art. 41 - Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95.

A discussão residia na natureza da ação no crime de lesão corporal leve, elencada no § 9º do art. 129 do CP, se esta era de ação pública condicionada à representação ou incondicionada.

Desta forma existiam duas correntes doutrinárias. A primeira defendia que a aplicação literal do art. 41 da Lei nº 11.340/06, e, desta forma considerava que os crimes de violência doméstica de lesões corporais leves e culposas eram de ação pública incondicionada, portanto, não sendo necessária a representação da ofendida. Segundo essa corrente,

a lei de violência doméstica é de ordem pública e versa sobre os direitos indisponíveis.

Já a segunda corrente entendia que os crimes de lesões corporais seriam de ação pública condicionada, desta forma, a condição de procedibilidade seria a representação da vítima, assim como nos demais crimes de ação pública condicionada à representação e de ação penal privada, que dependem da manifestação da vontade da vítima, como por exemplo, crimes de ameaça, injúria e dano.

Tal divergência doutrinária e jurisprudência só foram resolvidas com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no mês de fevereiro do ano de 2012.

4.4 DA AÇÃO PENAL

Menciona o artigo 16 que nas ações penais públicas condicionadas à representação, só será admitida a renúncia perante o juiz, em audiência designada para esta finalidade, antes de recebida a denúncia pelo Ministério Público. Esse momento é a oportunidade oferecida pela lei à ofendida para que desista da representação nas hipóteses em que for cabível.

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 4.424/DF em 9.02.2012), ajuizada pelo Procurador-Geral da República reconhecendo que em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação cabível seria pública incondicionada. Acentuou, entretanto permanecer a necessidade de representação para crimes dispostos em leis diversas da Lei 9.099/95, como o de ameaça e os cometidos contra a dignidade sexual.

Hoje, entretanto existe uma exceção, às lesões corporais leves que segundo o Código Penal (art.129 caput), são de ação penal pública condicionada à representação, nos casos de violência doméstica contra a mulher, é de ação pública incondicionada, o que significa dizer, que a autoridade policial ao tomar conhecimento do fato não necessita da representação da ofendida (art. 5.º I do CPP) para instaurar o inquérito policial mediante portaria ou de ofício em caso de flagrante delito. E o Ministério Público oferece a denúncia mesmo contra a vontade da ofendida.

Já nas situações como ameaça e crimes contra a dignidade sexual como, por exemplo, o estupro, exceto se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou vulnerável, pois em relação a estas pessoas a ação também é pública incondicionada nos termos do artigo 225. Parágrafo único do CPP, a ação será pública condicionada à representação. Extrai-se do texto que se a ofendida não proceder a representação no prazo legal ou no ato de flagrante delito, a autoridade policial está impedida de instaurar o inquérito ou lavrar o flagrante delito nos termos do art. 5.º § 4º do CPP. De igual modo o Ministério Público está impedido de oferecer denúncia (art. 24. 2ª parte do CPP). Mas caso a ofendida represente contra o agressor nas hipóteses cabíveis, e sua desistência vier posterior ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, nada mais poderá ser feito, pois a representação será irretratável (art. 26. CPP).

Por último salienta-se que nas localidades onde ainda não tiverem sido instalados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, as varas criminais acumularam a competência cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática da violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 33 da Lei 11.340/2015).

Por este viés, torna-se mais ágil e fácil o acesso da mulher à justiça na busca de uma resposta estatal, uma vez que o juiz criminal poderá decidir sobre partilha de bens, guarda dos filhos, divórcio, alimentos, além de outros.

5 FEMINICÍDIO

Avaliados os conceitos e aspectos característicos da Lei 11.340, é apropriado analisá-la em consenso com o feminicídio, uma vez que enquanto aquela abrange contra a violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, esta, o feminicídio, restringe-se à forma extrema de violência que resulte na morte da mulher.[14]

A Lei Maria da Penha possui um alcance maior de proteção, ou seja, compreende um número maior de bens juridicamente tutelados, quais sejam, entre outras, qualquer ação ou omissão que possa lhe causa morte.

Como se percebe qualquer dano que possa causar morte, também será protegido pela Lei n. 11.340 e, por esta proteção, entre outros os motivos

já citados, nasce a proposta através da PLS 292 como qualificadora do homicídio, ou seja, o Feminicídio que é quando a partir de uma forma extrema de violência contra a mulher venha lhe causar a morte dentro de certas circunstâncias.[15]

Desta forma, em 9 de marco de 2015 foi sancionada a Lei n. 11.104/15, que cria o delito de Feminicídio, que trará uma nova modalidade de homicídio qualificado.

O feminicídio pode ser definido como uma qualificadora do crime de homicídio motivada pelo ódio contra as mulheres, caracterizado por circunstâncias específicas em que o pertencimento da mulher ao sexo feminino é central na prática do delito.[16]

Entre essas circunstâncias estão incluídos: os assassinatos em contexto de violência doméstica/familiar, e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Os crimes que caracterizam a qualificadora do feminicídio reportam, no campo simbólico, à destruição da identidade da vítima e de sua condição de mulher.

Para configurar a qualificadora do homicídio, o Feminicídio, necessário se faz amoldar uma ou mais das seguintes circunstâncias da proposta no novo artigo 121 inciso VI, § 2º, do Código Penal[17], *in verbis*:

> Art. 121 – Homicídio qualificado
> § 2º Se o homicídio é cometido:
> VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino
> Pena – reclusão de doze a trinta anos.

A nova lei tratou também, de inserir a nova figura incriminadora no rol dos crimes hediondos, ao estabelecer:

> Art. 2º O art. 1º da Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:
> Art. 1º
> I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI).

A nova lei, elogiada por distintos segmentos da sociedade, por

certo, brotará mais uma vez de uma manifestação simbólica do direito penal, através da qual o Estado veicula novas leis, sem que com isso produza medidas efetivas para conter o cometimento de infrações. Não se ignora a necessidade de proteger a vida de todos os seres humanos, indistintamente, bem como não se ignora e nem se quer esconder a necessidade de proteger vítimas de violência doméstica que, no mais das vezes, são as mulheres.

5.1 RAZÕES DE GÊNERO

Para ser configurada a qualificadora do feminicídio, a acusação (Ministério Público, assistente ou querelante, no caso de júri privado) a prova deve ser incontestável de que o crime foi cometido contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino.

A própria Lei n. 13.104/2015 definiu objetivamente que razões de gênero ocorrem quando o crime envolve: violência doméstica e familiar; menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

5.2 AS ESPÉCIES DE FEMINICÍDIO

- Feminicídio intra lar:

Ocorre quando as circunstâncias fáticas indicam que um homem assassinou uma mulher em contexto de violência doméstica e familiar.

- Feminicídio homoafetivo:

Ocorre quando uma mulher mata a outra no contexto de violência doméstica e familiar.

- Feminicídio simbólico heterogêneo:

Ocorre quando um homem assassina uma mulher, motivado pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, reportando-se, no campo simbólico, à destruição da identidade da vítima e de sua condição em pertencer ao sexo feminino.

- Feminicídio simbólico homogêneo:

Ocorre quando uma mulher assassina outra mulher, motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição feminina.

Considerando que o homicídio pode ser cometido nas 04 (quatro) hipóteses supracitadas, ainda pode ter:

- Feminicídio aberrante por *aberratio ictus*:

O feminicídio aberrante por *aberratio ictus,* quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o homem ou a mulher, ao invés de atingir a mulher que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, respondendo, portanto, como se tivesse praticado o crime contra aquela.

No caso de feminicídio aberrante por *aberratio ictus*, não são consideradas as qualidades da vítima, mas da mulher que o agente pretendia atingir.

- Feminicídio aberrante por *aberratio ictus*, divide-se em:

a) Feminicídio aberrante por *aberratio ictus* **com resultado único.**

b) Feminicídio aberrante por *aberratio ictus* **com duplicidade de resultado.**

c) Feminicídio aberrante por *aberratio criminis.*

Haverá feminicídio aberrante por *aberratio criminis,* quando fora dos casos de *aberratio ictus*, o agente, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido.

No feminicídio aberrante por *aberratio criminis,* o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo, mas se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do concurso formal (Art. 70 do Código Penal).

d) Feminicídio aberrante por *error in persona*:

Haverá feminicídio aberrante por *error in persona* quando o autor deseja matar uma mulher no contexto de violência doméstica e familiar, ou mesmo motivado pelo menosprezo ou discriminação, erra a identidade assassinando outra mulher.

O § 3º do artigo 20 do Código Penal diz que o erro quanto à pessoa a qual o crime é praticado não isenta de pena. Todavia, não se incluem na hipótese as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. Assim o autor responderá por homicídio qualificado ou majorado pelo feminicídio.

e) Feminicídio aberrante por *aberratio causae*:

Ocorre feminicídio aberrante por *aberratio causae*, quando há um erro sobre nexo causal (*aberratio causae*). É a hipótese do chamado dolo geral. Ocorre quando o agente, imaginando já ter matado a mulher no contexto de violência doméstica e familiar ou motivado pelo menosprezo ou discriminação, pratica nova conduta, que vem a ser causa efetiva da consumação.

Para que possa ocorrer o feminicídio é preciso que o sujeito passivo

seja uma mulher, e que o crime tenha sido cometido por razões da sua condição de sexo feminino. Assim sendo, é imprescindível definir, com exatidão, o conceito de mulher para fins de reconhecimento da qualificadora em estudo.

6 CONCLUSÃO

A violência praticada contra as mulheres nas relações íntimas é uma das formas mais contundentes da negação dos direitos à liberdade, à integridade, à saúde e à dignidade feminina. Durante anos, homicidas foram absorvidos em nome da legítima defesa ou dos crimes de paixão, com suportes legais e doutrinários típicos de discriminação de gênero, como também os agentes de crimes de menor repercussão social, mas que refletiram no meio familiar.

Surge diante deste contexto a Lei Maria da Penha, como uma ação afirmativa do Estado, destinada a corrigir uma forma específica de desigualdade de oportunidades sociais: a violência de gênero que tem como objetivo coibir a violência doméstica contra a mulher.

Com o intuito de complementar e Lei Maria da Penha surge a Lei do Feminicídio que é um fenômeno social de crueldade contra a mulher, e deve ser encarado com toda a seriedade e o devido zelo que o tema requer. A inserção da tipificação do feminicídio no Código Penal pátrio é mais um instrumento jurídico de proteção contra a mulher, que vem sendo alvo de inúmeros atos de violência em seus mais altos e diversos graus, porém, não é garantia de que tal crime será banido ou atenuado.

A proteção contra o gênero feminino se faz necessária, uma vez que socialmente e historicamente falando, a mulher é alvo de submissão e das barbáries do homem, devendo o Estado criar os meios de garantir sua dignidade, seus direitos fundamentais, coibindo, com o rigor de lei todo e qualquer ato de discriminação, inconcebível nos dias atuais.

MARIA DA PENHA LAW: CRIMINAL ASPECTS UNDER THE LIGHT OF THE CONSTITUTION

ABSTRACT: The present article has as object of study the Maria da Penha Law 11,340/2006 – created with the purpose of punishing and consequently eradicate domestic violence against women is a tool used to help mitigate and resolve conflicts raised within the family bosom.

Dynamic in nature, their actions aimed at responding quickly and precisely the variances in dealing with the man to the woman, seeking a harmonious coexistence. Despite women being weaker sex predicate, the law 11,340/06 see the genre as biological propulsion of their spring practices, based on the principle of protection listed in article 226 § 8 of the Federal Constitution of 1988, seeking to level the right of equality between individuals, this characteristic that has generated speeches and NAYS speeches against and in favor of the law. The Maria da Penha Law covers a larger number of protected goods, which are, inter alia, any action or omission which may cause death, injury, physical suffering that offend your integrity or your body health. As you can see any damage which may result in death will be protected by law. 11,340/2006 and by this protection, the law No. 13,104/2015 amending the Penal Code, inserting the Femicide as a means to prevent and deter the practice of crime against life in favor of the female gender.

KEYWORDS: Maria da Penha Law. Violence against women. Feminicide.

1 TAVARES, Maria Gorete. *Violência contra a mulher*: Aspectos formais da Lei n.11.340/06 e sua efetividade. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9636>. Acesso em: 21 out. 2015.
2 CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica*: análise da Lei Maria da Penha, nº 11.340/06. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008 p. 36
3 CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (1979). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>. Acesso em; 25 out. 2015.
4 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 214.
5 CAVALCANTI, op. cit. p. 37.
6 BRASIL. *Lei n. 11.340/2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.
7 CAVALCANTI, *op. cit*, p. 100
8 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.
9 CAVALCANTI, *op. cit*. p. 101.
10 CAVALCANTI, *op. cit*, p. 104.
11 CAVALCANTI, *op. cit*. 204
12 HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha lei com nome de mulher*: considerações à lei nº 11.340/06: contra a violência doméstica e familiar. Campinas: Servanda, 2007. p. 174.
13 CÂMARA, Alexandre Freitas. A lei da violência doméstica e familiar contra a mulher e o

processo civil. IN: Revista do Processo. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 34, n. 168, p. 255-265, fev. 2009.
14 XIMENES, Marcos Augusto. *Feminicidio*; uma nova tipificação penal no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/40249/feminicidio-uma-nova-tipificacao-penal-no-ordenamento-juridico-brasiliero>. Acesso em: 30 out. 2015.
15 *Idem*
16 ESTUDO COMPLETO DO FEMINICÍDIO. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-feminicídio. Acesso em: 20 out. 2015
17 BRASIL. *Código penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código penal.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

_____. *Constituição Federal de 1988.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

_____. *Lei n. 11.340/2006.* Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

_____. *Lei n. 13.104/2015.* Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A lei da violência doméstica e familiar contra a mulher e o processo civil. IN: *Revista do Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 168, p. 255-265, fev. 2009.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica*:

análise da Lei Maria da Penha, nº 11.340/06. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (1979). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.
DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA (1993). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.
ESTUDO COMPLETO DO FEMINICÍDIO. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-feminicídio. Acesso em: 20 out. 2015.
HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha lei com nome de mulher:* considerações à Lei nº 11.340/06: contra a violência doméstica e familiar. Campinas: Servanda, 2007.
PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos.* 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
TAVARES, Maria Gorete. *Violência contra a mulher:* Aspectos formais da Lei n.11.340/06 e sua efetividade. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9636>. Acesso em: 21 out. 2015.
XIMENES, Marcos Augusto. *Feminicídio*: uma nova tipificação penal no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/40249/feminicidio-uma-nova-tipificacao-penal-no-ordenamento-juridico-brasileiro. Acesso em: 30 out. 2015.

INTERVENÇÃO FEDERAL – UMA MEDIDA DE EXCEÇÃO

Marcelo Neres dos Santos*

RESUMO: A intervenção federal é uma medida excepcional, pois a regra é a autonomia dos entes federados. Seus fundamentos estão previstos no texto constitucional, que estabelece dois requisitos, um material, as situações-problema, e outro formal, prescrições legais. Faz parte do rol de competências privativas do Presidente da República e é uma medida que, para os constitucionalistas, torna-se inviável para o sistema federativo.

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção. Exceção. Pressupostos. Competência. Excepcionalidade.

INTRODUÇÃO

Este artigo visa à abordagem de um instituto muito delicado na seara do Direito Constitucional, a Intervenção Federal, uma vez que se configura uma medida de exceção, como veremos no decorrer da exposição. A regra que prevalece no nosso sistema federativo é a autonomia dos Estados-Membros, conforme se verifica no artigo 18, caput, da Constituição Federal de 1988, e o princípio da não-intervenção, previsto no IV do artigo 4º da Constituição Federal.

Na tentativa de uma conceituação do referido instituto, como caráter preponderante, evidenciar-se-á a intervenção como medida excepcional. O conceito da intervenção federal tem como principal ponto seu aspecto de exceção, embora várias sejam as tentativas de se recorrer ao processo em questão.

Para se falar no ato interventivo, ou em qualquer outro procedimento constitucional, é importante trabalhar os pressupostos que embasam a sua legitimidade, os quais, para a intervenção federal, estão elencados no artigo 34, incisos de I a VII, da Contituição de 1988.

* Bacharel em Direito (2010/2014) e Licenciado em Letras/Português (1997-2000) pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial de Sergipe (Ejuse) – (2014/2015) e em Didática do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo (2002/2004). Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de Sergipe. *mns3486@tjse.jus.br*.

É interessante também trazer à baila a prerrogativa de competência de se instaurar e executar a intervenção federal. Encontra-se, como se destacará mais na frente, que o Presidente da República tem privativamente tal competência, atribuída a ele pelo art. 84 da Carta Magna. Nesse sentido, houve a necessidade de se mostrar outras instituições da estrutura administrativa que fazem parte da tramitação do ato interventivo, como os órgãos de consulta e o Ministério Público da União.

Por fim, o fundamento deste trabalho configura-se na excepcionalidade do instituto da intervenção federal. Tem como destaque a fragilidade evidenciada por diversos doutrinadores, acerca do tema, pois, como medida de exceção, há uma preocupação muito forte na defesa de não se valer desse instituto.

1 A INTERVENÇÃO FEDERAL COMO MEDIDA EXCEPCIONAL

A intervenção federal é um instituto que faz parte do sistema federativo e tem a função de integrar a nação e manter a tranquilidade pública. Celso Ribeiro Bastos, assim, posiciona-se sobre esse instituto:

> A intervenção é autorizada para repelir invasão estrangeira e para impedir que o mau uso da autonomia pelos Estados-Membros resulte na invasão de um Estado em outro, na perturbação da ordem, na corrupção do Poder Público estadual, no desrespeito da autonomia municipal.

É, nesse segundo ponto, em que a nossa análise se debruça, quando à União cabe intervir nos Estados-Membros, devido ao mau uso de sua autonomia, quando um ente federativo ameace invadir ou mesmo invada outro ente, quando a ordem pública está correndo riscos, ou, ainda, se há casos de corrupção no âmbito do Estado.

A artigo 18, caput, da Constituição Federal de 1988, estabelece que a "organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

Percebemos que a regra, segundo o artigo mencionado, é a não intervenção, uma vez que a nossa Carta Magna garante a autonomia dos

entes que constituem a República Federativa do Brasil.

Entretanto, a essa regra o próprio texto constitucional atribui uma exceção nos casos de anormalidade que já mencionamos e, em momento oportuno, explicitaremos. O ilustre doutrinador Manoel Gonçalves Ferreira Filho sintetiza:

> De modo geral, a intervenção cabe: para assegurar a unidade nacional (art. 34, I e II); manter a ordem, isto é, a ordem constitucional (art. 34, VII), a ordem pública (art. 34, III e IV), a ordem jurídica (art. 34, VI), bem como disciplinar as finanças estaduais (art. 34, V).

Logo, a intervenção federal somente é realizada em situações legalmente previstas e configura-se como medida posta em prática excepcionalmente.

2 OS PRESSUPOSTOS PARA A INTERVENÇÃO FEDERAL

O texto constitucional estabelece, para que seja decretada a interveção federal, dois requisitos: um formal e outro material.

Para que o ato interventivo seja executado, são elencadas situações-problema que autorizam à União intervir nos Estados.

Está, desse modo, o Estado Federal autorizado a intevir para manter a integridade nacional, repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra, pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; reorganizar as finanças da unidade da Federação nos casos específicos; prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; assegurar a observância de princípios constitucionais.

Gilmar Ferreira Mendes escreveu acerca de tais pressupostos, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, da seguinte forma:

> ...o constituinte de 1988 fixou como princípios básicos, cuja lesão pelo Estado-membro poderá dar ensejo à intervenção federal: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal;

> e d) prestação de contas da Administração Pública direta e indireta (art. 34, VII).

Tais situações-problema são consideradas requisitos materiais, ou seja, os casos concretos que vão determinar a materialidade do requisito, e vêm esculpidas no artigo 34, incisos de I a VII, da Contituição de 1988:

> Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
> I - manter a integridade nacional;
> II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;
> III - por termo a grave comprometimento da ordem pública;
> IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;
> V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:
> a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
> b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;
> VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
> VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
> a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
> b) direitos da pessoa humana;
> c) autonomia municipal;
> d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
> e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Por sua vez, estabelece outro requisito de natureza formal, pois a Constituição torna necessário o cumprimento de certas formalidades para a validade do decreto. Tais requisitos se encontram dispostos no art. 36 do Texto Maior:

> Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:
> I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;
> II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;
> III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

Assim, a intervenção federal deverá ser efetivada por decreto do Presidente da República, especificando sua amplitude, prazo e condições de execução. Esse decreto deverá ser apreciado pelo Congresso Nacional em 24 horas e, em período de recesso, será convocado extraordinariamente no mesmo prazo.

Se o Congresso reprovar a medida, a intervenção federal será considerada inconstitucional e, se ainda assim, o Presidente mantiver sua execução, ficará sujeito à pena de crime de responsabilidade fundamentada no art. 85, II, da CF/88. Pedro Lenza se manifesta sobre a atuação do Congresso Nacional:

> Nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 36, o Congresso Nacional (Legislativo) realizará controle político sobre o decreto de intervenção expedido pelo Executivo no prazo de 24 horas, devendo ser feita a convocação extraordinária, também no prazo de 24 horas, caso a Casa Legislativa esteja em recesso parlamentar.

Assim, o Congresso Nacional exerce o controle político do decreto de intervenção no prazo de 24 horas. Caso essa instituição se encontre no período de recesso, deve ser convocada para uma sessão extraordinária, no mesmo prazo de 24 horas.

3 COMPETÊNCIA PARA INTERVIR NOS ENTES FEDERADOS

É de competência privativa do Presidente da República decretar e executar a intervenção federal. Essa previsão constitucional vem expressa no artigo 84, inciso X.

Pedro Lenza se pronuncia da seguinte forma acerca da decretação e execução da intervenção federal:

> "...a decretação e execução da intervenção federal é de competência privativa do Presidente da República (art. 84, X), dando-se de forma espontânea ou provocada. Lembremos, ainda, a previsão da oitiva de dois órgãos superiores de consulta, quais sejam o Conselho da República (art. 90, I) e o Conselho de Defesa Nacional (art. 91, § 1º, II), sem haver qualquer vinculação do Chefe do Executivo aos aludidos pareceres".

Há um destaque para os órgãos consultivos do Executivo Federal, a saber, o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional. Porém evidencia-se que o Presidente da República não fica vinculado aos pareceres daqueles.

Como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a competência para decretar a intervenção federal é do Presidente da República (art. 84, X). Esclarece o mesmo autor:

> De fato, ela é uma competência vinculada, cabendo ao Presidente a mera formalização de uma decisão tomada por órgão judiciário, sempre que a intervenção se destinar a "prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária" (art. 34, VI) ou a "assegurar o livre exercício" do Judiciário estadual (art. 34, IV). Nestas hipóteses a decisão sobre a intervenção cabe ao Supremo

> Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Superior Eleitoral, mediante requisição (art. 36, II). No caso de inexecução de lei federal, a Lei Magna condiciona a intervenção ao provimento de representação do Procurador-Geral da República, que, ocorrendo, dá ensejo à mencionada requisição por parte do Supremo Tribunal Federal (art. 36, III, com a redação da Emenda Constitucional nº 45/2004).

Luiz Guilherme Marinoni faz a seguinte referência:

> Por sua vez, afirma o art. 36 da CF que a decretação da intervenção dependerá: 'I – no caso do art. 34, inciso IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do STF, se a coacção for exercida contra Poder Judiciário; II no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do STF, do STJ ou do Tribunal Superior Eleitoral; III – de provimento, pelo, STF, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

Não desconsiderando tal referenciação do constitucionalista assinalado, interessa-nos precisamente o que vem cravado no artigo 84, inciso X, da CF/88, pois será importante para a configuração da intervenção federal como uma medida de exceção. Desse modo, compete ao Representante maior do Executivo a decretação e execução da intervenção federal.

Ainda se pode destacar a participação do representante do Ministério Público da União. Assim, são as palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

> A Constituição Federal, no quadro do Estado Federal, impõe deveres aos Estados-membros. Estes, quando não observados, abrem ensejo à representação interventiva, deferida ao Procurador-Geral da República. A representação, assim, almeja proteger o pacto federativo e a base constitucional

em que se assenta o Estado Democrático de Direito.

Desse modo, é o Procurador-Geral da República o responsável pelo deferimento da representação interventiva, quando não são observados os deveres que a Carta Magna impõe aos Estados-membros.

4 A EXCEPCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO FEDERAL

Muitos doutrinadores evidenciam nas suas obras a excepcionalidade do instituto da intervenção federal. Essa característica é demasiado posta em destaque, tal é sua importância. Desse modo, faz-se mister uma abordagem acerca do posicionamento de vários estudiosos do Direito.

Em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, Luiz Guilherme Marinoni afirma:

> Advirta-se, entretanto que se a representação interventiva importa para a tutela do pacto federativo e dos fundamentos em que se baseie o próprio Estado de Direito, sem dúvida é figura excepcional, dado o seu impacto sobre a autonomia dos Estados-membros. Aliás, além de ter sido pouco utilizada nos regimes anteriores, a representação interventiva tem papel limitado no atual regime de controle de constitucionalidade, de legitimidade fluída, inclusive do Procurador-Geral da República, para eliminar da ordem jurídica leis estaduais que confrontem a Constituição Federal.

Como se pode perceber, o próprio constitucionalista admite a fragilidade de se aprovar uma medida tão grave. Como se menciona, a representação interventiva, neste momento, é medida limitada de controle de constitucionalidade. Em virtude de seu impacto nos Estados-membros, a medida se torna inviável no nosso sistema federativo.

Nesse sentido, é que se verifica que, após a Constituição de 1988, vários foram os pedidos de intervenção federal, porém não prosperaram. Vale ressaltar o que afirma o constitucionalista Pedro Lenza:

> Na hipótese de solicitação pelo Executivo ou Legislativo, O Presidente da República não estará

> obrigado a intervir, possuindo discricionariedade para convencer-se da conveniência e oportunidade. Por outro lado, havendo requisição do Judiciário, não sendo o caso de suspensão da execução do ato impugnado (art. 36. § 3º), o Presidente da República estará vinculado e deverá decretar a intervenção federal.

Observe-se que o nobre doutrinador aponta duas situações distintas que barram o progresso da intervenção federal, a saber, a discricionariedade do Presidente da República, face à solicitação do ato feita pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário. No entanto, no caso de a requisição ser feita pelo Poder Judiciário, não sendo o caso de execução do ato impugnado, o representante do Poder Executivo da União não poderá deixar de decretá-la, dada a sua vinculação.

CONCLUSÃO

Na seara do Direito Constitucional, é a Intervenção Federal uma medida de exceção, como foi visto no decorrer da exposição. A regra que prevalece no sistema federativo brasileiro é a autonomia dos Estados-Membros, conforme se verifica no artigo 18, caput, da Constituição Federal de 1988, e o princípio da não-intervenção, previsto no IV do artigo 4º da Constituição Federal.

Para se chegar a essa concepção, deve-se entender esse instituto, primeiramente, localizando-o no vasto campo do Direito Constitucional. Desse modo, faz parte a representação interventiva do controle de constitucionalidade que a Constituição de 1988 manteve, ampliando significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis.

A Lei Maior manteve a representação interventiva, destinada à investigação da compatibilidade do direito estadual com os princípios sensíveis, que foram positivados no art. 36, III, da CF. Esse processo constitui pressuposto da intervenção federal, que, como se constatou, são reconhecidos nos termos do art. 36, III, e § 1º, da Constituição, há de ser executada pelo Presidente da República.

Sabendo que existem várias formas de controle de constitucionalidade, a saber, o controle judicial e o não judicial, o controle preventivo e o

repressivo, o controle concreto e o abstrato, o controle incidental e o principal e o controle difuso e o concentrado.

A representação interventiva constitui um controle de constitucionalidade concentrado, atribuído apenas ao Supremo Tribunal Federal; concreto, pois há fatos subjacentes e que devem ser apreciados, malgrado integrante do sistema concentrado, não tem características de uma ação abstrata, como as demais; judicial, por ser provocado através da ação direta de inconstitucionalidade interventiva; e principal, por ser a casuística o fundamento no referido processo.

Para que essa situação interventiva seja invocada, não basta que haja uma desconformidade dos atos ou omissões do poder público com a Constituição, ou uma incompatibilidade vertical, como preferem chamar alguns autores, como é o caso de José Afonso da Silva. Deve tal situação ensejar o reconhecimento científico do fenômeno jurídico da inconstitucionalidade. No entanto, não é qualquer desconformidade com o texto constitucional que se qualifica como inconstitucional para os efeitos de controle de constitucionalidade. Deve ser uma inconstitucionalidade exclusiva dos comportamentos do poder público, bem como que seja constado um descompasso dos atos do poder público com a Constituição de forma direta e imediata, não se podendo cogitar inconstitucionalidade indireta ou mediata.

Assim, pode-se falar em tipos de inconstitucionalidade, tais como: a formal, a qual deriva de defeito na formação do ato normativo, que pode estar na violação de regra de competência ou na desconsideração de requisito procedimental; ou material, que se relaciona com o conteúdo da lei, ou melhor, com a não conformação do ato do legislador, em sua substância, com as regras e princípios constitucionais; a inconstitucionalidade por ação, em que o juiz vê a inconstitucionalidade no próprio produto do legislador, elaborado em dissonância com o texto constitucional; ou por omissão, em que ocorre a inação, ou seja, a falta ou ausência de lei reputada, ainda que não clara e expressamente, que é essencial para a realização de norma constitucional ou para a satisfação de direito fundamental, vale ressaltar este tipo pode se dar de forma parcial; a originária ou superveniente, indaga-se se é possível dizer que a lei foi revogada ou se a lei permanece constitucional, cogitando-se assim, neste último caso, de inconstitucionalidade superveniente; a total, considerando que toda a lei ou artigo contém inconstitucionalidade;

ou parcial, que significa que porção de uma lei ou de um artigo contém inconstitucionalidade, constituindo, desse modo, defeito da lei e, assim, da própria ação do legislador; e, por fim, a direta, também chamada frontal, como é o caso da ação direta de inconstitucionalidade interventiva; ou indireta, também dita reflexa, quando o ato viola, em primeiro lugar, a norma a que está subordinada, e apenas indireta ou reflexamente a Constituição.

Em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade interventiva, deve-se esclarecer que esta se trata de ação de uma particularidade do sistema concreto de controle de constitucionalidade, previsto no art. 36, III, da Constituição da República; enquanto que a ação direta de inconstitucionalidade constitui ação cujo objeto é aferição da constitucionalidade da norma. Nessa ação não há conflito de interesses entre partes. O controle de constitucionalidade não é feito de modo incidental, no curso do raciocínio judicial tendente à solução de um litígio, mas de forma principal, já que na ação direta de inconstitucionalidade se pede a declaração da inconstitucionalidade da norma.

Não se deve deixar de ressaltar que, embora integrante do sistema concentrado, não tem características de uma ação abstrata, como a ação direta de inconstitucionalidade, porque tem efeitos concretos, por ter de analisar fatos subjacentes e que devem ser apreciados. Assim, sua característica é ser uma ação judicial de efeitos também políticos.

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva, conquanto figure nesse contexto amplo e complexo da intervenção federal, apresenta-se como uma condição para a União intervir nos Estados e no Distrito Federal quando a finalidade da intervenção for assegurar a observância dos princípios sensíveis, violados por algum ato ou alguma omissão dos órgãos e autoridades daquelas unidades federadas.

Não obstante a denominação de representação, que vem desde a Constituição de 1934, não há dúvida de que se trata de verdadeira ação, concebida para instaurar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal destinada à resolução de grave conflito federativo entre as entidades da Federação, seja União contra Estados-membros ou União contra o Distrito Federal.

O texto constitucional estabelece, para que seja decretada a intervenção federal, dois requisitos: um formal e outro material. Para que o ato interventivo seja executado, são elencadas situações-problema

que autorizam à União intervir nos Estados.

Está, desse modo, o Estado Federal autorizado a intervir para manter a integridade nacional, repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra, por termo a grave comprometimento da ordem pública; garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; reorganizar as finanças da unidade da Federação nos casos específicos; prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; assegurar a observância de princípios constitucionais.

Para a propositura da ação interventiva federal, ou seja, para agir como legitimado ativo *ad causam* na persecução da representação interventiva, É de competência privativa do Presidente da República decretar e executar a intervenção federal, como se expressa o artigo 84, inciso X.

Em se tratando dos aspectos procedimentais, a Constituição de 1988 manteve os casos de intervenção federal da Constituição de 1946, com as alterações da Constituição de 1967, mas suprimiu, como figura de reorganização financeira do Estado-Membro, ensejadora da intervenção, a execução de medidas ou planos econômicos ou financeiros que contrariassem as diretrizes estabelecidas em lei federal.

Enquanto as Constituições anteriores faziam menção apenas à invasão estrangeira, a Constituição de 1969 fez menção à invasão de um Estado-Membro em outro, porque, de fato, nos dois casos de invasão configurados, ocorre quebra do princípio federalista.

Pela Constituição de 1988, o Presidente da República é o autor da intervenção, pois o decreto, que assina, especifica a amplitude, o prazo e as condições de execução e, se couber, nomeará o interventor. O § 1º do art. 36 associa-se ao art. 84, X, que faz competir, privativamente, ao Presidente, decretar e executar a intervenção federal.

Há que se fazer referência também o Regimento Interno do STF (RISTF), que passou a disciplinar a matéria por força do disposto no art. 119, § 3º, da CF de 1967/69, fixou procedimento único para a representação interventiva e para a representação de inconstitucionalidade *in abstrato*, como consta no art. 169 a 175.

Formalizada a intervenção, o decreto será submetido, em 24 horas, à aprovação do Congresso Nacional, porque essa Casa desempenha o controle político da legitimidade da intervenção federal. Caso o Congresso Nacional não esteja em funcionamento, será convocado, extraordinariamente, no prazo sucessivo de 24 horas.

Quando se tratar de intervenção federal, para assegurar a observância dos princípios constitucionais da União ou de ordem ou decisão judicial, o decreto suspenderá o ato impugnado e não nomeará interventor, se a normalidade for restabelecida com essas providências. Embora o § 3º do art. 36 não dispense a nomeação do interventor, expressamente, ao determinar o limite do decreto à suspensão da execução do ato impugnado, afasta, implicitamente, outro conteúdo, como o da nomeação do interventor.

Desse modo, a intervenção federal efetiva-se por decreto do Presidente da República, o qual especificará a sua amplitude, prazo e condições de execução e, se couber, nomeará o interventor, como prescreve o art. 36, § 1º. Há, assim, como se percebe pela leitura desse artigo, que pode haver intervenção sem interventor. É que ela pode atingir qualquer órgão do poder estadual. Se for no Executivo, o que tem sido a regra, a nomeação do interventor será necessária, para que exerça as funções do Governador. Se for no Legislativo apenas, tornar-se-á desnecessária a nomeação de um interventor, desde que o ato de intervenção atribua as funções legislativas ao Chefe do Poder Executivo estadual. Agora, se for em ambos, nos Poderes Executivo e Legislativo, a nomeação de um interventor será também necessária para assumir as funções executivas e legislativas.

Como foi bastante debatido, a intervenção federal é uma excepcionalidade admitida pela Constituição Federal que afasta a autonomia de determinado ente político com a finalidade de preservação da existência e unidade da própria Federação.

Segundo o artigo 18, caput, da Constituição Federal de 1988, percebe-se que a regra, é a não intervenção, uma vez que a nossa Carta Magna garante a autonomia dos entes que constituem a República Federativa do Brasil. Inclusive, o texto constitucional, no seu artigo 4º, inciso IV, traduz essa vontade do constituinte.

Entretanto, a essa regra a própria Constituição de 1988 atribui uma exceção nos casos de anormalidade que já mencionamos e que se encontram no artigo 34 da Lei Magna.

Sua excepcionalidade se concretiza até mesmo por seu procedimento, uma vez que o constituinte vislumbrou um aparato tanto material, como formal, para sua tramitação. Tal preocupação reforça a vontade de não se valer desse instituto de forma vil, como se vê em outras situações legais

que não interessa adentrar no mérito.

Não só foi privilegiado nos procedimentos, como também no que tange à sua competência. O instituto da intervenção federal foi criado como competência privativa do Chefe Maior da República Federativa do Brasil.

A determinação de um órgão privativamente competente não foi o suficiente. O ato interventivo tem um arcabouço de limitações para que também esse órgão competente não se valha de outros interesses que não aqueles já tão exaustivamente abordados.

O legislador constituinte municiou a intervenção federal de um forte mecanismo, preocupado mesmo com a sua utilização, fazendo com que seja, de fato, uma ulterior alternativa para que se estabeleça o Estado Democrático de Direito.

___

FEDERAL INTERVENTION - AN EXCEPTION MEASURE

ABSTRATC: The federal intervention is an exceptional measure, because the rule is the autonomy of federal entities. Its foundations are laid down in the Constitution which establishing two requirements, a material, the problem situations, and other formal, legal requirements. It is part of the list of private powers of the President of the Republic and, for the constitutionalists, it is a measure that is not feasible for the federal system.

KEYWORDS: Intervention. Exception. Assumptions. Competence. Exceptionality.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Aylton. *Noções de Direito Constitucional*. Brasília: Editora Vestcon, 5. edição, 2008.
BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 22. edição, 2001.
FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Editora Saraiva, 29. edição, 2002.
LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Editora Saraiva, 14. ed. rev. atual. e ampl., 2010.
MENDES, Gilmar Mendes e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso*

de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 6. ed. rev. e atual., 2011.
MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 11. ed. atualizada com a EC nº 35/01, 2002.
NETO, Manoel Jorge e Silva. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4. edição, 2009.
SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1. Edição, 2012.
SILVA, Jósé Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 21. edição, 2002.

O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Pamela Ferreira Almeida*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a Teoria da Separação dos Poderes antes e após o advento do Neoconstitucionalismo e a possível ameaça que o Ativismo Judicial impõe à clássica tripartição. O estudo rever o referido princípio tanto na concepção tradicional quanto no entendimento contemporâneo, com vistas ao atual papel do Judiciário no processo de interdependência de cada um dos poderes estatais. A supervalorização e hipertrofia do Judiciário são analisadas como resultado de uma sociedade moderna e complexa. Consequentemente, surge a necessidade de se flexibilizar a concepção originária do princípio da separação dos poderes para adequá-la à realidade atual. Assim, o estudo examina as modificações pelas quais passou o Judiciário, dentro do atual contexto sócio-político nacional, bem como o aumento e ampliação de sua atividade. Nesse contexto, faz referência a práticas judiciais ativistas que têm sido realizadas sob a justificativa da concretização dos direitos fundamentais, já que o Estado Democrático de Direito atribuiu ao Judiciário a função de guardião da Constituição. Ademais, expõe posições favoráveis e desfavoráveis à crescente intervenção judicial nas demandas sociais. Dessa forma, o trabalho não tem a pretensão de exaurir o assunto, pois são vários os posicionamentos que circundam o assunto em questão. A intenção desse estudo é tão somente fomentar o debate sobre o tema.

PALAVRAS CHAVE: Separação dos Poderes. Ativismo Judicial. Judicialização.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o aumento considerável de demandas encaminhadas

* Advogada OAB/SE 8057.Graduada pela Universidade Tiradentes (2010). Pós-graduada em Direito e Processo Civil pela Faculdade Social da Bahia (2014). Email: pamela_almeida82@msn.com.

ao Poder Judiciário tem despertado na sociedade a ideia de que este órgão constitui o único caminho para a solução dos seus conflitos. A omissão dos Poderes Legislativo e Executivo obrigou esse desvio: a insuficiência de políticas públicas, a incredibilidade do Estado como provedor social e a falta de efetividade de direitos e leis fizeram com que o Judiciário se transformasse em substituto dos demais Poderes.

O enfraquecimento das formas de reivindicação social tem direcionado a sociedade ao Judiciário passando a encarregá-lo, exclusivamente, da missão de efetivar os direitos sociais e, assim, concretizar a cidadania social. O Judiciário, por sua vez, não pode negar a sua função sempre que for solicitado pelos cidadãos, pois o resultado do ingresso de ações judiciais garante uma resposta aos seus anseios e, consequentemente, a efetivação de direitos.

Assim, contendas sociais, individuais ou coletivas, que, a princípio, deveriam ser resolvidas dentro de um sistema democrático, que se baseia na solução de conflitos através de debates políticos e de acordos comuns, têm sido submetidas ao crivo do Judiciário.

A judicialização das demandas sociais, além de sobrecarregar demasiadamente o órgão judicial, resulta na supervalorização do Judiciário, em detrimento dos demais Poderes, revelando uma afronta ao consagrado princípio da separação dos poderes que constitui o alicerce dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos.

Ademais, o Neoconstitucionalismo, partindo de uma nova forma de pensar o direito, contribuiu sobremaneira para o processo de supervalorização do Judiciário, na medida em que propugna pelo desapego ao formalismo, ao legalismo estrito e pela superação da inflexibilidade a respeito da análise das contendas sociais.

O novo constitucionalismo, fundamentado numa visão principiológica, promoveu intensa transformação na hermenêutica constitucional, na medida em que os conflitos sociais passaram a ser analisados sob a perspectiva de princípios e valores caros à sociedade e, com isso, possibilitou uma maior flexibilidade nas interpretações judiciais. Dessa forma, esse novo contexto contribuiu igualmente para a consolidação paulatina do fenômeno do ativismo judicial.

A omissão do Legislativo e do Executivo, bem como o pensamento jurídico neoconstitucionalista, permitiram a ascensão e a atuação enérgica do Poder Judiciário. O ativismo judicial que, sutilmente, resultou

no rompimento com o tradicional princípio da tripartição dos Poderes se caracterizará pela transferência de responsabilidades e deveres a um único órgão.

Assim sendo, imperativo se faz uma releitura do princípio da separação dos poderes, bem como sua adequação à atual realidade social. É sobre a transformação que o fenômeno do ativismo judicial e a judicialização causaram ao princípio da tripartição do poder que trataremos a seguir.

2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES ANTES E APÓS O ADVENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Sabe-se que o poder governamental é uno e insuscetível de divisão. No entanto, a ideia de separar o Poder como forma de evitar a sua concentração em um único órgão ou pessoa (fundamentada na máxima de que só o poder detém o poder) foi inicialmente esboçada por Aristóteles, em sua obra *Política*, na qual o filósofo idealizou a existência de três diferentes funções: a de editar as normas; a de conferir aplicabilidade a estas normas; e a função de dirimir os conflitos originados pela execução dessas normas.

Como forma de contenção de abusos, a teoria da tripartição do poder foi aprimorada por Montesquieu (2000, p. 167-168), em sua obra *O Espírito das Leis*, quando inovou dizendo que a cada uma dessas funções corresponderia um órgão distinto, autônomo e independente um do outro:

> Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.
> Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um

> mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

Assim, não mais se poderia conceber a concentração exclusiva do poder porque, nesta situação, não haveria liberdade política nem controle mútuo e recíproco entre os diferentes poderes governamentais, o que ocasionaria o surgimento das formas de governos outrora vivenciadas, como a tirania e o despotismo, bem como de outras formas de abusos e arbitrariedades. Nesse sentido, Cunha Júnior (2008, p. 501) ressalta:

> É necessário, pois, que os Poderes se repartam por entre órgãos distintos, de sorte que possa cada um deles, sem usurpar as funções do outro, impedir que os demais abusem de suas funções. Cada Poder, portanto, tem a faculdade de estatuir sobre os assuntos afetos a suas funções, ou seja tem 'o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem'; e dispõe, outrossim, da faculdade de impedir que os outros Poderes invistam contra o equilíbrio constitucional das funções estatais, anulando as suas ações ilegais. Montesquieu, portanto, preconizava fundamentalmente, para além de uma divisão de funções, a ideia de uma recíproca limitação dos poderes, e isso só era possível num ambiente em que os poderes distintos fossem exercidos por órgãos também distintos.

Na mesma linha, explica Lenza (2010, p. 397-398) que:

> Por meio dessa teoria, cada Poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente. Assim, cada órgão exercia somente a função que fosse típica, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como se percebia no absolutismo. Tais atividades passaram a ser realizadas, independentemente, por

cada órgão (...).

A Constituição Americana de 1787 foi a primeira a inserir a teoria da tripartição do poder em seu texto. Em seguida, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrou-a e assim, a maioria dos Estados foi, paulatinamente, adotando-a em seus documentos fundamentais. Nesse sentido, Queiroz Filho (2001, p. 17):

> Com a superação da Revolução Francesa e a restauração da monarquia, essa ideia de divisão de poderes estava consolidada, motivo pelo qual serviu de modelo para as Constituições promulgadas a partir da Charte Constitutionelle de 1814, subsistindo tal concepção até hoje (...). As Constituições posteriores mantiveram o sistema em sua essência, concentrando, todavia, por diversas vezes, parcelas variáveis das competências e atribuições dos demais poderes em um só (...). A Constituição brasileira em vigor consagra o princípio da separação dos poderes em seu art. 2º: 'São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.'

Todas as Constituições brasileiras consagraram a teoria da tripartição dos poderes como um dogma fundamental à existência de um Estado garantidor dos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 2º, o princípio da separação dos poderes como aspecto fundamental e estruturante do Estado brasileiro a ponto de torná-lo imutável em face do poder reformador.

Após a sua consagração na maioria dos textos constitucionais do mundo, a teoria da tripartição do poder, vista como meio de limitação deste poder, passou a vincular-se à ideia de Constitucionalismo, movimento que se caracteriza essencialmente pela luta à restrição de poderes, visto que está presente sempre que há a necessidade de limitação ao abuso de poder ou à retomada do seu controle.

No entanto, um novo e posterior movimento, o Neoconstitucionalismo alterou profundamente a originária concepção da teoria e, consequentemente, modificou a atribuição original das funções de cada

um dos poderes estatais.

O novo contexto histórico-social – que não se restringiu tão somente à ideia de limitação de poder político, mas se caracterizou pela eficácia do texto constitucional e pela concretização dos direitos fundamentais – admitiu uma maior interpenetração de um Poder em outro, mitigando, com isso, a teoria clássica, pura e absoluta da separação dos poderes.

Isso porque a rígida interpretação da teoria tornou-se inviável e inconcebível na realidade atual. Portanto, além do exercício de sua função típica e predominante, cada Poder exerce também, ainda que de modo acessório, funções próprias dos outros Poderes. Assim, conforme ressalta Meirelles Teixeira (1991, p. 584):

> (...) órgãos legislativos deverão participar, muitas vezes, de funções e atos executivos, e reciprocamente; e atos de natureza judiciária serão, excepcionalmente, distribuídos à competência de órgãos legislativos e executivos; e, reciprocamente, atos e funções de natureza legislativa e executiva poderão, excepcionalmente, ser atribuídos ao Poder Judiciário.

Estabeleceu-se, então, um mecanismo de controle mútuo, onde existem constantes e necessárias interferências de um Poder no outro que visam à afirmação de um sistema de freios e contrapesos e, consequentemente, à busca do almejado equilíbrio necessário à concretização do bem comum. Segundo Dallari (1991, p. 184-185):

> O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo Poder Legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o Poder Legislativo, que só

> pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do Poder Executivo, por meio de atos especiais. O Executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo Legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.

O escopo desta intervenção consiste na ancestral necessidade de evitar arbítrios e abusos no exercício das atividades realizadas por cada órgão, ou realizadas exclusivamente por um órgão em detrimento do outro, de modo que sempre haverá um mínimo e um máximo de independência entre eles.

Atualmente, diante da omissão e negligência dos Poderes Legislativo e Executivo em grande parte de suas funções, a sociedade vem necessitando, de modo cada vez mais urgente e intenso, da interferência do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais e para a resolução dos mais variados tipos de conflitos sociais, fato este que conduz à desarmonia e ao desequilíbrio entre os poderes políticos do Estado.

Esse processo impõe uma revisão da teoria da separação dos poderes ocasionada por um aumento de responsabilidades do Poder Judiciário e, consequentemente, por uma superposição do órgão em detrimento dos demais.

3 O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DAS OMISSÕES ESTATAIS

A demasiada expansão da atividade judicial é característica própria das sociedades democráticas contemporâneas e consequência, também, da omissão e da insuficiência dos Poderes Legislativo e Executivo. A inoperância desses Poderes contribuiu para justificar a atividade

preponderante e compensatória do Poder Judiciário, bem como para a consequente judicialização das demandas sociais.

Significa dizer que, dentre outros fatores - como a pluralidade das relações sociais, o aumento populacional e a massificação da sociedade - o engrandecimento do Judiciário decorre diretamente da inoperância das políticas públicas atuais e até mesmo da ausência de políticas públicas relevantes e satisfatórias para a sociedade, que fomentem, através de ações positivas do Estado, a concretização dos direitos fundamentais.

Ademais, o cenário atual revela a existência de uma crise de representatividade, ou melhor, de uma representação de interesses, pois os debates políticos e a vontade popular foram substituídos e preteridos por interesses particulares e/ou corporativistas. José Jairo Gomes (2010, p. 29-30) é incisivo ao afirmar que:

> A democracia autêntica requer o estabelecimento de debate público permanente acerca dos problemas relevantes para a vida social. (...) O debate vigoroso, pautado pela dialética, contribui para que as pessoas formem suas consciências políticas (...). Não se presta apenas a indicar a participação popular no governo ou a detenção do poder soberano pelo povo. (...) a democracia é compreendida nos planos político (participação na formação da vontade estatal), social (acesso a benefícios sociais e políticas públicas) e econômico (participação nos frutos da riqueza nacional, acesso a bens e produtos); além disso, dá ensejo à organização de um sistema protetivo de direitos humanos e fundamentais. Na base desse regime encontra-se uma exigência ética da maior relevância, que é o respeito à dignidade da pessoa humana. Isso implica promover a cidadania em seu sentido mais amplo (...). Além disso, nos atuais regimes democráticos as políticas estatais já não podem pautar-se exclusivamente pelo pensamento antropocêntrico. (...) Ante tal quadro, é fácil perceber que o regime democrático deve guiar-se pela dialética, dada a permanente tensão em que se encontram as ideias e os elementos que a compõem.

No mesmo sentido, ressalta Pereira (2010, p. 126):

> (...) a queda no desempenho prestacional das instituições representativas também é outro vetor gerador de insatisfação com o sistema democrático como um todo. Em linhas gerais, o problema se qualifica como um distúrbio comunicacional, a partir do momento em que as instâncias representativas encontram sérias dificuldades em absorver as demandas sociais, metabolizá-las e fornecer respostas adequadas.

O resultado é a pressão e a exigência de uma sociedade cada vez mais pluralista, complexa, mais ciente dos seus direitos e que, cada vez mais, reivindica soluções do Legislativo e do Executivo. Estes, ao revés, respondem com descaso e defesa a interesses próprios em detrimento dos interesses coletivos.

É nesse vazio, criado pelos Poderes omissos, que atua com intensidade o Judiciário, objetivando a concretização e a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais e, de certa forma, intervindo na competência daqueles Poderes. Nesse sentido, afirma Carvalho (2004, p. 117) que os tribunais:

> (...) passaram, a atuar nos vazios institucionais deixados pelos poderes representativos. Essas alterações foram impulsionadas pelas mudanças interpretativas das escolas jurídicas (crise do Positivismo Jurídico), pela delegação e/ou omissão dos poderes Executivo e Legislativo, pelo aperfeiçoamento das instituições judiciárias (como, por exemplo, a criação dos conselhos da magistratura), pela crescente pressão da sociedade civil e, sobretudo, pela constitucionalização dos direitos fundamentais.

Esse fenômeno, denominado ativismo judicial, deriva diretamente do novo modelo constitucional (Neoconstitucionalismo) adotado pela Constituição Federal de 1988, no qual este documento passou a ser a norma principal, orientadora de todo o ordenamento jurídico.

Caracteriza-se por decisões judiciais que determinam obrigações aos demais órgãos, sem necessariamente haver expressa previsão legal, já que, segundo o novo modelo, podem ser baseadas em princípios e valores fundamentais.

O papel do órgão judicial acabou, então, modificando-se, vez que se tornou responsável pela implementação das funções dos demais Poderes - sob a justificativa de concretizar o mandamento constitucional e de zelar pelos direitos e garantias fundamentais do cidadão - e suas decisões judiciais resultaram em consonância com os anseios sociais.

A participação ativa e intensa do órgão vislumbra-se nos precedentes judiciais e no crescimento acentuado de processos referentes às diversas formas de controle de constitucionalidade, bem como às de omissões constitucionais.

Assim, em casos de inércia do legislador ou de ausência de políticas públicas, impõe certas determinações (condutas ou abstenções), ao Poder Público e profere a palavra final sobre diversos temas que são, originalmente, da competência do Legislativo e do Executivo. Ressaltam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 33) que o papel do juiz modificou-se, pois:

> (...) hodiernamente, não se admite mais o juiz como mero expectador da contenda judicial. (...) a função jurisdicional ordinária torna-se um poder dever estatal, no qual se enfeixam os interesses particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do derradeiro quartel do séc. XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentando, passando da figura de expectador inerte à posição ativa (...).

São exemplos as decisões judiciais que determinam o fornecimento de terapias e a distribuição de medicamentos e as que tratam da questão do acesso aos leitos de UTI e do acesso dos portadores de deficiência a lugares públicos etc.

Há ainda os entendimentos judiciais que versam sobre a proibição da prática do nepotismo no âmbito dos três Poderes (decisão fundamentada exclusivamente nos princípios da moralidade e impessoalidade, já que a proibição não estava expressa em nenhuma norma) e o julgamento a respeito da união homoafetiva no qual, com fundamento na efetivação

dos direitos de igualdade e dignidade, reconheceu-se uma nova forma de instituição familiar diferente daquela prevista no texto constitucional, dentre outros casos.

Assim, demandas que poderiam ser solucionadas através do debate, no âmbito político do Congresso ou diretamente com a coletividade, são levadas ao Judiciário; ou seja, diante da nova postura deste órgão, questões relevantes, em todos os âmbitos – social, econômico, político etc. – estão sendo por ele decididas em caráter final.

Consequência desta atitude deliberada e proativa do Poder Judiciário surgiu outro fenômeno chamado judicialização. Barroso (2009, p. 03) conceitua o termo:

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

A questão que suscita discussões é a respeito do limite que deve ser imposto na atuação judicial, que, de certa forma, interfere, na competência dos demais Poderes, ocasionando certo desequilíbrio entre eles, comprometendo a tão consagrada harmonia. Nesse sentido, o tema, como tudo que é novo, divide opiniões.

Alguns entendem que o comportamento judicial ativista configura-se de tal forma em processo destrutivo que contraria e compromete a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu. O filósofo Dworkin (2007, p. 451) é taxativo:

> O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e

> qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Na mesma linha, Lênio Streck (2013) afirma:

> O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas).

Ângela Pelicioli (2006, p. 21-22) ressalta que:

> Transcorrido o tempo, os poderes políticos transformaram-se e o Poder Judiciário passou a ter uma função de maior destaque, qual seja, a de estabelecer o equilíbrio entre os Poderes Executivo e o Legislativo, redefinindo, assim, o papel do juiz. A separação dos poderes, que, em última instância, objetiva manter a paz na sociedade e assegurar o gozo da liberdade, evitando a arbitrariedade e o autoritarismo, pode estar, nos dias atuais, em cheque, caso não se esclareçam, com a maior precisão possível, as legítimas esferas de atuação de cada Poder.

Por outro lado, os defensores do fenômeno veem o ativismo como um paliativo necessário para a materialização dos direitos fundamentais, considerando a lentidão, a omissão e o descaso dos outros Poderes. Cambi (2008, p. 98), corroborando deste entendimento, alerta que:

> O Poder Judiciário é chamado a exercer função sócio-terapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais. Não está, para isto, mais condicionado à estrita legalidade (*dura lex sed lex*), assumindo, ao lado do Poder

> Executivo e do Legislativo, a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social.

Justificando o comportamento judicial proativo, o Ministro Celso de Mello (2012, p. 09-10) em seu discurso na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Brito sustentou que:

> Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão dos poderes públicos. Em uma palavra, Senhor Presidente: práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Consideram-no um meio eficiente para a reorganização dos Poderes, ou seja, não vislumbram nenhum abalo à teoria da tripartição de Montesquieu. Canela Júnior (2011, p. 87) entende que "como a harmonia entre os poderes objetiva o atendimento integral dos objetivos estatais, cumpre ao Poder Judiciário, por meio da jurisdição, restabelecê-la, mediante a integração da conduta omissiva dos agentes públicos".

Não obstante a divergência dos posicionamentos, todos compartilham da mesma preocupação: o cumprimento da Constituição e a preservação dos direitos e das garantias fundamentais.

4 CONCLUSÃO

O Judiciário exerce hoje uma função diferenciada daquela que lhe foi originariamente atribuída. Dentre outros fatores como a complexidade e pluralidade das relações sociais, mas, principalmente, a omissão e/ou ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo fomentaram uma mudança na atuação funcional daquele Poder.

Na sociedade contemporânea, observa-se uma crescente importância do Poder Judiciário como único órgão solucionador das demandas sociais, bem como se observa uma evidente alteração na atribuição de suas funções, dando-lhe maior destaque em detrimento aos demais. Diante do atual contexto sócio-político, passou-se a permitir uma maior interferência entre os Poderes, atenuando o princípio que pregava sua separação absoluta.

Fundamentando-se na necessidade de efetivação dos direitos fundamentais prescritos pela Constituição, a jurisdição tornou-se mais efetiva e incisiva, redefinindo a clássica teoria da tripartição dos poderes. Não obstante toda a desenvoltura do Poder Judiciário e a influência das atuais decisões judiciais na sociedade, convém apontar para a necessária brevidade do fenômeno.

A atuação enérgica do Poder Judiciário surgiu num momento de incredibilidade da população frente aos demais Poderes e de grande insatisfação social ante a ineficiência das atuais políticas públicas. Nesse sentido, as decisões ativistas são extremamente relevantes, visto que concretizam os direitos mais básicos, porém, devem ser eventuais, surgindo apenas em determinados momentos históricos, como este que se vivencia.

Isto porque, ao invés de garantir e efetivar os direitos fundamentais positivados, pode reforçar a omissão e/ou ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo, que têm a obrigação de concretizar aqueles direitos mediante a implantação e execução de políticas públicas que atendam aos anseios sociais. Assim, o enraizamento do modelo ativista não é o ideal para uma democracia saudável.

O fato é que o ativismo judicial rompe com a tradicional separação dos poderes (base dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos) e objetiva exaurir ao máximo as potencialidades das normas constitucionais, valendo-se de cláusulas abertas e princípios, para expandir o seu sentido

e, assim, concretizar os seus fins.

Sob este fundamento e sem perder de vista a sua finalidade primordial de evitar arbítrios e desmandos, surgiu a necessidade de flexibilizar a concepção originária do princípio da separação dos poderes para adequá-la à realidade atual.

THE JUDICIAL ACTIVISM AND ITS IMPLICATIONS ON THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS

ABSTRACT: This article aims to analyze the theory of Separation of Powers before and after the advent of Neoconstitutionalism and the possible threat that the Judicial Activism requires the classic tripartite. The study review that principle both in traditional design as the contemporary understanding, with a view to the current judiciary's role in the interdependence of each state powers process. The overvaluation and hypertrophy of the judiciary are analyzed as a result of a modern, complex society. Consequently, there is a need to relax the original conception of the principle of separation of powers to adapt it to the current reality. Thus, the study examines the changes undergone by the judiciary, within the current national socio-political context as well as the increase and expansion of its activity. In this context, refers to judicial activists practices that have been carried out on the grounds of the realization of fundamental rights, since the democratic state allocated to the judiciary the guardian of the Constitution function. In addition, presents favorable and unfavorable positions the increasing judicial intervention in social demands. Thus, the work does not pretend to exhaust the subject, because there are several positions that surround the subject. The intent of this study is simply to foster debate on the issue.

KEYWORDS: Separation of Powers. Judicial Activism. Legalization.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009.

CAMBI, Eduardo. *Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais.* In: Direitos fundamentais revisitados. Andrea Bulgakov Klock *et al.* (orgs.). Curitiba: Juruá, 2008.
CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas.* São Paulo: Saraiva, 2011.
CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização política no Brasil*: Apontamentos para uma nova abordagem. Revista Sociológica Política. Curitiba, 23, nov. 2004.
CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. ampl. atual.- Bahia: Podium, 2008.
DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.
DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 14 ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.
MELLO, Celso de. *Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes*, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008. Disponível em: www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf, p. 11.
MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.
PELICIOLI, Ângela Cristina. *A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes.* In Revista de Informação Legislativa, ano 43, n. 169, disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92742/Pelicioli%20Angela.pdf?sequence=2. Acesso em: 04/09/2015.
PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático*: Controle e Participação como Elementos Fundantes da Constitucionalidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial de atos do poder legislativo:* atos políticos e interna corporis. Brasili: Brasília

Jurídica, 2001.
STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto, o ativismo judicial em números?* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros. Acesso em: 15 set. 2015.
TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária,1991.

O PRECEDENTE VINCULANTE FORMADO A PARTIR DA *RATIO DECIDENDI* NAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E O MECANISMO DE CONTROLE À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Romário Jesus de Oliveira*

RESUMO: O tema desenvolvido neste trabalho possui como objeto central o estudo do efeito vinculante da *ratio decidendi* trazido pelo Novo Código de Processo Civil nas ações de controle concentrado abstrato de constitucionalidade, presentes no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Faz-se incursão na previsão legal do NCPC do dever de obediência ao precedente formado na r*atio decidendi* e o seu mecanismo de controle a partir da nova roupagem dada à Reclamação Constitucional, finalizando com a Reclamação Constitucional enquanto instrumento de fiscalização do precedente vinculante à luz do NCPC.

PALAVRAS-CHAVE: *Ratio decidendi*. Novo CPC. Reclamação constitucional.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda o impacto do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015) na jurisdição constitucional, com relação à força vinculante da *ratio decidendi* nas ações de controle concentrado abstrato de constitucionalidade no âmbito do STF. A Reclamação Constitucional como mecanismo de assegurar a observância do precedente vinculante nas ações de controle concentrado abstrato de constitucionalidade, conforme Novo Código de Processo Civil.

Abordada a previsão legal trazida no NCPC do dever de obediência ao precedente vinculante formado a partir da *ratio decidendi* e o mecanismo de controle. Demonstra-se a inovação trazida pelo Novo Código de Processo do dever de observância do precedente formado a partir da *ratio*

* Advogado, Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe (Ejuse).

decidendi. A constatação de que o Pretório Excelso deve desempenhar função de Corte Constitucional. A análise da Reclamação Constitucional como instrumento de efetivação dos precedentes vinculantes nas ações de controle concentrado abstrato de constitucionalidade conforme NCPC. A partir de então se verifica os principais critérios que devem ser adotados para que seja possível, sob o enfoque dos ditames do NCPC, de forma razoável, encampar tais mudanças. O Novo Código de Processo Civil será o paradigma de estudo concludente, para tanto analisar-se sobre o prisma do princípio de acesso à justiça, princípio da segurança jurídica e princípio da isonomia.

2 A PREVISÃO LEGAL NO NCPC DO EFEITO VINCULANTE DA *RATIO DECIDENDI* NAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO ABSTRATO

O Novo Código de Processo Civil, aprovado em 2015 (Lei 13.105/15), com previsão de entrar em vigor em meados do mês de março de 2016, traz no seu bojo a positivação de novos institutos processuais, bem como a extinção de outros ora existentes no Código de Ritos de 1973, rompeu também com velhos paradigmas, sobre outro enfoque, dedicou vários dispositivos à regulamentação dos precedentes judicias.

Uma das profundas mudanças encampadas pelo novo Código de Processo Civil (NCPC) se deu em relação à atribuição a *ratio decidendi* em sede de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, efeitos vinculantes, de observância obrigatória pelos juízes e demais tribunais do país.

Com a atribuição de efeitos vinculantes à *holding* nas ações de controle concentrado abstrato, o NCPC coloca novamente em pauta no âmbito do Pretório Excelso a teoria da transcendência dos motivos determinantes, por meio de dispositivo legal.

Ressalta-se, que tal mudança vai de encontro ao atual entendimento majoritário do Pretório Excelso que em seus últimos julgados tem rejeitado à aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

A disciplina da teoria da transcendência dos motivos determinantes por vias transversas encontra-se positivada no NCPC, conforme verificamos do art. 927, I, vejamos:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
> ***I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;***
> [...][1]

Conforme Doutrina de Fredie Didier:

> O art. 927 do CPC inova ao estabelecer um rol de precedentes obrigatórios, que se distinguem entre si pelo seu procedimento de formação. Pode ser, por exemplo, um precedente em processo de controle concentrado de constitucionalidade, um simples incidente em julgamento de tribunal ou um procedimento de produção de enunciado de súmula.[2]

A interpretação que se deve adotar para o dispositivo em comento é no sentido de que o Legislador não quis somente repetir o efeito vinculante dos dispositivos das ações de controle concentrado de constitucionalidade já positivado pela Constituição de 1988. Engendrar tal entendimento seria fazer pouca monta da norma criada pelo legislador ordinário quando da sua elaboração do NCPC. Mas ao contrário deve-se entender como um dever de observar e aplicar a *ratio decidendi* criada pelo Pretório Excelso quando da apreciação de determinada Ação de controle abstrato de constitucionalidade.

Para Fredie Didier:

> No mais, exatamente por ser obrigatória sua observância, os juízes e tribunais, independentemente de provocação, deverão conhecê-los de ofício, sob pena de omissão e denegação de justiça - mas não sem antes ouvir as partes a seu respeito (cf. arts. 10 e 927, § 1º, CPC). Por isso, é oportuna a previsão do art. 1.022, parágrafo único, I, CPC, de que é omissa a decisão que 'deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento', que são precedentes obrigatórios na forma do art. 927, III, CPC.[3]

Não bastasse tratar de *ratio decidendi* originária de uma decisão da Suprema Corte brasileira que por si só serve de norte para os juízes e tribunais aplicarem o Direito ao caso *sub judice*, e as razões de decidir goza de posição peculiar, ou seja, de observância obrigatória. "Trata-se de regra que deve ser interpretada extensivamente para concluir-se que é omissa a decisão que se furte em considerar qualquer um dos precedentes obrigatórios nos termos do art. 927 do CPC."[4]

Não resta dúvida de que este dispositivo será razão de acalorados embates no meio jurídico, principalmente no STF, uma vez que ressuscita a teoria da transcendência dos motivos determinantes, aparentemente rechaçada pela atual composição da Corte, através de uma normatização infraconstitucional.

O dever de observância do precedente obrigatório formado a partir do efeito vinculante atribuído às razões de decidir nas ações de controle concentrado abstrato não se restringe internamente, juízes e tribunais inferiores, mas também externamente. "[...] Nesse sentido, o Enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 'As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos."[5]

Segundo Fredie Didier:

> Trata-se de dispositivo que confere força obrigatória aos precedentes do STF produzidos em processo de controle concentrado de constitucionalidade. Não se trata de exigência de respeito à coisa julgada produzida nesses processos, até por que não faria sentido uma previsão como essa, a final: a) todos têm de respeitar a coisa julgada, sobretudo quando *erga omnes*; b) o rol do artigo é de precedentes obrigatórios, não de hipóteses de formação de coisa julgada.[6]

Logo em seguida arremata Fredie Didier:

> Por isso, o Enunciado n. 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis faz questão de esclarecer que são os fundamentos determinantes (ou seja, a *ratio decidendi*) do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade que produzem

> o efeito vinculante de precedente para todos os órgãos jurisdicionais.
> Não se pode confundir esse efeito vinculante do precedente com o efeito vinculante que, em determinadas hipóteses, decorre da coisa julgada. As decisões proferidas pelo STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2°, CF; art. 28, p. único, Lei n. 9.868/99; art. 10, §3.º, Lei n. 9.882/99). Mas essa vinculação decorre do fato de, nessas hipóteses, a coisa julgada ser *erga omnes* por expressa disposição legal. Por conta disso, o Poder Público está vinculado não à tese jurídica firmada na fundamentação do julgado (*ratio decidendi*), mas sim à norma jurídica estabelecida, pelo STF, no dispositivo da decisão que resolve ação de controle concentrado de constitucionalidade.[7]

A vertente ora defendida traduz o verdadeiro sentido da norma. O aplicador do direito deverá aplicar o NCPC sob o manto de uma interpretação sistemática dos institutos neles positivados, de seus princípios para incorrer no ledo engano de o Novo Código de Ritos brasileiro apenas reproduziu a norma constitucional que atribui eficácia vinculante aos dispositivos em sede de controle concentrado abstrato de constitucionalidade.

Se por um lado já há entendimento doutrinário no sentido de que a *ratio decidendi* nas ações de fiscalização abstrata concentrada de constitucionalidade perante o STF passara com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil brasileiro, por outro entendimento que discordante.

Ressalta-se a crítica de Luiz Guilherme Marinoni:

> O CPC também afirma (art. 927), sem qualquer constrangimento, as espécies de 'pronunciamentos' que devem ser observados pelos juízes e tribunais, misturando decisão, coisa julgada e precedente. Ora, não cabe à lei dizer quais são as decisões das

> Cortes Supremas que têm eficácia obrigatória. Note-se que a lei não só não precisa dizer, como não pode ter a pretensão de delimitá-las. As Cortes Supremas definem o sentido da lei federal e da Constituição, agregando sentido à ordem jurídica, e apenas por isso os seus precedentes devem ser obrigatoriamente respeitados pelos juízes e tribunais. Toca às raias do absurdo elencar entre os pronunciamentos com força obrigatória as decisões proferidas em recursos repetitivos, esquecendo-se das demais decisões, inclusive das tomadas em repercussão geral no STF. Isso apenas teria lógica se a função das Cortes Supremas estivesse limitada a otimizar o trabalho do Poder Judiciário. Ora, a função das Cortes Supremas, mais do que evitar decisões diferentes para casos que se repetem em massa, dirige-se a casos que abrem oportunidade para a orientação da sociedade mediante a instituição de precedentes.[8]

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Pretório Excelso a guarda da Magna Carta, devendo com isso assegurar, os direitos e garantias fundamentais do cidadão com prioridade, dentre outras normas, nela erigidas. Um dos direitos fundamentais essencial em um Estado Democrático Constitucional de Direito como o brasileiro é o acesso à Justiça.

Nesta toada, caso não se mostre convincente a previsão do NCPC de que a *ratio decidendi* vincula, goza de efeito vinculante, ressaltar-se que o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistemática, levando em consideração norma-princípio e norma-regra.

Uma das normas-princípios agraciada pela sistemática de precedente vinculante nas razões de decidir revela-se no princípio de acesso à justiça.

Para João Márcio Rêgo Reis *apud* Mauro Cappelletti e Bryan Garth:

> 'Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um 'direito natural', os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a

> sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.'[9]

O jurisdicionado não pode ter sua legítima expectativa de acesso à justiça frustrado, devendo o Poder Judiciário assegurar tal acesso não apenas de maneira formal, mas principalmente sob o prisma substancial, somente sendo alcançado este fim com o devido respeito aos precedentes do emanado em sede de fiscalização abstrata.

Segundo João Márcio Rêgo Reis:

> É de importância fundamental este tema para a perspectiva do acesso à justiça, posto que não seria necessária uma nova Ação Direita de Inconstitucionalidade (ou Ação Declaratória de Constitucionalidade). Em caso de descumprimento da norma abstrata obtida pelos motivos determinantes da decisão, bastar-se-ia a apresentação de uma Reclamação Constitucional diretamente ao STF.[10]

Outro enfoque de destaque se revela no princípio da segurança jurídica. O Supremo Tribunal Federal enquanto última instância do Poder Judiciário brasileiro, guardião da Constituição, deve proferir decisões que assegurem o máximo de segurança jurídica possível, principalmente quando tais decisões são proferidas em sede de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Não se podendo atingir um patamar razoável de segurança jurídica quando não se dá o devido respeito ao precedente formado a partir da *ratio decidendi,* não sendo suficiente apenas o efeito vinculante que goza a parte dispositiva da decisão.

O princípio da isonomia também marca presença quando o tema é efeito vinculante da *ratio decidendi* em sede de fiscalização abstrata. Das várias normas-princípios que legitimam a adoção de tal sistemática trazida pelo NCPC, sem sombra de dúvida, o princípio em comento

ganha bastante destaque. Uma das premissas básicas em um Estado de direito é a igualdade entre os cidadãos. No atual estágio de evolução da ciência jurídica, não se admite mais apenas uma isonomia formal, mas ao contrário, invoca-se uma isonomia substancial.

O jurisdicionado ao se deparar com o precedente formado a partir da *ratio decidendi* em sede de Ação de controle concentrado abstrato de constitucionalidade terá a isonomia substancial assegurada, uma vez que lhe será possibilitado que seu caso semelhante ao outrora decidido, seja devidamente apreciado, não deixando margem para decisões díspares, podendo utilizar da Reclamação Constitucional para que seu direito seja assegurado.

3 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO E GARANTIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES NAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE CONFORME NCPC

A Reclamação Constitucional, instrumento que possui, a princípio, aplicação apenas junto aos Tribunais Superiores (STF e STJ). Constitui em importante ferramenta disponibilizada ao jurisdicionado para assegurar determinadas prerrogativas dos Tribunais Superiores. Sua implementação no ordenamento jurídico pátrio remonta a algumas décadas, ainda sobre o auspício da Constituição de 1946, através de construção jurisprudencial.

Segundo João Moraes Neto:

> Primeiramente, a Reclamação adentrou o campo do Direito Brasileiro como uma construção pretoriana, com a aprovação de uma emenda ao Regimento Interno do STF, em 02.10.1957. A Constituição de 1967 nada falou sobre a Reclamação, mas remeteu ao Regimento Interno do STF o tratamento da matéria. Somente a Constituição de 1988 trouxe em seu texto a previsão da via reclamatória, nos termos acima expostos.[11]

A Constituição de 1988 alberga expressamente no seu texto a previsão de tal instrumento, nos arts. 102, I, l; 103-A, §3º, e 105, I, f, no tocante à regulamentação infraconstitucional está prevista nas Leis 8.038/90 e

11.417/06, bem como nos Regimentos Internos do Pretório Excelso (arts. 156-162) e do Superior Tribunal de Justiça (arts. 187-192).[12]

A Reclamação constitucional é instrumento que tem como objeto precípuo garantir a preservação da competência e da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme previsão constitucional:

> **Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:**
> I - processar e julgar, originariamente:
> [...]
> l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
> **Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:**
> I - processar e julgar, originariamente:
> [...]
> f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;[13]

Cabe ressaltar que o Pretório Excelso admitia o manejo de Reclamação Constitucional em sede de ADI, através de construção jurisprudencial quando interposta por legitimado ativo de tal ação. Em momento posterior passou também a reconhecer o ajuizamento de Reclamação Constitucional por entes ou órgãos que não figuraram na ação, mas que possuíam legitimidade concorrente para intentá-la. Da mesma forma permitiu o manejo em face do órgão que editou a lei declarada inconstitucional e que continuasse a praticar atos concretos sem levar em consideração a decisão do STF. Com a Emenda Constitucional de nº 03/93, que inseriu a ação declaratória de constitucionalidade ficou expressa a possibilidade do ajuizamento de Reclamação para manter a autoridade do STF no tocante ao decidido no mérito da ADC. Mesmo após a previsão do manejo de Reclamação em sede de ADC, permanecia lacuna em face da ADI, sendo apenas sanado com a Emenda Constitucional nº 45/2004 que estabeleceu de forma inequívoca a previsão de eficácia *erga omnes* e efeito vinculantes nas decisões definitivas de mérito nas ADI e ADC.[14]

Sucede que, a Reclamação Constitucional tem sido de grande utilidade nas ações de fiscalização abstrata no âmbito do Pretório Excelso, principalmente com a reforma do Poder Judiciário de 2004, através da Emenda Constitucional de nº 45. Foi com a inserção de tal emenda que também passou a prever a utilização de Reclamação Constitucional para assegurar a observância das Súmulas Vinculantes, conforme previsto no art. 103-A à Constituição.

Na esteira de mudanças engendradas nos últimos tempos, o Novo Código de Processo Civil revoluciona no tocante a aplicação da Reclamação Constitucional, trazendo diversas outras possibilidades de seu manejo, ampliando significativamente a sua utilização. Tais inovações se revelam principalmente, através da adoção de um sistema de precedentes judiciais, do dever de observância das decisões dos Tribunais Superiores.

Dentre as diversas possibilidades de ajuizamento de Reclamação Constitucional trazidas pelo NCPC, nos interessas a prevista no art. 988, inciso III, conforme transcrição abaixo:

> **Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:**
> **[...]**
> **III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;**[15]

O Novo Código de Processo Civil, nos parágrafos do seu art. 988, disciplina alguns tramites da reclamação, com destaque para a hipótese de descumprimento pelos juízes e tribunais do precedente formado a partir da *ratio decidendi* em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, como conforme abaixo transcritos.

> § 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.
> § 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.
>
> § 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada

> e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.
>
> § 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.
>
> § 5º É inadmissível a reclamação proposta após o trânsito em julgado da decisão.
>
> § 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.[16]

Outro ponto que merece destaque na regulamentação da Reclamação constitucional trazida com o NCPC diz respeito a possibilidade de qualquer interessado poder realizar a impugnação do pedido do reclamante. "Art. 990. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante."

O dever de observância das decisões do Pretório Excelso nas ações de fiscalização abstrata merece alguns esclarecimentos para que essa nova disciplina legal seja bem compreendida, tendo em vista, trata-se de inovação legislativa.

O Legislador ordinário ao editar o NCPC, fez previsão expressão no art. 927, inciso, I, de que os juízes e tribunais deverão observar as decisões do Pretório Excelso quando proferidas em sede de ações de controle concentrado abstrato de constitucionalidade e estabeleceu como sanção no caso de seu descumprimento a possibilidade de manejo de Reclamação Constitucional, conforme previsão do art. 988, inciso III.

Segundo Luiz Dellore:

> A reclamação ganha no Novo CPC um *status* jamais visto no sistema brasileiro. Servirá, para além de preservar a competência do STF e garantir a autoridade de suas decisões (art. 102, I, "l", da CF), também para assegurar a observância das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos (art. 985, III e IV, CPC/2015).[17]

Conforme já sustentado em linhas anteriores deste capítulo, o dever de observância da decisão do STF, nas ações de controle de constitucionalidade abstrato, refere-se a *ratio decidendi,* ou seja, às razões de decidir. A observância deve ser do precedente e não da parte dispositiva, pois, este já está previsto na CF/88, não havendo nenhuma razão plausível para sua mera repetição no NCPC.

Entendimento contrário seria desprestigiar o espírito do NCPC, em especial de todo o seu sistema de precedentes. O Código estaria sendo meramente redundante, uma vez que, a previsão de efeito vinculante da parte dispositiva nas ações de controle concentrado abstrato de constitucionalidade já encontra previsão constitucional.

A Reclamação Constitucional já fora aceita num primeiro momento para defender a teoria da transcendência dos motivos determinantes, que por caminho diverso do estabelecido pelo NCPC chegou a mesma conclusão, o dever de observância ao precedente formado em sede de fiscalização abstrata perante o STF.

Carlos Eduardo Ortega *apud* Ministra Cármen Lúcia:

> 'é certo que, em alguma oportunidade, este Supremo Tribunal tem-se manifestado no sentido de que os fundamentos ou os motivos determinantes adotados em decisões proferidas em processos de controle concentrado de constitucionalidade são dotados de eficácia vinculante, e, portanto, capazes de ensejar o ajuizamento de Reclamação, na hipótese de serem desrespeitados por outros órgãos do Poder Judiciário ou da administração pública' tendo citado os seguinte precedentes: Rcl 2.363, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ 1.04.2005; Rcl 4.692-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 14.11.2006; Rcl 4.387-MC, Min. Rel. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 2.10.2006; Rcl 4.416-MC, Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 29.09.2006; Rcl 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004; e Rcl 2.291-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 1.04.2003.[18]

Sucede que, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal não

mais atribui efeito vinculante a *ratio decidendi* nas decisões em sede de fiscalização abstrata de constitucional conforme entendimentos expostos na Rcl. 11.477 AgR/CE,[19] e Rcl 3.294 AgR/RN.[20]

Um dos principais argumentos dos defensores que não admitem a Reclamação Constitucional como instrumento hábil a assegurar a autoridade das decisões do Pretório Excelso seria de que em tais hipóteses não haveria descumprimento de decisão proferida em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, já que apenas o disposto possui efeitos vinculantes.

Com a devida vênia, tal entendimento não se sustenta, tendo em vista que o papel do Pretório Excelso é de Corte Constitucional, devendo com isso, a *ratio decidendi* nas ações de controle de constitucionalidade abstrata ter efeito vinculante. Mas o NCPC põe uma pá de cal sobre a discussão sobre o tema, deixando expresso tanto o efeito vinculante em termos de *ratio decidendi,* quanto o instrumento da Reclamação Constitucional no caso de seu descumprimento, encampando o sistema de precedentes vinculantes.

4 CONCLUSÕES

O controle de constitucionalidade concentrado abstrato realizado pelo Supremo Tribunal Federal pode ser exercido através de várias ações (ADI, ADC, ADO, ADPF). Nesse contexto, a fiscalização abstrata de constitucionalidade, levando em consideração que nos últimos tempos vem sofrendo diversas mudanças, jurisprudencial e legislativa, em especial no tocante a *ratio decidendi.* A previsão trazida no NCPC no sentido de tornar sua observância obrigatória pelos juízes e tribunais, causa relevante de repercussão no exercício da jurisdição constitucional no Pretório Excelso, conduzindo-o a adotar novos paradigmas para atender aos mandamentos constitucionais.

Toda essa mudança engendrada pelo NCPC coloca a fiscalização abstrata concentrada brasileira em um novo patamar, aproximando-se do *stare decisis* do Direito norte-americano. O Pretório Excelso ganha novos ares de Corte Constitucional, enaltecendo seu papel enquanto guardião da Lei Fundamental brasileira. Em razão da sua repercussão jurídica, social, política, a formação do precedente em sede de ações de fiscalização abstrata deverá preceder de ampla participação da comunidade jurídica,

buscando sempre que possível o máximo de pluralidade do debate, a exemplo da participação do *amicus curiae*. Sendo de suma importância que apenas matéria estritamente de fundo constitucional faça parte do precedente vinculante a partir da *ratio decidendi*. Pois do contrário estar-se-ia deixando margem para o desrespeito do precedente quando da sua aplicação em casos futuros.

O NCPC, ainda não entrou em vigor, gozando de *vacatio legis,* razão pela qual o Pretório Excelso não teve oportunidade de enfrentar o tema em casos práticos. Não se revelará como surpresa, o entrincheiramento de alguns juristas ou até mesmo de Ministros do STF no sentido de não atribuir eficácia de precedente vinculante a *ratio decidendi* em sede de ações de fiscalização abstrata. Argumentarão no sentido de que o NCPC, apenas repetiu a previsão constitucional de que o efeito vinculante refere-se à parte dispositiva da decisão, e não as razões de decidir.

Adotar tal entendimento revela-se equivocado, imergir em verdadeiro e profundo retrocesso, tendo em vista que o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistemática, levando em consideração as normas-regras, bem como as normas-princípios, buscando sempre integridade e coerência para o sistema. A Constituição Federal de 1988 elegeu dentre vários princípios fundamentais: o acesso à justiça, a segurança jurídica, a isonomia e a celeridade processual. Ao tornar a *ratio decidendi* nas ações de controle concentrado abstrato com eficácia vinculante, levou em consideração a promoção e o aperfeiçoamento de tais princípios, levando em consideração o aspecto substancial. O NCPC foi edital à luz das regras e princípios constitucionais, fundou-se em premissas que o constituinte tomou como fundamentais.

Os precedentes judiciais de caráter vinculante ganham posição de destaque com o NCPC, abrindo o sistema para inserção de novos institutos, o aperfeiçoamento de novas ferramentas, a exemplo da reclamação constitucional. Esta antes prevista apenas para assegurar a observância da parte dispositiva da decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade, agora ressuscita a teoria da transcendência dos motivos determinantes através de previsão expressa, demonstrando a adoção de um novo sistema, em consonância com a Constituição Federal.

Por fim, verifica-se que o tema é novo e com pouca produção doutrinária específica, bem como sem qualquer manifestação da jurisprudência, em especial do Pretório Excelso, acredita-se que com

a vigência do NCPC, o tema avançará de forma satisfatória, através da contribuição da comunidade jurídica brasileira e da sociedade em geral, poder-se-á chegar a razoável percepção dos aspectos relevantes da adoção da linha de entendimento defendida, aperfeiçoando o campo do conhecimento jurídico, em salutar evolução.

___

THE FOREGOING BINDING FORMED *THE RATIO DECIDENDI* FROM CONCENTRATE IN CONTROL ACTIONS OF CONSTITUTIONALITY ABSTRACT AND LIGHT TO CONTROL MECHANISM OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE OF

ABSTRACT: The theme developed in this work has as main object the study of the binding effect of the ratio decidendi brought by the New Civil Procedure Code the abstract concentrate control actions of constitutionality present in the Brazilian legal system under the Supreme Court. It is made foray into legal provision NCPC's duty of obedience to precedent formed in the ratio decidendi and its control mechanism from the new look given the constitutional complaint, concluding with the Constitutional Complaint as a supervisory instrument binding precedent in light of NCPC.

KEYWORDS: Ratio decidendi. New CPC. Constitutional complaint.

Notas

1 BRASIL. *Código de Processo Civil brasileiro*, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 11 nov. 2015.
2 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 461.
3 *Ibidem*, p. 455.
4 *Ibidem*, p. 456.
5 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 456.
6 *Ibidem*, p. 464.
7 *Idem*, p. 464
8 MARINONI, Luiz Guilherme. *A função das cortes supremas e o Novo CPC*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc> Acesso em: 11 nov. 2015.
9 REIS, João Márcio Rêgo. *Transcendência dos motivos determinantes favorece acesso à justiça?*.

Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/31314>. Acesso em: 11 nov. 2015.
10 Idem.
11 MORAES NETO, João. *Teoria da transcendência dos motivos determinantes*. Monografia (graduação). São Paulo: PUC-RJ, 2011. 101 p. Disponível em: < http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=18320@1 > Acesso em: 11 nov. 2015, p. 57.
12 GÓES, Gisele Santos Fernandes. Reclamação constitucional. in Fredie Didier (org.), *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 630.
13 BRASIL. *Código de Processo Civil brasileiro,* Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 11 nov. 2015.
14 HOMMERDING, Adalberto Narciso. Reclamação e correição parcial: critérios para distinção. in Pedro Henrique Pedrosa Nogueira; Eduadrdo José da Fonseca Costa (org.), *Relação Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 47.
15 BRASIL. *Código de Processo Civil brasileiro*, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 11 nov. 2015.
16 Idem.
17 DELLORE, Luiz *et all*. *Os impactos do Novo CPC no STF*. Disponível em: <http://jota.info/os-impactos-novo-cpc-stf>. Acesso em: 16 nov. 2015.
18 ORTEGA, Carlos Eduardo. *O papel do STF como Corte Constitucional*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2009-out-30/papel-supremo-tribunal-federal-corte-constitucional?pagina=3>. Acesso em: 14 nov. 2015.
19 *BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*, Reclamação Constitucional nº 11.477 AgR/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, Sessão de julgamento de 03 de novembro de 2011. Disponível em: <http:/www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 de nov. de 2015.
20 _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Reclamação Constitucional nº 3.294 AgR/RN, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Sessão de julgamento de 29 de maio de 2012. Disponível em: <http:/www.stf.jus.br>. Acesso em: 16]mnb
de nov. de 2015.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil brasileiro, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015***.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 11 nov. 2015.

_____. *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,* Reclamação Constitucional nº 11.477 AgR/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, Sessão de julgamento de 03 de novembro de 2011. Disponível em: <http:/www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 de nov. de 2015.

_____. *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,* Reclamação Constitucional nº 3.294 AgR/RN, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Sessão de julgamento de 29 de maio de 2012. Disponível em: <http:/www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 de nov. de 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e

antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.
DELLORE, Luiz *et all. Os impactos do Novo CPC no STF.* Disponível em: <http://jota.info/os-impactos-novo-cpc-stf>. Acesso em: 16 nov. 2015.
GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Reclamação constitucional. in* Fredie Didier (org.), Ações constitucionais. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Reclamação e correição parcial*: critérios para distinção. *in* Pedro Henrique Pedrosa Nogueira; Eduadrdo José da Fonseca Costa (org.), Reclação Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2013.
MARINONI, Luiz Guilherme. *A função das cortes supremas e o Novo CPC.* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc> Acesso em: 11 nov. 2015.
MORAES NETO, João. *Teoria da transcendência dos motivos determinantes*. Monografia (graduação). São Paulo: PUC-RJ, 2011. 101 p. Disponível em: < http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=18320@1 > Acesso em: 11 nov. 2015.
ORTEGA, Carlos Eduardo. *O papel do STF como Corte Constitucional.* Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2009-out-30/papel-supremo-tribunal-federal-corte-constitucional?pagina=3>. Acesso em: 14 nov. 2015.
REIS, João Márcio Rêgo. *Transcendência dos motivos determinantes favorece acesso à justiça?* Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/31314>. Acesso em: 11 nov. 2015.

INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Tirzah Míriam Costa Dias*

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar a problematização da omissão legislativa no Constitucionalismo pátrio, que ganhou maior proporção com a vinda ao mundo jurídico da Constituição Federal de 1988. Apontará a origem e os tipos de omissões legislativas, indicando as devidas consequências na esfera jurídica dessa ausência normativa. A temática principal desse artigo é o controle judicial das omissões legislativas, no qual será abordado como é realizado esse controle, através de seus dois principais instrumentos: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Então, será explanado o cabimento dessas duas ações, as legitimidades ativa e passiva, competência para julgamento, processo e procedimento, efeitos das decisões, além de jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Omissão. Normativa. Controle Judicial.

1 INTRODUÇÃO

Uma das grandes dificuldades enfrentadas pelo Constitucionalismo Contemporâneo é a inércia do Poder Legislativo para a edição de leis e normas a que está constitucionalmente obrigado. Essa ausência do Legislativo acaba suscitando uma ineficácia aos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, que tem por objetivo principal a aplicabilidade imediata de seus preceitos.

Essa lacuna deixada pelo Poder Legislativo ocasiona a chamada omissão legislativa, causada pelas chamadas normas de eficácia limitada, que são aquelas que necessitam de um direcionamento posterior para que surtam efeitos.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo o estudo da

* Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes (Unit). Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Sergipe. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe – Ejuse. E-mail: tirzahdias@hotmail.com.

problematização das omissões legislativas, que ganharam maior escopo no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988.

No primeiro tópico, tratar-se-á especificamente da omissão legislativa, bem como da inconstitucionalidade por omissão, traçando os seus conceitos, classificações, além de se enfrentar a matéria na perspectiva do controle judicial das omissões normativas.

Em seguida, serão apresentados os instrumentos de controle judicial sobre as omissões legislativas. Esses institutos foram concebidos ineditamente pela Carta Magna de 1988, que são o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Por conseguinte, será exposto quando são cabíveis essas ações, os órgãos competentes para o seu julgamento, como também os efeitos de suas decisões.

Por fim, será esclarecida a importância do combate às omissões legislativas para proteger os direitos individuais e coletivos, e assegurar a efetividade e supremacia da ordem constitucional pátria.

2 OMISSÃO LEGISLATIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Constituição Federal de 1988 refletiu a consolidação de Estado Social e Democrático, que foi decorrência do desenvolvimento histórico-constitucional da Nação. Para José Afonso da Silva:

> A ordem social, como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a disciplinála sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores (2006, p. 285).

A partir da consolidação dos direitos sociais e fundamentais na Carta Magna de 1988, ao Estado foram confiadas maiores responsabilidades

e deveres para provimento dos direitos e necessidades coletivas, objetivando a promoção do bem-estar social.

Contudo, é necessário frisar que surgiram dificuldades para a devida prestação desses direitos para a sociedade, pois além de muitas normas instituídas pela Constituição não serem autoexequíveis, exigem do Poder Estatal maior dispêndio econômico e jurisdicional.

As omissões legislativas advêm das normas de eficácia limitada, que são aquelas que necessitam de um tratamento ulterior do legislador para que sejam aptas a produzir efeitos.

Com isso, surgiu a questão da omissão legislativa, que ganhou maior escopo no Brasil com a atual Lei Maior, pois foi incorporado um amplo rol de direitos e garantias fundamentais. Ademais, ficou previsto no § 1º do artigo 5º desta Carta, a aplicação imediata das normas definidoras desses direitos. Isto é, o legislador deve buscar meios idôneos para que essas normas sejam devidamente aplicadas, utilizando-se do princípio da aplicabilidade imediata das normas constitucionais quanto aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, a omissão legislativa brotou a partir dessa responsabilidade do legislador de garantir a devida aplicação das normas. Além disso, passou a existir a inconstitucionalidade por omissão, decorrente também da nova Constituição de 1988, como uma espécie de sanção ao Poder Público para que tome providências que sanem as omissões normativas.

Entretanto, para Marcelo Figueiredo Santos:

> [...] a mera instituição da inconstitucionalidade por omissão por certo não resolverá o problema do silêncio do legislador, ao menos não totalmente. Isto porque a inconstitucionalidade por omissão é um instrumento que encerra enormes dificuldades de operatividade (1991, p. 49).

2.2 CONCEITO DE OMISSÃO LEGISLATIVA

Fala-se em omissão legislativa quando o legislador tinha o dever jurídico de legislar, ou seja, este silencia quando na verdade havia uma exigência constitucional de ação. Como elucida Marcelo Figueiredo em sua obra:

> [...] Omissão, em sentido jurídico constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional (1991, p. 44).

A omissão legislativa é uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo Direito Constitucional, pois acaba tolhendo a aplicação e operatividade das normas constitucionais.

2.3 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O enfrentamento jurídico e não meramente doutrinário da Inconstitucionalidade por omissão foi uma consequência do advento da Constituição de 1988, que veio reforçar a ideia de supremacia e imperatividade constitucional, mesmo que haja omissões do Poder Público. Isto é, mesmo que o Poder Legislativo tenha deixado de criar normas infraconstitucionais para regulamentar as chamadas normas de eficácia limitada, a Lei Fundamental continuará com a sua força normativa.

Pode-se conceituar a inconstitucionalidade como sendo uma violação da norma constitucional pelo Poder Público. Essa violação tanto pode manifestar em decorrência de uma ação, quando há uma conduta positiva violadora da Constituição, como por uma omissão, que seria uma conduta negativa ou inércia do Poder Público.

Flávia Piovesan aduz que:

> [...] Inadmissível, por consequência, torna-se a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir direito fundamental. Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais (1995, p. 38).

É importante frisar que não é qualquer omissão do Poder Público que enseja a inconstitucionalidade, isto é, se a medida omissa não prejudicar a aplicabilidade da norma, não há o que se falar em inconstitucionalidade. Dirley da Cunha Júnior elucida que:

> [...] só há inconstitucionalidade quando houver uma relação *imediata* de incompatibilidade vertical entre um ato e as normas constitucionais. Isso significa que, se um ato do poder público estiver em desconformidade com a lei, ele é ilegal, ainda que mediatamente viole a Constituição; se estiver em desconformidade imediata com a Constituição, ele é inconstitucional (2004, p. 113).

Além disso, apenas configura-se a inconstitucionalidade por omissão quando o Legislador tinha o dever jurídico de atuar, mas não o fez. Flávia Piovesan afirma, ainda, que:

> A omissão inconstitucional caracteriza-se: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública (1995, p. 78).

A omissão inconstitucional fica, ainda, subordinada a questão temporal, ou seja, a omissão do legislador irá ocorrer quando houve uma fixação de prazo para que ela seja sanada e não o foi. Todavia, quando não foi fixado prazo, o que acontece na grande maioria das vezes, é necessário analisar o caso concreto e utilizar-se da razoabilidade temporal para determinar se o decurso de prazo foi suficiente para que a omissão fosse sanada pelo Estado. Logo, ao julgador é atribuída a discricionariedade para julgar, utilizando-se do critério da razoabilidade, se o prazo decorrido foi o bastante.

2.4 MODALIDADES DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

As omissões inconstitucionais podem ser classificadas em: total ou

parcial; formal ou material; e absoluta ou relativa.

2.4.1 TOTAL OU PARCIAL

Jorge Miranda esclarece que:

> É total a inconstitucionalidade por omissão que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outra que deem cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional e parcial aquela que consiste na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns dos seus aspectos ou dos seus destinatários (*apud* PIOVESAN, 1995, p. 83).

2.4.2 FORMAL OU MATERIAL

Apesar de possuírem características em comum com as modalidades das omissões total e parcial, as omissões formal ou material são decorrências destas, respectivamente. Alguns doutrinadores apontam como sendo sinônimas, entretanto, outra parte da doutrina as distinguem.

As omissões formais "decorrem da ausência de qualquer emanação de atos voltados ao desenvolvimento da aplicabilidade da Constituição". As omissões materiais, "de sua vez, não se confundem com a concepção naturalística de atos omissivos. A presença delas é constatada a partir de um ato comissivo (omissão-produto) ao qual se agrega, porém um juízo de valor acerca da respectiva adequação à Constituição" (BERNARDES, 2004).

A omissão formal pode ocorrer quando o legislador não emanar qualquer preceito para realizar as imposições constitucionais. Já a omissão material deriva de situações em que as leis de cumprimento das imposições favorecem certos grupos, esquecendo outros, ou quando essas leis de execução excluem arbitrariamente alguns cidadãos, total ou parcialmente, das vantagens concedidas a outros (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 127).

2.4.3 ABSOLUTAS OU RELATIVAS

Para Dirley da Cunha Júnior:

> As omissões absolutas decorrem da violação de um dever legislativo autônomo. Já as omissões relativas partem da ofensa ao princípio da igualdade. Enquanto em relação às omissões absolutas o legislador deveria necessariamente atuar, e se abstém por completo, nas omissões relativas ele poderia ficar inerte, mas resolve atuar, porém transgredindo o princípio da isonomia, seja por não contemplar certos segmentos, seja por excluí-los do benefício (2004, p. 127).

2.5 CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS

O controle da omissão legislativa é competência atribuída ao Poder Judiciário. Há, todavia, uma discussão doutrinária acerca da função específica do Poder Judiciário sobre esse controle, ou seja, se ele assume uma função temporária de legislador ou se apenas obriga ou cita o Poder omisso para que se manifeste e sane a omissão.

Entretanto, existe a problemática de quando o Poder Judiciário assume a função temporária de legislador para sanar a omissão, tal atividade estaria ferindo o princípio constitucional da separação dos poderes preceituado no art. 2º da Constituição Federal que diz: "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Dirley da Cunha Júnior é da doutrina que defende:

> [...] a tese, teórica e cientificamente sustentável, de que o Poder Judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional, integrar a ordem jurídica e suprir a omissão – asseveramos, inconstitucional – dos órgãos de direção política, à guisa de um efetivo controle dessa omissão. Não estão em jogo, aqui, as oscilações político-partidárias, mas sim a imperatividade da Constituição e o respeito pela vontade popular, fonte do maior de todos os Poderes: o Poder Constituinte! Ao contrário do que muitos comodamente advogam, os ideais de um Estado Constitucional Democrático de Direito estão a exigir essa firme postura do Judiciário, e não a repeli-la! (2004, p. 133).

Partindo da autorizada doutrina, é de concluir com o autor que, no Estado Democrático de Direito, impõe-se o asseguramento dos direitos fundamentais. A respectiva inefetividade, em razão da omissão intencional do legislador, é, inegavelmente, uma patologia a ser combatida. Por isso, a independência em si dos Poderes não pode se constituir em argumento hermenêutico para se negar, ou quando menos relativizar, o império da Lei Maior, uma vez que se apresenta como um instrumento para que o Estado atinja os seus fins republicanos e democráticos.

A ordem constitucional de 1988 enfrentou o tema da omissão legislativa criando instrumentos jurídicos inéditos na experiência jurídica pátria, voltados ao seu controle que são: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Em sua tese, Piovesan esclarece ainda que "[...] caracterizada a omissão do legislador, tem-se o cabimento para a adoção das vias de controle da inconstitucionalidade por omissão, que permitem assegurar efetividade ao direito constitucional" (1995, p. 69).

Apesar da criação desses interessantíssimos instrumentos, ainda há uma grande inoperatividade de muitas normas que necessitavam de um tratamento específico, mas que não tiveram a devida atenção do legislador, encerrando assim uma insatisfação na obtenção do resultado inicialmente almejado.

Entretanto, a criação dos indigitados instrumentos na ordem constitucional brasileira já é um imenso avanço no constitucionalismo nacional. Resta, apenas que os Três Poderes atuem juntos para que se consolide a devida aplicação dos direitos e garantias fundamentais, assegurando a força normativa constitucional.

3 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA O CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Como mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 introduziu mecanismos inéditos voltados ao controle judicial das omissões legislativas, buscando assegurar a ampla efetividade dos preceitos constitucionais. As ações voltadas a esse controle são: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

3.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

3.1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é um tipo de ação constitucional de conhecimento e foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pela atual Constituição Federal de 1988.

Gregório Assagra de Almeida elucida que a "*ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por omissão*" trata, "assim, de garantia constitucional do Estado Democrático de Direito que visa também a *tutela do direito objetivo constitucional*, mas nos casos de omissão de medida que esteja impedindo a efetivação da norma constitucional respectiva" (2007, p. 823)

Está prevista no artigo 103, §2º, da Lei Maior e tem por finalidade o reconhecimento das inconstitucionalidades por omissão, caracterizadas pela ausência de produção legislativa exigida pela norma constitucional.

Para Alexandre de Moraes:

> Na conduta negativa consiste a inconstitucionalidade. A Constituição determinou que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. O Poder Público omitiu-se, tendo, pois, uma conduta negativa (2003, p. 631).

Logo, o objeto da ADO é tornar efetiva a norma constitucional de eficácia limitada sobre a qual recaia uma omissão inconstitucional, ou seja, a respeito da qual o legislador tenha se omitido na produção da respectiva norma regulamentadora. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o Poder Público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu.

Flávia Piovesan esclarece que:

> [...] a ação direta de inconstitucionalidade por omissão está relacionada com o direito objetivo. [...] Isto é, pretende-se, através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, suprir as lacunas inconstitucionais da ordem constitucional. Trata-se, pois, de instrumento voltado a preencher, de forma geral e abstrata,

> as lacunas inconstitucionais do ordenamento. A finalidade última é colmatar todas as lacunas inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e possam irradiar, com máxima eficácia, efeitos normativos (1995, p. 97).

Portanto, a função precípua do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das normas é impedir que a Constituição seja violada e afaste a inconstitucionalidade, determinando que ela seja sanada.

O instituto processual em análise não deve ser confundido com a inconstitucionalidade por ação, pois como explicita Roberto Rosas:

> A diferença entre inconstitucionalidade por omissão e a ação por inconstitucionalidade está na verificação da primeira hipótese, e na superação da segunda. A inconstitucionalidade por omissão é apenas constatada, e a inconstitucionalidade arguida por ação tem como finalidade expungir a inconstitucionalidade. Numa não existe a norma (omissão) e na outra existe (ação) (1999, p. 88).

3.1.2 LEGITIMIDADE ATIVA

Os legitimados ativos dessa ação são os mesmos da ADI genérica, constantes do artigo 103 da Carta Magna, que foi alterada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Logo, podem propor essa ação: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Nesta ação, porém, não se faz necessária a oitiva do Advogado-Geral da União, por não haver ato impugnado a ser defendido. No entanto, o Ministério Público sempre será chamado a manifestar-se, atuando obrigatoriamente como *custos legis*.

3.1.3 LEGITIMIDADE PASSIVA

A legitimidade passiva nesse tipo de ação será das autoridades ou órgãos responsáveis por sanarem a omissão inconstitucional.

Em relação à legitimidade na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Dirley da Cunha Júnior esclarece que:

> [...] Cumpre recordar que tanto os legitimados ativos como os legitimados passivos não são partes, pois a ação de inconstitucionalidade por omissão também se destina a instaurar um *processo objetivo* de controle abstrato de constitucionalidade, onde não há partes, nem controvérsia (2011, p. 394).

3.1.4 COMPETÊNCIA

A competência originária para julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é do Supremo Tribunal Federal, de acordo com os art. 103, §2º e 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal.

A competência para julgamento da ADO poderá ser dos Tribunais de Justiças dos Estados ou Distrito Federal, quando a omissão inconstitucional for na regulamentação de norma constante na Constituição Estadual ou Distrital. Importante esclarecer que se a omissão questionada na ADO for na regulamentação de uma norma da Constituição Federal, ainda que seja uma norma estadual que deva fazer essa regulamentação, a competência para julgamento será do Supremo Tribunal Federal.

Consoante Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 333) "tal possibilidade decorre da autonomia de auto-organização e autogoverno estaduais, devendo-se observar, como regra, o modelo federal, preconizado na Constituição da República, a *Lex Mater*." Isso se depreende, *verbi gratia*, no art. 106, I, *h*, da Constituição do Estado de Sergipe, que aduz que compete originariamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar as ações de constitucionalidade contra ato ou omissão que atente contra a Constituição do Estado.

3.1.5 PROCESSO E PROCEDIMENTO

3.1.5.1 DA ADMISSIBILIDADE E PROCEDIMENTO

Por tratar-se de uma ação diferenciada, a ADO não segue um rito processual comum, pois é um processo no qual não há partes (diretamente), inexistindo, então, contraditório ou litígio. Segue, praticamente, o mesmo procedimento que o da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica.

Para Walber de Moura Agra:

> A ação direta de inconstitucionalidade por omissão não incide contra uma inconstitucionalidade material, em que sua expulsão do ordenamento representa a solução do problema. Sua finalidade é regulamentar determinada situação jurídica para que os cidadãos possam exercer os direitos contidos na Constituição. A norma não é expulsa do ordenamento; muito pelo contrário, há exigência de uma regulamentação do comando normativo. Necessita-se, na maioria dos casos, da atuação do Poder Legislativo que não pode se manter omisso diante da exigência da Carta Magna (2008, p. 100).

Segundo a Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em seu art. 12-B, na petição inicial deverá indicar: "I- a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; II- o pedido, com suas especificações". Da decisão que indeferir a petição inicial cabe agravo (art. 12-C, parágrafo único).

Uma vez proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não se admitirá desistência (art. 12-D), assim como não é admitida a intervenção de terceiros no processo (art. 7º, caput), por força do mandamento constante do art. 12-E.

Após decorrer o prazo para prestação de informações, o relator poderá solicitar a apresentação do Advogado-Geral da União e ouvirá o Procurador-Geral da República, tais autoridades deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias. Vencidos os prazos, o relator lançará

o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 8º, art. 9º, caput e art. 12-E, §2º). O Procurador-Geral da República, nas ações em que não for autor, terá vista do processo, por quinze dias, após o decurso do prazo para informações (art. 12-E, §3º).

Os demais legitimados ativos para propor essa ação poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais (art. 12-E, §1º).

Há a possibilidade, ainda, do relator do processo pedir esclarecimentos complementares de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, assim como, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência. Essas perícias e esclarecimentos de informações deverão ser realizados no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator (art. 9º, §1º e §3º).

3.1.5.2 DA MEDIDA CAUTELAR

Havia discussões sobre o cabimento ou não de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Contudo, com a entrada em vigor da Lei 12.063/2009, que veio estabelecer a disciplina processual da ADO, essa controvérsia foi dirimida.

O STF tinha o seguinte entendimento antes do advento da Lei 12.063/2009:

> EMENTA: [...] **INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR**. - **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão** (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. - A procedência da ação

> direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.
>
> (ADI 1458 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34531 EMENT VOL-01842-01 PP-00128) (grifou-se).

Agora com a nova lei, há a possibilidade de concessão de medida cautelar em casos de excepcional urgência e relevância da matéria. Pode o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, desde que a decisão seja tomada se presentes na sessão pelo menos 2/3 dos Ministros, conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 dias (art. 12-F, caput, da Lei 9.868/99).

Poderá ainda ser ouvido no prazo de 03 (três) dias o Procurador-Geral da República, caso o relator julgue indispensável (art. 12-F, §2º).

A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal (art. 12-F, §1º).

3.1.5.3 DA DECISÃO E SEUS EFEITOS

Declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de trinta dias, ou em prazo razoável a ser estipulado

excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido (art. 12-H, §1º).

Essa decisão tem índole obrigatória e mandamental. Segundo José Afonso da Silva:

> [...] provém que a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória quanto a esse reconhecimento, mas *não é meramente declaratória*, porque dela decorre um efeito ulterior de natureza *mandamental* no sentido de exigir do Poder competente a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão. Esse sentido mandamental é mais acentuado em relação a órgão administrativo. Mas ele existe também no tocante à ciência ao Poder Legislativo. Não há de se limitar à mera ciência sem consequência. Se o Poder Legislativo não responder ao mandamento judicial, incidirá em omissão ainda mais grave. Pelo menos terá que dar alguma satisfação ao Judiciário. É certo que, se não o fizer, praticamente nada se poderá fazer, pois não há como obrigar o legislador a legislar (2006, p. 55-56).

Há muitas críticas em relação aos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão. Uma delas é a de que, diversamente da decisão que declara a inconstitucionalidade por ação, a inconstitucionalidade por omissão recebe tratamento diferenciado, isso porque a decisão final do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade por ação gera uma eficácia *erga omnes* (contra todos), *ex tunc* (retroativa) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, seja federal, estadual ou municipal, logo, seus efeitos se dão imediatamente com a publicação do acórdão.

Nos casos de declaração da inconstitucionalidade por omissão, quando a omissão é do próprio Poder Legislativo, será dada ciência a este para que tome as providências necessárias a solucionar a omissão, não havendo prazo específico para saná-la, devido à autonomia dos Poderes, não podendo o STF (Poder Judiciário) fixar qualquer prazo para que o Legislativo atue. O que acontece aqui é que se o Poder Legislativo

permanecer em mora, não há nenhuma consequência jurídica para ele, tornando, então, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão ineficaz.

Michel Temer questiona que:

> [...] em se tratando de medidas legislativas, não havendo a Constituição Federal fixado prazo para a adoção da providência, qual a sanção para o não cumprimento da ordem judicial que declarou a inconstitucionalidade por omissão e determinou a prática da medida? Não há previsão no texto constitucional, no que a nossa Constituição reproduziu o sistema da Constituição portuguesa (...). Tudo indica que o constituinte pátrio confia no estabelecimento de mecanismos regimentais internos no Poder Legislativo, capazes de viabilizar o disposto na determinação judicial (*apud* PIOVESAN, 1995, p. 103-104).

Entretanto, caso o Poder ou órgão permanecer inerte e, essa omissão acarretar lesão ou ameaça de lesão a direito, poderá dar ensejo à proposição de ação de reparação por perdas e danos contra o Poder omisso.

Muitos doutrinadores pugnam para que essa decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade por omissão tivesse um condão normativo, ou seja, que essa decisão valesse como lei, caso o Poder Legislativo não atuasse. Seria interessante isso ocorrer, pois solucionaria a inércia do Legislativo. Contudo, iria ferir a independência e autonomia dos Poderes, dando ao Judiciário função diferente da sua, que seria a de legislar. José Afonso da Silva manifesta-se acerca disso:

> Por isso é que, no caso de inconstitucionalidade por omissão, propugnávamos por uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão. A sentença normativa teria esse efeito. Mas o legislador constituinte não quis dar esse passo à frente (2006, p. 56).

Em que pese haver toda essa discussão doutrinária, o STF na ADI por omissão nº 3682, fixou um prazo de 18 meses para que o Legislativo editasse a lei complementar.

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados

> pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. **Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.** Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n°s 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.
>
> (ADI 3682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277 RTJ VOL-00202-02 PP-00583) (grifou-se)

Assim, com esse novo posicionamento do STF, pode-se dizer que finalmente a ADO está conseguindo obter êxito na sua decisão a fim de extirpar a inconstitucionalidade por omissão.

3.2 MANDADO DE INJUNÇÃO

3.2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Mandado de Injunção é uma forma de garantia constitucional assecuratória dos Direitos Fundamentais, servindo a assegurar a sua fruição e defesa. Assim, é uma ação constitucional voltada à proteção dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, nos termos do artigo

5º, inciso LXXI, da Constituição Federal.

A jurisprudência do STF é clara sobre a natureza desse instituto:

> 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) (grifou-se).

Segundo Alexandre de Moraes:

> O Mandado de Injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação

> direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais (2003, p. 179).

Foi também um instrumento inédito trazido pela Constituição Federal de 1988 e, constitui, em síntese, remédio constitucional em face das omissões inconstitucionais, servindo, portanto, ao controle difuso das inconstitucionalidades por omissão.

José Afonso da Silva aduz que o mandado de injunção:

> Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal *finalidade* consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento de realização prática da disposição do art. 5º, §1º (2006, p.448).

Em que pese o mandado de injunção não possuir legislação específica que trate de sua regulamentação, mesmo tendo havido alguns projetos de lei para tratar da matéria e nenhum aprovado, esse instrumento não se tornou inexequível, tendo o art. 5º da Carta Magna auto-aplicabilidade.

Enquanto não houver legislação específica que regule o mandado de injunção, essa ação será regida subsidiariamente pelas normas do mandado de segurança, como estabelece o art. 24, parágrafo único, da Lei 8.038/90.

Essa ação possui, ainda, preferência no julgamento sobre as demais ações, exceto sobre o *habeas corpus* e o mandado de segurança, por tratar de direitos assegurados fundamentalmente pela Constituição.

3.2.2 REQUISITOS OU PRESSUPOSTOS

Os requisitos ou pressupostos para o Mandado de Injunção são: a falta de norma regulamentadora de uma previsão constitucional (omissão do

Poder Público); e a inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Para a concessão do Mandado de Injunção deve-se pressupor a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa.

Existem três correntes doutrinárias que discutem sobre a abrangência ou extensão dos direitos ou liberdades que podem ser objeto do mandado de injunção. Segundo Carlos Augusto Alcântara Machado (1999, p. 68-70) essas correntes são: restritiva, intermediária e abrangente.

A corrente restritiva possibilita a proteção constitucional apenas aos direitos elencados expressamente no art. 5º, LXXI, da CF, quais sejam: a nacionalidade; a soberania e a cidadania. Já a intermediária alcança além dos direitos expostos expressamente naquele inciso, os direitos consubstanciados no título II da Lei Maior, ou seja, os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos à nacionalidade e direitos políticos. Enfim, a corrente abrangente entende que a injunção acolhe não só aqueles direitos como também todos que são tutelados pela Constituição.

Carlos Augusto Alcântara Machado filia-se a última corrente esclarecendo que:

> Por fim, conclusivamente, não é excessivo afirmar que no campo de proteção do direito tutelado pelo mandado de injunção, o impetrante deverá demonstrar que a Constituição outorgou-lhe o direito subjetivo abstratamente (titularidade de direito, garantia e prerrogativas – nacionalidade, soberania e cidadania) e seu exercício vem sendo obstado pela omissão (situação de *vacuum juris*), em razão da falta de norma regulamentadora (1999, p. 73).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é sobre a ampliação da norma constitucional, considerando o Mandado de Injunção instrumento útil não apenas à aplicação dos direitos fundamentais, como também de qualquer direito constitucional que teve seu exercício suprimido.

Portanto, a finalidade do Mandado de Injunção é conferir ao seu impetrante que teve o exercício de seu direito constitucional violado, a prestação jurisdicional para tornar apto, no caso concreto, a aplicação de seus direitos que foram inviabilizados pela norma constitucional omissa.

3.2.3 LEGITIMIDADE ATIVA

A legitimidade ativa *ad causam* desta ação pertence ao titular dos direitos e liberdades constitucionalmente asseguradas, cujo exercício é frustrado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora.

Portanto, o Mandado de Injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, podendo ainda ser legitimadas pessoas jurídicas públicas ou privadas, com também nacionais ou estrangeiras. É cabível ainda para tutelar direitos coletivos, ou seja, de uma determinada categoria.

Esse é o entendimento do STF:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. SEGUIMENTO NEGADO PELO RELATOR. COMPETÊNCIA DO RELATOR PARA NEGAR SEGUIMENTO A PEDIDO OU RECURSO: RI/STF, art. 21, § 1º; Lei nº 8.038, de 1990, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/98: CONSTITUCIONALIDADE. MANDADO DE INJUNÇÃO: PRESSUPOSTOS. C.F., art. 5º, LXXI. **LEGITIMIDADE ATIVA**. I. - É legítima, sob o ponto de vista constitucional, a atribuição conferida ao Relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso - RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/98 - desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado. II. - A existência de um direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora, constitui pressuposto do mandado de injunção. III. - **Somente tem**

> **legitimidade ativa para a ação o titular do direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora**. IV. - Negativa de seguimento do pedido. Agravo não provido.
>
> (MI 595 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/1999, DJ 23-04-1999 PP-00015 EMENT VOL-01947-01 PP-00001 RTJ VOL-00169-02 PP-445) (grifou-se).

3.2.4 LEGITIMIDADE PASSIVA

Já o polo passivo dessa demanda será integrado pela autoridade, órgão ou Poder competente para editar a norma regulamentadora faltante, logo, só pode figurar no polo passivo pessoas estatais, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Apenas a autoridade, órgão ou entidade que tenha o dever de regulamentar a norma constitucional dispõe de legitimidade passiva 'ad causam' no mandado de injunção. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento.
>
> (MI 1525 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, DJe-069 DIVULG 11-04-2011 PUBLIC 12-04-2011 EMENT VOL-02501-01 PP-00021)

Entretanto, Flávia Piovesan possui entendimento diverso, afirmando que:

> [...] sustenta-se que no mandado de injunção a legitimidade passiva recai sobre a parte privada

> ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da injunção. Isto é, a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante (1995, p. 127).

3.2.5 COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

A Carta Magna prevê os competentes Tribunais para julgamento do Mandado de Injunção de acordo com o órgão incumbido da elaboração da norma regulamentadora.

A competência para processar e julgar, originariamente, o Mandado de Injunção será do STF quando, segundo o art. 102, I, "q", da CF, a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

A Constituição prevê, ainda, no art. 105, I, "h", que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

Por fim, a CF prevê a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar, em grau de recurso, o mandado de injunção que tiver sido denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral, conforme art. 121, § 4º, V, da CF.

No âmbito estadual, será permitido aos Estados, no exercício do poder constituinte derivado decorrente, estabelecerem em suas Constituições Estaduais o órgão competente para processo e julgamento de mandados de injunção contra a omissão do Poder Público estadual em relação às normas constitucionais estaduais.

3.2.6 PROCESSO E PROCEDIMENTO

Como mencionado anteriormente, o mandado de injunção, por não possuir lei específica, terá o seu processo e procedimento regido pela lei do mandado de segurança.

Contudo, na injunção não é cabível a concessão de medida liminar, conforme a jurisprudência do STF:

> MANDADO DE INJUNÇÃO - LIMINAR. Os pronunciamentos da Corte são reiterados sobre a impossibilidade de se implementar liminar em mandado de injunção - Mandados de Injunção nºs 283, 542, 631, 636, 652 e 694, relatados pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e por mim, respectivamente. AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR. Descabe o ajuizamento de ação cautelar para ter-se, relativamente a mandado de injunção, a concessão de medida acauteladora.
>
> (AC 124 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2004, DJ 12-11-2004 PP-00006 EMENT VOL-02172-01 PP-00001 RT v. 94, n. 832, 2005, p. 153-154 RJADCOAS v. 6, n. 63, 2005, p. 35-36)

Quanto a isso, Gregório Assagra de Almeida assevera que:

> [...] o STF, sob o argumento de que a finalidade a ser alcançada pela via do mandado de injunção se resuma à declaração, já firmou entendimento de que não é cabível liminar em sede de mandado de injunção, que se constituiria em provimento provisório com alcance que nitidamente ultrapassaria os próprios limites da decisão final a ser proferida no mandado de injunção (2007, p. 646).

Durante o processo, o Ministério Público deverá atuar como *custos legis*, caso não seja o autor da ação, devendo acompanhar todas as fases e se for necessário emitir parecer.

3.2.7 EFEITOS

Acerca dos efeitos do Mandado de Injunção, Carlos Augusto Alcântara Machado assevera em sua obra, as cinco modalidades de orientações interpretativas acerca dos efeitos desse instituto, na visão de José da Silva Pacheco:

> A *primeira*, considerando que a ação do mandado de injunção e a respectiva sentença favorável visariam criar a norma legal omissa, substituindo a atividade do órgão competente para fazê-lo, a *segunda*, enfocando a ação e a sentença como tendo em vista obter a ordem ou mandamento ao órgão competente para baixar a norma, inclusive ao Legislativo, a fim de que elabore e baixe o ato regulamentador; a *terceira*, focalizando o mandado de injunção como propiciatório de sentença declaratória de omissão ou condenatória de obrigação de fazer, sujeita à execução comum; a *quarta*, vendo o mandado de injunção como instrumento para obter do juiz a decisão de, atendendo ao pedido, proteger o direito reclamado, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum e os princípios constitucionais e gerais do Direito; e, por último, a *quinta* orientação que, combinando a segunda e a quarta, propõe que o órgão competente, que não se resume ao Legislativo, baixe a norma em curto prazo, ciente de que, se não o fizer, o juiz julgará o caso concreto submetido à sua apreciação (1999, p. 103-104).

Muito se discutiu a respeito dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção. Isso decorreu do fato de que, ao longo dos anos, o Supremo Tribunal Federal relativizou seu posicionamento jurisprudencial.

Alexandre de Moraes (2003, p. 185-188) expõe duas correntes acerca dos posicionamentos do STF em relação ao mandado de injunção: a posição *concretista* e a *não concretista*.

Na posição concretista ele afirma que:

> [...] presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente (2003, p. 185).

A posição concretista divide-se ainda em duas espécies: *concretista geral* e *concretista individual*, de acordo com a abrangência dos seus efeitos:

> Pela *concretista geral*, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Essa posição é pouco aceita na doutrina. [...] Pela *concretista individual*, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercitar plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional (2003, p. 185-186).

A tese concretista individual ainda se subdivide em *direta* e *intermediária*:

> Pela primeira vez, *concretista individual direta*, o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. [...] Pela segunda, *concretista individual intermediária,* [...] fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a inércia permanecer o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor (2003, p. 186).

Já a posição não concretista:

> [...] firmou-se no sentido de atribuir ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, "em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do writ como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política" (2003, p. 187-188).

Antes de 2007, o entendimento do STF era de que a decisão da injunção tinha um caráter declaratório, ou seja, apenas era reconhecida a falta de norma reguladora.

Esse posicionamento conferia ao Mandado de Injunção os mesmos efeitos da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, perdendo, assim o estatuto da Injunção seus objetivos originais, posto que, esta por ser uma ação que tem por objeto a tutela de direito subjetivo, não poderia ter por finalidade a determinação da elaboração da norma regulamentadora omissa, pois seus efeitos operam no caso concreto, isto é, *inter partes*, pois aqui o pedido é o reparo do direito constitucional infringido.

O STF adotava a tese não concretista. Isso se depreende do seguinte julgado:

> MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTOAPLICABILIDADE, OU NÃO. - EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIÁRIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA

> OMISSÃO SE ESTIVER CARACTERIZADA A MORA EM REGULAMENTAR POR PARTE DO PODER, ÓRGÃO, ENTIDADE OU AUTORIDADE DE QUE ELA DEPENDA, COM A FINALIDADE DE QUE SE LHE DÊ CIÊNCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS, A SEMELHANÇA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL OPONÍVEL CONTRA O ESTADO, A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS DE QUE POSSA ADVIR PARA O IMPETRANTE DANO QUE NÃO OCORRERIA SE NÃO HOUVESSE A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. - ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTÁ DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTOEXECUTÁVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICÁVEL QUE LHE É ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTOAPLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.
>
> (MI 107 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989, DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001)

Devido às diversas críticas doutrinárias, e também segundo Bernardo Gonçalves Fernandes foram fatores que alteraram o posicionamento do STF:

> [...] não podemos olvidar a modificação de composição do STF nos últimos anos, sobretudo, de 2003, até os dias atuais. Sem dúvida, com uma composição renovada, a chance de ruptura com a conservadora posição de outrora apresenta-se. Isso demonstra, mais uma vez, que o direito e a sua interpretação à luz da Constituição e a própria Constituição são e sempre estão em processo (em permanente fazer), visto que não são e nem podem ser consideradas como algo dado (absolutizado) (2011, p. 414).

O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal é a adoção da tese concretista, na qual ele diz qual é o direito aplicável ao caso concreto:

> EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. **Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a**

> **proteção judicial efetiva** (CF, art. 5o, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003.
> [. . .]
> (MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471) (grifou-se).

3.2.8 MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

O Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência, tem admitido a impetração de Mandado de Injunção Coletivo, aplicando-se subsidiariamente, nessas situações, as disposições do Mandado de Segurança Coletivo:

> I - MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: **ADMISSIBILIDADE, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 5., LXX, DA CONSTITUIÇÃO;** LEGITIMIDADE, NO CASO, ENTIDADE SINDICAL DE PEQUENAS E MEDIAS EMPRESAS, AS QUAIS, NOTORIAMENTE DEPENDENTES DO CRÉDITO BANCÁRIO, TEM INTERESSE COMUM NA EFICÁCIA DO ART. 192, PAR. 3., DA CONSTITUIÇÃO, QUE FIXOU LIMITES AOS JUROS REAIS. II. MORA LEGISLATIVA: EXIGÊNCIA E CARACTERIZAÇÃO: CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE. A MORA - QUE E PRESSUPOSTO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO LEGISLATIVA -, E DE SER RECONHECIDA, EM CADA CASO, QUANDO, DADO O TEMPO

CORRIDO DA PROMULGAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL INVOCADA E O RELEVO DA MATÉRIA, SE DEVA CONSIDERAR SUPERADO O PRAZO RAZOÁVEL PARA A EDIÇÃO DO ATO LEGISLATIVO NECESSÁRIO A EFETIVIDADE DA LEI FUNDAMENTAL; VENCIDO O TEMPO RAZOÁVEL, NEM A INEXISTÊNCIA DE PRAZO CONSTITUCIONAL PARA O ADIMPLEMENTO DO DEVER DE LEGISLAR, NEM A PENDÊNCIA DE PROJETOS DE LEI TENDENTES A CUMPRI-LO PODEM DESCARACTERIZAR A EVIDÊNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PERSISTENTE OMISSÃO DE LEGISLAR. III. JUROS REAIS (CF,ART.192, PAR. 3.): PASSADOS QUASE CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO E DADA A INEQUÍVOCA RELEVÂNCIA DA DECISÃO CONSTITUINTE PARALISADA PELA FALTA DA LEI COMPLEMENTAR NECESSÁRIA A SUA EFICÁCIA - CONFORME JA ASSENTADO PELO STF (ADIN 4, DJ 25.06.93, SANCHES) -, DECLARA-SE INCONSTITUCIONAL A PERSISTENTE OMISSÃO LEGISLATIVA A RESPEITO, PARA QUE A SUPRA O CONGRESSO NACIONAL. IV. MANDADO DE INJUNÇÃO: NATUREZA MANDAMENTAL (MI 107-QO, M. ALVES, RTJ 133/11): DESCABIMENTO DE FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O SUPRIMENTO DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL, QUANDO - POR NÃO SER O ESTADO O SUJEITO PASSIVO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE EXERCÍCIO OBSTADO PELA AUSÊNCIA DA NORMA REGULAMENTADORA (V.G, MI 283, PERTENCE, RTJ 135/882) -, NÃO SEJA POSSÍVEL COMINAR CONSEQUÊNCIAS A SUA CONTINUIDADE APÓS O TERMO FINAL DA DILAÇÃO ASSINADA.

(MI 361, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em

08/04/1994, DJ 17-06-1994 PP-15707 EMENT VOL-01749-01 PP-00046) (grifou-se).

De acordo com o art. 5º, LXX da Constituição Federal, aplicável por analogia, a legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo caberá a: partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, e que tenha pertinência temática, em defesa dos interesses de seus membros ou associados:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA INSCRITA NO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89, QUE REGE O DIREITO DE GREVE NA INICIATIVA PRIVADA, ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. MANDADO DE INJUNÇÃO UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DO MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO-CONHECIMENTO. 1. **O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.** 2. Este Tribunal entende que a utilização do mandado de injunção como sucedâneo do mandado de segurança é inviável. Precedentes. 3. O mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa 4. Mandado de injunção não conhecido.

(MI 689, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 18-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02243-01 PP-00001 RTJ VOL-00200-01 PP-00003 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 139-143) (grifou-se).

É importante frisar que não há litispendência entre o mandado de injunção individual e o coletivo, pois a decisão procedente da injunção serve apenas para favorecer os seus impetrantes.

3.2.9 DOS RECURSOS

A decisão em sede de Mandado de injunção é passível de recurso. Nos casos de procedência do pedido é cabível recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, III, da CF, e recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, segundo art. 105, III, da CF. Se a decisão da injunção for denegatória cabe recurso ordinário constitucional para o STF, se foi caso de competência originária dos Tribunais Superiores, de acordo com o art, 102, II, *a*, da CF.

Também é possível a interposição de embargos de declaração, nos casos de omissão, contradição ou obscuridade. Se a decisão foi proferida em sede de primeiro grau são cabíveis ainda os recursos de apelação, agravo (retido ou de instrumento) e recurso adesivo (ALMEIDA, 2007, p. 657-658).

3.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO

Em que pese o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão serem ações especializadas no combate das inconstitucionalidades por omissão, decorrentes da ausência de produção legislativa exigida pela Carta Magna, possuem naturezas diferenciadas.

Para Carlos Augusto Alcântara Machado:

> É de se averbar, no entanto, como observado por Roque Antônio Carrazza, que o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão assemelham-se, no fato de que ambos os instrumentos processuais têm cabimento diante da falta de norma regulamentadora de natureza infraconstitucional, que daria plena efetividade à norma constitucional que consagra direitos e liberdades constitucionais, ou prerrogativas

> inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não mais que nisso (1999, p. 126).

Uma das suas diferenças é que o mandado de injunção integra o quadro do controle de constitucionalidade difuso, enquanto a ADO desempenha o controle concentrado. Possuem, ainda, individualizadas características, principalmente quanto à legitimidade ativa, ao órgão competente para seu julgamento e aos efeitos da decisão.

Para Flávia Piovesan:

> [...] embora ambos os instrumentos constituam mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção é instrumento de tutela de direito subjetivo, que não se confunde com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é instrumento de tutela de direito objetivo (1995, p. 161).

Na injunção a legitimidade ativa será de qualquer pessoa que possua titularidade nos direitos e liberdades constitucionais que foram inviabilizados pela omissão normativa. Já na ADO, a legitimidade ativa é restrita aos enumerados no art. 103 da Constituição Federal.

Com relação ao órgão competente para julgamento, na ADO, por ser instrumento do controle concentrado de constitucionalidade, a competência pertenceria somente ao Supremo Tribunal Federal. No tocante ao mandado de injunção, que é um *writ* constitucional enquadrado no controle difuso de constitucionalidade, para a delimitação de competência será necessário analisar a autoridade ou órgão responsável pela elaboração da norma omissa.

Na ADO, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal cientificará apenas o Poder competente para que tome as devidas providências ou fixará prazo de 30 (trinta) dias para o órgão administrativo fazê-lo. Isto é, embora a ADO tenha a finalidade de tornar efetiva a norma constitucional não regulamentada, sozinha não será capaz de solucionar a omissão legislativa, posto que, somente o seu processamento não será capaz de tornar efetiva a produção da norma faltante. Diante disso, sua decisão tem caráter apenas declaratório. No mandado de injunção, ao contrário do que ocorre na ADO, o objeto

principal da lide é a solução do caso concreto e a causa de pedir é a inconstitucionalidade por omissão. Como no controle difuso os efeitos da decisão atingem somente as partes da demanda e, que a sentença faz lei nos limites do litígio, a solução da omissão inconstitucional se dará na via mandamental. Logo, o juiz poderá solucionar a falta de lei no caso concreto tomando as providências necessárias para dissolver a lide.

Carlos Augusto Alcântara Machado aduz ainda que:

> [...] a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão é muito mais abrangente que o mandado de injunção, já que a expressão medida diz respeito à falta de norma regulamentadora, como também à falta de ações administrativas ou de providências materiais necessárias à concretização da vontade da Constituição (1999, p. 127).

No tocante à possibilidade ou não de fungibilidade entre essas duas ações, o Supremo Tribunal Federal entende pela não admissão devido às diversas distinções existentes entre elas.

> MANDADO DE INJUNÇÃO. - O MANDADO DE INJUNÇÃO, COMO PREVISTO NO INCISO LXXI DO ARTIGO 5. DA CARTA MAGNA, SÓ É CABÍVEL QUANDO A FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA TORNE INVIÁVEL O EXERCÍCIO DOS DIREITOS E LIBERDADES CONSTITUCIONAIS E DAS PRERROGATIVAS INERENTES À NACIONALIDADE, À SOBERANIA E À CIDADANIA, O QUE IMPLICA DIZER QUE SÓ TEM LEGITIMIDADE PARA PROPÔ-LO O TITULAR DESSES DIREITOS, LIBERDADES OU PRERROGATIVAS CUJO EXERCÍCIO ESTEJA INVIABILIZADO POR FALTA DE SUA REGULAMENTAÇÃO. PORTANTO, AINDA QUANDO SE SUSTENTASSE QUE A COMPETÊNCIA PARA DESAPROPRIAR POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA FOSSE UM DIREITO CONSTITUCIONAL QUE ADMITISSE A IMPETRAÇÃO DE MANDADO

> DE INJUNÇÃO, FALTARIA AO ESTADO DO PARANÁ LEGITIMIDADE PARA IMPETRÁ-LO, UMA VEZ QUE DELE NÃO SERIA TITULAR. - NÃO EXISTE EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO O INSTITUTO DA FUNGIBILIDADE DE AÇÕES, A PERMITIR QUE O JUIZ, DE OFÍCIO OU A PEDIDO RESULTANTE DE DÚVIDA DO AUTOR, TENHA UMA AÇÃO (A PRÓPRIA) POR OUTRA (A IMPRÓPRIA), SE O ERRO FOR EXCUSÁVEL. MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO POR FALTA DE LEGITIMIDADE ATIVA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE CONVERSÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.
>
> (MI 395 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/1992, DJ 11-09-1992 PP-14712 EMENT VOL-01675-01 PP-00112 RTJ VOL-00142-02 PP-00390)

Para tanto, em que pese ainda existir uma problemática acerca da omissão normativa federal brasileira, a simples existência desses dois instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão na ordem constitucional pátria, criados com a Constituição Federal de 1988, já é o primeiro passo para garantir uma maior efetividade da Constituição Federal.

4 CONCLUSÃO

A partir desse trabalho é possível se extrair diversas conclusões. Uma delas é a de que a omissão legislativa decorre do dever que o legislador tinha de agir, ou seja, ele estava constitucionalmente compelido a atuar, mas não o fez.

Assim, a omissão legislativa brotou a partir dessa responsabilidade do legislador de garantir a devida aplicação das normas. Além disso, passou a existir a inconstitucionalidade por omissão, decorrente também da Constituição de 1988, como uma espécie de sanção ao Poder Público para que tome providências que sanem as omissões normativas.

Pode-se perceber que a inconstitucionalidade por omissão se encontra intrinsecamente ligada à eficácia das normas constitucionais, importando numa valorização da força normativa da Constituição. A partir dessa preocupação em manter intactos e eficazes os ditames constitucionais é que surgiram os mecanismos de controle de constitucionalidade das normas.

O Controle de Constitucionalidade das leis é um mecanismo que visa à verificação da compatibilidade das normas infraconstitucionais em face da Constituição Federal. Esse controle é feito judicialmente.

Para o saneamento das omissões legislativas pode-se elucidar duas ações voltadas ao seu controle de constitucionalidade: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Apesar da concepção desses instrumentos, muitas normas ainda se encontram inoperáveis, necessitando de tratamento específico, pois o legislador permaneceu inerte.

Em que pese os dois institutos serem responsáveis por assegurar a supremacia constitucional e ter por finalidade extirpar a inconstitucionalidade por omissão, possuem gritantes diferenças, dentre elas, a legitimidade ativa, o órgão competente para seu julgamento e os efeitos da decisão de seu julgamento.

Na ADO, a capacidade postulatória ativa é restrita ao rol de legitimados enumerados no art. 103 da Constituição Federal. No Mandado de injunção a legitimidade ativa será de qualquer pessoa que possua titularidade nos direitos e liberdades constitucionais que foram inviabilizados pela omissão legislativa.

Uma das diferenças é que o mandado de injunção integra o quadro do controle de constitucionalidade difuso, também conhecido como um *writ* ou remédio constitucional tendo por objeto principal a solução da lide no caso concreto, sendo necessário para a delimitação de competência para julgamento, analisar a autoridade ou órgão responsável pela elaboração da norma faltante. Sua decisão atinge apenas as partes do litígio.

Já a ADO, por desempenhar o controle concentrado, tem para a competência de julgamento e proferimento de decisão o Supremo Tribunal Federal, gerando efeitos *erga omnes*.

Como o Direito é uma ciência em constante evolução, houve algumas alterações ao longo do tempo sobre a concepção das ações tratadas e principalmente em seus efeitos, tendo a jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal acompanhado essas mudanças, pois, durante certo tempo, a Suprema Corte entendia pela equiparação dos efeitos da decisão do Mandado de Injunção ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Conclui-se que a decisão na ADO tem caráter declaratório, pois a sua decisão apenas cientifica o Poder competente para que tome as providências necessárias ou fixe prazo de 30 (trinta) dias para o órgão administrativo fazê-lo.

Quanto ao mandado de injunção, a sua decisão tem caráter mandamental, pois como é instrumento do controle difuso, seus efeitos alcançam apenas as partes do litígio, tendo o juiz que solucionar a falta de lei no caso concreto.

A criação desses instrumentos para a ordem constitucional brasileira já é um avanço para o constitucionalismo pátrio. Resta, apenas que os três Poderes atuem juntos para a consolidação dos direitos e garantias fundamentais, contribuindo para que a supremacia constitucional seja garantida.

Enfim, espera-se que, com os instrumentos responsáveis pelo controle judicial das omissões legislativas, seja configurada a *Lex Maxima* a devida efetividade, cabendo a atuação do Legislador para o seu zelo e guarda.

—

PROCEDURAL INSTRUMENTS OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION OF CONTROL

ABSTRACT: This study aims to reach the problematization of legislative omission in the National Constitutionalism, that gained ratio with the coming into the legal world of the 1988's Federal Constitution. It will appoint the origins and types of legislative omissions, indicating the appropriate consequences in the juridical sphere of this normative absence. The main theme of this article is the judicial review of legislative omissions, which it will describe how this control is accomplished, through its two main instruments: the Writ of Injunction and the Direct Action of Unconstitutionality by Omission. Then it will be explained the pertinence of these two actions, the active and passive legitimacy, competence for trial, process and procedure, effects of decisions, and jurisprudence.

KEYWORDS: Omission. Rules. Judicial Review.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodvim, 2008.
ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. BERNARDES, Juliano Taveira. *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no Direito brasileiro*. Disponível em http://jus.com.br/revista/texto/6126/novas-perspectivas-do-controle-da-omissao-inconstitucional-no-direito-brasileiro Acessado em 08/09/2011.
BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. rev. ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2011.
FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção* – Um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999.
MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional*: Princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O Mandado de Injunção e a inconstitucionalidade por Omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: CRÍTICAS À CONCRETIZAÇÃO DESTES DIREITOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Vivien Félix Silva[*]

RESUMO: Tendo em vista que os direitos fundamentais têm por finalidade imporem limites à atuação do Estado, o presente estudo propõe, de maneira crítica, refletir sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações firmadas entre os particulares sem, contudo, mitigar a autonomia privada, sendo este um dos princípios de cunho eminentemente social que compõe a teoria contratual contemporânea. É reconhecido na doutrina e jurisprudência o caráter de princípio das normas de direitos fundamentais previstas na Constituição Federal da República de 1988 e eventuais colisões entre esses direitos são solucionadas, na maioria das vezes, pelo Poder Judiciário através de técnicas interpretativas próprias, a fim de encontrar uma resposta eficiente e justa a cada fato apresentado. Em virtude dessa postura proativa do Poder Judiciário que acaba por exercer em alguns casos o papel do Poder Executivo ou Legislativo, questiona-se a legitimidade da sua atuação na concretização dos direitos fundamentais em virtude da complexidade e abertura normativa que o caracterizam.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Relações privadas. Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais foram concebidos com a finalidade de impor limites ao poder do Estado-soberano, sendo direitos exercidos contra o Estado, não possuindo, a princípio, maior relevância no que se refere às relações particulares. Assim, apesar da divergência doutrinária sobre a definição dos direitos fundamentais, estes podem ser conceituados de forma sintetizada como os direitos humanos positivados na esfera do

[*] Advogada. Graduada pela Universidade Tiradentes em 2010 e Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe em 2015.

Direito Constitucional.

Desta feita, a evolução histórico-política dos direitos fundamentais, em especial no período do Absolutismo, resultou como fundamento destes direitos uma exigência de abstenção do Estado para que o indivíduo pudesse ter liberdade de exercê-los, dentro daquilo permitido em lei.

Tem-se aqui o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e com ele surgiram forças privadas capazes de desestruturar as relações jurídicas entre particulares, com a sujeição do mais fraco em detrimento do mais forte, muitas vezes em virtude de sua superioridade econômica.

Assim, este artigo tem por objetivo analisar a eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais no âmbito das relações privadas, admitindo a sua oponibilidade contra os particulares, a fim de dar efetiva proteção a esse direito primário dos indivíduos, necessitando, muitas vezes, para isso de uma intervenção do Poder Judiciário.

Por fim, sob a perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, pretende-se examinar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, momento em que se questionará se a concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário implicaria em uma ofensa à autonomia privada ou até mesmo em um exercício irregular das funções dos Poderes Legislativo e Executivo, apontando as críticas e posicionamentos favoráveis sobre o tema.

2 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fala-se em eficácia vertical dos direitos fundamentais quando se analisa as relações entre um ente "superior", o Estado e outro "inferior", o cidadão.

De acordo com Marcelo Novelino (2008, p. 231), o exercício do poder estatal encontra limites nos direitos fundamentais, pois estes impõem restrições à sua atuação nas relações com os indivíduos, ponto central da doutrina liberal clássica. Fala-se em "eficácia vertical dos direitos fundamentais", por que nessa relação há hierarquia e subordinação, sendo o Estado, o único destinatário das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais.

No século XX, teve início na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que arguia a defesa da atuação destes também nas relações entre particulares. Trata-se da eficácia horizontal ou efeito

externo dos direitos fundamentais, também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros.

Perfazendo um breve histórico sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, destaco que o Ministro Gilmar Mendes[1], ao analisar a matéria em comento e proferindo o seu voto no Recurso Extraordinário n. 201819 – 8, dentre vários exemplos traz o "Caso Wallraff", da Alemanha, em que um repórter, se valendo de uma identidade falsa, conseguiu um emprego em uma redação de jornal, conhecido pelo seu caráter sensacionalista. Tempos depois, escreveu um livro com todo o material adquirido naquele emprego.

A empresa jornalística ingressou com uma ação contra o "falso" repórter e o editor do livro, sendo esta rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, a Corte acolheu o recurso impetrado, manifestando o entendimento de que "entre as condições da função de uma imprensa livre pertence a relação de confiança do trabalho de redação, sendo lícita, fundamentalmente, a pretensão manifestada no sentido de impedir a publicação de informações obtidas mediante utilização de artifícios dolosos".

Pontua, assim, que o referido Tribunal reconheceu um efeito jurídico subjetivo aos direitos fundamentais. Faz-se necessário, portanto, uma eficiente atuação de defesa por parte do Poder Judiciário e uma vez existentes lesões a estes direitos nas relações privadas, a sua defesa se dará sob dois aspectos: "aos direitos constitucional objetivo e ao direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado", sendo este último a sua maior obrigação de zelo e respeito.

Por conseguinte, resta claro que o nascedouro da discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas se deu na doutrina e jurisprudência alemãs.

Daniel Sarmento[2] destaca que a Constituição Federal da República do Brasil de 1988 dispõe sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao afirmar,

> [...] só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isso não acontece em grande parte dos casos de, nas aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares,

> nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia. Pensar a autonomia privada, num sentido pleno, é pensar também nos constrangimentos impostos a ela por agentes não estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica e excludente [...] (2008, p. 240).

A *doutrina* elenca três teorias que abordam sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, quais sejam, Teoria da Ineficácia Horizontal (ou Doutrina do *State Action*), Teoria da Eficácia Horizontal Indireta ou Mediata e Teoria da Eficácia Horizontal Direta ou Imediata, que serão abordadas a seguir, uma vez que a sua compreensão é indispensável para a aplicação dos direitos fundamentais ao caso concreto (relações particulares).

De acordo com Daniel Sarmento, a Teoria da Ineficácia Horizontal (ou Doutrina do *State Action*) teve seu nascedouro na Alemanha, como um contraponto a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Adotando a tese do Liberalismo Clássico, que defende serem os direitos fundamentais somente direitos de defesa contra o Estado. No entanto, essa teoria não fora adotada pelo Tribunal daquele país, perdendo, assim, a sua importância (2008, p. 188).

Por fim, o referido autor argumenta que a Teoria do *State Action* está intimamente relacionada com o caráter individualista da Constituição e da cultura judaica americana. Assim, apesar de ainda ser um entendimento dominante no direito americano, este não proporciona uma proteção efetiva aos direitos fundamentais, posto que ameaças aos direitos fundamentais podem vir tanto do Estado, quanto de um ente particular. (2008, p. 196)

Oportuno ressaltar que no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819-8 (anteriormente referido e que versou sobre o direito e restrições das associações privadas, ao julgar um caso de possível ofensa ao princípio da ampla defesa quando da exclusão de um associado da União Brasileira de Compositores), o voto vencedor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes rechaçou a aplicação da Teoria do *State Action* no ordenamento jurídico brasileiro.

Destaco, portanto, as palavras do Ministro Celso de Mello ao

acompanhar o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do recurso acima mencionado, a saber,

> É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência a atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impuseram, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Por sua vez, a Teoria da Eficácia Horizontal Indireta ou Mediata também surgiu na Alemanha, e teve como denfensor o jurista Günter Dürig, sendo esta teoria amplamente adotada pela Corte Constitucional daquele país.

De acordo, com Ângelo Márcio Kloster[3],

> Segundo aponta essa teoria, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais deve ocorrer de forma mediata, ou seja por meio de cláusulas gerais acolhedoras de direitos fundamenatais estabelecidas pelo legislador. Essa teoria tem por pressuposto condicionar os direitos fundamentais na seara privada por meio de uma mediação legislativa que vincula o particular de forma indireta (2010, p. 13).

E continua,

> Seguindo nessa ordem, a teoria da eficácia mediata enfatiza que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas extinguiria a autonomia da vontade, arranhando as estruturas do Direito Privado, o qual ficaria à mercê do Direito Constitucional (2010, p. 13).

Há o entendimento entre os defensores desta teoria que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas deve acontecer de forma atenuada e moderada. Deve, assim, se materializar no caso concreto através de cláusulas gerais implícitas no ordenamento civil ou mediante regras próprias do direito privado.

Para Daniel Sarmento (2008, p. 200), a aplicação da teoria mediata leva a conclusão de que cabe ao Poder Judiciário o papel de preencher as cláusulas indeterminadas deixadas pelo legislador, bem como reprová-las por inconstitucionalidade quando afrontarem diretamente os direitos fundamentais.

Pode se concluir desta teoria, que não há um sistema integral de proteção dos direitos fundamentais nas relações particulares, precisando sempre da intervenção do legislador infraconstitucional ou do Judiciário, para assegurar a sua defesa e exercício.

Por fim, há a Teoria da Eficácia Horizontal Direta ou Imediata, que apesar de defendida inicialmente na Alemanha através de Hans Karl Nipperdey, na década de 50, não tem aplicação naquele país.

Para Ângelo Márcio Kloster (2010, p.14), nesta teoria, há uma ampliação da defesa e eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, podendo ser suscitados por qualquer integrante da relação privada, sem a necessidade da existência de uma mediação legislativa, para garantir ampla proteção a esses direitos.

De acordo com Ingo Sarlet (2006, pp. 392-400), no momento da aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, dois aspectos devem ser observados em um primeiro momento: uma vez presente uma relativa igualdade das partes que compõem a relação jurídica, o princípio da liberdade deve ser o norteador da relação, a exceção se dará, com a consequente aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais na hipótese de lesão ou ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou aos direitos da personalidade.

A outro giro, quando a relação privada acontece entre indivíduos (ou grupo de indivíduos) com grandes diferenças de caráter econômico ou social, há consenso para a aplicação da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, pois esta relação privada equipara-se àquela que se estabelece entre os particulares e o Estado.

Há ainda, uma ponderação dos aplicadores desta Teoria para que a proteção demasiada dos direitos fundamentais nas relações privadas

proporcione um achatamento da autonomia da vontade nas relações privadas. Neste momento, mostra-se imprescindível a atuação do julgador, que analisando o caso concreto, pode e deve fazer um juízo de ponderação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais em conflito (LIMA, 2008).

Nesta senda, vale ressaltar que as críticas existentes quanto a esta teoria de achatamento das relações privadas não deve prevalecer, posto que qualquer norma privada deve estar sempre em consonância com as normas constitucionais, formando um sistema harmônico e que refute qualquer ameaça aos direitos fundamentais, em todos os aspectos, inclusive o privado (KLOSTER, 2010, p. 15).

O Supremo Tribunal Federal[4] adotou a Teoria da Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Fundamentais, a saber,

> SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço

de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal

> acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO"

A teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais também é aceita nas relações de trabalho, servindo como exemplo a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no ano de 1997 e que impôs a Air France (empresa privada) igualdade de tratamento entre trabalhadores franceses e brasileiros.

Oportunamente colaciono a ementa do julgado acima mencionado:

> CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput.
>
> I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput.
>
> II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRG)-PR, Célio Borja, RTJ 119/45,

> III – Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrente no caso.
> IV – R.E, conhecido e provido.[5]

Assim sendo, infere-se que atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, predomina a aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Fundamentais, ou seja, a ponderação de valores nas disputas geradas entre particulares, que tenham por objeto os direitos fundamentais. No entanto, essa aplicação não deve ser irrestrita, mas deve, uma vez utilizando como parâmetros os princípios da razoabilidade e proporcionalidade afastar a insegurança jurídica que venha a nortear as relações privadas, com a aplicação dos direitos fundamentais.

3 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES PRIVADAS: CONVIVÊNCIA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTONOMIA PRIVADA

3.1 NATUREZA PRINCIPIOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O positivismo jurídico ensejou a criação de uma ciência jurídica em moldes semelhantes às ciências exatas e naturais, as quais objetivam sempre a busca pela objetividade científica.

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso ensina,

> A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional,* e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte

> desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética (2014, p. 351-352).

A tipologia dos direitos fundamentais está nos critérios formais e materiais a teor do que disciplina o Título II da Constituição Federal da República do Brasil de 1988.

O critério formal relaciona-se com a origem dos direitos fundamentais que estão elencados na Carta Magna e que são frutos do regime e dos princípios por elas adotados, bem como aqueles decorrentes dos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil manifeste interesse em ser parte (PIOVESAN, 2003, p. 44).

Por outro lado, o critério material refere-se a tutela dos direitos fundamentais compreendidos entre os direitos individuais, coletivos, sociais, políticos e à nacionalidade, de acordo com o que preconiza os artigos 5º a 14 da CFRB. São direitos inerentes ao homem e suas relações particulares, sociais, econômicas ou culturais (PEÑA DE MORAES, 2014, p. 552).

Dirley da Cunha Júnior[6] (2013) esclarece que dentre os critérios elencados pela doutrina para se construir com uma "relativa precisão" um conceito material de direitos fundamentais deveria ser apontado o critério da dignidade da pessoa humana, devendo este ser considerado o critério unificador de todos os direitos fundamentais que a ele devem se reportar sempre e em todos os aspectos.

E alicerçando o seu conceito de direito fundamental cita Ingo Sarlet:

> [...] concluímos que os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidas no texto do Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material) (SARLET citado por Cunha Jr, 2013, p. 550).

Por conseguinte, realizadas as ponderações sobre os critérios formais, materiais e o da dignidade da pessoa humana, o autor afirma que entre eles há o reconhecimento de valores fundamentais no âmbito da sociedade, bem como das normas que os consagram. E afirma:

> [...] são da espécie "normas-princípios", já que expressam *mandados de otimização (Optimierungsgebote)*, distinguindo-se das normas - regras que, menos abstratas e menos genéricas, descrevem uma hipótese fática e preveem as consequências jurídicas de sua ocorrência. São os direitos fundamentais, portanto, os *princípios jurídico-constitucionais especiais,* que conferem densidade semântica, vale dizer, concretizam o *princípio jurídico-constitucional fundamental e estruturante do respeito a dignidade da pessoa humana*" – grifos do autor (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 550).

Diante do exposto, reconhecida está, na doutrina, a natureza principiológica dos direitos fundamentais, sendo tal reconhecimento de fundamental importância quando houver conflitos entre si, ocasionando, por consequência, a repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas.

3.1.1 COLISÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Antes de passarmos a analisar a colisão entre regras e princípios, importante destacar as distinções existentes na doutrina entre os dois termos estudados, tendo em vista os paradigmas interpretativos do jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo.

De acordo com o exposto no capítulo primeiro, na evolução jusfilosófica do Direito, no Positivismo temos as características da aproximação absoluta do Direito com a norma e a sua rígida separação dos valores da sociedade, as quais deram lugar ao pós-positivismo que entre as suas características guarda deferência relativa ao ordenamento positivo, mas respeitando as ideias de justiça e de legitimidade.

(BARROSO, 2014, p. 328) E, é nesse contexto filosófico que se reconhece a normatividade dos princípios, enquanto instituto jurídico.

Há o consenso na doutrina que a principal diferença entre os dois institutos seria a *generalização* baseado na premissa de que "os princípios se distinguiriam das regras por serem generalizações das mesmas, aplicáveis igualmente a todas as relações jurídicas" (PEREIRA, 2001, p. 143).

Alexy e Dworkin[7] ao contrário do que defende a maioria da doutrina sobre o tema, defendem que a principal diferença entre regras e princípios é a aplicabilidade. E ponderam que as regras, uma vez válidas, eficazes e existentes no ordenamento jurídico, a sua aplicabilidade é a medida que se impõe de maneira absoluta, por outro lado, os princípios dependem do contexto jurídico ou fático para que se dê a sua aplicação e cumprimento no caso concreto e por tais motivos são chamados de mandado de otimização.

Explica, por fim, que esta diferença sobressai quando existente um confronto normativo para a regência do caso concreto. E diz,

> O conflito de regras, pelo fato de conterem determinações absolutas para cumprimento, só pode ser resolvido de duas maneiras: a) introduzindo uma cláusula de exceção em uma das regras, ou b) declarando uma delas inválida. Um exemplo hipotético é a existência de duas normas, uma proibindo determinada conduta e outra obrigando o mesmo comportamento. Todavia, o mesmo não pode ser aduzido quanto às colisões de princípios. Nestas, em função das circunstâncias concretas, não serão necessárias nem a inclusão de uma cláusula de exceção, nem a declaração de invalidez de um dos princípios concorrentes. Em verdade, deflagrada a colisão, um princípio deve ceder lugar a outro em virtude desse possuir maior "peso" em relação ao contexto e, portanto, firmar uma relação de preferência condicional ao caso" (ALEXY *apud* PEREIRA, 2001, p. 145).

Por conseguinte, aprofundando o tema da distinção entre princípios e regras, Luís Roberto Barroso (2014) aponta as particularidades da

aplicação e aduz:

> [...] a aplicação dos princípios se dá predominantemente, mediante *ponderação.*
> É certo que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema *tudo ou nada* aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar. Esses são fenômenos de percepção recente que começam despertar o interesse da doutrina, inclusive e sobretudo por seu grande alcance prático (BARROSO, 2014, p. 357-358).

De acordo com Marcelo Novelino (2014, p. 132-133), deve haver uma preferência pela aplicação das regras em relação aos princípios, não podendo afirmar, portanto, que entre os atos normativos existe uma hierarquia, mas sim uma prevalência no âmbito da aplicação.

Explica assim, que uma vez existentes conflitos entre normas do mesmo plano, a existência de uma regra específica sobre determinada situação afasta a aplicação do princípio.

Por outro lado, havendo confronto entre regras e princípios, o intérprete deve dar preferência à utilização da regra, pois esta expressa a vontade do legislador e representa o Estado Democrático de Direito.

Nessas situações, o doutrinador elenca as hipóteses que afastariam a aplicação da regra, quais sejam, quando esta for "*inconstitucional* ou sua aplicação provocar uma situação de *manifesta injustiça*, em razão de circunstâncias extraordinárias presentes no caso concreto e que não poderiam ter sido antecipadas pelo legislador".

Uma vez existente uma crescente adesão pela doutrina da utilização

dos princípios para a solução de casos concretos, dos confrontos do referido instituto nasce a Teoria ou Técnica da Ponderação de Interesses que será abordada no tópico que segue.

Assim, a colisão entre direitos fundamentais decorre do seu exercício por diferentes titulares e comporta temperamentos, posto que "nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção" (MENDES, 2015).

Vale ressaltar, de acordo com o já explicitado anteriormente, há um consenso doutrinário em reconhecer a natureza principiológica dos direitos fundamentais. Nesta seara, conclui-se que uma colisão entre direitos fundamentais como no caso apontado acima reconduz-se a um conflito de princípios.

Essa questão ganha destaque quando há divergência nos limites de cada direito fundamental, sendo necessária a adoção de providências para determinar quais deles deve prevalecer na solução daquele impasse. A doutrina elenca como critérios orientadores para a solução desse impasse a especialidade e inexistente uma relação geral ou especial e o da prevalência dos direitos fundamentais menos limitados e o da existência de mais elementos distintivos de um em relação ao outro.

Oportunas, então as palavras do então Ministro Gilmar Mendes quando da concorrência de direitos fundamentais, a saber:

> Em se tratando de comportamento abrangido tanto por direito fundamental especial quanto por direito fundamental geral, como o direito amplo de liberdade, tem-se como regra assente que a proteção há de ser conferida pelo direito fundamental especial. Assim, as medidas restritivas em relação à liberdade de reunião ou à inviolabilidade do domicílio aplicam-se por força do disposto no artigo 5º, incisos XVI e XI, respectivamente, e não por força do princípio geral da liberdade (CF, art. 5º, II).
> (...)
> Pode ocorrer que determinada conduta esteja abrangida pelo âmbito de proteção de dois direitos. Nessa hipótese, pode-se optar pela aplicação daquele que abarque características adicionais da conduta, revelando uma especialidade intrínseca

> entre eles.
> (...)
> Finalmente, se se verifica que determinada conduta se coloca ao abrigo do âmbito de proteção de direitos diversos, sem que haja relação de especialidade entre eles (concorrência ideal), então há de se fazer a proteção com base nas duas garantias. Se se trata de direitos fundamentais de limites diversos, eventual restrição somente poderá ser considerada legítima se compatível com o direito que outorga proteção mais abrangente" (MENDES, 2015, p. 251-252).

Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes (2015) pondera que mesmo respeitada a unidade da Constituição, esta não rechaça a possibilidade de identificar normas de diferentes pesos em uma ordem constitucional.

No entanto, aduz, ainda, que a "fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico". Pontua, por fim, que a hierarquização de direitos fundamentais somente seria admitida na aplicação de casos peculiares e especiais.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2015) pondera que o problema analisado por tais precedentes é sem dúvidas o conflito entre direitos, mesmo que não haja nenhuma menção expressa, restando ao fruto desse julgamento apresentar uma discussão sobre o peso dos bens constitucionais em determinada situação fática. E assim leciona:

> Os critérios para resolver essas indeterminações são vários, nada obstando a que sejam combinados entre si. Para compreender que bens jurídicos são protegidos e que ações estão alcançadas pelo Direito, pode-se recorrer à teoria liberal dos direitos fundamentais, que assinala nesses direitos feição essencialmente de defesa do indivíduo contra os Poderes Públicos. Pode-se recorrer a teoria dos valores, que postula que os direitos fundamentais possuem caráter objetivo, orientando-se para a realização dos valores protegidos pela norma

> constitucional. Em outros casos, ainda, a limitação intrínseca da norma de direito fundamental encontrará embasamento na consideração da função social que o direito proclamado exerce, em especial tendo em vista o seu significado para o regime político (BRANCO, 2015, p. 188).

Outrossim, segundo Luís Roberto Barroso (2010, p. 333-334) os limites dos direitos fundamentais estão na Constituição Federal, nas leis e nas decisões do juiz constitucional quando existente um determinado fato concreto. Entende que deve, portanto, existir uma proteção contra leis que venham restringir tais direitos e parâmetros ao juiz aplicador da lei, sendo este um dos temas mais complexos da moderna dogmática constitucional.

Quando existente um fato concreto caracterizado pelo confronto de direitos fundamentais, cabe ao Magistrado ao realizar o seu papel jurisdicional utilizar o juízo de ponderação entre os valores em conflito, contemplando as circunstâncias peculiares de cada caso. "Daí afirmar-se, corretamente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade" (MENDES, 2015, p. 240).

Assim, no tópico que segue serão realizadas considerações sobre a utilização da Técnica da Ponderação como um meio utilizado para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, ao analisar a disponibilidade de um bem jurídico realizando, sempre, um juízo de razoabilidade e proporcionalidade.

3.1.2 UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO

Pacificado e consolidado o entendimento doutrinário do caráter normativo do princípios, bem como da natureza principiológica dos Direitos Fundamentais abordaremos nesse tópico os pensamentos jurídicos dedicados à elaboração de teorias quando existentes dificuldades na sua aplicação de interpretação, bem como a determinação do seu conteúdo e eficácia quando existente em um determinado caso concreto um conflito entre os direitos fundamentais.

Neste sentido, Dimoulis ensina:

> A colisão deve ser enfrentado somente no momento da possível justificação de uma intervenção estatal, como aqui feito, porque um direito fundamental de outro titular de direito pode estar limitando o exercício de direito fundamental atingido pela medida ou omissão estatal (2012, p. 161).

E, nesse contexto nasce a Teoria da Ponderação, exposta em primeiro momento por Alexy.

Para Rodolfo Viana Pereira (2001, p. 146) e citando os ensinamentos de Alexy uma vez existente uma colisão entre princípios deve se utilizar a ponderação de modo racional, posto que esta teoria está intimamente relacionada com a regra da proporcionalidade, concebida com um dos critérios centrais da configuração da racionalidade. A Teoria da Ponderação de Interesse traz as regras da necessidade de observação de três sub-regras, quais sejam: "regra da adequação, regra da necessidade e regra da proporcionalidade em sentido estrito".

Analisando os elementos do Princípio da Proporcionalidade e colhendo os ensinamentos do ordenamento jurídico alemão sobre a matéria, o Ministro Gilmar Mendes leciona:

> O subprincípio da *adequação (Geeignetheit)* exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio "é simplesmente inadequado" (*schlechthin ungeeignet*), "objetivamente inadequado" *(objektiv ungeeignt*), "manifestamente inadequado ou desnecessário" (*of- fenbar ungeeignet oder unnötig*), "fundamentalmente inadequado" (*grundsätzlich ungeeignt*) ou "se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado" *(ob mit seiner Hilfe der gewunschte Erfolg gefordet werden kann)*. O subprincípio da necessidade *(Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado

> com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, a adequação e necessidade não tem o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*" – grifo do autor (MENDES, 2015, p. 226-227).

Reside na doutrina uma grande divergência sobre o fundamento do princípio da proporcionalidade. Parte da doutrina defende a ideia de que os direitos fundamentais são o alicerce do princípio da proporcionalidade. Já outra corrente defende a ideia de que tal postulado representa o Estado Democrático de Direito, uma vez que o início do desenvolvimento do referido princípio se deu com o surgimento do poder de polícia do Estado (MENDES, 2015, p. 218).

A Teoria da Ponderação mostra-se de fundamental importância quando na aplicação da técnica de decisão a subsunção da norma ao fato concreto restar ineficiente para garantir a segurança jurídica daquele julgado (BARROSO, 2014, p. 360).

De acordo com o autor acima citado é possível descrever a ponderação como um simples processo, a saber,

> Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação.
> [...]
> Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. [...] Embora os princípios e regras tenham existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido.
> [...]

> É na *terceira* etapa que a ponderação ira singularizar-se, em oposição a subsunção. (...) Pois bem: nessa fase dedicada a decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*."

A regra da ponderação encontra o seu alicerce no postulado da proporcionalidade, tendo em vista que "quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção" (MENDES, 2015, p. 241).

Quando se fala na relação entre o juízo de ponderação e proporcionalidade, no momento em que há o sacrifício de um determinado direito fundamental em detrimento de outro, o objetivo primordial deverá ser sempre o resultado menos danoso. O ônus imposto ao direito sacrificado não pode sobrelevar o benefício que se pretende alcançar com a solução. O direito em causa deve ser preservado em sua essência, comprimindo-lhe no menor grau possível (ANDRADE citado por BRANCO, 2015, p. 184).

Desta maneira, é possível a compreensão que a prevalência de um direito sobre o outro é determinada em função das características do caso concreto.

A partir do momento em que o efetivo exercício de um direito fundamental pelo seu titular colide com preceitos constitucionais, caberá ao Poder Judiciário analisar e limitar esse direito, desde que fundamentado, utilizando-se de interpretação sistemática e o critério da proporcionalidade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815, mais conhecida como "ação das biografias não autorizadas", apresentou um caso concreto de colisão entre direitos fundamentais, quais sejam o direito à informação x direito à intimidade privada.

A defesa e concretização de um destes direitos pelo Poder Judiciário, trouxe a problemática de que se a realização desta função pelo Magistrado não configuraria em uma usurpação das atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo e uma consequente afronta ao Princípio da Separação dos Poderes.

De modo a fundamentar tais questionamentos, a ministra e relatora da ação acima citada ao julgar sobre a inconstitucionalidade da norma prevista nos artigos 20 e 21 do Código Civil, informa ainda sobre o projeto de lei que pretende mudar o conteúdo e aplicação da norma contestada no caso em comento, a saber:

> Parece de tal clareza a inconsistência constitucional das regras dos arts. 20 e 21 do Código Civil que a polêmica instalada conduziu à ação legislativa na busca de alternativas normativas compatíveis com a Constituição.
> Projeto de Lei da Câmara nº 42 de 2014 (PL 393/2011, na origem) propõe a modificação do artigo 20 do Código Civil para "garantir a liberdade de expressão, informação e o acesso à cultura na hipótese de divulgação de informações biográficas de pessoa de notoriedade pública ou cujos atos sejam de interesse da coletividade" (BRASIL. Congresso Nacional. Redação final Projeto de Lei nº 393/2011, de 6 de maio de 2014. Dispõe sobre a alteração do art. 20 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para ampliar a liberdade de expressão, informação e acesso à cultura. Aprovada pela Câmara dos Deputados).
> Pelo projeto, o parágrafo único do art. 20 do Código Civil em vigor transforma-se em § 1º, sendo acrescentados dois novos parágrafos, nos quais se disporia que a ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão

> pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade. (Congresso Nacional Redação final Projeto de Lei nº 393/2011, 2014).
> O § 3º estabelece regras para o caso de sobrevir dano decorrente da obra:
> "Na hipótese do § 2º, a pessoa que se sentir atingida em sua honra, boa fama ou respeitabilidade poderá requerer, mediante o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, a exclusão de trecho que lhe for ofensivo em edição futura da obra, sem prejuízo da indenização e da ação penal pertinentes, sujeitas essas ao procedimento próprio" (Congresso Nacional Redação final Projeto de Lei nº 393-C de 2011).
> A justificativa do projeto de lei está em que a alteração nos dispositivos impediriam "cerceamentos" do direito à informação dos cidadãos, extinguindo-se a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias (Congresso Nacional Redação final Projeto de Lei nº 393-C de 2011, 2011) (pag. 117-118).

Pois bem, analisado o final do voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia – voto este vencedor e acompanhado por mais sete ministros – abre-se espaço para o questionamento: o Poder Judiciário estaria exercendo "antecipadamente" o papel inerente ao Poder Legislativo?

E, este questionamento mostra-se perfeitamente plausível, pois, o projeto de lei que serviu como parâmetro para a interpretação e aplicação da norma pelo Poder Judiciário dá azo ao entendimento que tal atitude configuraria em uma antecipação da matéria ainda não decidida pelo legislador, mas já gerando efeito na vida do particular (e da sociedade como um todo) por meio da atuação do magistrado.

Neste contexto, estamos diante do ativismo judicial, que pode ser traduzido como uma postura proativa do Poder Judiciário, de maneira a influenciar e interferir de modo significativo nas opções políticas dos demais poderes. Em contraponto, esse fenômeno jurídico também é apontado pela doutrina como um mecanismo apto a concretizar os direitos fundamentais.

Uma vez contextualizado a questão do ativismo judicial para a

concretização dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, a seguir será abordado, de forma crítica, o tema do ativismo judicial.

4 ANÁLISE DAS CRÍTICAS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES?

A teoria do princípio da separação dos poderes preconizada pelo filósofo Montesquieu em sua obra *O espírito das leis*, o qual identificou a existência de três funções estatais intimamente ligadas a três órgãos específicos, autônomos e independentes entre si, não havendo mais que se falar na concentração de poderes nas mãos de um único soberano, conforme preconizava a forma de governo despótica e característica do Absolutismo.

Sobre a necessidade da existência de uma separação de poderes de modo a exercer um controle na atuação do Poder Executivo (no caso, o monarca), Montesquieu afirma:

> Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder Legislativo se junta ao Executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o Poder Judiciário não está separado do Legislativo e do Executivo. Se houvesse tal união com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o Judiciário se unisse com o Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos" (MONTESQUIEU *apud* BOBBIO, p. 137).

Com o advento do Constitucionalismo, grande foi a mudança da

atribuição das funções de cada um dos órgãos estatais, uma vez que houve uma ampliação da atuação do Poder Judiciário, que assumiu um caráter político, ao lhe ser imputado a responsabilidade da definição de questões fundamentais para a sociedade. Atribui esse fato ao contexto histórico pós-Segunda Guerra Mundial, quando houve uma maior valorização do positivismo sob a "forma de princípios e orientadas pelo pluralismo".[8]

O conceito de supremacia da Constituição é fruto do Positivismo, traz consigo a ideia de uma subordinação do conteúdo das normas infraconstitucionais à Constituição de um país, cabendo ao Poder Judiciário não só aplicar a lei ao caso concreto, mas também analisar a compatibilidade daquela lei presente no ordenamento jurídico com a Carta Magna, de acordo com Almeida (2014, p. 61).

O conteúdo político das Constituições do século XX, por traz em seu bojo os princípios de legitimação do poder e não somente a sua organização. Assim, a atuação do campo constitucional não se restringe ao Estado, mas toda a coletividade.

Ao tratar da função política da jurisdição constitucional, Almeida (2014, p. 63) defende que a divisão entre os três poderes está sendo superada ante a existência de um sistema de cooperação entre os poderes, enfatizando a existência de um diálogo institucional entre eles e não em sua separação absoluta das funções estatais.

E, é nesse contexto que nasce o instituto do ativismo judicial em nosso ordenamento jurídico, trazendo também questionamentos acerca da incompatibilidade desta atuação do Poder Judiciário e o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 60 da CF e considerado cláusula pétrea.

Luís Roberto Barroso (2009. pp. 10-17) ao tratar sobre o tema ativismo judicial elenca duas críticas ao fenômeno e que estão intimamente ligadas com a separação de poderes, quais sejam, os riscos para a legitimidade democrática e a imposição de limites à capacidade institucional do Judiciário.

Sobre a imposição de limites a capacidade institucional do Poder Judiciário diz:

> [...] o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea,

> antes eleva do que diminui (BARROSO, 2009, p. 17).

Explica, assim, que há entre os Poderes um sistema de controle recíproco e mesmo que tenha o juiz competência definida em lei para o julgamento definitivo de determinada lide, deve para isso prestigiar as informações prestadas pelos Poderes Executivo e Legislativo que podem ter um maior domínio sobre a matéria, em virtude suas funções exercidas. Traz como exemplo uma ação que envolva a demarcação de terras indígenas. Estariam aí, os limites impostos ao Poder Judiciário quando do ativismo judicial.

A crítica em torno da ofensa à legitimidade democrática aduz que os membros do Poder Judiciário que não foram eleitos pelo povo não poderiam, consequentemente, proferir decisões contrariando o ato daquele representante direto do povo.

Entretanto, aponta duas justificativas aptas a rebaterem tal crítica: de naturezas normativa e filosófica.

O fundamento normativo é a Constituição Federal que permite esse tipo de comportamento político do Poder Judiciário em especial o Supremo Tribunal Federal e "ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou legislador, isto é, pelos representantes do povo".

A justificação filosófica reside no fato de que mesmo que o legislador represente a maioria do povo votante, a decisão por ele tomada pode não ser correta ou justa. Assim, seria papel do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, "velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais".

Para Lenio Streck (2013), o ativismo judicial gerou o fenômeno da "juristocracia" (ou judiciariocracia) que aponta uma "intricada relação interinstitucional entre os três poderes". Assim, no contexto político atual tem-se se dado bastante relevância ao Poder Judiciário, como único ente apto a resolver qualquer tipo de questão.

Acredita, assim, que o problema não está na judicialização propriamente dita, mas na maneira como as "questões judicializadas" devem ser decididas, devendo existir aí um controle sempre pautado nas disposições constitucionais. Exemplifica, assim, que em várias unidades da federação, o crescente número de ações judiciais sobre acesso à

saúde oneraram de sobremaneira o orçamento dos Estados, posto que as decisões proferidas em sua maioria são "discrepantes sobre o que é insignificância no furto e na sonegação de tributos".

Afirma que há um excesso de ativismo judicial, o qual não deve ser confundido com o judicialismo político. O ativismo judicial não pode ser caracterizado somente quando o julgamento for contra o Poder Legislativo, bem como pelo número de ADINS julgadas, posto que esse número for pequeno, não quer dizer necessariamente que houve pouca intervenção na atividade do Poder Legislativo.

Alerta que a crítica sobre o ativismo judicial não deve se pautar quando o magistrado faz uma interpretação conforme os preceitos da lei ou a Constituição, mas quando julga totalmente ao contrário do que o Poder Legislativo objetivava propor quando editou determinada lei. E aponta o caso da regulamentação e reconhecimento das uniões homoafetivas, em que o STF ao realizar seu papel interpretativo, excluiu qualquer significado do art. 1723 do Código Civil, dando a partir daí um efeito vinculante à decisão.

Fala também sobre a existência de uma "espécie de presidencialismo de coalizão judicial" e que o órgão da Suprema Corte, em grandes causas, vem julgando por políticas e não por princípios. E mais uma vez elenca o caso do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, pois não houve uma manifestação no sentido de postular a regulamentação através da seara política, se dirigindo os interessados diretamente ao Supremo para resguardar os seus direitos, dando efetividade de lei permanente, uma norma posta no ordenamento jurídico como medida provisória.

Apesar do texto de Lênio Streck ter sido confeccionado no ano 2013, o fenômeno acima apontado, pode ser facilmente apontado no ano de 2015, pois o reconhecimento da política do sistema de cotas foi considerada constitucional pelo STF, sem ao menos existir nenhuma proposta de intervenção política.

Entretanto, no ano de 2014 foi editada a Lei nº 12.990/2014, que "*Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.",* e em seus artigos assim dispõe:

> Art. 1º (caput) e § 1º e 2º: *omissis*
>
> § 3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.
>
> Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Da leitura dos artigos trazidos, denota-se que falta o IBGE instituir critérios objetivos para a definição de cor ou raça, para que, a partir daí o candidato possa se declarar negro e concorrer às vagas previstas no edital do certame público. Assim, diante dos diversos questionamentos sobre o tema, evidente está a necessidade de uma regulamentação da lei, no entanto, o governo federal não demonstra ter planos de editar um decreto regulamentador da norma.

Foram objetos de ações judiciais enfrentando esse mesmo problema, com a contestação do conteúdo de vários editais de concursos públicos, no entanto, em novembro de 2015 o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, citando julgados do STF, decidiu pela utilização do critério fenotípico para aferir se o candidato é negro ou não.[9]

Nesta senda, acertado parece ser o posicionamento de Lenio Streck sobre a atuação do Poder Judiciário, em especial do STF, posto que realizou uma função destinada ao legislador, mesmo que a lei explicitamente tenha disposto que cabia ao IBGE tratar sobre a matéria. Há, portanto, a necessidade de um controle mais rígido do ativismo judicial sobre esse aspecto, entendendo a autora deste trabalho que pode haver uma intervenção judicial nesse sentido somente quando configurada a inércia do Poder Legislativo, que poderia afetar a fruição de direitos sociais e fundamentais pela coletividade.

Compactuando do mesmo entendimento, Gesta Leal (2007) leciona que essas interpretações extensivas realizadas pelo Poder Judiciário se

traduz em uma mitigação do modelo da democracia representativa, a saber,

> Se há migrações pendulares de concentração do Poder Estatal neste particular, por vezes encontrando-se no Legislativo a maior iniciativa de produção de normas, por ora no Executivo, (em face de suas novas feições promocionais e interventivas), e por vezes no Judiciário (em face das eventuais interpretações extensivas que imprime no sistema jurídico) isto não implica a negação (mas talvez a mitigação) do próprio modelo da democracia representativa [...] o cidadão que necessita do mínimo essencial para a sua sobrevivência, em virtude da omissão ou incompetência das autoridades públicas, não pode ser feito prisioneiro da discricionariedade e de uma visão arcaica do Princípio da Separação de Poderes. Assim, nos casos em que o Estado se mantém inerte, omisso, o Poder Judiciário tem um papel a cumprir. Portanto, é necessária certa dose de ativismo judicial para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais (LEAL, 2007, p. 31).

Neste sentido, o atual sistema democrático preconiza e impõe a efetivação dos direitos fundamentais, sendo imperiosa a atividade do magistrado, mesmo que seja através de decisões interpretativas extensivas, quando esta objetiva solucionar conflitos que envolvam a ofensa a direitos fundamentais, uma vez que o cidadão ficar à mercê de uma atividade legislativa tardia, ineficiente e injusta.

Sobre o tema, são as palavras de Silvio Dobrowolski:

> A exposição procedida nos tópicos anteriores conduz à certeza, de que o Judiciário, nos tempos atuais não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um "governo de juízes", observando, todavia, as normas legisladas e a

> separação dos poderes, a Justiça tem de elevar - se à condição da autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado.
> **De outra forma, não conseguirá controlar os excessos do Legislativo e do Executivo avantajados no Estado social, nem reprimir os abusos dos super-poderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas –** grifo meu (DOBROWOLSKI, 2011, p. 99).

Por fim, a intervenção do Poder Judiciário nas relações entre particulares, quando existente uma afronta a princípios fundamentais, não importa necessariamente em uma violação ao princípio da separação de poderes, pois o Supremo Tribunal Federal responsável pela atuação final e oficial dos dispositivos constitucionais, ao julgar determinado conflito não está criando uma lei, mas sim analisando um confronto de direitos fundamentais de cada indivíduo, aplicando a que mais se aproximar dos preceitos e direitos constitucionais.

Ademais, vale ressaltar, que esta atuação do Poder Judiciário será sempre legítima quando verificada a inércia do Poder Legislativo e Executivo, devendo-se criar uma cultura na sociedade, em especial aqueles que operam com o Direito, que se eventual defesa do seu processo depender da atuação dos Poderes Legislativos ou Executivos, a eles devem ser solicitadas, primeiramente, qualquer pedido de garantia do seu direito.

CONCLUSÃO

A doutrina e a jurisprudência são unânimes ao reconhecerem a natureza principiológica dos direitos fundamentais. E, havendo um confronto destes direitos, seja na relação indivíduo – Estado ou indivíduo – indivíduo, a solução deste conflito deve ser pautada em um juízo de ponderação, a fim de verificar a importância de cada um e escolher qual direito deverá de ter precedência sobre o outro.

Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, várias são as teorias elencadas pela doutrina sobre o tema. No Brasil, a jurisprudência adota a Teoria da Eficácia Horizontal Direta ou Imediata caracterizada pela desnecessidade de uma interferência legislativa para

que um indivíduo possa pleitear a defesa do seu direito fundamental ofendido.

Nesta seara, uma vez adotada esta teoria, quando existente o conflito entre direitos fundamentais nas relações privadas, o julgador deve observar a relativa igualdade entre as partes, o princípio da liberdade que norteia a relação de modo a não proporcionar um achatamento da autonomia da vontade, elemento inerente às relações privadas e uma ponderação de valores para que assim possa resguardar de forma mais ampla possível o direito fundamental do particular.

A relevante importância social dada à Constituição Federal da República, que tem como fundamento a solidariedade e a dignidade da pessoa humana resvala em uma necessidade de uma incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares para lhes garantir efetividade. E neste momento, de extrema importância tem sido a postura proativa do Poder Judiciário para garantir a sua máxima efetividade.

Diante disso, abre-se o questionamento de que se o Poder Judiciário ao intervir nas relações privadas quando existente uma afronta a um direito fundamental, não estaria realizando um papel do Poder Executivo ou Legislativo, violando, assim, o princípio da separação dos poderes. Essa postura proativa do Poder Judiciário, influencia e interfere de modo significativo nas opções políticas dos demais poderes e é chamado de ativismo judicial.

No entanto, da análise das críticas sobre o crescimento do fenômeno do ativismo judicial brasileiro, entendo que não há que se falar em violação ou usurpação de atividades do legislador. Não se está aqui atribuindo Poderes para legislar ao Judiciário. A função legiferante, própria do Poder Legislativo, resta intacta, remanescendo ao Supremo Tribunal Federal analisar a existência de um conflito das normas já viventes no ordenamento jurídico, aplicando a que mais se aproximar dos preceitos constitucionais, desde que comprovado que não houve uma inércia do Poder Legislativo em resguardar os direitos fundamentais, posto que desta maneira, a intervenção proativa do Poder Judiciário será o único mecanismo apto a concretizar tais direitos.

COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE RELATIONS: CRITICISM OF ACHIEVING THESE RIGHTS BY JUDICIARY

ABSTRACT: Considering that fundamental rights are intended to impose limits on state action, this study proposes critically reflect on the effectiveness of fundamental rights in relations signed between individuals without, however, mitigate the private autonomy, which is one of the eminently social nature of principles that make up the contemporary contract theory. It is recognized in doctrine and jurisprudence the character of principle of fundamental rights standards provided for in the Federal Constitution of 1988 and collisions between these rights are addressed, for the most part, by the Judiciary through its own interpretive techniques in order to find an efficient and fair answer every fact presented. Because of this proactive stance of the Judiciary to end up exercise in some cases the role of the Executive or Legislative Branch, question the legitimacy of its role in the achievement of fundamental rights because of the complexity and regulatory openness that characterize it.

KEYWORDS: Fundamental rights. Private relations. Judiciary.

Notas

1 Acesso em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784
2 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
3 A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630. Acesso em 17 de outubro de 2015.
4 (STF-RE 201819/RJ, rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 11/10/2005, 2ª T., DJ 27/10/2006, p. 64)
5 BRASIL. STF. Autos do processo. Recurso Extraordinário 161.243-6. Ministro – Relator: Carlos Velloso. Data da publicação: DJ 19.12.1997. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655. Acesso em 14 de novembro de 2015.
6 CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 7. edição rev. ampl. e atualizada. Editora Juspodium: Salvador, 2013. Pag. 546-551.
7 Citados por PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Ed. Del Rey: Belo Horizonte. 2001, p. 142-145.
8 ALMEIDA. Leonardo Souza Santana. A jurisdição constitucional: confronto com o princípio da separação dos poderes e a democracia. 2014, pp. 56;60, in *Revista da Esmese* , v. 20.
9 "Justiça decide que candidato precisa parecer negro para entrar em cota". Notícia veiculada pelo site UOL em 10/11/2015. Disponível em : http://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2015/11/10/justica-decide-que-candidato-precisa-parecer-negro-para-entrar-em-cota.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2015.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. Leonardo Souza Santana. *A jurisdição constitucional*:

confronto com o princípio da separação dos poderes e a democracia. *Revista da Esmese* , v. 20. 2014.
BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.* Atualidades jurídicas. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB.* n. 4, janeiro e fevereiro de 2009. Artigo disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em novembro/2015.
_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.
BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
BRASIL. STF. Autos do processo. Recurso Extraordinário 201.819-8 Ministro – Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784 Acesso em: 26 de setembro de 2015.
_____. STF. Autos do processo. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF Ministro – Relator: Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Julgado em 10 de junho de 2015
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
DOBROWOLSKI, Silvio. *A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo*. Disponível em http://journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15778/14280. Acesso em: 11 de novembro de 2015.
KLOSTER, Angelo Márcio. *A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630. *Revista Virtual da AGU*, n. 98, 2010. Acesso em 17 de outubro de 2015.
LEAL, Rogério Gesta. *O Estado - Juiz na Democracia Contemporânea*: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
LIMA. Henrique. *Efeitos horizontais dos direitos fundamentais*. Jus Navigando. Teresina, ano 12, número 1812, 17 de junho de 2008.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392> Acesso em 04 de outubro de 2015
MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual, - São Paulo: Saraiva:2015.
NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.
PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Ed. Del Rey: Belo Horizonte. 2001, p. 142-145
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris,2008.
STRECK, Lênio. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Entrevista concedida ao site Consultor Jurídico. 13 de junho de 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns. Acesso em 07 de novembro de 2015.

AS REGIÕES METROPOLITANAS E A (IN)VIOLABILIDADE DA AUTONOMIA MUNICIPAL

Silvia Emanuelle de Almeida Ramos*

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo de construir o entendimento de que para a criação destas regiões metropolitanas deve ser envolvido necessariamente a participação dos próprios municípios, já que tais regiões se tornam, a cada dia, importantes instrumentos administrativos, essenciais para viabilização dos processos de gestão das cidades do país. Não se duvida de que qualquer postura ou medida governamental que ostente potencialidade para alterar, de forma detrimentosa, a autonomia dos entes que integram a federação somente se legitima se balizada pelos termos da própria Constituição. Em outros termos, o presente trabalho busca demonstrar que nem a União e tampouco os Estados, entes federados que são, podem editar atos normativos que repercutam negativamente na autonomia dos municípios, sob pena de se conferir aos primeiros poderes para alterar o sistema federativo desenhado pela própria Constituição. Desta forma, propõe-se no presente trabalho que a instituição da região metropolitana através de lei complementar estadual não tem o condão de transferir competência para este ente, mas reconhecer, outrossim, a divisão de responsabilidades entre os municípios e o Estado, com a participação ativa de todos entes envolvidos. Nesta linha, reconhece no presente trabalho, que plenamente instituída a Região Metropolitana de Aracaju, de acordo com a Lei Complementar Estadual 25/1995, o poder de gestão e o planejamento do transporte intermunicipal poderá ser entregue à responsabilidade da RMA. Com efeito, a Região Metropolitana de Aracaju já está criada desde 1995, complementada pela Lei Complementar Estadual nº 86/2003, e possui um desenho constitucional, suas decisões são soberanas e não invadem a competência municipal por se tratar de outro serviço. E, destaca-se, os municípios não podem se insurgir contra as decisões

* Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Negócios de Sergipe e Escola da Magistratura do Estado de Sergipe, Advogada. Graduada pela Universidade Tiradentes em 2010 e Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe em 2015. Técnica Judiciária/ Assessoria Jurídica do Gabinete da Desa. Elvira Maria de Almeida Silva, *email*: silvia.diniz@tjse.jus.br.

da RMA, e, ainda, devem fazer parte dos conselhos e se submetem a decisões majoritárias. À sua executoriedade, faltaria, tão somente, a instituição de um Conselho Deliberativo, na medida em que este terá a função de planejar, coordenar e promover as ações, projetos ou os serviços públicos que serão prestados no âmbito da região metropolitana e que sejam de interesse comum, atrelado a um Conselho Executivo, cujas representatividades estejam adstritas ao Estado e aos Municípios, de modo equivalente a suas necessidades econômicas. Logo, tem-se que na hipótese de integração metropolitana, o poder decisório e o eventual poder concedente não devem ser transferidos integralmente para o Estado federado, nem permanecer em cada município individualmente considerado. Antes, a região metropolitana deve, como ente colegiado, planejar, executar e funcionar como poder concedente das funções públicas, inclusive por meio de agência reguladora, de sorte a atender o interesse comum e à autonomia municipal.

PALAVRAS-CHAVE: Regiões metropolitanas. Autonomia municipal. Divisão. Responsabilidades. Entes públicos envolvidos. Região Metropolitana de Aracaju. Atribuição. Gestão. Planejamento Transporte municipal.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 retomando o regime democrático e, portanto, recriando o regime federativo, concebeu a Federação, expressamente, como uma unidade composta de três ordens políticas, representada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. Reconheceu-se que a geografia brasileira impõe a descentralização, sendo, portanto, o federalismo, a matriz da política social e econômica.

Nesta linha, nota-se que o legislador constituinte acolheu-se um novo modelo de repartição de competências, abandonando-se elencos estanques, formais, exaustivos e exclusivos de competências outorgadas às entidades federadas. O quadro adotado foi definido por competências exclusivas e privativas de cada qual das entidades, competências concorrentes e competências comuns.

Fundou-se, para tanto, um modelo constitucional em que se prevê a descentralização do poder estatal, ou seja, a pluralidade de centros de poderes autônomos, coordenados pelo poder central, este sim exercendo a soberania externa.

Conforme orientação indicada no Supremo Tribunal Federal, a Constituição do Brasil, ao institucionalizar o modelo federal de Estado, perfilhou, o sistema do federalismo de equilíbrio, cujas bases se assentam na necessária igualdade político-jurídica entre as unidades que compõem o Estado Federal.

E, ainda, não se olvide que, o elemento informador do princípio federativo é constituído pela pluralidade consorciada e coordenada de mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território estatal, posto cada qual no âmbito de competências previamente definidas, a submeter um povo.

Nesta ordem, cumpre destacar que o objetivo da Federação é alcançar a eficácia do exercício do poder no plano interno de um Estado, resguardando-se a sua integridade pela garantia de atendimento das condições autônomas dos diferentes grupos que compõem o seu povo e assegurando-se, assim, a legitimidade do poder e a eficiência de sua ação. Pela grande extensão territorial da pátria brasileira e pelo seu elevado número de habitantes, o princípio federativo identificou sua dimensão axiológica na concessão de maior autonomia aos entes regionais e locais, fazendo crescer a representação legislativa do cidadão.

Assim, a federação brasileira, nos termos veiculados pela Constituição de 1988, consagrou uma particularidade e uma anomalia que a diferenciam do conceito lógico-jurídico de federação. A particularidade é a inclusão do Município na Federação. E, a anomalia reside no fato de o Município não ter representatividade no Poder Central, uma vez que o sistema é bicameral, sendo a Câmara dos Deputados, formada por representantes do povo, eleitos proporcionalmente em cada Estado, e o Senado Federal, por representantes dos Estados e do Distrito Federal. Todavia, registro, esta anomalia não tem o condão de desnaturar a autonomia municipal consagrada na Constituição de 1988.

O trabalho ora apresentado inicialmente parte da constatação de que no modelo das cidades pode ser empreendida a matriz ou fundamento institucional do Direito. É a partir dela que a ciência jurídica estrutura a maior parte de seus paradigmas e para ela tem se prestado a desenvolver

instrumentos que visam regular as relações intersubjetivas calcadas no contexto urbano, sob a justificativa e condição de promover justiça social.

Atualmente vivenciamos a grande influência na produção jurídica de normas cujo espírito e necessidade tiveram como origem as relações travadas nos centros urbanos e, que, portanto, pretendem responder às questões trazidas em razão da vida e das desigualdades verificadas nas cidades.

Nesta linha, consoante se pode aferir do panorama histórico expendido no presente estudo, a criação da região metropolitana está associada ao movimento de urbanização e industrialização de cidades limítrofes que guardam certo eixo econômico e social comuns.

Com efeito, a concentração e o crescimento dos centros urbanos impulsionaram a necessidade da criação de um novo tipo de organização administrativa, que tivesse o condão de conferir um tratamento adequado e integrado a problemas comuns de vários municípios próximos e com interesses convergentes.

Preocupada com este contexto, destaca-se no estudo ora expendido que a Constituição Federal de 1988 redefine a questão metropolitana, pondo-a ao lado de outras figuras regionais que prenunciam seu aparecimento, como é o caso das aglomerações urbanas ou das microrregiões.

Assim, tem-se que o tratamento da questão no âmbito da "Organização do Estado" mostra a profunda mudança de concepção do constituinte a respeito, não mais a adstringindo ao campo da "Ordem Econômica", como ocorria na ordem anterior. Vê-se, neste caso, a inevitável repercussão da organização regional, agora sob inteira responsabilidade do Estado federado, em relação à autonomia dos entes políticos que integram a região, não só dos entes locais, mas do próprio Estado federado. Antes, quem instituía a região metropolitana era a União, agora, é o Estado, mediante lei complementar.

Destaca-se, que a disposição constitucional, em que pese ser de natureza organizacional, não tem o condão de autorizar a criação de ente político-administrativo, entre o Estado e os Municípios, com poder de legislar sobre matéria regional. Assim, este ente público regional tem caráter administrativo e não político, não podendo as suas normas (administrativas) impor-se aos entes políticos que integram

a região, como, por exemplo, aos Municípios. Sua índole é de caráter intergovernamental, porém, com poderes apenas administrativos. As normas jurídicas que podem ser impositivas aos Municípios, em relação às funções públicas de interesse comum, serão aquelas oriundas da Assembleia Legislativa do Estado, no exercício de suas competências comum e concorrente, ficando ao Município o poder, no que couber, de suplementá-las, conforme a autorização constitucional. Obviamente, dentro de nossa República Federativa e no âmbito da democracia participativa, haveria a possibilidade de outorgar, mediante previsão constitucional do Estado, a iniciativa legislativa aos organismos regionais estabelecidos por lei complementar do Estado. Entretanto, a legitimidade desse procedimento compreende a participação indisponível dos Municípios nos referidos organismos regionais, como se irá ver adiante.

Assim, tem-se que para a criação destas regiões metropolitanas deve ser envolvida necessariamente a participação dos próprios entes municipais, já que tais regiões se tornam, a cada dia, importantes instrumentos administrativos, essenciais para viabilização dos processos de gestão das cidades do país.

Não se duvida de que qualquer postura ou medida governamental que ostente potencialidade para alterar a autonomia dos entes que integram a federação somente se legitima se balizada pelos termos da própria Constituição.

Fixada estas assertivas, busca-se demonstrar no presente trabalho que nem a União e tampouco os Estados, entes federados que são, podem editar atos normativos que repercutam negativamente na autonomia dos municípios, sob pena de se conferir aos primeiros poderes para alterar o sistema federativo desenhado pela própria Constituição.

Com efeito, só a própria Constituição Federal pode fixar os "parâmetros limitadores" desta autonomia, de modo que nem a Constituição Estadual e nem muito menos lei de outra natureza editada pelo Estado pode "abrandar" ou "agravar" o exercício dessa autonomia.

Admitir para os Estados, entes federados que são, a possibilidade de enfraquecer o espectro da autonomia dos municípios que se encontram dentro de sua conformação geográfica é, em última análise, estabelecer uma relação de hierarquia entre esses dois entes, hierarquia não desejada e concebida pela Constituição, a qual cuidou de fixar de forma clara e

precisa o plexo de competências de cada um dos entes federativos.

Logo, tem-se que, deve ser compatibilizado o preceito insculpido no§3º do art. 25 e dos incisos do art. 30 da Constituição com a ideia de que os municípios têm autonomia reconhecida no próprio texto constitucional, pelo que, muitas Constituições Estaduais desdobraram o processo de estruturação das regiões metropolitanas, expressamente determinando, a participação ativa dos municípios envolvidos na instituição das mencionadas regiões metropolitanas.

Desta forma, deve aferir que o estabelecimento da região metropolitana não significa a simples transferência de competências para o Estado, mas o reconhecimento de que o parâmetro de constitucionalidade será observado, com a divisão das responsabilidades entre os entes envolvidos, de modo que, o poder decisório e poder concedente não se concentrem nas mãos de um único ente para que assim reste mantido o autogoverno e autoadministração dos municípios.

Destaca-se no presente trabalho, que a atuação do Estado tem revelado de suma importância nos novos desenhos urbanos, e, no arcabouço elencado no Estatuto das Cidades.

Todavia, não se olvida que a execução e titularidade dos serviços pela região metropolitana deve ser conferida a um colegiado formado pelos municípios e pelo Estado federado de modo que a participação neste ente colegiado, não precisa ser paritária, mas, sobretudo, apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente.

Esclarece-se, outrossim, que, especialmente nos dias de hoje, quando cerca de 80% da população brasileira concentram-se nas cidades, pelo que, reclama-se formas novas e corajosas de gerenciar as funções e serviços públicos urbanos-regionais de grande complexidade, conferindo igualmente, por consequência, novas e ingentes responsabilidades de articulação, coordenação e integração aos órgãos e entidades públicas de diferentes níveis de governo de nossa República federada, em colaboração e parceria com as entidades e movimentos organizados da sociedade civil.

Nesta ordem de ideias, o estudo aqui apresentado destacou que nas orientações firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, é descrito um modelo de Região Metropolitana em que o poder decisório e o eventual poder concedente não devem ser transferidos integralmente para o Estado federado, nem permanecer em cada município individualmente considerado. Antes, a região metropolitana deve, como ente colegiado,

planejar, executar e funcionar como poder concedente das funções públicas, inclusive por meio de agência reguladora, de sorte a atender o interesse comum e à autonomia municipal.

O trabalho aqui expendido voltou-se, ainda que prematuramente, na experiência sergipana na gestão do transporte coletivo nas regiões metropolitanas, oportunidade em que restou destacada, a difícil conclusão do processo licitatório, cuja discussão perdura pelo menos 23 (vinte três anos) e já se encontra judicializada. E, ainda, apontou-se que os entes públicos já estão se mobilizando mais compromissadamente com o desfecho do problema, oportunidade em celebraram um Convênio que culminou com a edição de Lei Complementar Estadual que estabelece todas as ações e a forma de concessão do serviço com a participação paritária dos entes envolvidos.

Nota-se, portanto, que o modelo empreendido pelos municípios sergipanos não adotou o modelo de gestão de serviço a Região Metropolitana já criada desde 1995, instrumento mais sólido e eficaz, já que se destaca pela participação compulsória do município, bem como, a impossibilidade de evasão.

Com efeito, plenamente instituída a Região Metropolitana de Aracaju, de acordo com a Lei Complementar Estadual 25/1995, o poder de gestão e o planejamento do transporte intermunicipal poderá ser entregue à responsabilidade da RMA.

Ora, a Região Metropolitana de Aracaju já está criada desde 1995, complementada pela Lei Complementar Estadual nº 86/2003, e possui um desenho constitucional, suas decisões são soberanas e não invadem a competência municipal por se tratar de outro serviço. E, destaca-se, os municípios não podem se insurgir contra as decisões da RMA, e, ainda, devem fazer parte dos conselhos e se submetem a decisões majoritárias.

À sua executoriedade, faltaria, tão somente, a instituição de um Conselho Deliberativo, na medida em que este terá a função de planejar, coordenar e promover as ações, projetos ou os serviços públicos que serão prestados no âmbito da região metropolitana e que sejam de interesse comum, atrelado a um Conselho Executivo, cujas representatividades estejam adstritas ao Estado e aos Municípios, de modo equivalente a suas necessidades econômicas.

Anota-se que em arremate ficou concebido que não há constitucionalmente impedimento para o Estado criar um órgão gestor

metropolitano, por lei complementar estadual, com competências para decidir sobre as funções públicas de interesse comum aos municípios envolvidos, e que obrigue estes municípios a atenderem às decisões deste órgão.

Esclarece-se que as regiões metropolitanas para terem uma gestão legítima e eficaz, necessária a participação de todos os entes envolvidos. Não se exige que o Estado ou o Município-polo tenham peso idêntico a comunidades menos expressivas, seja em termos populacionais, seja em termos financeiros. A preservação da autonomia municipal impede apenas a concentração do poder decisório e regulatório.

Destarte, a autonomia municipal deve ser preservada, por força de mandamento constitucional, ao mesmo tempo que se deve empreender um esforço crítico e consciente para harmonizar as implicações dela decorrentes com as exigências da ação pública a nível regional, com o fito de neutralizar, quando for o caso, as decisões político-administrativas entre si discrepantes ou desconformes com as necessidades emergentes da metrópole e, particularmente, com o objetivo de orientar seu desenvolvimento integrado e sustentável.

2 DAS REGIÕES METROPOLITANAS, MICRORREGIÕES E AGLOMERADOS URBANOS - AUTONOMIA MUNICIPAL E INTERESSE METROPOLITANO

Existem diferentes sentidos para o termo região metropolitana. Em linhas gerais, pode-se caracterizar a região metropolitana como um grande centro populacional, composto por várias cidades ou municípios e, que se comportam, cultural e economicamente, como áreas locais integradas em uma área maior, estando tais áreas, por definição, submetidas a distintos poderes institucionais.

Destarte, as regiões metropolitanas "constituem agrupamento de Municípios limítrofes, tendo por finalidade básica a resolução de problemas em comum", sendo, pois, uma espécie de "convênio por agrupamento de Municípios".

Aliás, o conceito restou bem definido Meirelles (2006, pp. 82-83), que informa que "A Região Metropolitana, como área de serviços unificados, é conhecida e adotada em vários países para solução de problemas urbanos e interurbanos das grandes cidades, como Paris, Los Angeles,

São Francisco, Toronto, Londres e Nova Dhéli. Resume-se na delimitação da zona de influência da Metrópole e na 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 populações interessadas".

O sentido de região metropolitana não se confunde com a ideia de conurbação, já que esta pressupõe o desaparecimento dos limites físicos entre as cidades que fazem parte do complexo urbano. Ao contrário, a região metropolitana não é sempre e necessariamente uma região conurbada, já que as cidades que dela fazem parte podem preservar seus limites físicos, ou seja, podem manter intactas e separadas suas áreas urbanas, preservando entre si áreas rurais perfeitamente delimitadas.

Os autores que estudam o processo urbano costumam ressaltar a necessária integração entre as áreas que dão origem à região metropolitana. De fato, as cidades que formam uma região metropolitana possuem um alto grau de integração entre si, tanto na área econômica, como na área política ou cultural.

Essa institucionalização se torna possível com a previsão constitucional da criação da região metropolitana. Como diz o mesmo doutrinador, a Constituição "[d]á as bases para seu estabelecimento".

Dentro deste contexto, Ferreira Silva (2009, p. 121) entende que a criação desses aglomerados municipais "decorre da impossibilidade de se resolverem certos problemas próprios às metrópoles, no âmbito restrito e exclusivo de um dos Municípios que a conurbação recobre". Assim, essa previsão constitucional subsiste na otimização das políticas públicas para a resolução de diversos problemas estruturais que assolam a realidade urbana brasileira, tais como abastecimento de água, sistema público de saúde, ensino e segurança, tratamento de esgotos, sistema coletivo de transportes, etc.

Assim, sustenta-se o entendimento de que não bastaria a lei complementar estadual para a instituição da região metropolitana. É importante envolver, neste procedimento de institucionalização da região metropolitana, os municípios atingidos, já que eles, mais do que simplesmente afetados pela instituição da região, têm suas atribuições legais profundamente alteradas com esse processo.

Nesta linha, é preciso asseverar que as funções públicas de interesse

comum assumem uma conformação jurídica distinta e isto afeta a distribuição constitucional de competências e atribuições, pelo que tal circunstância enseja a participação ativa dos municípios afetados no processo de institucionalização destas regiões.

Assim, tem-se que, não se pode excluir, até pelas implicações financeiras, que a institucionalização das regiões metropolitanas provocam, que os entes federativos mais afetados por elas, ou seja, os municípios.

Pela inteligência do art. 25, §3º da Constituição Federal, há um tipo de reserva legal qualificada, ou seja, o Estado deverá legislar para criação das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões dentro, todavia, dentro dos limites impostos pela própria Constituição.

Logo, dentro deste contexto, a criação da região metropolitana, das aglomerações urbanas ou das microrregiões somente ocorrerá para "integrar" a organização, o planejamento e a execução de funções de interesse comum.

Com referência aos Aglomerados Urbanos e Microrregiões, registro, que se trata de outros tipos de agrupamentos municipais. E, nesta ordem, destaca-se que, o Texto Constitucional não construiu um regime jurídico específico para cada tipo de agrupamento de municípios. Mas, outrossim, incluiu todos os tipos de agrupamento no regime estabelecido, qual seja, a integração para a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. A dizer, existe um regime jurídico de integração aplicável aos agrupamentos de municípios limítrofes, inserindo-se nesse conceito as regiões metropolitanas, aglomerados urbanos e microrregiões.

Todavia, é importante registrar que paralelamente aos elementos dinâmicos e complexos de ordem cultural, social, urbanística e econômica que caracteriza a região metropolitana, os aglomerados urbanos são formas específicas de conurbação.

Destarte, eles ultrapassam os limites dos municípios envolvidos sem, entretanto, apresentar a importância, o impacto e as complexidades da região metropolitana. Assim, tem-se que o aglomerado urbano representa a aglutinação de municípios em conurbação, mas que se agrupam em função de alguma característica regional, industrial ou econômica. Nos aglomerados urbanos, a regra é a igualdade econômica e de importância sócio-política entre os municípios próximos.

Por sua vez, nas microrregiões sugerem o agrupamento de municípios sem o fenômeno da conurbação. Os municípios envolvidos apresentam características e realidades comuns a ponto de tornar mais racionais e viáveis soluções integradas em matéria de funções públicas.

Esclarece-se, portanto, que as microrregiões caracterizam-se como agrupamentos de municípios por proximidade geográfica e principalmente por interesses econômico-sociais semelhantes, o que justificaria soluções integradas em termos de interesses comuns (por exemplo, grupo de cidades próximas que têm suas economias atadas ao turismo).

Arremata-se, que, os aglomerados urbanos e microrregiões são, portanto, outras duas espécies do fenômeno do agrupamento municipal e, que, por isso, nos termos do art. 25, § 3º, da CF, devem ter regime de funcionamento idêntico ao das regiões metropolitanas.

É preciso, outrossim, esclarecer a natureza jurídica das regiões metropolitanas. Nesta linha, esclarecedoras são as lições de José Afonso da Silva (2013, p. 158/159):

> **"A região metropolitana no Brasil é (...) um conceito jurídico, já que assim se reputará a conurbação instituída nos termos do art. 25, §3º, da CF. Isso não exclui (...) a existência do fenômeno como fato econômico, social, urbanístico. Mas sob esses aspectos, o fenômeno é inorgânico, empírico, problemático, ao passo que, definido juridicamente, toma forma, persegue organização, institucionaliza-se(...).O que dá essência ao conceito de 'região metropolitana', o que justifica, o que legitima sua definição por lei complementar estadual, é precisamente o fenômeno da conurbação, ou seja: a existência de núcleos urbanos contíguos, contínuos ou não, subordinados a mais de um Município, sob a influência de um Município-polo".**

Mas não pode ser olvidado a natureza jurídica dessas novas entidades regionais concebida por Caffé Alves (p.):

> **"(...) a Constituição Federal preconiza**

> **a possibilidade de se instituir uma nova forma de administração regional, no âmbito dos Estados, como um corpo jurídico-administrativo territorial (autarquia territorial, intergovernamental e plurifuncional), sem personalidade política - visto que não poderia ter um corpo legislativo próprio – para o qual se conferem competências administrativas intergovernais, destinadas a integrarem a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (artigo 25, § 3º, da C.F.). Aqui, o poder originário concedente de serviços ou funções comuns são os Municípios e o Estado, vez que somente estes entes possuem corpos legislativos para regrar sobre os serviços públicos de interesse regional. Entretanto, mediante um condomínio legislativo (obtido mediante o exercício de competências comuns e concorrentes complementares e supletivas), aqueles entes políticos poderão e deverão, por exigência constitucional, criar as condições para a organização intergovernamental administrativa pública (uma espécie de autarquia territorial plurifuncional) para ser o titular (derivado) do exercício de competências relativas às funções públicas de interesse comum. Vale dizer que o Estado cria e organiza tal entidade administrativa pública, mediante lei complementar, mas não pode deixar, sob pena de inconstitucionalidade da medida, de admitir a participação dos Municípios metropolitanos (ou integrantes das aglomerações urbanas ou microrregiões) para decidirem sobre os assuntos regionais que, em última instância, são também de seu interesse (local)"**

Ora, se a região metropolitana é um conceito jurídico que institucionaliza um fenômeno empírico, a saber, a existência de núcleos urbanos contíguos, com interesses públicos comuns, correspondendo, na abalizada lição de Alaor Caffé, a uma autarquia territorial, intergovernamental e plurifuncional, sem personalidade política, torna-

se, então, necessário compreendê-la a partir de noções que superem a visão tradicional que se têm da própria federação.

É preciso destacar que a questão que tem ganhado relevo dentro do conceito da região metropolitana – e, esclareça-se, sem prejuízo da aplicação das mesmas categorias às demais figuras regionais: aglomerações urbanas e microrregiões – é a da compulsoriedade das relações entre os diferentes entes político-administrativos, objetivando a realização das funções públicas de interesse comum, em nível regional.

O interesse regional metropolitano não se destacou em relação às unidades governamentais implicadas e, portanto, fácil aferir que o interesse faz parte do elenco dos interesses daquelas unidades. Todavia, deve ser engendrada a conjugação de atividades de todos os níveis político-administrativos para a realização das funções públicas de interesse comum.

Nesta linha, é preciso destacar que como a região metropolitana não possui corpo legislativo próprio para produzir leis disciplinadoras de seus assuntos e interesses relevantes, não há outra maneira senão a de contar com as casas legislativas do Estado e dos Municípios metropolitanos para esse mister.

Contudo, o Legislativo dessas unidades governamentais são autônomos, na conformidade com as disposições constitucionais, pelo que, há implicações sérias para galgar a unidade necessária para atingir a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de interesse de todos, referidas a problemas urbanos igualmente unitários e complexos. Nesta esteira, faz-se indispensável o exercício das competências concorrentes complementares e suplementares entre os entes político-administrativos emergentes das relações regionais metropolitanas.

Outrossim, esclarece-se que, o já referido dispositivo do artigo 25, § 3º, da Constituição Federal, acima mencionado, não compreende a instituição de associações voluntárias, mediante convênios, para a realização do planejamento e execução das funções públicas de interesse comum. Se assim fosse concebido, então a região metropolitana teria base bastante frágil, uma vez que qualquer dos partícipes não estaria constrangido a manter essa relação, podendo sair da mesma quando bem entendesse, o que implicaria na desconstituição da própria região metropolitana.

Com efeito, tem-se que esta ação voluntária revela-se frágil já que se insurgindo um Município que estivesse em seu interior, romper-se-ia a unidade desejada e, ainda, haveria vazios dentro da região metropolitana, constituídos por comunidades que não viessem a aderir ou que viessem a denunciar o convênio em algum momento de sua existência.

Logo, tem-se que certamente este não foi o escopo do legislador constituinte, que, aliás, transportou o referido dispositivo para o capítulo da organização do Estado brasileiro. Na verdade, o poder constituinte inaugurou uma nova figura em nossa federação, constituída por ente público administrativo regional, de caráter territorial e intergovernamental, sem força legislativa, mas com estrutura suficiente para garantir a integração indispensável ao tratamento das funções públicas de interesse comum.

Por outro lado, destaco, não há na Constituição nenhum impedimento para a existência de convênios ou consórcios entre entidades governamentais, especialmente quando se tem em conta o exercício de competências comuns e concorrentes, como, aliás, aconteceu neste Estado sergipano, ao disciplinar o transporte intermunicipal.

Porém, não se duvida de que se o multicitado dispositivo do artigo 25, § 3º, da C.F., fosse interpretado apenas como uma previsão do estabelecimento de relações voluntárias entre os Municípios metropolitanos e o Estado, o mesmo dispositivo seria um inútil apêndice, pois não teria nada a acrescentar ao que já seria possível realizar-se juridicamente sem ele, e de forma muito mais ampla, compreendendo situações fora das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões.

Desse modo, não há como deixar de concluir que tal disposição constitucional refere-se à forma de realizar, mediante lei complementar, um agrupamento compulsório de Municípios, em razão do qual estes entes locais não teriam liberdade de se isolar, inaugurando-se novas relações intergorvernamentais em face de situações objetivas definidas pela necessidade de se proverem as funções públicas de interesse comum.

Deve ser destacado, ainda, que uma vez criada a região metropolitana, fica vedado ao Estado, impedir a participação dos Municípios metropolitanos na condução normativa e administrativa a respeito da organização, do planejamento e da execução das funções públicas de interesse comum, visto que estas se incluem também na competência

local daqueles Municípios, por mandamento constitucional.

Portanto, ao interesse local do Município agrega-se o interesse regional cujo exercício deve ser compartilhado com os demais Municípios regionais, em paridade com o Estado, nos planos da normatização, fixação de diretrizes, planejamento e execução das funções comuns regionais.

Assim, considerando a necessidade de se caracterizar o principal responsável pela execução das funções públicas de interesse comum e pelo estabelecimento de diretrizes governamentais a respeito, pode-se antecipar que aos Estados é reservada de modo especial a competência para prover sobre assuntos metropolitanos, das aglomerações urbanas ou microrregionais, sem, contudo, poder-se excluir a participação dos demais entes políticos (Municípios) interessados, não só em termos de realização ou execução daquelas funções públicas, como também em termos de atuação jurídico-normativa de caráter complementar ou suplementar.

É preciso entender que, uma vez criada a região metropolitana, o Município não fica obrigado a participar ativamente no processo decisório regional-metropolitano, bem como ao Estado não é facultado, de modo algum, impedir essa participação. O importante é considerar que, em matéria de função pública de interesse comum, o Município fica adstrito a tolerar sua execução em seu território, vez que, se ela realiza e concretiza de certo modo o interesse local, ela é também de interesse regional, não podendo sofrer solução de continuidade sob pena de prejudicar os outros Municípios limítrofes.

Nesta linha, o interesse comum deve ser concebido, dentro de uma compreensão dialética, e, não olvidando, o interesse local, pelo que, admite-se e garante-se a participação do Município nas decisões sobre a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de interesse comum. E, ainda, como o interesse é regional, não é permitido ao Município opor obstáculos a sua realização, em seu território. Mesmo porque os territórios municipal, estadual ou mesmo federal, são figuras de caráter relativo em um sistema federativo.

É importante notar, finalmente, que a instituição de região metropolitana tem um caráter funcional, ou seja, destina-se a integrar o agrupamento dos Municípios metropolitanos na organização, planejamento e execução das funções públicas de interesse comum. Desse modo, a referida integração pressupõe a inafastável garantia de que os Municípios podem (e devem) participar das decisões e ações

regionais, sob diferentes modalidades, em todas as fases de organização, planejamento e execução das funções públicas de interesse comum.

Ora, no regime constitucional brasileiro, a autonomia municipal não é resultado de eventual delegação do Estado-membro em que o Município se situa, mas da própria Constituição Federal.

Nesta ordem, cumpre aferir que a autonomia municipal não esmaeceu com a criação das regiões metropolitanas, isto porque esses aglomerados urbanos não detêm personalidade legislativa, mas tão somente administrativa, assim, os municípios são a única fonte de existência útil das regiões metropolitanas. Nesse sentido, são os Municípios que empresta às regiões metropolitanas parcela de autonomia administrativa, mesmo que a criação desses aglomerados de municípios seja feita pela Assembleia Legislativa do Estado-membro.

Embora pareça que a autonomia constitucional municipal e o interesse regional são mutuamente excludentes, quando se lê friamente a Constituição, tal entendimento não pode prosperar. O que acontece na verdade é a mitigação da autonomia legislativa e administrativa do município em face do interesse comum, o que não leva à exclusão, apenas a um limite e a condicionamentos determinados pela lei complementar estadual que instituir a região metropolitana, que deverão ser observados pelos municípios integrantes, desde que não firam os interesses municipais.

Assentada essas premissas, cabe investigar o sentido da expressão "integrar" constante do art. 25, § 3º, da CF. A questão encobre o problema nuclear da titularidade da competência legislativa e administrativa em matéria de região metropolitana, aglomerados urbanos e microrregiões.

De um lado temos a competência do Estado, de por meio de lei complementar, instituir esses agrupamentos municipais. De outro lado temos a autonomia municipal, princípio estrutural do pacto federativo e que encontra previsão e explicitação no art. 30 da CF.

Nos assuntos de imbricação com a competência estadual, a Constituição fornece uma ideia que serve de critério para a avaliação da competência municipal: - o interesse local (art. 30, incisos I e V, da CF).

O interesse local é aquele que se relaciona, primaria e diretamente, às necessidades da população local na dimensão do serviço público ou na dimensão da organização política do município.

Em matéria de agrupamento municipal, o interesse local cede espaço

para o interesse regional ou interesse metropolitano. Como é sabido, as regiões metropolitanas não resumem qualquer identidade político-institucional própria, mas apenas a configuração de uma realidade administrativa.

Por isso, o interesse regional não é, um interesse autônomo, localizado entre o interesse estadual e o interesse municipal, mas representa a formação da região metropolitana é, na verdade, a soma integrada de interesses dos municípios envolvidos.

Assim, somente por meio do acordo e da negociação entre os municípios é que é possível a implementação de políticas administrativas que concretizem esse interesse regional, já que, conforme se destacou em outras passagens, qualquer entendimento contrário, estar-se-ia reduzindo a autonomia municipal e, ainda, ampliaria a competência demasiadamente do município. Logo, arremata-se, somente com a participação pro-ativa dos entes envolvidos é possível a implementação de políticas administrativas que concretizem esse interesse regional.

3 A ADIN 1842-RJ E OS IMPACTOS NA ANÁLISE DAS LEIS ESTADUAIS

A construção do sentido das regiões metropolitanas deve se dar em obséquio à relevante posição constitucional reconhecida aos municípios pela nova Constituição Federal e, ainda, atento, como já se asseverou, a preponderância de interesses e, neste rumo, vem pronunciando o Supremo Tribunal Federal.

Destarte, o Supremo também se debruçou sobre importante ponto que envolve as regiões metropolitanas. Por meio das ADIs 1842, 568 e 796, o Supremo considerou inconstitucional, por afronta ao §3º do art. 25 da Constituição, qualquer outro requisito para que um município fizesse parte de região metropolitana, além do constitucionalmente previsto, qual seja, lei complementar estadual determinando os municípios integrantes da região metropolitana.

Por tudo, pode-se afirmar que a competência legislativa para o tratamento dos serviços públicos pertinentes aos municípios será de acordo com a definição do interesse, ou seja, se comum ou se local.

Assim, caso um serviço público seja de interesse preponderantemente local, subsistirá a competência do município, nos temos do art. 30, inciso

V da CF. Caso contrário, restará definida a competência para movimentar o processo legislativo o Estado que institui a região metropolitana.

De acordo com o ordenamento constitucional, não é razoável a manutenção do poder concedente em cada município participante, sob pena de esvaziar o conteúdo do art. 25, § 3º, da Constituição Federal e a própria instituição de região metropolitana, microrregião ou aglomeração urbana, além de inviabilizar a prestação integrada e o adequado atendimento do interesse comum.

Logo, anoto que, o interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de qualquer serviço por um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região.

Nesta linha de ideias, e, ainda, considerando os preceitos da Constituição de 1988, Afonso da Silva (2006, p. 164) leciona que a titularidade (dos serviços comuns) não pode ser imputada a qualquer das entidades em si, mas ao Estado e aos Municípios envolvidos.

Logo, para a Corte Suprema necessária é a existência de estrutura (convênio, agência reguladora, conselho deliberativo etc.) com alguma forma de participação de todos os entes envolvidos, capaz de concentrar em um órgão uniformizador e técnico, responsável pela regulação e controle do serviço público de relevância.

E, ainda, caberá a este órgão colegiado regular e fiscalizar a execução de suas decisões, definindo inclusive as formas de concessão do serviço.

O Supremo Tribunal Federal ressaltou, porém, que a participação dos entes nessa decisão colegiada não necessita ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.

E, destaca que, ainda que a participação do Estado federado nessa organização seja imprescindível não abrangidas pela aglomeração de municípios, seu voto isolado não pode ser suficiente para fixar todo planejamento e a execução da função pública de saneamento básico.

Arremata, a Corte Superior, outrossim, que, não se exige que o Estado ou o Município-pólo tenham peso idêntico a comunidades menos expressivas, seja em termos populacionais, seja em termos financeiros. A preservação da autonomia municipal impede apenas a concentração

do poder decisório e regulatório nesses entes.

O Supremo Tribunal Federal assenta que na hipótese de integração metropolitana, o poder decisório e o eventual poder concedente não devem ser transferidos integralmente para o Estado federado, nem permanecer em cada município individualmente considerado.Antes, a região metropolitana deve, como ente colegiado, planejar, executar e funcionar como poder concedente das funções públicas, inclusive por meio de agência reguladora, de sorte a atender o interesse comum e à autonomia municipal.

4 REGIÃO METROPOLITANA DE ARACAJU: ATRIBUIÇÃO DA GESTÃO E PLANEJAMENTO DO TRANSPORTE INTERMUNICIPAL

O transporte público intramunicipal e intermunicipal são tradicionalmente complexos e envolvem uma série de fatores essenciais, sem os quais não há possibilidade de se abrir um procedimento licitatório.

Em Sergipe, foi criado o Sistema Integrado de Transportes para permitir o deslocamento de passageiros dentro da Região Metropolitana, esta criada pela Lei Complementar Estadual nº 025/1999. Não se trata de serviço de transporte regular no âmbito municipal, somente transfere passageiros entre sistema de transportes dos Municípios Conveniados, possibilitando aos usuários circularem com a uma única passagem, saindo de sua residência até chegar ao destino final.

Esclarece-se que o Sistema Integrado de Transportes foi formatado com intuito de racionalização do sistema e melhor atendimento ao usuário, já que em seu início o sistema de transporte trabalhava apenas com a necessidade do passageiro deslocar-se dos bairros para o centro comercial de Aracaju onde se concentravam todos os serviços, sejam públicos ou particulares.

Com o crescimento da Capital nas décadas de 1970 e 1980, notadamente a criação do Distrito Industrial de Aracaju e a mudança do terminal rodoviário para a região de contorno da cidade, a demanda deslocou-se para estas regiões gerando a necessidade de re-estudo do sistema de transporte da época.

O Sistema Integrado Metropolitano foi concebido com o escopo de equilibrar as distâncias entre as linhas melhorando o serviço ao usuário, realizando seu deslocamento para várias partes da cidade mediante uma

única passagem, podendo realizar o embarque em qualquer ônibus do sistema, com diminuição de custos e, via de consequência da tarifa. A sobreposição de linhas retira a função do Terminal, aumentando a quilometragem, o tempo de espera, os custos e, consequentemente a tarifa.

Neste toar, um problema ocorreu não só em Sergipe, mas em diversos Estados brasileiros: trata-se da ausência de obediência às regras básicas das licitações e a falta de um planejamento mais eficiente no transporte da população.

No Brasil, a regra foi a de que diversas empresas trabalhassem com o transporte à margem da legalidade, não participando dos procedimentos licitatórios e "empurrando" na medida do possível a extensão de seus contratos.

Nesta linha, e, preocupado com este quadro, e, não descuidando que o processo licitatório em Sergipe já se prolonga e posterga por mais de 23 (vinte) anos, o Ministério Público do Estado de Sergipe promoveu Ações Civis contra o Estado de Sergipe e Município de Aracaju visando à rápida viabilização (Processo nº 201110307114 e 201111202371- o primeiro encontra-se em fase de cumprimento e,o segundo concluso para julgamento, mas todos eles destaco têm liminares já deferidas cominando os entes públicos à formação do procedimento licitatório).

O certo é que dentro deste contexto, percebeu-se os entes federativos envolvidos que para a completa legalização do sistema, diversos elementos devem ser levados em consideração. E todos eles envolvem custos e estudos apropriados, realizados por empresas que começam a propagar no Brasil os seus serviços que são muito específicos.

O redesenho de um transporte intermunicipal passa, obrigatoriamente, por diversos estudos que podem, inclusive, determinar que o atual modelo com os atuais corredores não são suficientemente eficientes para as necessidades da população.

De outro turno, diversas cidades brasileiras, na contramão da experiência das grandes metrópoles mundiais, apostaram na "fórmula do fracasso": a prerrogativa do sistema de transporte por automóvel ao invés do transporte público de qualidade. Assim, grandes somas foram direcionadas para a construção de mais e mais espaços para automóveis, quando em verdade os maiores urbanistas dos últimos 60 anos defendem que haja um grosso investimento em transporte público.

A consequência desta política sem visão dos governantes brasileiros

foi a geração de um sistema de transporte ineficiente, onde a cada dia as cidades sofrem com mais e maiores engarrafamentos, em uma autêntica ineficiência da exploração do espaço público. Há de se compreender que quem adquire um automóvel para o trabalho irá ocupar um espaço público maior do que a necessidade de seu transporte.

Diversas cidades mundiais que também apostaram na "fórmula do fracasso" estão revendo suas estratégias. Curitiba deu uma importante contribuição para a criação de um sistema de transporte público mais inteligente e mais eficiente, com a construção de corredores exclusivos para ônibus. Inspirados na experiência curitibana, a cidade do México, por exemplo, reformou seu sistema de transporte coletivo e conseguiu tirar do trânsito cerca de 50.000 veículos. Bogotá, na Colômbia, também se inspirou no sistema curitibano e melhorou significativamente seu transporte coletivo, servindo de referência ao nosso país no momento atual.

Outras cidades brasileiras, entretanto, buscaram inspiração no sistema curitibano e, pasmem, decresceram a ideia original. A cidade de São Paulo, por exemplo, criou o sistema de corredores mistos, onde parte do trajeto é em corredores exclusivos e parte é no meio do engarrafamento da cidade. Exatamente neste ponto o sistema "trava" e há uma perda de eficiência significativa.

Nesta linha, cumpre-me aferir que pelo fato do *serviço de transporte intermunicipal ser originalmente do Estado de Sergipe*, ***não há como o Estado negar sua participação nesta gestão***.

Ora, a Constituição outorgou o importante serviço ao Estado e deu-lhe a oportunidade de, em querendo pluralizar o debate, utilizar-se das regiões metropolitanas ou consórcios (o que é muito bom sob os aspectos da maior legitimidade das decisões finais).

Assim, por ser ***seu específico serviço***, o Estado tem que ter ***participação*** na gestão de forma, no mínimo, paritária aos demais municípios envolvidos, como forma de preservação de suas atribuições de coordenação intermunicipal.

Diversas reuniões foram realizadas para a discussão sobre o transporte público ***i***ntermunicipal entre os municípios da Região Metropolitana e foram suscitadas importantes indagações, como a criação de um consórcio público, e, uma vez criados, deveria ser destacada, a impossibilidade de renúncia dos prefeitos na formação da diretoria e, ou, a elaboração de

um convênio. Nestes pontos, ficou também declinada a preocupação em evitar que questões políticas possam colocar o sistema de transporte público intermunicipal em xeque.

O fato é que após acalouradas discussões e muitos anos de estudo e pesquisa e a intervenção relevante da Procuradoria do Estado de Sergipe, conclui-se que plenamente instituída a Região Metropolitana de Aracaju, de acordo com a Lei Complementar Estadual 25/1995, o poder de gestão e o planejamento do transporte intermunicipal poderá ser entregue à responsabilidade da RMA.

Com efeito, a Região Metropolitana de Aracaju já está criada desde 1995, complementada pela Lei Complementar Estadual nº 86/2003, e possui um desenho constitucional, suas decisões são soberanas e não invadem a competência municipal por se tratar de outro serviço. E, destaca-se, os municípios não podem se insurgir contra as decisões da RMA, e, ainda, devem fazer parte dos conselhos e se submetem a decisões majoritárias.

À sua executoriedade, faltaria, tão somente, a instituição de um Conselho Deliberativo, na medida em que este terá a função de planejar, coordenar e promover as ações, projetos ou os serviços públicos que serão prestados no âmbito da região metropolitana e que sejam de interesse comum, atrelado a um Conselho Executivo, cujas representatividades estejam adstritas ao Estado e aos Municípios, de modo equivalente a suas necessidades econômicas.

Em contrapartida ao consórcio administrativo, a deliberação acerca do transporte intermunicipal por intermédio da RMA constitui maior segurança jurídica à executoriedade deste órgão regional. Tal ocorre porque, segundo a dicção do dispositivo constitucional já citado, a instituição da Região Metropolitana depende de Lei Complementar Estadual.

Portanto, superveniente desconstituição da mesma Região Metropolitana exige norma equivalente, vale dizer, apenas Lei Complementar Estadual é capaz extinguir determinado órgão regional, o que não ocorre com o consórcio administrativo. Este, por fim, depende apenas do poder de gestão do Executivo Municipal, ato subordinado a meros interesses políticos.

Assim, deliberou-se que diante do quadro atual, necessária à inclusão do Estado no consórcio ou na constituição da Região Metropolitana,

que deverá ser objeto de negociações políticas para que os interesses do Estado-membro não estejam devidamente albergados nos futuros termos e ações.

Nesta ordem de ideias, foi aprovada Lei Complementar nº 10/2015 em que dispõe sobre a concessão de transporte público da Região Metropolitana mediante consórcio, dele participando o Estado de Sergipe com a concessão do serviço de transporte da Região Metropolitana e sem aportes financeiros e, as despesas são custeadas pelos municípios envolvidos.

Ocorre, todavia, que esta proposta revela-se mais frágil do que a constituição da Região Metropolitana, já que, como é sabido, não se exige a participação compulsória dos entes federativos e, ainda, a qualquer tempo poderá o município evadir-se.

Defende-se, portanto, no tópico ora em apreço, a outorga do serviço, o poder de gestão e o planejamento do transporte intermunicipal à responsabilidade da RMA. E executoriedade far-se-ia por intermédio do Conselho Deliberativo, na medida em que este terá a função de planejar, coordenar e promover as ações, projetos ou os serviços públicos que serão prestados no âmbito da região metropolitana e que sejam de interesse comum, atrelado a um Conselho Executivo, cujas representatividades estejam adstritas ao Estado e aos Municípios, de modo equivalente a suas necessidades econômicas, sendo desnecessário portanto, a criação de uma autarquia que importaria em conferir autonomia financeira, contratação de pessoal, o que seria inviável nestes tempos de crise.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão discutida nos presente trabalho cinge-se a aferição se a criação de determinada região metropolitana tem o efeito de atingir ou violar a autonomia dos municípios dela integrantes. Busca-se alcançar se há antinomia entre a autonomia municipal e a extensão das competências outorgadas.

Embora numa leitura mais apressada se possa compreender que o art. 25, § 3º do Constituição Federal de 1988, atribui competência ao Estado em detrimento da autonomia dos municípios, a leitura mais adequada do dispositivo impõe a conclusão de que não deve haver confronto entre o estabelecimento de regiões metropolitanas e a autonomia municipal.

Ora, o estabelecimento de regiões metropolitanas não se contrapõe à autonomia dos municípios que venham a fazer parte de sua estrutura. Com efeito, não há um número fixo de competências municipais encoberto pelo princípio da autonomia - dadas às condições fáticas que podem transformar os interesses locais em interesses comuns -, não se pode afirmar que municípios metropolitanos possuem uma autonomia menos expressiva que a daqueles não componentes de regiões metropolitanas.

É essencial, como já alertava o Ministro Maurício Correia, quando do julgamento da ADI 1842-5, que a autonomia municipal aponte o aspecto negativo, por tornar o município imune à interferência de outros entes federados respeitados, obviamente, os limites traçados pela Constituição federal, bem como, possua nítido caráter positivo, por também se exercer quando órgãos colegiados metropolitanos permitem que o município seja ouvido e efetivamente decida sobre os interesses comuns da região.

Com efeito, a criação de uma região metropolitana não pode, em hipótese alguma, significar o amesquinhamento da autonomia política dos municípios dela integrantes, materializado no controle e na gestão solitária pelo Estado das funções públicas de interesse comum.

Vale dizer, a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa para a nova entidade público - territorial administrativa, de caráter intergovernamental, que nasce em consequência da criação da região metropolitana.

Por outro lado, o exercício das funções normativas, diretivas e administrativas do novo ente deve ser compartilhado com paridade entre o Estado e os municípios envolvidos.

Desta forma, tem-se que a concepção da região metropolitana deve preservar o que parece ser condição indispensável à constitucionalidade: o respeito à divisão de responsabilidade entre municípios e Estado, e, a participação ativa dos municípios envolvidos para concentração dos diagnósticos e solução dos conflitos.

Destarte, o fenômeno das regiões metropolitanas está associado ao movimento de urbanização e industrialização de cidades limítrofes que guardem certo eixo econômico e social comuns.

A concentração e o crescimento dos centros urbanos geraram a necessidade da criação de um novo tipo de organização administrativa. Uma organização que pudesse dar tratamento adequado e integrado

a problemas comuns de vários municípios próximos por interesses convergentes.

Ora, as regiões metropolitanas são organismos administrativos de viabilidade de funções públicas de interesse comum que seria naturalmente de competência dos municípios.

O Município continua a ser o titular das funções executadas pela região, muito embora seja, por imposição de lei estadual, uma titularidade que somente pode ser exercida em acordo ou em consenso com os demais municípios.

Por isso, é de se reconhecer um vínculo, não de subordinação, mas de cooperação no processo decisório interno a formar um ente do *"Federalismo de cooperação"*.

Na mesma linha da cooperatividade, as funções exercidas pelas regiões metropolitanas têm natureza de interesse comum ou regional e somente podem ser exercidos mediante o somatório das competências dos municípios envolvidos.

Tudo isso por meio de um mecanismo organizacional que impeça que um município tenha soberania de decisão e que, ao mesmo tempo, evite que qualquer decisão seja tomada sem a sua concordância.

Portanto, a região metropolitana é algo mais que o município, não em termos políticos, mas em termos decisórios e administrativos. Tanto é assim que o CF/1988, muito embora determine que a criação da região dependerá de lei complementar estadual, não atribuiu aos Estados competência administrativa ou legislativa qualquer. Muito pelo contrário. O art. 25, § 3° da Constituição Federal, claramente prevê um tipo de reserva legal qualificada, ou seja, o Estado deverá legislar, mas dentro dos limites impostos pela própria Constituição.

Desta forma, tem-se que a criação da região metropolitana somente ocorrerá para "integrar" a organização, o planejamento e a execução de funções de interesse comum. Fora desse limite, a legislação estadual seria inconstitucional.

Assim, como se asseverou durante a exposição deste trabalho, as regiões metropolitanas não são entes federados, ou seja, não possuem autonomia nem capacidade de auto-organização e que a Constituição de 1988 optou pela estadualização dessas regiões, fazendo com que constitucionalmente os estado sejam responsáveis pela criação e regulamentação das regiões metropolitanas. O papel do Estado, contudo

deve ser limitado pelo princípio da legitimidade, pois o governo estadual e os membros da Assembleia Legislativa não são eleitos apenas pela população metropolitana e, por isso, não representam legitimamente os interesses metropolitanos.

Considerando o princípio da legitimidade, a gestão metropolitana, que se refere às funções públicas de interesse comum aos municípios envolvidos, deve ser regulamentada por um órgão legislativo próprio e exercida por um órgão gestor metropolitano.

Entretanto para se fazer uma leitura adequada do texto constitucional, no que se refere à autonomia municipal e às competências estaduais, precisamos levar em consideração a teoria do federalismo e as bases do federalismo brasileiro. Desta forma poderemos sustentar que não há inconstitucionalidade na criação de um órgão de gestão metropolitana, nem mesmo de um órgão legislativo metropolitano, desde que estes não tenham competências constitucionais (de auto-organização) o que só é permitido aos entes federados.

As regiões metropolitanas no Brasil podem ser descentralizações administrativas dos Estados-membros, sem ofender a Constituição nem a forma federal de Estado, pois obteria apenas competências ordinárias, concedidas pelo Estado-membro por meio de sua Constituição estadual. Os Estados-Membros brasileiros têm dimensões territoriais superiores a muitos Estados europeus que são altamente descentralizados como a Suíça, Alemanha, Áustria e Bélgica (todos federais), mas embora tenham capacidade de se auto-organizarem por meio das Constituições Estaduais, mantêm uma estrutura altamente centralizada, como se fossem impedidos de se descentralizarem.

A autonomia municipal prevista na Constituição de 1988 vem sendo utilizada como principal argumento da inconstitucionalidade da criação de um órgão gestor metropolitano. Mas, a despeito de defender-se a autonomia municipal, em regiões metropolitanas, boa parte das questões que vêm sendo decididas internamente pelos municípios, são de interesse regional, e por isto não são da sua competência.

De acordo com o texto constitucional, a capacidade legislativa do município se restringe àquelas taxativamente enumeradas e ao que for de questão de interesse local, não podendo estes sustentarem a capacidade de decidirem sobre aquilo que produza impacto no contexto metropolitano.

Portanto não há constitucionalmente impedimento para o Estado

criar um órgão gestor metropolitano, por lei complementar estadual, com competências para decidir sobre as funções públicas de interesse comum aos municípios envolvidos, e que obrigue estes municípios a atenderem às decisões deste órgão. Ademais, o Artigo 25, §1º da Constituição Federal atribui competência residual aos Estados-Membros, o que significa a possibilidade de legislar sobre aquilo que a ele não for vedado. Da mesma forma, pode o Estado criar um órgão legislativo metropolitano e delegar a este, por meio da Constituição Estadual, a competência de legislar sobre as questões de interesse regional metropolitano.

É preciso ainda nas linhas finais destacar que o tema ganhou relevância com a Instituição do Estatuto da Metrópole que tem por escopo estabelecer "diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados, normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado e outros instrumentos de governança interfederativa, e critérios para o apoio da União a ações que envolvam governança interfederativa no campo do desenvolvimento urbano".

O escopo, portanto, do Estatuto da Metrópole é o de tratar dos desafios da gestão interfederativa de unidades territoriais urbanas, em especial das aglomerações urbanas e das regiões metropolitanas, aplicando-se, suas disposições, às microrregiões e às regiões integradas de desenvolvimento.

Com referência o modelo da região metropolitana de Aracaju tem-se que plenamente instituída a Região Metropolitana de Aracaju, de acordo com a Lei Complementar Estadual 25/1995, o poder de gestão e o planejamento do transporte intermunicipal poderá ser entregue à responsabilidade da RMA.

Com efeito, a região metropolitana de Aracaju já está criada desde 1995, complementada pela Lei Complementar Estadual nº 86/2003, e possui um desenho constitucional, suas decisões são soberanas e não invadem a competência municipal por se tratar de outro serviço.

E, destaca-se, os municípios não podem se insurgir contra as decisões da RMA, e, ainda, devem fazer parte dos conselhos e se submetem a decisões majoritárias. À sua executoriedade, faltaria, tão somente, a instituição de um Conselho Deliberativo, na medida em que este terá a função de planejar, coordenar e promover as ações, projetos ou os serviços públicos que serão prestados no âmbito da região metropolitana e que

sejam de interesse comum, atrelado a um Conselho Executivo, cujas representatividades estejam adstritas ao Estado e aos Municípios, de modo equivalente a suas necessidades econômicas.

Arrematou-se que a deliberação acerca do transporte intermunicipal por intermédio da RMA constitui maior segurança jurídica à executoriedade deste órgão regional. Tal ocorre porque, segundo a dicção do dispositivo constitucional já citado, a instituição da Região Metropolitana depende de Lei Complementar Estadual.

Portanto, superveniente desconstituição da mesma região metropolitana exige norma equivalente, vale dizer, apenas Lei Complementar Estadual é capaz extinguir determinado órgão regional, o que não ocorre com o consórcio administrativo. Este, por fim, depende apenas do poder de gestão do Executivo Municipal, ato subordinado a meros interesses políticos.

Pode-se perceber com isto que para as regiões metropolitanas terem uma gestão legítima e eficaz, necessária a participação de todos os entes envolvidos. Não se exige que o Estado ou o Município-pólo tenha peso idêntico a comunidades menos expressivas, seja em termos populacionais, seja em termos financeiros. A preservação da autonomia municipal impede apenas a concentração do poder decisório e regulatório nesses entes.

E atrelada ao posicionamento da Corte Superior assenta que na hipótese de integração metropolitana, o poder decisório e o eventual poder concedente não devem ser transferidos integralmente para o Estado federado, nem permanecer em cada município individualmente considerado. Antes, a região metropolitana deve, como ente colegiado, planejar, executar e funcionar como poder concedente das funções públicas, inclusive por meio de agência reguladora, de sorte a atender o interesse comum e à autonomia municipal.

Em linhas de arremate, cumpre aferir que o ponto fundamental do presente estudo está na preocupação em superar a disputa meramente acadêmica, conceitual e formal a respeito da suposta colisão entre o interesse municipal e o interesse metropolitano.

Não faz mais nenhum sentido estruturar argumentos lógicos jurídicos para decidir quem deve ter o poder de decidir, exclusivamente e excludentemente sobre assuntos que afetam tanto o interesse municipal, quanto o interesse metropolitano.

Desde a promulgação da vigente Constituição Federal e muito especialmente depois da edição da Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.1998, que deflagrou o processo de reforma administrativa, com a adoção do modelo gerencial de administração pública e a positivação do princípio da eficiência, não se admite mais o exercício da competência como exercício vazio do autoritarismo, bastando sua titularidade para validar, aprioristicamente, qualquer decisão governamental.

Em resumo, a ordem jurídica oferece elementos para a criação e o funcionamento eficaz de regiões metropolitanas. As inevitáveis dificuldades e controvérsias que provavelmente irão surgir diante de situações específicas, poderão ser resolvidas na medida em que se considerar que a Constituição Federal oferece suporte para o reconhecimento e a instrumentalização do conceito de peculiar interesse metropolitano, apresentando pautas para a definição dos seus limites e viabilizando tanto o planejamento integrado dos serviços públicos de interesse comum, como a operação articulada desses serviços. Cada autoridade governamental envolvida deverá ceder um pouco, mas todos, governos e cidadão, ganharão muito.

___

THE METROPOLITAN REGIONS AND (IN) VIOLABILITY OF MUNICIPAL AUTONOMY

ABSTRACT: The study made trough this document has the objective to build the understanding that the creation of metropolitan areas must involve, necessarily, the participation of the municipalities, as these regions become important administrative instruments essential for viability of management processes of cities. Indeed, there is no doubt about the existence of potencial iniciatives and measures that are originated from the government, causing possible damages to the the autonomy of the entities that make up the federation, only legitimized if buoyed by the terms of the Federal Constitution itself. In other words, this paper seeks to demonstrate that neither the Federal Union nor the states, that are federate entities, can edit normative acts that reverberate negatively on the autonomy of municipalities, so as not to give the first powers to change the federal system designed by Constitution itself. Thus, it is proposed in this paper that the institution of the metropolitan area through complementary state law has the power to transfer competence

for this one, but recognize, moreover, the division of responsibilities between the municipalities and the state, with the participation active of all entities involved. In this line, it is recognized in this study, which fully established the Metropolitan Region of Aracaju, according to the State Complementary Law 25/1995, power management and planning of intercity transportation may be given the responsibility of RMA. Indeed, the metropolitan area of Aracaju is already created since 1995, complemented by the Complementary Law No. 86/2003 State, and has a constitutional design, its decisions are final and do not invade the municipal jurisdiction because it is another service. Municipalities can not rise against the decisions of the RMA, and also should be part of the advice and undergo decisions majoritárias. To its enforceability, it is missing only the establishment of an Advisory Board, to the extent that this will serve to plan, coordinate and promote the actions, projects or public services to be provided within the metropolitan area and are of common interest attached to an Executive Board, whose representativeness are attached to the State and Municipalities, equivalently to their economic needs. Thus, we have that in the event of metropolitan integration, decision-making power and the eventual granting authority should not be transferred in full to the Federal State or remain in each municipality individually considered. Before, the metropolitan area should, as a collective entity, plan, execute and act as grantor of public functions, including through regulatory agency, so as to serve the common interest and the municipal autonomy.

KEYWORDS: Metropolitan areas. Municipal autonomy. Division. Responsibilities. Public entities involved. Metropolitan Region Aracaju. Public Administration. Public management. Municipalities. Transportation Planning.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo.* 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Direito Urbanístico Brasileiro.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ALVES, Alaôr Caffé. *Planejamento Metropolitano e Autonomia*

Municipal no Direito Brasileiro. São Paulo, 1981.
_____. Regiões Metropolitanas, Aglomerados Urbanos e Microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro. In: *Revista de Direito Ambiental*. Ano 6 – n.º 21 – Janeiro-Março 2001.
BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado, 1988.
BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
FERRAZ, Ágata Bobbio. *A articulação federativa para a viabilização da política nacional de resíduos sólidos.* Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: 35. ed, 2009.
FERRARA, Lucrécia D´Aléssio. *Estratégica dos Signos*. 2. ed. São Paulo:Perspectiva, 2009.
GRAU, Eros. As regiões metropolitanas na nova Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 60/61. p. 233-252. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, jan.-jul. 1985.
MATTOS, Liana Portilho. (Org.) *Estatuto da Cidade Comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro.* 15. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Estatuto da Cidade* – Comentários à Lei 10.257/01. São Paulo: RT. 2002.
STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor>.
TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.