

REVISTA DA
Escola Superior da Procuradoria
Geral do Estado de São Paulo

Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School

Volume 1 – Número 1

Jan / Dez 2010

ISSN 2179-8532



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ALBERTO GOLDMAN
Governador do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO
Procurador Geral do Estado
CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO
Chefe do Centro de Estudos



ESPG
ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Revista da Escola Superior
da Procuradoria Geral do Estado
de São Paulo**

*Journal of São Paulo State's
Attorney Generalship School*

V. 1 – N. 1 – janeiro / dezembro 2010
ISSN 2179-8532



©2010

A Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP) é uma publicação anual da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. É permitida a reprodução de trechos dos artigos, desde que mencionada a fonte original de publicação.

Tiragem 2.400 exemplares

Editora Científica / Scientific Editor

Patrícia Ulson Pizarro Werner

Conselho Editorial / Editorial Board

Alvaro Bereijo, Universidad Autonoma de Madrid, Madri, Espanha

Carlos Ari Vieira Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil

Carlos Blanco de Morais, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Humberto Theodoro Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil

Giselda Hiroshida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Reinaldo de Lima Lopes, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Juan Zornoza Péres, Universidad Carlos III de Madrid, Madri, Espanha

Leo Pepe, Università di Roma Tre, Roma, Itália

Luiz Alberto David Araújo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Manuel Gonçalves Ferreira Filho, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Margarita de Hegedus, Universidad de Montevideo, Montevideu, Uruguai

Margerete Gresse, University of Washington, Seattle, EUA

Maria Garcia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Maria Helena Diniz, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Nina Beatriz Stocco Ranieri, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Paulo Affonso Leme Machado, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba/SP, Brasil

Sueli Dallari, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Corpo Editorial/ Publishers

Arlindo Philippi Junior, Universidade de São Paulo/SP, Brasil

Eduardo Carlos Bianca Bittar, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Érika Bechara, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Fernando Dias Menezes de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Guilherme Assis de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, Brasil

José de Melo Alexandrino, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

José Mauricio Conti, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luciana de Toledo Temer Castelo Branco, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Márcio Pugliesi, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Maria Paula Dallari Bucci, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pietro de Jesús Lora Alarcón, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Vidal Serrano Nunes Júnior, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pareceristas / Reviewers

A *RESPGE-SP* conta com um grupo permanente de pareceristas, formado pelos integrantes do Conselho e do Corpo Editoriais da publicação, bem como por professores e pesquisadores da ESPGE. Além disso, a *RESPGE-SP* pode convidar especialistas *Ad hoc* para análise dos manuscritos.

EXPEDIENTE

Editora Executiva

Débora Martins – Jornalista MtB 28.176

Normalização Técnica e Revisão

Francisca Evrard – CRB 8/935

Tradução Idioma Italiano

Claudia Maria Bravo Scolari

Secretaria Executiva

Ieda Ribeiro Vieira

Maria Emilia Martins

Nuria de Jesus Silva

Editoração, CTP, Impressão e Acabamento

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Correspondência

Pedidos de permuta devem ser endereçados à ESPGE.

Exchange orders should be addressed to ESPGE.

Endereço / Address

Rua Pamplona, 227 - 2.^º andar

Bela Vista – São Paulo/SP – Brasil

CEP 01405-902

Tel.: (55 11) 3286-7020/7032

E-mail: respgesp@gmail.com

Endereço eletrônico: www.pge.sp.gov.br/escolasuperior/respge

Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo =
Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School / Escola Superior
da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. — V. 1, n. 1 (2010)- . — São
Paulo : Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Escola Superior, 2011- .

Anual.

Textos multilíngues.

Resumos em português e inglês.

ISSN

1. Direito - Periódicos. I. São Paulo (Estado). Procuradoria Geral. Escola Superior. II. Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School.

CDD 340.05
CDU 34(051)

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EQUIPE

Diretoria

Patrícia Ulson Pizarro Werner, Procuradora do Estado, Diretora da ESPGE
Marily Diniz do Amaral Chaves, Procuradora do Estado, Vice-Diretora da ESPGE

Conselho Curador

2010

Carlos José Teixeira de Toledo, Presidente (membro nato), Procurador do Estado, Chefe do Centro de Estudos

Patrícia Ulson Pizarro Werner, Diretora da ESPGE (membro nato)

Cintia Oréfice, Procuradora do Estado, representante da área do Direito Ambiental

Eugenia Cristina Cleto Marolla, Procuradora do Estado, representante da área de Direito Tributário e Financeiro

Liliane Kiomi Ito Ishikawa, Procuradora do Estado, representante da área do Direito do Estado

Marcio Sotelo Felippe, Procurador do Estado, representante da área dos Direitos Humanos e Filosofia do Direito

Mirna Cianci, Procuradora do Estado, representante da área do Direito Processual Civil

Ruth Helena Pimentel de Oliveira, Procuradora do Estado, representante da área do Direito do Estado

Nina Beatriz Stocco Ranieri, representante da Comunidade Científica

Levi de Mello, representante eleito do corpo discente

EQUIPES DE COORDENADORES E MONITORES

Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito do Estado

Coordenação:

Marily Diniz do Amaral Chaves

Carlos José Teixeira de Toledo

Ruth Helena Pimentel de Oliveira

Monitoria:

Célia Mariza de Oliveira Walvis, Cristiana Corrêa Conde Faldini, Enio Moraes da Silva, Liliane Kiomi Ito Ishikawa, Maria Clara Ozuna Diaz Falavigna e Milena Carla Azzolini Pereira

Especialistas:

Adriana Ruiz Vicentin, Alexandre Aboud, Ana Candida Serrano, Anna Luiza Quintela Fernandes, Carlos Roberto Trindade Borgonovi, Cintia Byczkowski, Cintia Watanabe, Eliana Unzer, Elizabete Nunes Guardado, Fabiana Mello Mulato,

Fabrizio de Pieroni, Hamilton de Castro Teixeira Silva, José Luiz Souza de Moraes, Luciana Durand Negro, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Rosely Sucena Pastore, Sonia Maria de Oliveira Pirajá, Tatiana Capochin Paes Leme, Vanessa Motta Tarabay, Virgilio Bernardes Carbonieri

Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil

Coordenação:

Mirna Cianci

Rita de Cássia Conti Quartieri

Monitores:

Cláudio Takeshi Tuda, Lúcia Cerqueira Alves Barbosa, Thais Teizen, Maria Luciana Facchina Podval

Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Tributário

Coordenação:

Estevão Horvath

Clayton Eduardo Prado

Eugenia Cristina Cleto Marolla

Monitores:

Alessandra Obara Soares de Silva, Cristina Mendes Hang, Maria Regina Domingues Alves, Mônica de Almeida Magalhães Serrano, Rafael de Oliveira Rodrigues, Telma Maria Freitas Alves dos Santos

Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direitos Humanos

Coordenação:

Fernando Mussa Abujamra Aith

Monitores:

Ana Cláudia Vergamini Luna, Luciana Augusta Sanches, Márcia Coli Nogueira, Margarete Gonçalves Pedroso Ribeiro e Ney Duarte Sampaio

Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Ambiental

Coordenação:

Marcelo Gomes Sodré, Cintia Oréfice, Daniel Smolentzov.

Coordenação da Disciplina Filosofia e Teoria Geral do Direito:

João Carlos Pietropaolo, Haroldo Pereira, Marcio Sotelo Felippe, Roberto Gallego, Romualdo Baptista Santos

Funcionários

Aparecido, Ieda Ribeiro Vieira, Izabel Cristina, Leitão de Freitas Santos, Leda Regina Machado de Lima, Maria Emilia Martins, Mônica Achcar Azambuja, Paulo Severo dos Santos

SUMÁRIO

Editorial

Direito Ambiental

- Crédito de carbono como forma de recuperação ambiental da propriedade rural** 15
Carbon credits as an environmental recovery mechanism to rural properties
Daniel Smolentzov

- Desapropriações ambientais: evolução jurisprudencial e doutrinária do critério da justa indenização** 47
Dispossession of areas under environmental protection
Tatiana Capochin Paes Leme

Direito Constitucional

- Mandado de injunção e o direito de greve do servidor público.....** 81
The injunction order and the right of strike to the civil servant
Elisabete Nunes Guardado

- A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988.....** 125
The progress of the Brazilian constitutionality control system and the 1988 Brazilian Constitution
Elival da Silva Ramos

Direitos Humanos

- Ortotanásia: Aspectos da morte no tempo certo** 153
Orthothanasia: legal aspects of dying at the right time.
Alexandre Aboud

- Fins constitucionais e condenação ao racismo: a propósito do novo Estatuto da Igualdade Racial e do caso Ellwanger** 197
Constitutional purposes and racism condemnation: the new Statute of Racial Equality and the Ellwanger case
Pietro de Jesús Lora Alarcón

Direito Processual

Considerações gerais sobre a Súmula Vinculante e o enunciado da Súmula Vinculante N. 4	231
<i>Considerations about Binding Precedent and the Binding Precedent 4</i>	
Anna Luiza Quintella Fernandes	
A dimensão preclusiva da decisão saneadora	267
<i>Preclusion dimension of the curative decision</i>	
Juliana de Oliveira Costa Gomes	
Repercussão geral no Direito Processual Civil	301
<i>General repercussion in the Civil Procedural Law</i>	
Marco Aurélio Vieira de Faria	

Artigos Estrangeiros

Em direção às “cosmologias violentas”. Um guia à leitura dos atos violentos ...	341
<i>Getting to “violent cosmologie”. A guide to read violent acts</i>	
Verso le “cosmologie violente”. Per una guida alla lettura degli atti violenti....	363
Adolfo Ceretti	
Lorenzo Natali	
O conteúdo possível das sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias no contexto das decisões com efeitos aditivos	385
<i>Possible contents of additive sentences constitutionally required in the context of legal decisions with additive effects</i>	
Carlos Blanco de Moraes	
O regime de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal.....	403
<i>Portugal's system of constitutionality positive control</i>	
Jorge Miranda	
Normas Editoriais	421

Editorial

O Estado de São Paulo delineou a Procuradoria Geral do Estado como uma instituição de natureza permanente, essencial à administração da Justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público¹.

O Centro de Estudos é órgão auxiliar², gerido por um fundo próprio de despesas, que tem a função de promover o aperfeiçoamento do pessoal técnico e administrativo; participar da organização de concurso de ingresso na carreira de Procurador do Estado; organizar seminários, cursos, estágios, treinamentos e atividades correlatas; divulgar matéria doutrinária, legislativa e jurisprudencial de interesse dos serviços; editar revistas de estudos jurídicos e boletins periódicos; sistematizar pareceres e trabalhos forenses, bem como de legislação, doutrina e jurisprudência, relacionados com as atividades e os fins da Administração Pública e elaborar estudos e pesquisas bibliográficas por solicitação dos órgãos da Procuradoria Geral do Estado; tombar e classificar livros, revistas e impressos que constituam o seu acervo nas Bibliotecas Central e Setoriais; estabelecer intercâmbio com organizações congêneres e divulgar catálogo de livros, publicações e impressos tombados³.

A Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado (ESPG) faz parte da estrutura do Centro de Estudos, credenciada pelo Conselho Estadual de Educação no ano de 2005, com o fim de ministrar cursos de pós-graduação *lato sensu*, extensão e aperfeiçoamento, sendo regida pelo Decreto Estadual n.º 54.988, de 5 de novembro de 2009. É administrada pela Diretoria, em conjunto com o Conselho Curador, com a missão de desenvolver atividades de pesquisa e difusão do conhecimento jurídico, com rigor científico, respeito à autonomia didático-científica e enfoque multidisciplinar, de modo a promover o desenvolvimento acadêmico, social e cultural dos Procuradores do Estado, dos Advogados Públincos, servidores públicos estaduais, comunidade científica nacional e internacional, por meio da oferta de cursos de especialização, aperfeiçoamento, extensão cultural e publicações especializadas.

¹ Artigo 98 da Constituição do Estado de São Paulo.

² Artigo 3.º, inciso III, alínea “a” da LOPGE.

³ Artigo 31, incisos Ia VI, LOPGE.

A instituição oferece cursos de Pós-Graduação *lato sensu*, todos com carga horária superior a 360 horas, nas áreas de Direito do Estado, Direito Processual Civil, Direito Tributário, Direitos Humanos e Direito Ambiental, além de promover cursos de extensão, com carga horária menor, direcionados para áreas específicas do conhecimento ou temas emergentes e atuais. Entre os anos de 2009 e 2010, mais de duas mil pessoas compareceram e prestigiam os cursos oferecidos.

Os trabalhos produzidos nos cursos de Pós-Graduação da ESPGE têm apresentado uma grande qualidade acadêmica, o que nos motivou a criar uma publicação científica, para compartilhar com pesquisadores do Brasil e do mundo, o conteúdo destes estudos.

Assim, é com imensa satisfação que apresentamos a você, nosso leitor, o primeiro número da *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP)*, publicação que tem a incumbência de divulgar o conhecimento científico, nacional e estrangeiro, produzido no campo das Ciências Jurídicas e afins, visando a contribuir para aprimorar os estudos realizados no âmbito da Escola e a promover o intercâmbio entre os corpos docente e discente com incentivo à produção científica conjunta.

Em cumprimento aos padrões estabelecidos pelo sistema *Qualis*⁴, optou-se por produzir uma revista de periodicidade anual, composta por trabalhos científicos originais, com abordagens e enfoques diferenciados, que representem avanços do conhecimento científico no campo das Ciências Jurídicas.

O processo de criação desse primeiro número foi uma grande lição para nós, principalmente diante do desafio de atender às exigências para a publicação de um documento de padrão internacional. Foi necessária muita dedicação e a atuação de uma equipe extremamente competente.

Assim, gostaríamos de agradecer imensamente a todos que participaram diretamente deste projeto, começando pelo apoio absoluto e eficiente do Conselho Editorial, do Corpo Editorial e do Corpo de Pareceristas.

⁴ *Qualis* é o conjunto de procedimentos utilizados pela Capes para estratificação da qualidade da produção intelectual dos programas de pós-graduação. Tal processo foi concebido para atender às necessidades específicas do sistema de avaliação e é baseado nas informações fornecidas por meio do aplicativo Coleta de Dados. Como resultado, disponibiliza uma lista com a classificação dos veículos utilizados pelos programas de pós-graduação para a divulgação da sua produção. Site: <http://www.capes.gov.br/avaliacao/qualis>. Acesso em 12 nov. 2010.

O reconhecimento internacional da ESPGE foi possível graças ao prestígio do corpo docente da Escola. A credibilidade foi construída aos poucos, através da atuação séria dos professores e dedicação ímpar dos alunos, que se preparam com rigor para receber os melhores acadêmicos. Agradeço a todos em nome do Professor Doutor Jorge Miranda, pelo apoio incondicional e carinhoso.

Nosso especial reconhecimento deve ser prestado ao Professor Doutor Luiz Alberto David de Araújo, que há anos vem incentivando a Procuradoria Geral do Estado a criar uma revista especial com o padrão científico exigido.

À Professora Sueli Dallari, mestre e amiga, referência para todos nós, como Editora Científica da *Revista de Direito Sanitário*, publicação do Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo (NAP-DISA/USP) e do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (CEPEDISA).

À dedicação, profissionalismo, incentivo e carinho dos Professores da Faculdade de Direito de Lisboa, Doutor Carlos Blanco de Moraes e Doutor Eduardo Augusto Vera-Cruz Pinto, nossa gratidão especial.

À equipe do Centro de Estudos que de forma muito competente e eficaz viabilizou administrativamente a impressão do periódico.

A concretização deste trabalho só foi possível pelo zelo, confiança, dedicação e auxílio diário da equipe da ESPGE, formada pelo Doutor Carlos José Teixeira de Toledo, Chefe do Centro de Estudos e Presidente do Conselho Curador, e pela Doutora Marily Diniz do Amaral Chaves, Vice-Diretora da ESPGE, aos quais credito todo o sucesso desta empreitada.

Por fim, ao dedicado e capaz Corpo Discente da ESPGE, matéria-prima rara, inspiração diária e razão de ser de todo este trabalho.

Esperamos que esse seja o primeiro volume de uma série que terá a missão de transmitir ao mundo acadêmico o conhecimento de altíssimo padrão produzido no âmbito da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.

Patrícia Ulson Pizarro Werner
Procuradora do Estado
Diretora da ESPGE
Editora Científica da RESPGE-SP

CRÉDITO DE CARBONO COMO FORMA DE RECUPERAÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL

Carbon credits as an environmental recovery mechanism to rural properties

Daniel Smolentzov¹

RESUMO

A legislação ambiental brasileira impõe à propriedade rural o dever de preservar o meio ambiente, em especial a cobertura vegetal caracterizada como Área de Preservação Permanente e reserva legal. Para tanto, o presente trabalho apresenta o crédito de carbono decorrente do reflorestamento dessas áreas como alternativa ao proprietário rural, viabilizando economicamente a propriedade rural, com a observância de seus aspectos ambientais.

Palavras-chave: Aquecimento Global; Área de Preservação Permanente; Crédito de Carbono; Propriedade Rural; Reserva Legal.

ABSTRACT

The Brazilian environmental legislation imposes to rural property the duty to preserve the environment, especially the vegetal recovery characterized as Permanent Preservation Area and legal reserve. In order to achieve this purpose, this study presents the carbon credits resulting from the reforesting of the mentioned areas as an alternative to rural property owners, making rural property economically viable in accordance to its environmental aspects.

Keywords: Carbon Credit; Global Heating; Legal Reserve; Permanent Preservation Area; Rural Property.

1 INTRODUÇÃO

O interesse pelo tema surgiu em palestra proferida no 5º Congresso de Direito Ambiental, promovido pela Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB), em Nova Friburgo (RJ) no período de 4 a 6 de setembro de 2007.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo – SP – Brasil. E-mail: dsmolentzov@sp.gov.br. Texto recebido em 04.08.2010 e aprovado em 14.10.2010.

A questão chamou a atenção deste autor após polêmica gerada por caloroso debate: de um lado, defensores do mercado de carbono como forma de recuperação ambiental da propriedade rural, deveras degradada nos dias de hoje; de outro, críticos apontando a solução como forma de beneficiar o proprietário rural descumpridor da função social da propriedade.

Diante da relevância e ausência de estudo aprofundado acerca do tema, notadamente para se tentar chegar à conclusão de viabilidade da recuperação ambiental da propriedade rural pelo mercado de carbono, o presente trabalho buscará equacionar a questão, apontando caminhos a serem percorridos pelo proprietário rural para cumprir a função social de sua propriedade, utilizando, para tanto, recursos financeiros provenientes do mercado de carbono.

O objetivo maior da legislação, em especial da Constituição Federal, é a preservação do meio ambiente para as atuais e futuras gerações. O Protocolo de Quioto, parte do tratado internacional denominado de Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, por sua vez, traz a possibilidade para o proprietário rural angariar recursos financeiros por meio do sumidouro de dióxido de carbono (CO_2) proveniente do reflorestamento de sua propriedade, dando, dessa forma, concretude ao mandamento constitucional.

Não se pode cegar à existência, desde a década de sessenta, de legislação protetiva descumprida. O Estado é ineficiente frente ao avanço devastador do meio ambiente. A redução de emissão dos gases do efeito estufa (GEE), por outro lado, vem a ser questão de segurança mundial e deve ser tratada como tal.

O presente trabalho pretende debater a fundo essas questões e, ao final, tentar demonstrar o acerto do uso do mercado de carbono em benefício da recuperação ambiental da propriedade rural.

O mercado de carbono funciona sob as regras do Protocolo de Quioto, que traz mecanismos de flexibilização para auxiliar a redução das emissões dos gases do efeito estufa.

Um desses mecanismos vem a ser o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), único que integra os países em desenvolvimento ao mercado de carbono.

O mercado de carbono funciona por meio da comercialização de certificados de emissão de gases do efeito estufa em bolsas (*exchanges*), fundos ou por meio de *brokers*, nos quais os países desenvolvidos, que devem cumprir compromissos de redução da emissão desses gases, podem comprar créditos derivados dos mecanismos de flexibilização. Esse

processo de compra e venda de créditos se dá a partir de projetos, que podem ser ligados a reflorestamentos, ao desenvolvimento de energias alternativas, eficiência energética, controle de emissões e outros.

O Protocolo de Quioto foi criado em 1997, durante a 3^a Conferência das Partes, realizada na cidade de Quioto, Japão. Assinado por representantes de mais de 160 países como complemento à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92), realizada em 1992 na cidade do Rio de Janeiro, tem como objetivo reduzir a concentração dos gases causadores do efeito estufa na atmosfera.

Pelo Protocolo de Quioto, os países industrializados se comprometeram a reduzir suas emissões de GEE em 5,2% em relação aos níveis de 1990, durante o período de 2008 a 2012. Os países integrantes do Anexo 1 do referido Protocolo devem seguir os compromissos de redução listados no Anexo B, com exceção dos países em processo de transição para uma economia de mercado.

Para os países em desenvolvimento, como o Brasil, o Protocolo não prevê compromissos de reduções de GEE. O principal papel dos países em desenvolvimento vem a ser a diminuição das emissões a partir de fontes limpas de energia e o papel de sumidouro de dióxido de carbono através das suas florestas.

A entrada do Protocolo em vigor foi possível devido à ratificação de no mínimo 55 partes da Convenção, sendo que as partes do Anexo 1 que o ratificaram representam pelo menos 55% das emissões totais de dióxido de carbono em 1990. No Brasil, o Protocolo foi ratificado em 19 de junho de 2002 e foi sancionado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 23 de julho do mesmo ano.

Considerando o mercado de carbono criado pelo Protocolo de Quioto, tem-se uma oportunidade para recuperar ambientalmente a propriedade rural, dando-se eficácia ao Código Florestal, bem como às demais normas protetoras do meio ambiente, vez que o proprietário rural disponibilizará de recurso financeiro para tanto, já que receberá dinheiro em troca do reflorestamento de sua propriedade.

O estudo do mercado de carbono como forma de recuperação ambiental da propriedade rural se justifica em razão do aquecimento global, grave problema de segurança mundial. A questão é universal, pois o aquecimento do globo extirpará a raça humana. Diante desse quadro, que parece apocalíptico, mas real, o tema é proposto como solução a se concretizar algo importante, vez que o meio ambiente passa a ser considerado indispensável à sobrevivência do homem. Não se pode querer,

a esta altura, buscar culpados ou explicações para o ocorrido. Precisa-se, com urgência, solucionar a questão. Urge, portanto, reflorestar o país. O Estado não possui condições financeiras para tanto. O proprietário rural brasileiro, da mesma forma, não dispõe, em regra, de recursos financeiros. A solução aqui proposta busca equacionar o problema. Repassar recurso de quem o tem àquele que dele necessita para cumprir sua obrigação legal de respeito à função ambiental da propriedade.

Pretende-se, pois, demonstrar a viabilidade da recuperação ambiental da propriedade rural pelo crédito de carbono, utilizado como fonte de custeio ao cumprimento da legislação ambiental que, desde a década de sessenta, incide sobre a propriedade rural, sem, todavia, ser respeitada.

2 A TUTELA DO MEIO AMBIENTE

O meio ambiente é um direito fundamental tutelado pela ordem constitucional em vigor. Sua defesa no plano constitucional justifica-se pela relevância deste bem à manutenção da sadia qualidade de vida na Terra, para as presentes e futuras gerações, garantindo a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

2.1 Histórico da preocupação ambiental

Não é de hoje que a civilização humana imprime forte ritmo à degradação ambiental, gerando uma inconsequente e devastadora utilização dos recursos naturais disponíveis. Desde os tempos mais remotos, o homem utiliza-se da natureza sem qualquer preocupação com possível esgotamento dos recursos naturais. A ordem vigente sempre foi a busca pelo progresso a qualquer custo.

Talvez esse pensamento decorresse da ideia de imensidão do planeta, em contraponto com uma baixa população. A utilização desenfreada e sem consciência dos recursos naturais justificava-se, então, pelo pensamento de haver um número bem maior desses recursos frente à população. Imaginase, na época do descobrimento da América, a população dos colonizadores de um lado e a vastidão de recursos naturais do novo continente de outro. Isso, sem dúvida, gerava a falsa ideia de que esses recursos poderiam ser utilizados sem qualquer preocupação, diante de sua abundância.

Com o crescimento populacional, aliado à revolução industrial, que potencializou o consumo de recursos naturais, o século XX trouxe um novo pensar sobre o meio ambiente, pela singela constatação de haver a possibilidade de esgotamento dos recursos naturais.

Diante dessa nova visão do meio ambiente, os Estados buscaram firmar acordos, tratados e convenções internacionais com o fim de preservá-lo, não por uma questão meramente ideológica, mas para garantir a própria existência da espécie humana, já que dependente por completo dos recursos naturais.

Como exemplo, em 1902, firmou-se em Paris uma convenção para proteção de pássaros úteis à agricultura e, em 1911, um acordo para proteção das focas. Ainda que indiretamente, a Declaração Universal de Direitos Humanos, elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, trouxe uma proteção ao meio ambiente, visto que ao assegurar os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à saúde, ao trabalho e à educação, não deixa de, ainda que indiretamente, considerar o meio ambiente, já que a efetivação desses direitos traz a melhor qualidade ambiental de vida.

“Todavia, foi apenas na década de 1960 que os Estados, em consequência de pressões de movimentos ambientalistas, organizações não governamentais e da opinião pública em geral, começaram a preocupar-se com o meio ambiente de forma efetiva, surgindo leis internas de proteção ambiental em diversos países. Com efeito, especialmente nos países ricos industrializados, mais afetados pela escassez de recursos naturais e pela poluição a que deram causa com sua ânsia desenvolvimentista, a comunidade internacional, sofrendo com a degradação ambiental – notadamente com a poluição da água e do ar – iniciou um clamor pela inversão dessa constante e irrestrita realidade. Impôs-se, assim, uma evolução jurídica a fim de que se pudesse alcançar a efetiva proteção do bem ambiental e, consequentemente, da qualidade de vida, garantindo a sobrevivência humana. Nessa linha, a Conferência Mundial de Estocolmo, de 1972, foi convocada e realizada em resposta a tais apelos mundiais; seu objetivo era estabelecer princípios básicos ambientais, abrindo caminhos nas duas décadas que se seguiram – de 1980 e 1990 –, para o amadurecimento, a evolução e a consolidação globais da proteção ao meio ambiente. Nas décadas seguintes à Declaração de Estocolmo, conforme acentua Márcia Rodrigues Bertoldi (2003): ‘Urgia a necessidade de construção de uma nova ordem ecológica internacional que garantisse a preservação e salvaguarda do patrimônio natural da humanidade a partir de um objetivo difícil, mas necessário: o desenvolvimento sustentado. Neste contexto, a Organização das Nações Unidas convocou uma nova conferência sobre meio ambiente e desenvolvimento, celebrada no Rio de Janeiro, no ano de 1992’. A declaração do Rio, que ficou conhecida como ECO-92, veio ratificar os princípios e objetivos estabelecidos vinte anos antes, na conferência de 1972, sacramentando, em termos mundiais, a preocupação com a problemática ambiental. Outrossim, a ECO-92 apresentou como principal objetivo mundial a ser alcançado o desenvolvimento sustentável, sendo responsabilidade, tanto dos

países ricos quanto daqueles em desenvolvimento, unir-se com o fim de combater a pobreza, a desigualdade e a exploração irresponsável e devastadora do mundo natural.”²

2.2 Conceito de meio ambiente

Não é tarefa simples a definição de meio ambiente. A questão é bem colocada por *Édis Milaré*:

“A expressão ‘meio ambiente’ (*milieu ambiant*) foi, ao que parece, utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffry de Saint-Hilaire na obra *Études progressives d'un naturaliste*, de 1835, tendo sido perfeita por Augusto Comte em seu *Curso de filosofia positiva*. O meio ambiente pertence a uma daquelas categorias cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível, em virtude da riqueza e complexidade do que encerra. Não há acordo entre os especialistas sobre o que seja meio ambiente. Trata-se de uma noção ‘camaleão’, que exprime, queiram ou não, as paixões, as expectativas e as incompREENSões daqueles que dela cuidam. Mas o jurista, por mais próximo que esteja dos sentimentos que o informam como ser humano, necessita precisar as noções que se relacionam com sua tarefa de formular e aplicar normas jurídicas. Assim, é preciso examinar a expressão em suas diferentes acepções. Tanto a palavra meio como o vacáculo ambiente passam por conotações diferentes, quer na linguagem científica quer na vulgar. Nenhum destes termos é unívoco (detentor de um significado único), mas ambos são equívocos (mesma palavra com significados diferentes). Meio pode significar: aritmeticamente, a metade de um inteiro; um dado contexto físico ou social; um recurso ou insumo para se alcançar ou produzir algo. Já ambiente pode apresentar um espaço geográfico ou social, físico ou psicológico, natural ou artificial. Não chega, pois, a ser redundante a expressão meio ambiente, embora no sentido vulgar a palavra ambiente indique o lugar, o sítio, o recinto, o espaço que envolve os seres vivos e as coisas. De qualquer forma, trata-se de expressão consagrada na língua portuguesa, pacificamente usada pela doutrina, lei e jurisprudência de nosso país, que, amiúde, falam em meio ambiente, em vez de ambiente apenas. Em linguagem técnica, meio ambiente é ‘a combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão’. Mais exatamente, é constituído por seres bióticos e abióticos e suas relações e interações. Não é mero espaço circunscrito, é realidade complexa e marcada por múltiplas variáveis. No conceito jurídico mais em uso de

² FERNANDES, Lilian Theodoro. O mecanismo de desenvolvimento limpo. In: SOUZA, Rafael Pereira de (Coord.). *Aquecimento global e créditos de carbono*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.75.

meio ambiente podemos distinguir duas perspectivas principais: uma estrita e outra ampla. Numa visão estrita, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não diga respeito aos recursos naturais. Numa concepção ampla, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado com o meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, do outro, com o meio ambiente artificial (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções. Em outras palavras, quer-se dizer que nem todos os ecossistemas são naturais, havendo mesmo quem se refira a ‘ecossistemas naturais’ e ‘ecossistemas sociais’. Esta distinção está sendo, cada vez mais, pacificamente aceita, quer na teoria, quer na prática. Nessa perspectiva ampla, o meio ambiente seria ‘a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas’.”³

A par dos diversos conceitos encontrados na doutrina, aqui sintetizados por *Édis Milaré*, o legislador pátrio entendeu por bem positivar o conceito de meio ambiente, o que ocorreu na primeira legislação nacional a tratar do assunto, a Lei Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, 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;”.⁴

Seja pelo conceito doutrinário, seja pelo conceito legal, percebe-se o meio ambiente como algo muito além de um mero espaço físico geograficamente limitado, consistindo em verdadeiro conceito residual, no qual todas as relações encontram amparo.

³ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 63-64.

⁴ Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1.981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 02 dez. 2010.

2.3 Legislação ambiental brasileira

O Brasil originou-se de uma colônia de exploração de Portugal. Desde sua descoberta, os colonizadores utilizaram seu território para explorar os recursos naturais aqui existentes, levando essas riquezas para o território colonizador. O primeiro ciclo de exploração em território brasileiro foi o pau-brasil, seguido dos ciclos da cana-de-açúcar, da borracha e do café.

Com esse pensamento colonizador, a preocupação com a defesa do meio ambiente sempre esteve ao largo dos interesses nacionais, refletindo, portanto, na legislação pátria.

No plano constitucional, desde a primeira Constituição brasileira, de 1824, até a anterior à atual Constituição de 1988, o meio ambiente não esteve presente como direito fundamental a ser tutelado.

Apenas com a promulgação, em 5 de outubro de 1988, da nova Constituição Federal, o meio ambiente alcançou o *status* constitucional de direito fundamental, ou seja, de direito essencial à manutenção da vida humana com dignidade.

O constituinte de 1988, contudo, não poupou esforços na questão ambiental, estando o meio ambiente presente, de forma direta ou indireta, em mais de cinquenta passagens no texto constitucional.

“A tutela do meio ambiente do trabalho, por exemplo, é expressa no artigo 7º, XXII e XXIII, e no artigo 200, VIII. Os artigos 20 (incs. II a XI) e 26 (incs. I a IV) relacionam a distribuição do patrimônio público ambiental entre União e Estados, respectivamente. A repartição material de competência na área ambiental é apresentada no artigo 21, XII, ‘b’, XVIII, XIX, XX e XXIII (União); no artigo 23, II a VII (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); e no artigo 30, VIII (Municípios). A repartição de competências legislativas encontra-se no artigo 22, I, II, IV, XII, XIV e XXVI (União); no artigo 24, I, II, VI, VII, VIII, XII e XIV (União, Estados e Distrito Federal); e no artigo 30, I e II (Municípios). A manifestação do Conselho de Defesa Nacional em caso de necessidade de utilização de áreas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo por motivo de segurança nacional está prevista no artigo 91, parágrafo 1º, III. O dever de promoção de inquérito civil e de ação civil pública para a proteção do meio ambiente pelo Ministério Público está fixado no artigo 129, III. O artigo 170, VI, por seu turno, erige a defesa do meio ambiente à condição de princípio geral da atividade econômica. O artigo 186, II, alude expressamente à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e à preservação do meio ambiente como requisitos para o atendimento da função social da

propriedade rural. O artigo 200 traz uma série de referências a temas de interesse ambiental, tais como os incisos II, IV, VI e VII, além do já mencionado inciso VIII. Os artigos 215 e 216 tratam especificamente do meio ambiente rural. É de se destacar que o artigo 216, V, guindou os sítios de valor ecológico à condição de patrimônio cultural brasileiro. O artigo 225, com seus seis parágrafos e os sete incisos do parágrafo 1º, constitui o núcleo do Direito Ambiental Constitucional, definindo os direitos e deveres do Poder Público e da Coletividade relacionados com a proteção do meio ambiente. Os direitos culturais e ambientais dos índios estão definidos nos artigos 231 e 232. E, finalmente, o direito à acessibilidade ambiental aos portadores de deficiência está assegurado no artigo 227, parágrafo 2º.”⁵

Apesar da ausência do meio ambiente nas Constituições anteriores a 1988, sob a égide dessas cartas constitucionais, o Brasil desenvolveu os principais diplomas legais de tutela do meio ambiente.

A tutela ambiental no direito brasileiro surgiu com o Código Civil de 1916 que, por meio de seus artigos relacionados ao direito de vizinhança, possibilitou a construção de uma jurisprudência ambiental pioneira em nosso país. É certo, porém, que com as limitações do direito civil, a efetiva tutela do meio ambiente ficava bem aquém da ideal.

Diante desse quadro de insuficiência legislativa para as questões ambientais, o legislador da década de 1930 positivou alguns diplomas específicos do direito ambiental. Foram eles: 1) Código Florestal; 2) Código de Mineração; 3) Código de Água; e, por fim, 4) Lei de Tombamento, ainda hoje em vigor.

Nessa mesma linha legislativa, de leis pontuais sobre questões relacionadas ao meio ambiente, o legislador da década de 1960 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro mais uma série de diplomas contemplativos da matéria. Destacam-se: 1) Estatuto da Terra; 2) novo Código Florestal (Lei n. 4.771/65), ainda hoje em vigor; 3) Código de Caça (ou Lei de Proteção à Fauna); 4) novo Código de Mineração e, por fim, 5) Código de Pesca.

O Brasil, sob a influência da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, Suécia, em 1972, promulgou, em 1981, a Lei n. 6.938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, sistematizando o tema no ordenamento jurídico pátrio.

⁵ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 169-170.

Apesar de uma considerável legislação protetiva do meio ambiente, notadamente após a instituição da Política Nacional do Meio Ambiente, faltava ainda em nosso sistema um meio processual adequado à tutela desse importante bem jurídico, o que ocorreu em 1985, com a Lei n. 7.347, que consagrou a ação civil pública como instrumento hábil e eficaz na tutela ambiental. Com ela, nasceu a jurisprudência ambiental brasileira, até então restrita à apreciação de ações de conteúdo apenas reflexamente difuso.

“Em 1988, o Direito Ambiental brasileiro atinge a sua plenitude normativa, sendo consagrado pela Constituição Federal de 5 de outubro. Diante dessa nova realidade normativa ambiental, o Brasil recepciona a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – a Rio/92 – que, com a edição da Declaração do Rio de Janeiro e da Agenda 21 e a elaboração da Convenção sobre Diversidade Biológica e da Convenção sobre Mudanças Climáticas, eleva o nosso país à condição de vanguarda do Direito Ambiental Internacional. Desde então, passam a ser editados diversos textos normativos da maior importância para a proteção do meio ambiente, tais como a Lei da Política Agrícola, a Lei de Reforma Agrária, a Lei da Biotecnologia, a Lei das Cultivares, a Lei dos Recursos Hídricos, a Lei dos Crimes e das Infrações Administrativas Ambientais, a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, o Estatuto da Cidade e, em 2002, o atual Código Civil.”⁶

Feito o panorama da legislação ambiental brasileira, no plano constitucional e infraconstitucional, cumpre ressaltar a existência de uma tentativa no Congresso Nacional de se modificar o Código Florestal Brasileiro, Lei n. 4.771/65, atenuando, em muito, o rigor da legislação protetiva das áreas de florestas existentes nas propriedades rurais.

O movimento teve início na década de 1990, quando o setor sucroalcooleiro paulista e paranaense, representado pela bancada ruralista do Congresso Nacional, apresentou proposta de modificação do Código Florestal, para diminuir os percentuais de reserva legal existentes nas fazendas, permitindo ainda o cômputo de áreas de preservação permanente nesses locais.

A questão continua em debate no Senado Federal, diante do confronto existente entre ambientalistas e ruralistas. Em 29 de abril de 2009, houve inédita audiência pública conjunta de 11 comissões do Senado para discussão do tema.

⁶ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de, *A propriedade no direito ambiental*, p. 173.

Os ruralistas pretendem mudar o Código para reduzir percentuais de conservação obrigatória e reserva legal; permitir a recomposição florestal com espécies exóticas em outras bacias hidrográficas ou Estados, além de garantir financiamento para recuperação de áreas degradadas e pagamento por manter a floresta em pé, os chamados serviços ambientais.

Os ambientalistas, por seu turno, resistem a mudanças. Não admitem anistia para quem destruiu a floresta, mas concordam com subsídios oficiais a quem preservar as áreas protegidas. Estudos técnicos foram apresentados sobre o percentual de área cultivável, diante das restrições ambientais impostas pelo Código Florestal às propriedades rurais. A discussão foi acalorada, não se chegando, até o momento, a um consenso.

Parece, todavia, que um novo Código Florestal é iminente. Resta saber se haverá a prevalência de um interesse sobre outro, seja econômico, seja ambiental, ou se haverá um equilíbrio entre o meio ambiente e o desenvolvimento do agronegócio, o que se espera, em homenagem ao grande norte do direito ambiental: o desenvolvimento sustentável.

3 O PROTOCOLO DE QUIOTO

As questões relacionadas ao meio ambiente são complexas e, no mais das vezes, geram grande divergência entre as nações. Isso decorre, talvez, do caráter difuso do meio ambiente, já que as condutas antrópicas de degradação ambiental com frequência ultrapassam os limites territoriais de um Estado. Basta pensar na poluição do ar atmosférico ou das águas de um rio que corta o território de mais de um Estado, como, por exemplo, o Rio Amazonas.

Além da constante ausência de consenso dos povos nas ações de defesa do meio ambiente, há ainda um caráter multidisciplinar científico bem acentuado, que exige constante atualização dos estudos realizados pela respectiva comunidade.

Esses dois fatores fazem com que os instrumentos de direito internacional ligados ao meio ambiente sejam peculiares, possibilitando a conciliação das nações na seara do direito ambiental.

“Para atender esta peculiaridade do Direito Internacional do Meio Ambiente, os tratados têm adquirido uma nova denominação. É o caso, por exemplo, da Convenção Quadro sobre Modificação do Clima. Esta denominação, ‘Convenção Quadro’, é atribuída aos acordos que estabelecem uma moldura dentro da qual os Estados que participaram

da convenção podem fazer esclarecimentos, criar detalhes ou normas novas, sempre respeitando o limite e sem que seja necessária a reforma ou emenda do tratado original, o que demandaria formalidades e tempo para uma renegociação. Outra hipótese que pode atender a demanda do direito ambiental, em permanente mudança técnica, e levar em conta o momento político adequado para a realização de um consenso, é a dos *umbrella treaties*. Seria uma espécie de tratado amplo que obriga outros atos internacionais menos formais que o complementam.”⁷

A Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu, em seu período de sessões de 1990, o Comitê Intergovernamental de Negociação para a Convenção-Quadro sobre Mudanças do Clima, ao qual encomendou a redação de uma convenção-quadro, bem como dos instrumentos jurídicos relacionados ao tema que fossem necessários.

Os representantes de mais de 150 países se encontraram durante cinco reuniões celebradas entre fevereiro de 1991 e maio de 1992. Assim, em 9 de maio de 1992, em Nova Iorque, Estados Unidos, concluiu-se o texto encomendado.

“Em junho de 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (*United Nations Conference on Environment and Development – UNCED 1992*), conhecida como Rio-92 (ou ECO-92), realizada no Rio de Janeiro, com o intuito de conter o agravamento do quadro de aquecimento global exagerado, 154 países, incluindo o Brasil, assinaram um tratado internacional, o qual se denominou *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC), em português, Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC), no qual foi reconhecido serem as mudanças climáticas uma preocupação comum da humanidade, havendo as partes se comprometido a elaborar uma estratégia global objetivando alcançar a estabilização das concentrações dos gases de efeito estufa (GEE) com o fim de proteger o sistema climático para gerações presentes e futuras. A Convenção entrou em vigor em 21 de março de 1994, com 182 países signatários.”⁸

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, dentro desse novo desenho de tratado internacional mais

⁷ RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. *Direito internacional ambiental e advocacia pública*. Tese aprovada no 13º Congresso de Advocacia Pública do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP). Belém, 2009, p. 6.

⁸ DAMASCENO, Monica. A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. In: SOUZA, Rafael Pereira de (Coord.). *Aquecimento global e créditos de carbono*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 42.

conveniente ao direito ambiental, estabeleceu um norte a ser seguido pelos países signatários, que deveriam, em encontros periódicos, minuciar os termos do tratado, de acordo com o amadurecimento das discussões e avanço científico sobre o tema.

Para o ingresso do tratado internacional como norma jurídica a ser observada no ordenamento jurídico brasileiro, seguiram-se os seguintes passos: o Brasil foi o primeiro país a assinar a Convenção-Quadro das Nações Unidas para Mudança do Clima, em 4 de junho de 1992, tendo sido ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 1, de 3 de fevereiro de 1994. A convenção em tela entrou em vigor internacional em 21 de março de 1994. O governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação da Convenção em 28 de fevereiro de 1994, passando a vigorar, no país, em 29 de maio de 1994. Por fim, foi promulgada pelo Decreto n. 2.652, de 1º de julho de 1998.

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima tem como objetivo alcançar a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera, revertendo o aquecimento global exacerbado, provocado por ação antrópica. O aquecimento global natural, por sua vez, permite aos ecossistemas adaptarem-se naturalmente à mudança do clima, assegurando a produção de alimentos e o desenvolvimento econômico sustentável.

Na busca desse importante objetivo, a Convenção-Quadro estabelece uma série de princípios a serem seguidos pelas partes: 1) devem proteger o sistema climático em benefício das gerações presentes e futuras da humanidade; 2) devem ser levadas em plena consideração as necessidades específicas e circunstâncias especiais dos países em desenvolvimento, em especial aqueles particularmente mais vulneráveis aos efeitos negativos da mudança do clima; 3) devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos e, por fim, 4) devem cooperar para promover um sistema econômico internacional favorável e aberto ao crescimento e ao desenvolvimento econômico sustentáveis de todas as nações.

Afora os princípios a serem seguidos pelos signatários da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, esse tratado internacional estabelece inúmeras obrigações para as partes, no encalço do objetivo estabelecido: estabilização dos gases geradores do efeito estufa na atmosfera.

Extrai-se, pois, dos objetivos, princípios e obrigações presentes na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima,

uma mudança essencial no direito internacional ambiental: os princípios transmudaram-se para normas cogentes, com o propósito de impedir o aquecimento global exacerbado, garantindo o equilíbrio do clima mundial e, por consequência, a sobrevivência do homem na Terra.

Na linha estabelecida por um tratado internacional do tipo “convenção-quadro”, as partes signatárias passaram a se reunir periodicamente, com o fim de concretizar as linhas gerais presentes na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

Na primeira Conferência das Partes, ocorrida em Berlim, Alemanha, em 1995, houve o reconhecimento da inadequação da meta inicial de redução de emissão de gases geradores do efeito estufa assumida pelos países industrializados. Tais nações obrigaram-se a se comprometer com o objetivo maior da Convenção, o reequilíbrio do clima mundial. Esse compromisso gerou a elaboração de 21 decisões em fortalecimento da Convenção.

A Segunda Conferência das Partes, realizada em Genebra, Suíça, em 1996, reconheceu e endossou o Segundo Relatório de Avaliação do Painel Intergovernamental para as Mudanças Climáticas da Organização das Nações Unidas (ONU) como sendo a avaliação mais abrangente e autorizada da ciência de mudança de clima da época e apoiou as conclusões que indicaram que o aumento das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera em progressão acelerada conduziria a uma interferência perigosa no clima mundial.

“O conhecido texto do Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC) só foi adotado na terceira sessão da Conferência das Partes à CQNUMC na cidade de Quioto, Japão, em 11 de dezembro de 1997, onde cerca de 10.000 delegados, observadores e jornalistas participaram do evento. O Protocolo esteve aberto a assinatura durante o período compreendido entre 16 de março de 1998 e 15 de março de 1999 na sede das Nações Unidas em Nova Iorque, tendo sido, entretanto, possível às partes que não assinaram naquele período que o fizessem a qualquer momento. O Protocolo só entraria em vigor no nonagésimo dia após a data em que pelo menos 55 partes da Convenção, englobando as partes incluídas no Anexo I que contabilizaram no total pelo menos 55 por cento das emissões totais de dióxido de carbono em 1990 desse grupo, depositassem seus instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão ao Protocolo. Isso ocorreu em 16 de fevereiro de 2005. O instrumento permanece sujeito à ratificação, aceitação, aprovação ou acessão das partes à Convenção. A terceira Conferência, portanto, culminou na decisão por consenso – decisão 1/CP.3 – de adotar-se um Protocolo segundo o qual os países desenvolvidos, ou aqueles relacionados no Anexo 1 da Convenção, reduziriam suas emissões

combinadas de gases de efeito estufa em pelo menos 5% (cinco por cento) em relação aos níveis de 1990 até o período entre 2008 e 2012 (artigo 3 do Protocolo).⁹⁹

Seguindo a tramitação imposta pelo direito internacional, o Protocolo de Quioto, para se tornar norma jurídica no ordenamento pátrio, seguiu os seguintes passos: o Congresso Nacional aprovou o texto do Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, por meio do Decreto Legislativo n. 144, de 20 de junho de 2002. O governo brasileiro ratificou o Protocolo em 23 de agosto de 2002. O Protocolo entrou em vigor internacional em 16 de fevereiro de 2005. E, por fim, foi promulgado pelo Decreto n. 5.445, de 12 de maio de 2005.

O Protocolo de Quioto estabelece, como dito, a obrigação de os países desenvolvidos reduzirem objetivamente as emissões de gases geradores do efeito estufa em pelo menos 5%, em relação aos níveis de 1990, até o período entre 2008 e 2012. Os países não desenvolvidos, por sua vez, devem apresentar um inventário nacional de emissões antrópicas por fontes e remoções por sumidouros, descrevendo genericamente as medidas tomadas para implementar a Convenção.

Por outro lado, o Protocolo traz uma diferenciação de funções, metas e objetivos entre os países denominados “desenvolvidos” e os países chamados “não desenvolvidos” ou simplesmente “em desenvolvimento”.

O fato é que todas as nações devem agir em parceria para se alcançar o objetivo final da Convenção, o equilíbrio climático mundial, mas cada um deve exercer papel condizente com sua condição e características.

Dessa forma, o Protocolo de Quioto reconhece que a questão climática requer a cooperação de todos os povos e afirma que as medidas para enfrentar a mudança do clima devem ser coordenadas com o desenvolvimento econômico e social do país, para se evitarem consequências negativas sob esses aspectos, bem como incentivar o desenvolvimento sustentável dessas nações.

Neste sentido, o Protocolo cria e regulamenta mecanismos de flexibilização, sob a égide de princípios econômicos como custo, efetividade e regulamentação baseada em incentivos.

⁹⁹ GAZONI, Ana Carolina. O Protocolo de Quioto e o estabelecimento de metas de redução de GG. In: SOUZA, Rafael Pereira de (Coord.). *Aquecimento global e créditos de carbono*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 55-56.

Mecanismos de flexibilização consistem em arranjos técnicos operacionais para utilização de países, ou de empresas situadas nesses países, no sentido de ofertarem facilidades às nações desenvolvidas para viabilizar o alcance, por parte delas, das metas de redução de emissões de gases geradores de efeito estufa estabelecidas pelo Protocolo de Quioto.

Estes instrumentos, além de auxiliarem os países desenvolvidos a atingir as metas de redução de emissões de gases de efeito estufa, têm o propósito de incentivar os países emergentes a alcançar um modelo adequado de desenvolvimento sustentado.

Há três mecanismos de flexibilização previstos no Protocolo: 1) implementação conjunta; 2) comércio de emissões e 3) mecanismos de desenvolvimento limpo.

A implementação conjunta é um mecanismo que prevê projetos de caráter bilateral, pelos quais os países desenvolvidos ou empresas desses países, financiem projetos de redução de emissões em outras nações desenvolvidas e recebam créditos por isso, que serão gerados e terão validade apenas na primeira fase do Protocolo de Quioto, que vai de 2008 a 2012.

Esses créditos são chamados de Unidades de Redução de Emissões (ERU) e correspondem a *commodities* que podem ser utilizadas no mercado internacional de emissões de carbono. A implementação conjunta é regulamentada pelo artigo 6º do Protocolo de Quioto.

O comércio de emissões, regulamentado no artigo 17 do Protocolo de Quioto, estabelece um mercado de créditos de carbono entre países desenvolvidos. O fundamento está na possibilidade de o país desenvolvido reduzir suas emissões abaixo das metas estabelecidas por Quioto, sendo esse excedente transformado em créditos a serem comercializados com outras nações desenvolvidas que não tenham atingido a meta respectiva.

Por fim, o último mecanismo de flexibilização previsto pelo Protocolo de Quioto vem a ser o mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL). Trata-se de um mecanismo que permite aos países desenvolvidos investirem em projetos de redução de gases geradores de efeito estufa nos países em desenvolvimento que, pelo Protocolo, não possuem obrigação de redução de emissão desses gases.

O grande benefício do mecanismo de desenvolvimento limpo é o custo de implementação desses projetos, que é bem menor, o que o torna um bom atrativo aos países desenvolvidos, que trabalham com um custo total de redução de gases geradores de efeito estufa.

Nos termos do artigo 12 do Protocolo de Quioto, os créditos gerados por meio do mecanismo de desenvolvimento limpo têm caráter complementar à meta de redução dos países desenvolvidos, que se comprometeram a desenvolver iniciativas nacionais de mitigação.

O mecanismo de desenvolvimento limpo, assim, não é uma mera forma de se pagar para continuar a emitir gases geradores de efeito estufa. Mas, por outro lado, consiste em excelente oportunidade de ajuda na busca da meta de redução de emissão de gases de efeito estufa estabelecida pelo Protocolo de Quioto.

O Protocolo de Quioto, portanto, tem por objetivo, como mencionado, compelir os países desenvolvidos a reduzir a emissão dos gases de efeito estufa, sem deixar de lado, é claro, os países em desenvolvimento, que exercem o papel de auxiliar aqueles nessa tarefa, por meio do instrumento de flexibilização denominado mecanismo de desenvolvimento limpo, além de, com a implantação desses projetos, ajustarem seu crescimento a uma economia ambientalmente sustentável.

3 ASPECTOS AMBIENTAIS DA PROPRIEDADE RURAL

A função social, como visto, redesenhou o direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse novo contorno imposto pela Constituição Federal de 1988, a propriedade rural, para cumprir sua função social, deve, dentre outras imposições, preservar o meio ambiente.

Neste sentido, o artigo 186 da Carta de 1988:

“Artigo 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”¹⁰

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/>

Apesar do novo desenho constitucional, no Brasil, contudo, infelizmente, ao contrário do que se observa em outros países, a função social da propriedade não tem tido a eficácia prática e previsível na realidade dos operadores do direito e no funcionamento do mercado.

A verdade é que, entre nós, a ideia ainda não foi, inexplicavelmente, bem desenvolvida, ou mesmo suficientemente compreendida, daí os percalços da jurisprudência acerca do tema.

Contudo, críticas à parte, a legislação infraconstitucional cuidou de concretizar, na seara da preservação do meio ambiente, a função social da propriedade rural, impondo a ela o dever de preservar as áreas de preservação permanente e a denominada reserva legal, ou, no dizer da doutrina, reserva legal florestal.

A área de preservação permanente (APP) vem disciplinada nos artigos 2º e 3º da Lei Federal n. 4.771/65 (Código Florestal Brasileiro).

Destaca-se a redação desses artigos:

“Artigo 2º - Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 - de 500 (quinhetos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados ‘olhos d’água’, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

- e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;
- f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
- g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
- h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

Parágrafo único - No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglorações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

Artigo 3º - Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

- a) a atenuar a erosão das terras;
- b) a fixar as dunas;
- c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;
- d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;
- e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;
- f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;
- g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;
- h) a assegurar condições de bem-estar público.

§ 1º - A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

§ 2º - As florestas que integram o Patrimônio Indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra 'g') pelo só efeito desta Lei.”¹¹

Sobre o conceito de área de preservação permanente, as palavras de *Paulo Affonso Leme Machado*:

¹¹ Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o novo Código Florestal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm>. Acesso em: 20 nov. 2010.

“Área de preservação é a área protegida nos termos dos artigos 2º e 3º do Código Florestal, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. Há muito começou a ser utilizada a expressão ‘área de preservação permanente’. E o uso tem sua razão, pois é um espaço territorial em que a floresta ou a vegetação devem estar presentes. Se a floresta aí não estiver, ele dever ser aí plantada. A ideia da permanência não está vinculada só à floresta, mas também ao solo, no qual ela está ou deve estar inserida, e à fauna (micro ou macro). Se a floresta perecer ou for retirada, nem por isso a área perderá sua normal vocação florestal. A vegetação, nativa ou não, e a própria área são objeto de preservação não só por si mesmas, mas pelas funções protetoras das águas, do solo, da biodiversidade (aí compreendido o fluxo gênico da fauna e da flora), da paisagem e do bem-estar humano. A área de preservação permanente – APP não é um favor da lei, é um ato de inteligência social, e é de fácil adaptação às condições ambientais.”¹²

Aos proprietários rurais de terras com a presença de Áreas de Preservação Permanente, nos termos da lei, cabe o dever, por observância ao princípio da função social da propriedade, de preservar a vegetação lá existente ou de recompor ambientalmente a área, sob pena de sofrer as sanções previstas na própria Constituição Federal e na lei, dentre outras, a perda da propriedade pela desapropriação sanção.

A cobertura vegetal existente na área de preservação permanente não pode, em regra, ser suprimida pelo proprietário rural. Todavia, a regra comporta exceção. Nesse sentido, o artigo 3º, parágrafo 1º e o artigo 4º e seus parágrafos do Código Florestal regulamentam as hipóteses de supressão total ou parcial da vegetação que, todavia, serão admitidas apenas mediante prévia autorização do órgão ambiental competente. Destaca-se o texto do mencionado diploma:

“Artigo 3º - Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

[...]

§ 1º - A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

¹² MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 735.

Artigo 4º - A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

§ 1º - A supressão de que trata o *caput* deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no parágrafo 2º deste artigo.

§ 2º - A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico.

§ 3º - O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente.

§ 4º - O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor.

§ 5º - A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues, de que tratam, respectivamente, as alíneas ‘c’ e ‘f’ do artigo 2º deste Código, somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 6º - Na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA.

§ 7º - É permitido o acesso de pessoas e animais às áreas de preservação permanente, para obtenção de água, desde que não exija a supressão e não comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa.”¹³

Afora as áreas de preservação permanente, no que se refere à manutenção da cobertura vegetal da propriedade rural, como cumprimento de sua função social, o Código Florestal impõe ao proprietário rural o dever de manter em suas terras uma área, em percentual fixado nesse

¹³ Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o novo Código Florestal. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm>. Acesso em: 20 nov. 2010.

diploma, de vegetação nativa, denominada pela lei de reserva legal e pela doutrina de reserva legal florestal.

De pronto, cabe esclarecer que as Áreas de Preservação Permanente e reserva legal não são, em regra, compensáveis, salvo as hipóteses previstas no artigo 16, parágrafo 6º, da Lei n. 4.771/65 (Código Florestal).

“Artigo 16 - As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

[...]

§ 6º - Será admitido, pelo órgão ambiental competente, o cômputo das áreas relativas à vegetação nativa existente em área de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal, desde que não implique em conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo, e quando a soma da vegetação nativa em área de preservação permanente e reserva legal exceder a:

I - oitenta por cento da propriedade rural localizada na Amazônia Legal;

II - cinquenta por cento da propriedade rural localizada nas demais regiões do País; e

III - vinte e cinco por cento da pequena propriedade definida pelas alíneas ‘b’ e ‘c’ do inciso I do parágrafo 2º do artigo 1º.”¹⁴

Para definir reserva legal, o conceito trazido por *Paulo Affonso Leme Machado*:

“Reserva Legal é a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, a conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas. ‘Reserva Legal’ é a expressão utilizada pela legislação para caracterizar esse regime jurídico florestal. Acredito que se torna mais compreensível agregar o termo ‘Florestal’, utilizando-se ‘Reserva Legal Florestal’. ‘Reserva Legal’ é insuficiente, pois a ‘Reserva Biológica’ também se rege pela legislação, sendo também uma Reserva Legal. A Reserva Legal Florestal tem sua razão de ser na virtude da prudência que deve conduzir o Brasil a ter um estoque vegetal para conservar a biodiversidade. Cumpre, além disso,

¹⁴ Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1.965, que institui o novo Código Florestal. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm>. Acesso em: 20 nov. 2010.

o princípio constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Importa dizer que cada proprietário não conserva uma parte de sua propriedade com as florestas somente no interesse da sociedade ou de seus vizinhos, mas primeiramente no seu próprio interesse. O proprietário de uma Reserva olha para seu imóvel como um investimento de curto, médio e longo prazos. A Reserva Lega Florestal deve ser adequada à tríplice função da propriedade: econômica, social e ambiental. Usa-se menos a propriedade, para usar-se sempre. A existência de uma Reserva Florestal, mais do que uma imposição legal, é um ato de amor a si mesmo e a seus descendentes.”¹⁵

A reserva legal florestal vem disciplinada no Código Florestal Brasileiro (Lei n. 4.771/65), em seu artigo 16:

“Artigo 16 - As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

I - oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal;

II - trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do parágrafo 7º deste artigo;

III - vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e

IV - vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

§ 1º - O percentual de reserva legal na propriedade situada em área de floresta e cerrado será definido considerando separadamente os índices contidos nos incisos I e II deste artigo.

§ 2º - A vegetação da reserva legal não pode ser suprimida, podendo apenas ser utilizada sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos no regulamento, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 3º deste artigo, sem prejuízo das demais legislações específicas.

¹⁵ MACHADO, Paulo Afonso Leme, *Direito ambiental brasileiro*, p. 755.

§ 3º - Para cumprimento da manutenção ou compensação da área de reserva legal em pequena propriedade ou posse rural familiar, podem ser computados os plantios de árvores frutíferas ornamentais ou industriais, compostos por espécies exóticas, cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas.

§ 4º - A localização da reserva legal deve ser aprovada pelo órgão ambiental estadual competente ou, mediante convênio, pelo órgão ambiental municipal ou outra instituição devidamente habilitada, devendo ser considerados, no processo de aprovação, a função social da propriedade, e os seguintes critérios e instrumentos, quando houver:

I - o plano de bacia hidrográfica;

II - o plano diretor municipal;

III - o zoneamento ecológico-econômico;

IV - outras categorias de zoneamento ambiental; e

V - a proximidade com outra Reserva Legal, Área de Preservação Permanente, unidade de conservação ou outra área legalmente protegida.

§ 5º - O Poder Executivo, se for indicado pelo Zoneamento Ecológico Econômico (ZEE) e pelo Zoneamento Agrícola, ouvidos o CONAMA, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Agricultura e do Abastecimento, poderá:

I - reduzir, para fins de recomposição, a reserva legal, na Amazônia Legal, para até cinquenta por cento da propriedade, excluídas, em qualquer caso, as Áreas de Preservação Permanente, os ecotonos, os sítios e ecossistemas especialmente protegidos, os locais de expressiva biodiversidade e os corredores ecológicos; e

II - ampliar as áreas de reserva legal, em até cinquenta por cento dos índices previstos neste Código, em todo o território nacional.

§ 6º - Será admitido, pelo órgão ambiental competente, o cômputo das áreas relativas à vegetação nativa existente em área de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal, desde que não implique em conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo, e quando a soma da vegetação nativa em área de preservação permanente e reserva legal exceder a:

I - oitenta por cento da propriedade rural localizada na Amazônia Legal;

II - cinquenta por cento da propriedade rural localizada nas demais regiões do País; e

III - vinte e cinco por cento da pequena propriedade definida pelas alíneas 'b' e 'c' do inciso I do parágrafo 2º do artigo 1º.

§ 7º - O regime de uso da área de preservação permanente não se altera na hipótese prevista no parágrafo 6º.

§ 8º - A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

§ 9º - A averbação da reserva legal da pequena propriedade ou posse rural familiar é gratuita, devendo o Poder Público prestar apoio técnico e jurídico, quando necessário.

§ 10º - Na posse, a reserva legal é assegurada por Termo de Ajustamento de Conduta, firmado pelo possuidor com o órgão ambiental estadual ou federal competente, com força de título executivo e contendo, no mínimo, a localização da reserva legal, as suas características ecológicas básicas e a proibição de supressão de sua vegetação, aplicando-se, no que couber, as mesmas disposições previstas neste Código para a propriedade rural.

§ 11º - Poderá ser instituída reserva legal em regime de condomínio entre mais de uma propriedade, respeitado o percentual legal em relação a cada imóvel, mediante a aprovação do órgão ambiental estadual competente e as devidas averbações referentes a todos os imóveis envolvidos.”¹⁶

A grande questão que se coloca ao proprietário rural em relação à reserva legal é a necessidade de sua recomposição, diante de uma propriedade absolutamente desprovida de vegetação nativa.

Notório o processo de colonização sofrido pelo Brasil, de mera exploração do território, no qual a única preocupação existente entre os colonizadores foi a extração dos recursos naturais das novas terras, pensamento absolutamente divorciado da preservação ambiental.

Decorrente dessa filosofia colonizadora, encontramos na maior parte do território brasileiro propriedades rurais integralmente desprovidas de áreas de vegetação nativa, fato de há muito consolidado.

Contudo, percebeu-se ao longo dos anos que os recursos naturais são finitos, fato que gerou a necessidade de se garantir um equilíbrio ecológico para a manutenção do globo e, por consequência, para a própria continuidade da raça humana.

Assim, resta saber se, nos dias de hoje, ainda que a propriedade rural esteja devastada sob o ponto de vista ambiental, é permitido ao proprietário rural perpetrar essa realidade.

¹⁶ Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o novo Código Florestal. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm>. Acesso em: 20 nov. 2010.

Atento a essa dura realidade brasileira, bem como à premente necessidade de alteração do quadro, diante das severas mudanças climáticas impostas pelo aquecimento global, o Poder Executivo de 2001 editou a Medida Provisória n. 2.166-67, dando nova redação ao artigo 44 do Código Florestal Brasileiro.

Neste sentido, o novo texto do artigo 44 da Lei n. 4.771/65 (Código Florestal):

“Artigo 44 - O proprietário ou possuidor de imóvel rural com área de floresta nativa, natural, primitiva ou regenerada ou outra forma de vegetação nativa em extensão inferior ao estabelecido nos incisos I, II, III e IV do artigo 16, ressalvado o disposto nos seus parágrafos 5º e 6º, deve adotar as seguintes alternativas, isoladas ou conjuntamente:

I - recompor a reserva legal de sua propriedade mediante o plantio, a cada três anos, de no mínimo 1/10 da área total necessária à sua complementação, com espécies nativas, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão ambiental estadual competente;

II - conduzir a regeneração natural da reserva legal; e

III - compensar a reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme critérios estabelecidos em regulamento.

§ 1º - Na recomposição de que trata o inciso I, o órgão ambiental estadual competente deve apoiar tecnicamente a pequena propriedade ou posse rural familiar.

§ 2º - A recomposição de que trata o inciso I pode ser realizada mediante o plantio temporário de espécies exóticas como pioneiras, visando a restauração do ecossistema original, de acordo com critérios técnicos gerais estabelecidos pelo CONAMA.

§ 3º - A regeneração de que trata o inciso II será autorizada, pelo órgão ambiental estadual competente, quando sua viabilidade for comprovada por laudo técnico, podendo ser exigido o isolamento da área.

§ 4º - Na impossibilidade de compensação da reserva legal dentro da mesma microbacia hidrográfica, deve o órgão ambiental estadual competente aplicar o critério de maior proximidade possível entre a propriedade desprovida de reserva legal e a área escolhida para compensação, desde que na mesma bacia hidrográfica e no mesmo Estado, atendido, quando houver, o respectivo Plano de Bacia Hidrográfica, e respeitadas as demais condicionantes estabelecidas no inciso III.

§ 5º - A compensação de que trata o inciso III deste artigo, deverá ser submetida à aprovação pelo órgão ambiental estadual competente, e pode ser implementada mediante o arrendamento de área sob regime

de servidão florestal ou reserva legal, ou aquisição de cotas de que trata o artigo 44§ 6º - O proprietário rural poderá ser desonerado das obrigações previstas neste artigo, mediante a doação ao órgão ambiental competente de área localizada no interior de unidade de conservação de domínio público, pendente de regularização fundiária, respeitados os critérios previstos no inciso III do *caput* deste artigo.”¹⁷

O novo artigo 44 do Código Florestal, em absoluta consonância com a função social da propriedade estampada no artigo 186 da Constituição Federal, como se vê, impõe ao proprietário rural o dever de recompor ambientalmente sua propriedade, tornando essa obrigação *propter rem*, ou seja, trata-se de dever imposto ao atual proprietário rural, porquanto a obrigação acompanha o imóvel, independentemente de quem seja o seu titular.

Assim, o argumento de que a propriedade já fora adquirida sem cobertura vegetal não desonera o atual proprietário rural de recompor a área, já que diante de uma obrigação *propter rem*.

Nesse sentido, as decisões dos tribunais proferidas em ações civis públicas ajuizadas para obrigar o proprietário rural a recompor ambientalmente a propriedade, concretizando sua função social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental do homem, ou seja, essencial para a manutenção de sua vida com dignidade. Como tal, foi positivado na Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, cláusula pétrea.

A preocupação ambiental iniciou-se, de forma mais intensa, com os movimentos ambientalistas da década de 1960, obrigando os Estados a tomarem uma postura em relação ao meio ambiente.

A resposta dos Estados veio então com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, Suécia, no ano de 1972. Pela primeira vez, a comunidade internacional se reuniu para discutir o meio ambiente global e as necessidades de desenvolvimento. A Conferência de Estocolmo levou à criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a uma maior compreensão da necessidade de preservação ambiental como indispensável à própria manutenção do globo.

¹⁷ Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o novo Código Florestal. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm>. Acesso em: 20 nov. 2010.

No Brasil, decorrência da Conferência de Estocolmo, positivou-se a Lei Federal n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente. Essa legislação trouxe inclusive o próprio conceito de meio ambiente, como algo bem mais amplo do que um mero espaço físico delimitado.

Podemos conceituar meio ambiente, na esteira da legislação, como a interação de um conjunto de elementos físicos, químicos e biológicos, que rege a vida em todas as suas formas.

Diante da relevância do tema para o ser humano, a legislação pátria cuidou de positivá-lo em diversos diplomas protetivos. Dentre outros, o Código Florestal Brasileiro (Lei n. 4.771/65), a própria Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) e a Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98).

O meio ambiente passou a ser objeto de um ramo autônomo da ciência do direito, o denominado *direito ambiental*. Nessa qualidade, o direito ambiental está alicerçado em princípios próprios, que constituem a base do ordenamento jurídico ambiental. Podemos mencionar, dentre outros, os princípios da precaução, da prevenção, do poluidor pagador, do desenvolvimento sustentável e, por fim, da função social da propriedade.

Ainda nesse cenário de atenção mundial com as questões relacionadas ao meio ambiente, o aquecimento global se mostrou uma real e constante preocupação da comunidade científica, que demonstrou estar as ações antrópicas, principalmente a partir da Revolução Industrial, em razão do excessivo uso de combustíveis fósseis, acelerando consideravelmente os níveis de aquecimento do planeta, em decorrência de vertiginosa emissão de gases geradores do efeito estufa.

Diante dessa alarmante constatação, visto que as consequências do aquecimento global exacerbado são catastróficas para o planeta e, em especial, para o ser humano, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, na cidade do Rio de Janeiro, Brasil, em 1992 (a conhecida ECO-92 ou Rio-92), lançou-se um tratado internacional, com uma nova roupagem adaptada às necessidades do direito ambiental, denominado Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

Esse tratado internacional, portanto, reconheceu que as mudanças climáticas são um problema ambiental real e global, sendo que, a partir daquele momento, os países signatários assumiriam o compromisso de empreender esforços para reverter a situação.

Dessa Convenção-Quadro nasceu o Protocolo de Quioto, na cidade homônima do Japão, em 1997. Tal Protocolo dividiu o planeta em duas espécies de nações: os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento.

Aos países desenvolvidos, industrializados, coube assumir o compromisso de reduzir a emissão de gases geradores do efeito estufa em 5%, considerados como parâmetro os níveis de emissão do ano de 1990, no período compreendido entre os anos de 2008 a 2012.

Já aos países em desenvolvimento coube o papel de inventariar suas emissões e auxiliar os países desenvolvidos no cumprimento da meta a eles imposta, por meio de um mecanismo de flexibilização denominado de mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL).

Cumpre ressaltar que esse mecanismo, além de auxiliar na redução da emissão dos gases geradores do efeito estufa, trará aos países em desenvolvimento grande benefício, talvez o mais relevante, de implementar em seus respectivos territórios o desenvolvimento sustentável, essencial à sobrevida do planeta.

Nesse cenário desenhado pelo Protocolo de Quioto, vislumbra-se oportunidadeímparaosproprietáriosruraisde recompor em ambientalmente sua propriedade, em cumprimento aos dispositivos constitucionais e legais, dando concretude à função social da propriedade rural.

Não se trata de mero ato de cumprimento da lei, mas de verdadeira postura de consideração e amor com as futuras gerações, que dependem, para um dia aqui estarem, do não esgotamento dos recursos naturais presentes no planeta.

A propriedade rural, ao lado da função social, possui, sem dúvida, uma função econômica. Todavia, o desmatamento desenfreado da terra para utilização de cada metro quadrado traz consequências que, com absoluta certeza, reduzirão, em pouco tempo, o aproveitamento econômico da própria propriedade.

Falta ao produtor rural, com o devido respeito, conscientizar-se de que a ausência de cobertura vegetal nativa em sua propriedade rural, para maior aproveitamento físico da área, em pouco tempo trará mais prejuízo do que o lucro auferido, visto contribuir em muito com as mudanças climáticas que trazem frio e calor exacerbados, chuva e seca em lugares inesperados e com intensidade jamais vista, tudo a aniquilar o trabalho do produtor, deixando-o desprovido de qualquer recurso.

O proprietário rural, mais do que qualquer pessoa, depende exclusivamente do clima para o sucesso de seu negócio, sem contar outros

males decorrentes da falta de vegetação nativa na propriedade rural, como a erosão do solo e o assoreamento dos cursos d'água, elementos também indispensáveis para o sucesso do agronegócio.

Como conciliar, então, neste momento, a função social da propriedade rural com sua função econômica?

O Protocolo de Quioto traz aos proprietários rurais um grande instrumento de conciliação das funções social e econômica da propriedade. O mecanismo de desenvolvimento limpo permite ao proprietário rural recompor a vegetação nativa de sua propriedade, seja área de preservação permanente, seja reserva legal florestal, sejam ambas, cumprindo, assim, a imposição constitucional e legal, bem como contribuindo para a própria continuidade do sucesso de seu negócio, diante da estabilização climática, do solo e da água, e, ainda, auferir grandes lucros por período de tempo considerável com a negociação, em mercado privado ou na Bolsa de Valores, das reduções certificadas de emissões, os populares “créditos de carbono”.

Dessa forma, a redução certificada de emissão (crédito de carbono) oriunda de um projeto de mecanismo de desenvolvimento limpo, do tipo florestamento ou reflorestamento da propriedade rural, trará ao seu proprietário, a partir da negociação desse papel na Bolsa de Valores, o recurso financeiro necessário ao próprio cumprimento da legislação, sem mencionar o lucro que virá desse pedaço de solo, como qualquer outra atividade de agronegócio que ali se poderia implantar.

REFERÊNCIAS

- DAMASCENO, Monica. A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. In: SOUZA, Rafael Pereira de (Coord.). *Aquecimento global e créditos de carbono: aspectos jurídicos e técnicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 37-61.
- FERNANDES, Lilian Theodoro. O mecanismo de desenvolvimento limpo. In: SOUZA, Rafael Pereira de (Coord.). *Aquecimento global e créditos de carbono*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- FRONDIZI, Isaura Maria de Rezende Lopes (Coord.). *O mecanismo de desenvolvimento limpo: guia de orientação* 2009. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2009.
- GAZONI, Ana Carolina. O Protocolo de Kyoto e o estabelecimento de metas de redução de GG. In: SOUZA, Rafael Pereira de (Coord.). *Aquecimento global e créditos de carbono: aspectos jurídicos e técnicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 53-61.
- LEMOS, Patrícia Faga Iglesias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. Disponível em: <www.mct.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- OBSERVATÓRIO DO CLIMA. *Elementos para formulação de um marco regulatório em mudanças climáticas no Brasil: contribuições da sociedade civil*. Brasília, DF, 26 de Novembro, 2008. Disponível em: <http://intranet.gvces.com.br/arquivos/Justificativa_PL_OC_r.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Relatório do Painel Intergovernamental para as Mudanças Climáticas da Organização das Nações Unidas, divulgado em 02 de fevereiro de 2007.
- RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. *Direito internacional ambiental e advocacia pública*. Tese aprovada no 13º Congresso de Advocacia Pública do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP). Belém, 2009.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SOUZA, Rafael Pereira de (Coord.). *Aquecimento global e créditos de carbono: aspectos jurídicos e técnicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

DESAPROPRIAÇÕES AMBIENTAIS: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DO CRITÉRIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO

Dispossession of areas under environmental protection

Tatiana Capochin Paes Leme¹

RESUMO

A finalidade deste ensaio é apresentar uma solução para o conflito fundiário que se instalou com a criação de unidades de conservação ambiental. Para tanto, serão analisados os conceitos de áreas de proteção ambiental em sentido “lato” e o de desapropriação indireta, para especificar os casos para os quais é cabível essa medida judicial, bem como a evolução jurisprudencial sobre o assunto. Por fim, serão analisados os critérios legais para a justa indenização.

Palavras-chave: Áreas de Proteção Ambiental; Critérios de Indenização; Desapropriação Indireta; Função Socioambiental da Propriedade.

ABSTRACT

The purpose of this study is to present a solution to the agrarian conflict settled with the creation of units environmental conservation. It analyses the concepts of areas under environmental protection in “lato” sense and of dispossession indirectly to specify the cases for which it is worth this judicial measure, as well as the development law on the matter. Finally, it analyses the criteria for legal fair indemnity.

Keywords: Environmental Protection Area; Indemnization; Indirect Dispossession; Environmental and Social Functions of Land.

1 INTRODUÇÃO

O sistema proposto pela Constituição Federal de 1988 submete as relações de apropriação de qualquer espécie de espaço ao cumprimento de

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo – SP – Brasil. E-mail: <tleme@sp.gov.br>. Texto recebido em 12.08.2010 e aprovado em 29.10.2010.

uma função social, fazendo com que seja integrada uma dimensão social a qualquer atividade econômica.

O espaço brasileiro é formado por grandes biomas, dotados de enorme variedade que lhe confere exuberância e incalculável potencial de recursos para todo tipo de uso. Tais qualidades não podem ser usufruídas sem cautela e prudência, pois, do contrário, seria permitir a ocupação e exploração desordenada dos seus recursos.

Trataremos da forma de apropriação de espaços particulares que se sujeitam a regras específicas, pois estão localizados em áreas ambientalmente protegidas. Nessa seara, conflitos de toda ordem surgem entre o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade, ambos direitos que recebem amparo constitucional e que, para tanto, precisam conviver harmoniosamente.

Sobre o tema, a problemática que é trazida à baila neste trabalho consiste na análise do cabimento da propositura de ações de desapropriação indireta pelo particular que se sentiu prejudicado face à instituição de unidades de conservação ambiental e que acabaram por carrear ao Estado o pagamento de indenizações milionárias ao longo de duas décadas.

Com a criação das unidades de conservação, milhares de ações de desapropriação indireta foram ajuizadas antes mesmo da propositura de ações diretas de desapropriação pelo Poder Público, pretendendo os proprietários de imóveis situados nessas áreas indenização, sob o argumento de que o Estado teria praticado ato de apossamento administrativo, fato que esvaziou, via de consequência, o conteúdo econômico de seus imóveis, ao torná-los inexploráveis.

A maioria das ações foi acolhida em primeiro e segundo graus, bem como nos Tribunais Superiores, consolidando jurisprudência no sentido de que os proprietários de imóveis abrangidos pelas unidades de conservação tinham direito de indenização total, pois teriam perdido na integralidade seu potencial econômico. Esse foi o caso no estado de São Paulo da criação do Parque Estadual da Serra do Mar e da Estação Ecológica da Jureia-Itatins, como exemplo da atuação da Procuradoria Regional de Santos, cuja experiência será enfatizada ao longo deste trabalho.

A questão primordial está em analisar se trata-se propriamente de desapropriação indireta, mormente quando o estado de São Paulo não ingressou com as ações diretas de desapropriação para, em um segundo momento, caso conclua-se pelo cabimento da indenização, analisar quais os critérios para a fixação do valor, principalmente porque vinha se

entendendo como correto avaliar separadamente a terra nua e a cobertura florística.

Como pressuposto necessário para o desenvolvimento do tema, estudaremos o conceito do direito de propriedade, bem como sua evolução no tempo. Não se concebe atualmente o estudo de qualquer tema de direito ambiental sem o estudo da propriedade, dado que são temas intrinsecamente relacionados.

Será que o anseio egoístico do titular do direito de propriedade deve se sobrepor à obrigaçãoposta à coletividade de defesa do meio ambiente, cujos benefícios reverterão em seu próprio proveito?

A questão da indenizabilidade das áreas cobertas pelas florestas nativas é de grande relevância, pois em muitos casos o seu valor supera o da própria terra nua, em virtude das grandes riquezas nelas existentes, como a imensa biodiversidade.

O valor da indenização é sensivelmente maior se considerarmos como indenizáveis tais matas, critério que, se adotado de modo irrestrito, pode levar a um enriquecimento sem causa do expropriado, em detrimento de um injusto empobrecimento do erário.

Por fim, complementando o estudo da doutrina e jurisprudência acerca do tema, será demonstrado como evoluiu a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto.

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A propriedade é o mais amplo dos direitos reais, compreendendo não só o domínio, como a posse *jus possidendi*. Assim, o domínio sem a posse não constitui o direito de propriedade propriamente dito, mas apenas o direito real de domínio, que é menos amplo.

A propriedade pode ser definida como “a relação que se estabelece entre o sujeito A e o objeto X, quando A dispõe livremente de X, e esta faculdade de A em relação a X é reconhecida como prerrogativa exclusiva, cujo limite teórico é ‘sem vínculos’” e onde ‘dispor de X significa ter o direito de decidir com respeito a X, que se possua ou não em estrito sentido material’.”²

² FIGUEIREDO, Guilherme Purvin. *A propriedade no direito ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008. p. 50.

Há que se distinguir, no entanto, propriedade e direito de propriedade. Nesse diapasão, vem à colação lição de *Cristiane Denari*, citada pelo *Guilherme José Purvim de Figueiredo*:

“A propriedade traduz uma relação sobre a qual recai uma proteção jurídica. Não é a propriedade um direito. Direito é a sua proteção. Assim, direito de propriedade é o direito à proteção da relação de um sujeito sobre um objeto. Somente aquela relação que preenche requisitos determinados pelo direito é possível de ser protegida.”³

É, pois, de se verificar que propriedade é tudo que se tem como próprio, inclusive coisas incorpóreas ou bens materiais. O titular do direito de propriedade, ou seja, aquele que goza de proteção jurídica, tem necessariamente não só o domínio como a posse e, assim, pode exercer todos os direitos que daí decorrem: disposição, uso, fruição e garantia.

O estudo da propriedade faz-se desde tempos antigos, pois ela sempre foi instrumento de aquisição de riquezas e disputa entre os homens. A necessidade de seu regramento sempre se fez premente nas ordenações de todos os povos. Por ocasião da Declaração de Independência norte-americana e a Declaração dos Direitos do Homem, no início da Revolução Francesa, o direito de propriedade era concebido como um direito individual que se sobrepunha até mesmo ao direito de liberdade, haja vista a possibilidade, existente à época, da propriedade de escravos.

A fim de compreendermos melhor a evolução do conceito de propriedade, é preciso ter em mente que ela é uma instituição destinada a atender a uma necessidade econômica e de bem-estar do indivíduo e, como tal, deve corresponder aos anseios da coletividade em seu tempo.

Pois bem, desde o início do século XX, observa-se a proliferação dos conflitos de massa e a evolução do conceito de direitos pertencentes à coletividade, e não estritamente ao indivíduo, fato que provocou modificações substanciais no conceito de propriedade, justamente para adequá-lo às necessidades de seu tempo.

Assim, pois, o direito de propriedade não mais pode ser concebido segundo a visão privatística do início do século XIX, quando era tido como direito absoluto do seu titular, que poderia usar, gozar e dispor da coisa, de acordo com a sua conveniência.

A primeira Constituição do nosso país, de 1824, seguida pela Constituição Federal de 1891, retratando o pensamento individualista

³ FIGUEIREDO, Guilherme Purvin, *A propriedade no direito ambiental*, p. 52.

que marcou a Revolução Francesa, assegurou o direito de propriedade em toda sua plenitude, com a ressalva da possibilidade de desapropriação pelo “bem público”.

A Carta de 1934 inseriu o que seria apenas uma ideia de função social da propriedade, pois, ao garantir o direito de propriedade, o condicionou ao atendimento do interesse social ou coletivo. A Constituição de 1937, por sua vez, atribuiu à propriedade função social, porém conferiu à legislação ordinária o dever de fixar o seu conteúdo.

A Constituição de 1946, em seu artigo 147, condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social e acrescentou a hipótese de desapropriação por interesse social em seu artigo 141, parágrafo 6º.

A Carta de 1967, no artigo 157, item III, foi a primeira a se referir textualmente à função social da propriedade.

Atualmente, a nossa Carta Magna, tal como todas as Constituições nacionais anteriores, garante o direito de propriedade, mas o condiciona expressamente ao cumprimento do princípio da função social que, por sua vez, foi erigido à categoria de princípio constitucional. Nessa linha, é preciso ressaltar que ao Direito Constitucional, após 1988, reservou-se a função de estabelecer o regime jurídico do direito de propriedade, sendo que ao Direito Civil coube regular as relações civis, para garantir o direito de usar, gozar e dispor dos bens.

3 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Leon Duguit já utilizara em 1920 a expressão propriedade e sua função social como indispensável à coletividade, partindo da ideia de que o Direito forma-se a partir de fatos, e não como mera obra do legislador, e também fortemente influenciado pela filosofia positivista de *Augusto Comte*, para quem o desenvolvimento do homem provém necessariamente da sociedade na qual se insere, formulou teoria sobre o conceito de função social da propriedade que consistiu um marco histórico na evolução jurídica do direito de propriedade. *Duguit* atribui à propriedade a natureza de um direito função, pois cada indivíduo tem uma função perante a sociedade a cumprir, de modo que a propriedade não tem mais um caráter absoluto e intangível. O proprietário, pelo fato de possuir uma riqueza, deve cumprir uma função social. Seus direitos de proprietário só serão protegidos se ele cultivar a terra ou se não permitir a ruína de sua casa. Caso contrário, será

legítima a intervenção dos governantes para obrigarem o cumprimento, pelo proprietário, de sua função social.⁴

A Constituição Federal de 1988 delimitou o campo de aplicação do princípio da função social da propriedade: na área urbana, significa adequação ao Plano Diretor do Município e, especialmente, visa a obrigar o proprietário de terreno não construído a nele edificar ou proceder ao seu parcelamento; na zona rural, corresponde à ideia, já assente na doutrina jurídico-agrária, de que a propriedade deve ter utilidade econômica, a fim de atender ao bem-estar social da coletividade.

Quando se diz que a propriedade privada tem uma função social, na verdade está se afirmando que ao proprietário se impõe o dever de exercer o seu direito de propriedade, mas não no seu interesse exclusivo, e sim em benefício da coletividade, sendo, justamente, o cumprimento da função social que legitima o exercício desse direito.

Nessa esteira, cumpre não confundir o conceito de função social com o de limitações ao direito de propriedade. As limitações ao direito de propriedade dirigem-se ao seu proprietário para condicionar o exercício do seu direito, enquanto que a função social faz parte da estrutura da propriedade, condicionando o próprio direito.

Lembre-se, por oportuno, que não se pode, sob o enfoque de fazer cumprir a função social da propriedade, impor ao seu titular um ônus excessivo, sob pena de negar a existência do princípio. Nesse ponto, caberia falar-se em direito de indenização.

A função social da propriedade é, por certo, um princípio complexo e que deve ser observado, inclusive em outras áreas, como a econômica, a agrícola e a fundiária.⁵

⁴ DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975. p. 171, apud FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de, *A propriedade no direito ambiental*, p. 82-87.

⁵ “Artigo 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; [...] VI - defesa do meio ambiente. [...] Artigo 185 - É insuscetível de desapropriação, para fins de reforma agrária a propriedade produtiva”. A seguir, o artigo 186 afirma que a “função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;”. No capítulo que trata do meio ambiente, a Constituição Federal estabelece:

Partindo-se, portanto, desse conceito inovador de função social da propriedade, o pensamento jurídico evoluiu até o ponto de agregar a ele enfática referência à questão ambiental, tanto que atualmente é possível falar em função socioambiental da propriedade, cujo conteúdo será estudado no tópico seguinte.

Portanto, qualquer forma de apropriação, segundo *José Joaquim Gomes Canotilho*, deve, além de satisfazer ao apetite econômico do proprietário, respeitar uma dimensão socioambiental.⁶

Em outras palavras, dar cumprimento ao princípio da função social da propriedade significa viabilizar a exploração privada dos atributos econômicos dos recursos expropriáveis e permitir a satisfação de necessidades coletivas, da mesma forma que a exploração econômica é proibida em determinadas áreas ambientalmente protegidas, dada a riqueza da sua biodiversidade, em prol da coletividade.

Portanto, hoje, com o predomínio de uma sociedade urbana aberta aos imperativos da socialização do progresso, “afirma-se cada vez mais o seu sentido social, transformando a propriedade, não em instrumento de ambição e desunião dos homens, mas em fator de progresso, de desenvolvimento e de bem-estar de todos”.⁷

Pois bem, o princípio da função social da propriedade é multidimensional e, como tal, interrelaciona-se com o princípio da defesa do meio ambiente.

⁶Artigo 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade a esse direito, incumbe ao Poder Público: [...] III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a sua proteção; [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies e submetam os animais a crueldade. [...] § 4º - A floresta amazônica brasileira, a mata atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-grossense e a zona costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.”

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo. Saraiva, 2007. p. 271.

⁷ MILARÉ, Edis. *Direito ambiental*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007. p. 774.

4 FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

Em tempos atuais, não há como se pensar em exercer o direito de propriedade que esteja em desacordo com o meio ambiente no qual está inserida e, nessa esteira, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.228, parágrafo 1º, contemplou o conteúdo socioambiental da propriedade privada.⁸

Na opinião de *Guilherme Purvin*, esse dispositivo não inovou o ordenamento jurídico, mas apenas procedeu à harmonização constitucional do tema, ao trazer para o Direito Civil o debate acerca da função social e ambiental da propriedade, que é algo novo no direito brasileiro.⁹

Álvaro Luiz Valey Mirra assegura que na atual ordem jurídica:

“A função social e ambiental da propriedade não constitui um simples limite ao exercício deste direito, como aquela restrição tradicional, por meio da qual se permite ao proprietário, no exercício do seu direito, fazer tudo que não prejudique a coletividade e o meio ambiente. Diversamente, a função social e ambiental vai mais longe e autoriza até que se imponha ao proprietário comportamentos positivos, no exercício do seu direito, para que a sua propriedade concretamente se adeque à preservação do meio ambiente.”¹⁰

Milaré complementa essa reflexão, afirmando que é com base no princípio da função socioambiental da propriedade, por exemplo, que há a possibilidade de imposição ao proprietário rural do dever de recomposição da vegetação em áreas de preservação permanente (APP) e reserva legal, mesmo que não tenha sido ele o responsável pelo desmatamento, pois é certo que tal obrigação possui caráter real – *propter rem* – isto é, uma obrigação que se prende ao titular do direito real, seja ele quem for, bastando, para tanto, a sua simples condição de proprietário ou possuidor. Conclui afirmando que não se pode falar em qualquer direito adquirido na exploração dessas áreas, pois, com a Constituição Federal de 1988, só fica reconhecido o direito de propriedade quando cumprida

⁸ “Artigo 1.228 [...] - § 1º - deve ser exercitada em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

⁹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin, *A propriedade no direito ambiental*, p. 174.

¹⁰ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 774.

a função social ambiental, como seu pressuposto e elemento integrante, pena de impedimento ao livre exercício ou até perda desse direito.¹¹

Portanto, o legislador constitucional, seguido pelo legislador ordinário, condicionou que as atividades devem ser realizadas nos termos da lei, permitindo, porém, o aproveitamento racional dos recursos, mediante o respeito às condições necessárias à preservação ambiental dos espaços.

5 MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição, ao criar um direito constitucional fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o define como direito de todos e lhe dá a natureza de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo a corresponsabilidade do cidadão e do Poder Público pela sua defesa e preservação, ou seja, ele não pertence a indivíduos isolados, mas à generalidade da sociedade. Tanto é assim que a Lei n. 6.938/81 já qualificava o meio ambiente como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que preenche o capítulo do meio ambiente, ao proclamá-lo como “bem de uso comum do povo”, reconheceu a sua natureza de “direito público subjetivo”, vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio estado, que tem também a missão de protegê-lo.¹²

O texto constitucional chega a explicitar o bem comum como causa e, ao mesmo tempo, decorrência do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse sentido, vê-se com clareza meridiana que o “bem de uso comum do povo” gera felicidade e, simultaneamente, é produzido por ele – o mesmo povo – porquanto esse bem difuso deve ser objeto da proteção do estado e da própria sociedade para usufruto de toda a nação.

O social constitui a grande meta do Poder Público e da sociedade, tanto que no artigo 3º da nossa Carta Magna está estabelecido, dentre os objetivos da República, o desenvolvimento e o bem-estar da sociedade. É preciso frisar que até mesmo a ordem econômica submete-se à ordem social, de modo que o desenvolvimento socioeconômico deve ser encarado como instrumento capaz de atender ao objetivo social.

¹¹ MILARÉ, Edis, *Direito do ambiente*, p. 775.

¹² MILARÉ, Edis, *Direito do ambiente*, p. 142.

Assim, como lembra *Edis Milaré*, o meio ambiente, enquanto bem necessário ao bem-estar da coletividade, “deve ser protegido dos excessos quantitativos e qualitativos da produção econômica que afetam a sustentabilidade e dos abusos das liberdades que a Constituição confere aos empreendedores”.¹³

A ordem econômica brasileira, por sua vez, segundo disposto no artigo 170, VI, da Constituição Federal de 1988, traz entre seus princípios a defesa do meio ambiente. Esse é, por certo, um dos principais avanços da Constituição, no que concerne ao tema.

Assim, a propriedade, como instrumento base da ordem econômica constitucional, pois geradora de riquezas, deixa de cumprir sua função social – elementar para sua garantia constitucional – quando se insurge contra o meio ambiente.

Conforme ensina *Guilherme Purvin de Figueiredo*, a defesa do meio ambiente e a observância do princípio da função social da propriedade não podem ser tidas apenas como princípios da ordem econômica, mas sim como verdadeiras garantias constitucionais de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado em face dos proprietários de bens móveis e imóveis, de produção ou de consumo, sejam essas pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público.¹⁴

6 ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

A delimitação de espaços para preservação de certos atributos naturais é uma prática antiga que se espalhou por todos os continentes, motivada principalmente por razões socioculturais. Aparentemente, no mundo ocidental, a ideia teve seu início na Europa, durante a Idade Média, com o objetivo de proteger recursos da fauna silvestre e seus habitats, para o exercício de caça pela realeza e aristocracia rural.

Foi o advento da Revolução Industrial, contudo, o responsável pelos primeiros movimentos para a proteção de áreas naturais que pudessem servir à população como um todo, principalmente pelo crescente número de pessoas trabalhando em fábricas, que demandavam espaços para recreação ao ar livre. Constatou-se, dessa forma, na conservação de

¹³ MILARÉ, Edis, *Direito do ambiente*, p. 149.

¹⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin, *A propriedade no direito ambiental*, p. 168.

áreas, certo caráter elitista, sem que houvesse preocupação direta com a natureza e, muito menos, existisse uma consciência ecológica.¹⁵

A Constituição Federal de 1988 inovou ao adotar a terminologia “espaço territorial especialmente protegido” para designar uma área sob regime especial de administração, com o objetivo de proteger os atributos ambientais justificadores do seu reconhecimento e individuação pelo Poder Público. O legislador constituinte, a fim de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, atribuiu ao Poder Público o dever de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos.

Na lição de *Guilherme Purvin*:

“[...] no quadro normativo brasileiro referente à proteção de espaços ecológicos, todavia, não passou despercebido do legislador constituinte que a maior parcela de responsabilidade na implementação do Direito Ambiental deveria caber ao próprio Poder Público. Por tal razão, a Constituição brasileira impôs ao Poder Público o dever de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (art. 225, § 1º, III).”¹⁶

Trata-se, pois, de um instrumento na busca da efetividade do princípio da função social da propriedade.

Nessa esteira, ensina *Edis Milaré*:

“[...] nesse curto período de evolução histórica das unidades de conservação no Brasil – de 1937 aos dias de hoje – reserva-se à Constituição de 1988 o papel de verdadeiro divisor de águas, já que, ao lançar o desafio de uma regulamentação para o que chamou espaços territoriais especialmente protegidos, ela deu ensejo ao nascimento, em 18.07.2000, da Lei 9.985, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, como a seguir será estudado.”¹⁷

Mais à frente, afirma:

¹⁵ MILANO, Miguel Serediuk. Unidades de conservação: técnica, lei e ética para a conservação da biodiversidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 6.

¹⁶ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin, *A propriedade no direito ambiental*, p. 278.

¹⁷ MILARÉ, Edis, *Direito do ambiente*, p. 653.

“[...]é assim, que a Lei 9.985/2000, ainda com caráter de obra inacabada, apresenta grande importância por ser o primeiro instrumento legal que busca elencar e definir as diferentes categorias de unidade de conservação existentes no território nacional, sistematizando classificações que anteriormente se sobreponham ou se confundiam. Trata-se, por conseguinte, de um texto linear e sistematizador.”¹⁸

Há diversas áreas especialmente protegidas, tais como as APPs e de reserva legal do Código Florestal, as áreas tombadas em razão do seu valor ecológico e as unidades de conservação da natureza previstas na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação¹⁹. Elas podem ser reunidas em um grupo chamado de áreas protegidas em sentido “lato”.

6.1 Áreas de Preservação Permanente e reserva legal

O modelo adotado pelo Código Florestal de 1965 manteve o sistema de 1934, porém dele diferindo quanto à abolição das florestas então previstas para a criação das *áreas de preservação permanente*, com a definição que o Código Florestal lhe confere em seus artigos 2º e 3º. A razão de ser das APPs é basicamente evitar a erosão das encostas de morros e o assoreamento dos rios.

O artigo 2º do Código Florestal em vigor considerou de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural:

- “a) ao longo dos rios ou de qualquer outro curso d’água, em faixa marginal cuja largura mínima será:
- 1 - de 30 metros para os rios de menos de 10 metros de largura;
 - 2 - de 50 metros para os cursos que tenham de 10 a 50 metros de largura;
 - 3 - de 100 metros para os cursos d’água que tenham de 50 a 200 metros de largura;
 - 4 - de 200 metros para os cursos d’água que tenham de 200 a 600 metros de largura;
 - 5 - de 500 metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 metros.

¹⁸ MILARÉ, Edis, *Direito do ambiente*, p. 653.

¹⁹ “Área protegida”, para os propósitos da Convenção sobre a Diversidade Biológica, assinada em 1992, no Rio de Janeiro, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, significa uma área definida geograficamente, que é destinada ou regulamentada e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação.

- b) ao redor de lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;
- c) nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados olhos d'água, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio de 50 metros de largura;
- d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;
- e) nas encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;
- f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
- g) na bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 metros em projeções horizontais;
- h) em altitudes superiores a 1.800 metros, qualquer que seja a vedação.”

O artigo 3º do Código Florestal prevê que o Poder Público, afora as áreas descritas no artigo 2º, possa considerar como de preservação permanente outras florestas e demais formas de vegetação visando atenuar a erosão de terras, formar faixas de proteção ao longo de ferrovias e rodovias e asilar exemplares da fauna e flora ameaçados de extinção.

Tais áreas de preservação permanente podem admitir, em caráter excepcional, determinadas intervenções no seu seio, o que as faz diferir daquelas outras que se acham sujeitas ao regime estrito de preservação, dada a sua característica de intocáveis.

Além das florestas de preservação permanente, em vários outros dispositivos, o Código Florestal disciplina e limita a exploração vegetal, tal como acontece com as áreas de reserva legal que são igualmente espaços protegidos.

Reserva legal é restrição imposta àquela área suscetível de exploração. Nessas áreas, o proprietário rural não pode efetuar o corte raso da vegetação, enquanto seja admitido o seu manejo sustentável.

6.1.2 Unidades de conservação ambiental. Sistema Nacional de Unidades de Conservação

A Lei n. 9.985/2000 instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, constituído pelo conjunto das unidades de conservação ambiental federais, estaduais e municipais.

Unidade de conservação, segundo disposto no artigo 2º, inciso I, dessa lei, é o espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as

águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituída pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.

Além das unidades de conservação que a lei elenca, há aquelas que, embora não arroladas, têm o seu conceito de acordo com o supra citado artigo 2º, I, da lei.

As unidades de conservação abrangidas pela Lei n. 9.985/2000 compõem o grupo dos espaços territoriais especialmente protegidos, *em sentido estrito*.

A regulamentação da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação foi parcialmente efetuada pelo Decreto n. 4.340, de 22 de agosto de 2002. Esse decreto buscou detalhar melhor os aspectos legais referentes à criação de unidades de conservação, à gestão compartilhada com organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), à exploração de bens e serviços, à compensação por significativo impacto ambiental, ao reassentamento de populações tradicionais, à reavaliação das categorias de unidades não previstas e, por fim, à gestão das reservas da biosfera.

Nessa nova sistemática da matéria, cada categoria de manejo das modalidades de espaços territoriais realça, em maior ou menor escala, um ou vários dos objetivos preconizados pela Lei n. 9.985/2000.

A implantação de uma unidade de conservação exige a regularização dos direitos dos proprietários de terras na área e de posseiros, pois ou a área será desapropriada a fim de que passe ao domínio público, ou serão impostas limitações para adequar o seu uso à exigência do desenvolvimento sustentável.

Assim, as unidades de conservação foram classificadas em dois grupos:

Unidades de proteção integral: o objetivo básico de uma unidade de conservação deste grupo é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos na Lei n. 9.985/2000. Essa lei conceitua uso indireto como sendo aquele que não envolve coleta, dano ou destruição dos recursos naturais. Este grupo atende à visão conservacionista do movimento ambientalista e abrange as seguintes unidades:

Estação ecológica: tem como objetivo a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas.

Reserva biológica: tem por finalidade a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais.

Parque nacional: objetiva a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.

Monumento natural: visa preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica.

Refúgio da vida silvestre: tem como finalidade proteger ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória.

Unidades de uso sustentável: têm como objetivo básico a compatibilização da conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais. Admite-se, neste caso, o uso direto dos recursos naturais, ou seja, permite-se a coleta e uso, comercial ou não, dos recursos naturais. Este grupo, por sua vez, retrata uma visão socioambientalista do movimento ambientalista brasileiro, de modo que, possibilitando o uso e ocupação pelos proprietários de imóveis localizados nestas áreas, institui-se o uso sustentável de seus recursos. São elas:

Área de proteção ambiental: é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivo básico proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais (art. 15).

Área de relevante interesse ecológico: é uma área em geral de pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota regional, e tem como objetivo manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local e regular o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza (art. 16).

Floresta nacional: é uma área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo

sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas (art. 17).

Reserva extrativista: é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade (art. 18).

Reserva de fauna: é uma área natural com populações animais de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias, adequada para estudos técnicos científicos sobre o manejo econômico sustentável de recursos faunísticos (art. 19).

Reserva de desenvolvimento sustentável: é uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica (art. 20).

Reserva particular do patrimônio natural: é uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica (art. 21).

7 O IMPACTO DA CRIAÇÃO DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL SOBRE AS PROPRIEDADES PARTICULARES

O estado de São Paulo, que ainda possui áreas remanescentes da Mata Atlântica, instituiu, ainda nos anos 70 e 80 do século passado, duas grandes áreas de preservação ambiental, o Parque Estadual da Serra do Mar (Lei n. 10.251, de 30 de agosto de 1977) e a Estação Ecológica Jureia Itatins (Lei n. 5.649, de 28 de abril de 1987), que hoje são classificadas como unidades de conservação de proteção integral.

A criação de áreas ambientalmente protegidas – que ocorreu até mesmo antes da instituição do Sistema Nacional de Unidades de Conservação pela Lei n. 9.985/2000 – abrangeu áreas onde havia inúmeras propriedades particulares e estabeleceu um sério conflito fundiário, pois sobre elas passaram a pender limitações administrativas ambientais.

A lei do SNUC determinou que as áreas sobre as quais fossem criadas as unidades de proteção integral se tornassem públicas,

permitindo, no entanto, que as áreas das unidades de conservação de uso sustentável fossem privadas, adequando-as, contudo, às exigências do desenvolvimento sustentável.

Assim, a implantação de uma unidade de conservação exige a regularização dos direitos dos proprietários de terras na área, de modo que ou ela será desapropriada, para que passe ao domínio público, ou lhe serão impostas limitações, para adequá-la à necessária manutenção do equilíbrio ecológico de acordo com o princípio da função socioambiental.

Algumas ações diretas de desapropriação foram propostas pelo Estado para, mediante o pagamento de justa indenização, haver para si as áreas inseridas nas unidades de conservação de proteção integral, atendendo, portanto, ao comando legal de que elas se tornassem públicas.

A ganância dos particulares de obtenção de cifras milionárias a título de indenização aliada ao desconhecimento da legislação ambiental carreou ao estado de São Paulo condenações milionárias, promovendo um enorme prejuízo financeiro à sociedade paulista, que foi e está sendo punida pela riqueza da sua biodiversidade, sem que aqueles que receberam as indenizações tenham contribuído em nada para a conservação do meio ambiente; muito pelo contrário, contribuíram com a degradação ambiental.

Já nos casos em que o Estado de São Paulo não propôs as ações diretas, principalmente de criação de unidades de conservação de uso sustentável, estas foram e ainda estão sendo propostas por particulares que sentiram lesados por essas imposições ambientais, muitas ações buscando solucionar esses “conflitos” entre proteção ambiental e direito de propriedade, questionando-se, sobretudo, o dever de se cumprir a função social e o direito de indenização. A alegação principal é de que o Poder Público teria destruído qualquer possibilidade de exploração econômica de imóveis localizados nessas áreas.

Muitos particulares lograram êxito nessas ações, obtendo o direito de receber do Estado indenização pelas limitações ambientais impostas, posto equipará-las a verdadeiros atos de apossamento administrativo. A grande maioria dos juristas, apegados ao conceito de propriedade esposado no artigo 524 do Código Civil anterior, concebia o seu regime jurídico como subordinado ao direito civil para considerá-lo como direito real, relegando as normas publicistas sobre o assunto.

Em luta contra tais condenações, a Procuradoria Geral do Estado passou a acumular muitas vitórias que são, em verdade, fruto de uma política estatal em constante evolução a respeito do assunto. As teses fazendárias

colaboraram de forma decisiva para a mudança na postura dos tribunais, tanto para afastar as avaliações milionárias, fruto da supervalorização das matas nas ações de desapropriação direta, quanto para afastar, nos casos em que particulares promoveram as ações expropriatórias, a ideia de que a criação de uma unidade de conservação ambiental de uso sustentável afigura-se como ato de apossamento administrativo.

Pois bem, para oferecer uma solução para esse conflito entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, questão precípua está em analisar o cabimento de ações indiretas de desapropriação, frente aos atos de criação de unidades de conservação de uso sustentável, para, em um segundo momento, analisar o conceito de justa indenização que, historicamente, como noticiado acima, foi distorcido pelos operadores do direito.

7.1 Desapropriações indiretas

A desapropriação indireta é construção pretoriana e é definida como o instrumento processual utilizado para forçar o Poder Público a indenizar o ato ilícito, representado pelo apossamento da propriedade particular, sem o devido processo legal, que é a desapropriação.²⁰

O entendimento de nossos tribunais no sentido de que seria caso de desapropriação indireta a criação de unidades de conservação de uso sustentável em áreas que abarcam propriedades particulares se deu à luz do conceito de direito de propriedade fornecido pelo Direito Civil que, pelas razões expostas acima, não pode mais ser utilizado.

Não há que se admitir o cabimento de ação de desapropriação indireta, pelas razões de direito e de fato que serão expostas a seguir.

São dois os requisitos indispensáveis para a propositura da ação de desapropriação indireta: 1) que tenha havido apossamento administrativo do imóvel; 2) que o autor seja o titular do domínio da área apossada.

O apossamento é um ato físico, que implica a ocupação do imóvel pelo Poder Público, deslocando o proprietário da área e impedindo o seu reingresso.

²⁰ HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 5. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2005. p. 187.

A criação de unidades de conservação não consiste obviamente em um ato físico, pois é fruto de um ato normativo que dispõe sobre um conjunto de limitações administrativas impostas pelo Poder Público, com o fim de dar cumprimento à função social da propriedade que se localiza em áreas cuja riqueza natural demanda proteção.

As restrições impostas pelo Poder Público, antes de violar um interesse legítimo do particular interessado, buscam realizar um interesse da coletividade de preservação da vida como garantia de atendimento ao grande princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se poderia, sem infringir os princípios básicos do Direito, estender-se o conceito de aposseamento, criando a figura do “desapossamento por ficção”.

De outra banda, considerando-se a ação de desapropriação indireta como consectário lógico do pedido de responsabilização civil do Estado, cabe ao particular interessado a prova do ato causador do dano e a respectiva relação de causalidade, o que, por certo, não ocorrerá, pois dano não há.

O que há são limitações administrativas de natureza ambiental que repercutem sobre todos os imóveis que se localizam em áreas com tais restrições.

Segundo lição de *Hely Lopes Meirelles*, limitação administrativa é “toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direito ou de atividade particulares às exigências do bem-estar social”.²¹

Maria Sylvia Zanella de Pietro, por sua vez, define limitações administrativas como sendo “medidas de caráter geral, previstas em lei com fundamento no poder de polícia do estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social”.²²

Toda limitação administrativa traz em si, em benefício do interesse público genérico, no caso a defesa do meio ambiente, uma obrigação de

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balesteri Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 600.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 142.

não fazer, abstratamente considerada. O proprietário da coisa sobre a qual recai uma dada limitação a conservará sob seu poder.

Dano é o que repercute no patrimônio do lesado. Avalia-se o dano material tendo em vista a diminuição sofrida no seu patrimônio e o ressarcimento ocorrerá mediante a recomposição do patrimônio lesado.

Portanto, nenhum dano sofre aquele que, a despeito da qualidade de titular do direito de propriedade sobre imóvel localizado em área de proteção ambiental, nunca o explorou, mantendo-se inerte.

Se a indenização é pleiteada com base no esvaziamento econômico da propriedade, a resposta afirmativa a essa questão viria somente se apurada a sua efetiva utilização econômica.

Ora, os particulares que propuseram ação de desapropriação contra o estado nunca exploraram economicamente suas glebas, posto que, em diversas situações, os locais, pela sua topografia montanhosa, são praticamente inacessíveis. Ou seja, é a própria natureza impondo a inviabilidade econômica de exploração da terra e das riquezas naturais lá existentes.

Demais disso, não há nem que se falar em dano eventual ou presumido, que se caracterizaria com a mera possibilidade de exploração, pois ele não é suficiente para êxito de uma ação de desapropriação indireta, haja vista que somente se indeniza o dano efetivo.

Nessa linha, ensina José Afonso da Silva:

“[...] quem compra um terreno à margem de cursos d’água, nas nascentes, nas margens de estrada e onde mais existam matas protetoras já o adquiriu com aquela restrição, porque ao adquirir já ali estavam as montanhas e demais acidentes da natureza que exigiam a complementação da permanência na floresta. Não há, pois, o que indenizar. Indeniza-se um prejuízo, um corte injusto num direito legítimo. Uma restrição imposta pelo Estado, em favor de terceiros. Exigir reparação civil por manutenção de matas evidentemente protetoras é o mesmo que pedir ao Poder Público recompensa pelas áreas perdidas com montes inaproveitáveis, lagoas e banhados, areais, pedreiras, etc.”²³

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 124-125.

O não uso do bem em decorrência da imposição de limitações de natureza ambiental não o transforma em propriedade improdutiva e, por consequência, suscetível de desapropriação.

É imperioso considerar que o fato de estar o proprietário impedido de usar amplamente a sua propriedade em dadas circunstâncias se liga, no caso vertente, à ideia de solidariedade social e de preservação da vida para a presente e as futuras gerações, e não à ideia de ocupação indevida pelo Poder Público.

Cabe portanto aos autores adequarem o uso da sua propriedade às limitações contidas na legislação federal e municipal (Código Florestal e demais legislações pertinentes), sem que ao estado possa ser carreada qualquer obrigação de indenizar pela instituição de limitações administrativas, que dão cumprimento ao princípio da função social da propriedade.

Segue, por oportuno, opinião trazida por *Manoel Pereira Calças*:

“No que concerne, porém, às desapropriação indiretas, entendo que o melhor posicionamento é o perfilhado pelos julgados que negam o direito à indenização perseguida, pois o Estado de São Paulo não ocupou quaisquer dos imóveis situados na Serra do Mar, sendo evidente que não pode o particular pretender compelir o Estado a efetuar a desapropriação de seu imóvel, sob o argumento de que a simples edição do decreto estadual importou no exaurimento da potencialidade econômica do mesmo. A efetivação da desapropriação é ato próprio da soberania estatal, informado pelos princípios da conveniência e oportunidade.”²⁴

Ainda que assim não fosse, nenhuma obrigação poderia ser imputada ao estado, pois eventuais limitações ao uso da propriedade dos particulares decorreram exclusivamente de atos normativos federais já existentes por ocasião da criação das unidades de conservação, como é o caso do primeiro Código Florestal, que foi editado em 1934, não podendo o Estado de São Paulo ser responsabilizado por tais restrições.

O primeiro Código Florestal, instituído pelo Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934, já considerava as florestas bem de interesse comum e

²⁴ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. As ações de desapropriação indireta propostas em face da criação do Parque Estadual da Serra do mar pelo Decreto Estadual n. 10.251, de 30.8.1977. In: REGULARIZAÇÃO imobiliária de áreas protegidas. Organização de Beatriz Corrêa Netto Cavalcanti et al. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2003. v. 3, p. 353.

os direitos de propriedade sobre elas sofreriam limitações estabelecidas em lei, especialmente em relação ao corte de árvores em florestas protetoras ou remanescentes, consideradas de conservação perene.

Florestas protetoras eram as que tinham por funções conservar o regime de águas, evitar a erosão, fixar dunas, auxiliar a defesa de fronteiras, assegurar condições de salubridade pública, proteger sítios de beleza natural e asilar espécimes raros da fauna nacional. Eram ditas como remanescentes as florestas que formassem os parques nacionais, estaduais e municipais, e as que tivessem espécimes preciosos, de interesse biológico ou estético e as reservadas para pequenos parques ou bosques públicos. Por fim, havia as florestas modelo, constituídas pelas plantadas, artificiais, e as de rendimento, que compreendiam as que não se enquadravam nas categorias anteriores. Essas últimas são chamadas hoje de “plantadas” ou “industriais”.

Desde então, portanto, constata-se a existência de limitações administrativas de caráter geral em prol da defesa do meio ambiente, sem que, em nenhum momento, até antes da declaração de utilidade pública dessas áreas, fosse pleiteada qualquer indenização em razão delas.

O Superior Tribunal de Justiça, pela sua 1^a Turma, vem consolidando jurisprudência acolhendo essa tese da Fazenda Estadual, ao fundamento de que as limitações administrativas de caráter ambiental existem desde a edição do primeiro Código Florestal:

“Antes de se proceder à análise das demais questões suscitadas no agravo regimental, cumpre registrar, inicialmente, relevantes premissas extraídas do julgamento do Recurso Especial n. 442.774/SP, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, em que foram elencadas as circunstâncias necessárias à caracterização da chamada desapropriação indireta, com a consequente obrigação de indenizar imposta ao Estado. Confira-se a ementa do referido julgado: ‘Administrativo – Criação do Parque Estadual da Serra Domar (Decreto estadual n. 10.251/77). Desapropriação indireta. Pressupostos: aposseamento, afetação à utilização pública, Irreversibilidade. Não caracterização. [...] 3. A chamada ‘desapropriação indireta’ é construção pretoriana criada para dirimir conflitos concretos entre o direito de propriedade e o princípio da função social das propriedades, nas hipóteses em que a Administração ocupa propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público. 4. Para que se tenha por caracterizada situação que impõe ao particular a substituição da prestação específica (restituir a coisa vindicada) por prestação alternativa (indenizá-la em dinheiro), com a consequente transferência compulsória do domínio ao estado, é preciso que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: (a) o

apossamento do bem pelo estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; (b) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e (c) a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido aposseamento e da afetação. [...] 8. Recurso especial provido.' (STJ – REsp N. 442.774/SP, 1^a Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ*, de 20.06.2005). Exige-se, portanto, para que fique caracterizada a desapropriação indireta, que o estado assuma a posse efetiva de determinando bem, destinando-o à utilização pública, o que não ocorreu na hipótese dos autos, visto que a posse dos autores permaneceu íntegra, mesmo após a criação do Parque Estadual da Serra do Mar, não havendo falar, desse modo, em desapropriação indireta. Nada impede, todavia, que o tombamento de determinados bens, ou a imposição de limitações administrativas, traga prejuízos aos seus proprietários, gerando, a partir de então, a obrigação de indenizar. Em sede doutrinária, José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, 14. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 627-630 e 638-639) traz a seguinte lição: 'O tombamento, por significar uma restrição administrativa que apenas obriga o proprietário a manter o bem tombado dentro de suas características para a proteção do patrimônio cultural, não gera qualquer dever indenizatório para o Poder Público, e isso porque nenhum prejuízo patrimonial é causado ao dono do bem. Somente se o proprietário comprovar que o ato de tombamento lhe causou prejuízo, o que não é a regra, é que fará jus à indenização. [...] Ressalva-se apenas a hipótese em que, sob a denominação de tombamento, o estado realmente interdita o uso do bem pelo proprietário. Nesse caso é até impróprio falar-se em tombamento; o certo será considerar-se hipótese de servidão administrativa ou de desapropriação, conforme o caso, passando o proprietário então a ter direito à indenização pelos prejuízos causados pelo uso, ou pela própria perda da propriedade, no todo ou em parte'. Em relação às limitações administrativas: 'Limitações administrativas são determinações de caráter geral, através das quais o Poder Público impõe a proprietários indeterminados obrigações positivas, negativas ou permissivas, para o fim de condicionar as propriedades ao atendimento da função social. [...] Sendo imposições de ordem geral, as limitações administrativas não rendem ensejo à indenização em favor dos proprietários. As normas genéricas, obviamente, não visam a uma determinada restrição nesta ou naquela propriedade, abrangem quantidade indeterminada de propriedades. Desse modo, podem contrariar interesses dos proprietários, mas nunca direitos subjetivos. Por outro lado, não há prejuízos individualizados, mas sacrifícios gerais a que se devem obrigar os membros da coletividade em favor desta. É mister salientar, por fim, que inexiste causa jurídica para qualquer tipo de indenização a ser paga pelo Poder Público. Não incide, por conseguinte, a responsabilidade civil do estado geradora do dever indenizatório, a não ser que, a pretexto de impor limitações gerais, o

estado cause prejuízo a determinados proprietários em virtude de conduta administrativa. Aí sim, haverá vício na conduta e ao estado será imputada a devida responsabilidade, na forma do que dispõe o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal'. Na hipótese dos autos, os autores, ora agravantes, afirmam que o Decreto estadual n. 10.251/77, criador do Parque Estadual da Serra do Mar na região onde estão localizadas as suas propriedades, impôs inúmeras restrições ao uso do bem, esvaziando por completo o conteúdo econômico da propriedade; daí a obrigação de indenizar. O cerne da questão, portanto, está em saber se houve a efetiva interdição de uso do imóvel em referência, por intermédio do referido ato administrativo. Este Tribunal, em diversos julgados versando sobre a mesma matéria, deixou assentado que a criação do Parque Estadual da Serra do Mar, por intermédio do Decreto estadual n. 10.251/77, do estado de São Paulo, ou qualquer outro ato normativo de extensão da área inicialmente prevista, não acrescentou qualquer limitação às previamente estabelecidas em outros atos normativos (Código Florestal, Lei do Parcelamento do Solo Urbano etc.), os quais já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade. Com efeito, o artigo 2º da Lei n. 4.771/65 (Código Florestal), com a redação vigente à época da edição do Decreto estadual n. 10.251/77, assim dispunha: 'Artigo 2º - Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 - de 5 (cinco) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura; 2 - igual à metade da largura dos cursos que meçam de 10 (dez) a 200 (duzentos) metros de distância entre as margens; 3 - de 100 (cem) metros para todos os cursos cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros. b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais; c) nas nascentes, mesmo nos chamados 'olhos d'água', seja qual for a sua situação topográfica; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive; f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; g) nas bordas dos taboleiros ou chapadas; h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, nos campos naturais ou artificiais, as florestas nativas e as vegetações campestres'. No ano de 1961, ou seja, em data anterior à edição do Código Florestal, o Decreto n. 50.813/61 já determinava: 'Artigo 1º - São declaradas protetoras, nos termos do artigo 4º, letras 'a', 'b', 'e', 'f' e 'g' do Código Florestal, aprovado pelo Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934, as florestas tanto de domínio público como as de propriedade privada, existentes ao longo da encosta atlântica das serras Geral e do Mar, localizadas nos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Guanabara e Espírito Santo. Artigo 2º - A delimitação definitiva da área das florestas, ora declaradas protetoras, será feita depois de indispensável estudo e reconhecimento da região, a ser realizado sob a

orientação e fiscalização do serviço florestal, do Ministério da Agricultura. Artigo 3º - Fica o Ministério da Agricultura, por intermédio do serviço florestal, autorizado a entrar em entendimento com o governo dos estados acima indicados, com as Prefeituras interessadas e com os particulares proprietários das terras da região abrangidas por este decreto, para o fim especial de alcançar o objetivo colimado e efetuar o pagamento das indenizações que se fizer necessário, de acordo com o parágrafo único do artigo 11, do citado Código Florestal. Artigo 4º - A execução das medidas de guarda, fiscalização, conservação e regeneração das florestas de que trata este decreto ficará especialmente a cargo do serviço florestal do Ministério da Agricultura, que para tal fim poderá promover convênios com órgãos da administração pública e entidades privadas interessadas na conservação da natureza geral. Artigo 5º - Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário'. Daí se conclui que é indevida qualquer indenização em favor dos proprietários dos terrenos atingidos pelo Decreto Estadual n. 10.251/77, salvo se comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes. Sobre o tema, é oportuno conferir, também, os precedentes a seguir transcritos: 'Processual Civil e Civil – Desapropriação indireta. Parque Estadual de Jacupiranga'. Área da Serra do Mar. Violação ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil não configurada. Incidência da Súmula n. 284 do STF. Limitação administrativa imposta pela Lei n. 4.771/65 e pelo Decreto estadual n. 145/69. Direito à indenização. Inexistência. [...] O estado de São Paulo, ao criar o 'Parque Estadual de Jacupiranga', situado na região da 'Serra do Mar', simplesmente repetiu uma limitação administrativa já estabelecida pelo Código Florestal. As restrições impostas indiscriminadamente a todos os detentores do domínio sobre áreas florestais de preservação permanente não podem ser tidas como ato de aposseamento pela Administração Pública e capazes de autorizar a desapropriação indireta. Recurso especial não conhecido.' (REsp n. 160.334/SP, 2ª Turma, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ*, de 11.04.2005). 'Administrativo. Ação de indenização por desapropriação indireta. Parque Estadual da Serra do Mar. Limitações administrativas de caráter geral. Função social da propriedade. Ausência de prejuízo. Impossibilidade de indenização. [...] III - O ato administrativo que criou o Parque Estadual da Serra do Mar não impôs aos proprietários outras restrições que não aquelas decorrentes da legislação constitucional e infraconstitucional, sendo certo que essas limitações administrativas, de caráter geral, não constituem direito que ampare qualquer indenização. IV - Precedente: REsp n. 468.405/SP, rel. Min. José Delgado, *DJ*, de 19.12.2003, votovista Min. Teori Albino Zavascki. [...] VI - Recurso especial não conhecido.' (STJ – REsp n. 596.645/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ*, de 03.11.2004). 'Administrativo – Ação de indenização por desapropriação indireta. Parque Serra do Mar. Indenização. Inocorrência dos pressupostos da ação. Inexistência de prejuízos.

Propriedade vinculada à função social. Mata atlântica. Preservação. 1. Recurso especial contra v. acórdão que apreciou ação de indenização por desapropriação indireta contra o estado de São Paulo, referente a imóvel localizado no Parque Serra do Mar. 2. Do exame dos autos, verifica-se que estão comprovados os seguintes aspectos: a) o estado de São Paulo, em nenhum momento, apossou-se dos imóveis dos recorridos; b) as certidões imobiliárias não identificam, com clareza, os imóveis objeto da indenização, pois há descrições nas referidas certidões que excluem parcelas de imóveis, fazendo-se menção a outra transcrição, conforme documento acostado; c) há dificuldades para se identificar se os imóveis mencionados na inicial se constituem num imóvel contíguo ou não. 3. A presente ação não pode ser enquadrada como uma expropriatória indireta, visto que não estão presentes os pressupostos que orientam tal espécie de ação. Inexiste aposseamento administrativo por parte do estado, nem este praticou, com relação à propriedade discutida, qualquer esbulho ou ilícito que causasse prejuízo aos autores. Em nenhum momento os autores provaram haver aposseamento, esbulho ou qualquer outro ilícito por parte do estado ou seus pressupostos com relação à propriedade. O imóvel sempre permaneceu no mesmo estado, ou seja, intocado, quer pelos autores, seus antecessores, ou mesmo pelo Poder Público, quer por força da legislação federal quer em face da legislação municipal que orienta o uso e ocupação do solo local. 4. Nenhuma indenização é devida, pelo fato de nenhum prejuízo terem sofrido os recorridos. O uso da propriedade está vinculado à sua função social. Esta tornou-se presente com a necessidade de preservar-se, para o bem da humanidade, os recursos naturais da mata atlântica. Não exploravam qualquer atividade comercial ou industrial no imóvel, dele não obtendo renda de qualquer limite. Não há de se chancelar indenização no valor de mais de 4,5 milhões de reais, fixada em 1995, acrescido de juros de mora, juros compensatórios, correção monetária e honorários, para cobrir alegadas limitações administrativas em 112 ha de terra sem qualquer exploração econômica. 5. Recurso provido.' (STJ – REsp n. 468.405/SP, 1^a Turma, rel. Min. José Delgado, *DJ*, de 19.12.2003). Conquanto ainda exista certa divergência em torno da matéria na Primeira Seção desta corte, submete-se à orientação adotada no âmbito da Primeira Turma. Em face do exposto, não havendo razões capazes de infirmar a decisão agravada, nega-se provimento ao agravo regimental." (STJ – AgR REsp n. 610.158/SP, 1^a Turma, rel. Min. Denise Arruda).

"Processual Civil e Civil – Desapropriação indireta. Parque Estadual de Jacupiranga. Área da Serra do Mar. Violação do artigo 535, II do Código de Processo Civil não configurada. Incidência da Súmula n. 284 do STF. Limitação administrativa imposta pela Lei n. 4.771/65 e pelo Decreto estadual n. 145/69. Direito à indenização. Inexistência. O estado de São Paulo, ao criar o Parque Estadual de Jacupiranga, situado na região da Serra do Mar, simplesmente repetiu uma limitação

administrativa já estabelecida pelo Código Florestal. As restrições impostas indiscriminadamente a todos os detentores do domínio sobre áreas florestais de preservação permanente não podem ser tidas como ato de apossamento pela Administração Pública e capazes de autorizar a desapropriação indireta. Em sede de embargos infringentes opostos ao julgamento supra, ao rejeitá-los, o e. ministro relator sustentou, *verbis*: ‘No tocante ao mérito da controvérsia, não confiro direito de expropriação indireta, porque as limitações de uso da propriedade situadas na região da Serra do Mar eram precedentes à própria criação do Parque Estadual, porque já estabelecidas pelo Código Florestal (Lei n. 4.771, de 15.09.1965). Na Serra do Mar, pela própria composição do terreno, constituído de material calcário e de fácil decomposição e por ser uma área íngreme, não há possibilidade de exploração intensa da agricultura nem se poderia promover o corte irrefletido de árvores, ou seja, o desmatamento para indústrias madeireiras, porque a cobertura vegetal é o que exatamente agrupa aquele solo, de modo a impedir os desmoronamentos que costumam acontecer sobretudo na área da chamada estrada de Santos. Mais recentemente, a segunda turma do E. Superior Tribunal de Justiça sedimentou jurisprudência neste sentido ao julgar o REsp n. 167.070-SP, rel. Min. Luiz Fux.’ (STJ – REsp n. 160.334/SP, 1^a Turma, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ*, de 17.02.2005).

“Administrativo – Desapropriação. Área tombada para reserva florestal do Parque Estadual da Serra do Mar. Indenização. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que não há indenização pela só limitação administrativa. Se a limitação vai ao ponto de privar o seu proprietário do uso pleno, indeniza-se na mesma proporção do prejuízo causado. Área de preservação permanente que impede o uso da propriedade, mas onde não é possível haver exploração econômica do manancial vegetal. Indenização limitada à terra nua, não se estendendo à cobertura vegetal. Recurso especial do estado de São Paulo provido em parte e improvido o dos expropriados.” (STJ – REsp n. 160.334/SP, 1^a Turma, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 17.02.2005).

Observa-se, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça também reconheceu que as restrições ambientais representam verdadeiras limitações administrativas e assim desautorizou a propositura de ações de desapropriação indireta pelo particular, mas, de outro lado, ressaltou a possibilidade de indenização para proteger aqueles que comprovadamente sofreram limitações mais extensas do que as já existentes à época da sua instituição.

É preciso assegurar a convivência harmônica entre os princípios constitucionais da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente, para não sacrificar um em detrimento do outro.

Em muitos casos, observa-se a colisão entre princípios da mesma hierarquia, sendo que outra alternativa não há senão criar uma solução que resulte em concordância prática entre eles, o que somente será possível se relativizarem os princípios confrontantes.

Assim, considerando que o direito de propriedade está condicionado ao cumprimento de sua função social, relegando para um segundo plano o anseio egoístico de seu titular, e considerando que sempre houve a imposição de limitações administrativas de caráter geral pelo Poder Público sobre a propriedade privada e também sobre áreas dotadas de atributos ambientais relevantes, facilmente chegaremos à conclusão de que a mera edição de ato de Poder Público instituidor de áreas de preservação ambiental não gera qualquer direito de indenização, salvo se comprovada a exploração econômica do local antes mesmo da criação da área.

7.2 Critério da justa indenização

Em sendo cabível indenização sob as condições acima expostas, há que se fixar quais os critérios para a justa indenização, isso porque é fato público e notório que o estado de São Paulo foi condenado a pagar indenizações milionárias em ações de desapropriação promovidas para a instituição de unidades de conservação.

O cerne da questão esteve por muito tempo no fato de que costumeiramente se avaliavam separadamente duas faces de uma mesma realidade: terra nua e cobertura vegetal, está sempre superestimada. No entanto, é preciso ressaltar que ambas encontram-se em relação de acessoria e, por assim dizer, não podem ostentar preço distinto.

Os peritos, à época, desconsideraram as dificuldades de acesso às áreas, os custos de extração da madeira e com o seu deslocamento, bem como a fragilidade dos títulos apresentados que, por vezes, eram fruto da ação de grileiros. Ainda foram incluídos na avaliação os supostos lucros que os particulares poderiam auferir com a exploração da área, mesmo que ela nunca tivessem sido explorada economicamente antes da criação da unidade.

Reza a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXIV, que cabe à lei estabelecer o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na Constituição.

A justa indenização a ser paga pelo proprietário expropriado deve refletir o preço de mercado do imóvel para que o expropriado, de posse da quantia ofertada, possa adquirir outra propriedade em iguais condições.

De mais a mais, as limitações legais e físicas que incidem sobre as áreas trazem dificuldades para sua venda, razão pela qual o seu valor de mercado não poderá ser alto.

Demais disso, outras tantas condenações poderiam ter sido evitadas com a compreensão de que algumas formas de unidades de conservação possibilitam o uso e ocupação pelos seus proprietários, estabelecendo, apenas algumas regras de zoneamento territorial, tal como ocorre nas áreas de proteção ambiental.

O Superior Tribunal de Justiça caminha para pacificar o entendimento no sentido de que as matas inexploráveis são acessórios da terra nua e, portanto, sem valor destacado do valor fixado para o pagamento da terra, tal como no seguinte julgamento:

“Administrativo – Desapropriação direta. Imóvel situado na Estação Ecológica Jureia-Itatins. Indenização pela terra nua e pela cobertura florística. Não é devida indenização pela cobertura vegetal de imóvel desapropriado se já anteriormente à dita desapropriação, configurada estava a impossibilidade de sua exploração econômica (STJ – REsp n. 123.835/SP, rel. p/ acórdão Min. José Delgado, *DJ*, de 01.08.2000). As matas inexploráveis são caracterizadas unicamente como acessório da terra nua, sem valor destacado do valor fixado para o pagamento da terra. Assim, se a exploração econômica da propriedade é inviável, não é justo indenizar os expropriados pelo valor da cobertura florística inexplorável economicamente, sob pena de enriquecimento sem causa. (REsp n. 149.746/SP, rel. Min. Francisco Falcão, *DJ*, de 30.05.2005). Recurso especial provido.” (STJ – REsp n. 809.827, rel. Min. Francisco Falcão, *DJ*, de 28.11.2006).

De outra banda, alguns ministros entendem que a cobertura florística é, sim, indenizável, porém, o que se impede é que o cálculo em separado da vegetação importe indenização do imóvel em valor superior ao de mercado e, nessa esteira, afirmam que é irrelevante a avaliação em separado da cobertura vegetal e da terra nua.

Seguindo um ou outro posicionamento, o importante é que a indenização a ser fixada deve obedecer ao comando constitucional que determina que o seu valor seja justo. Se o estado pagar pelo imóvel valor acima do mercado, de fato toda a coletividade estará suportando essa condenação.

O Decreto-Lei n. 3.365/41, em seu artigo 27, fixa como parâmetros para a fixação do preço:

- “a) a estimativa dos bens para efeitos fiscais;
- b) o preço de aquisição e interesse que o proprietário auferá dos bens expropriados;
- c) a sua situação, estado de conservação e segurança;
- d) o valor venal dos bens da mesma espécie, nos últimos cinco anos;
- e) a valorização ou depreciação da área remanescente, pertencente ao desapropriado.”

A justa indenização foi melhor definida no artigo 12 da Lei Federal n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que regulamenta e disciplina a reforma agrária, como aquela que reflete o preço atual de mercado do imóvel, já incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas.

Ainda assim, se apurado o valor da cobertura vegetal segundo o preço de mercado de madeiras, hão que ser abatidos os custos e despesas necessários à extração de tal riqueza, além dos valores correspondentes à eventual indenização pelos danos que seriam causados ao meio ambiente e à reposição da área ao *status quo ante*.

A Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) trouxe um alento ao tema, que é tão tormentoso. Segundo *José Eduardo Ramos Rodrigues*, “a Lei do SNUC andou bem ao excluir expressamente certos bens e critérios descabidos de cálculo de indenização em desapropriação”.²⁵

A Lei do SNUC exclui do cálculo da indenização as espécies arbóreas imunes de corte pelo Poder Público, as expectativas de ganhos e lucro cessante, o resultado de cálculo efetuado mediante a operação de juros compostos e as áreas que não tenham prova de domínio inequívoco e anterior à criação da unidade.

A imposição dessas diretrizes porá fim ao cálculo desarrazoados do valor da indenizações ocorridos no curso da década de 90. É preciso que os proprietários de terras em áreas com enorme riqueza de biodiversidade se conscientizem de que exercem papel fundamental na defesa do meio ambiente e que o Judiciário não acentue a ganância daqueles que apenas buscam o lucro.

²⁵ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Sistema Nacional de Unidades de Conservação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 194.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda propriedade tem como elemento estrutural sua função social, ou seja, a propriedade que não atende sua finalidade social não pode ser considerada propriedade.

Todo titular de um bem imóvel tem o dever de fruir de seu direito, desde que atenda às limitações de caráter geral impostas ao seu direito, pois a mudança de interpretação do Direito Civil, antes de caráter individualista, tal qual no início do século, não mais se coaduna com o sistema vigente, que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

O Direito Ambiental brasileiro, além de novo, é inovador, frente à constatação da crise ambiental contemporânea. A Constituição brasileira inseriu uma verdadeira política ambiental, de modo que, no tema propriedade, a defesa do meio ambiente marca presença determinante,

Frutos de interpretação equivocada apegada ao conceito individualista do direito de propriedade, e ainda fora de compasso com os ditames constitucionais, foram as condenações milionárias por desapropriação indireta movidas por particulares que se sentiram lesados com a imposição de limitações administrativas de natureza ambiental contra o estado de São Paulo.

Restou demonstrada a natureza jurídica das restrições ambientais impostas pelo ato criador de uma área de proteção ambiental em sentido amplo, ou seja, não se trata, como se entendeu há tempos em nossos tribunais, de ato de apossamento administrativo, mas sim de limitação administrativa de caráter geral que, pela definição exposta, não gera direito de indenização.

Pois bem, mercê da natureza de limitação administrativa, as restrições impostas pelo Poder Público atendem ao princípio da função socioambiental da propriedade que, por sua vez, está em consonância com o princípio orientador de todo o ordenamento jurídico, o da dignidade da pessoa humana.

Reza a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXIV, que cabe à lei estabelecer o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na Constituição.

A justa indenização a ser paga pelo proprietário expropriado deve refletir o preço de mercado do imóvel, para que o expropriado, de posse da quantia ofertada, possa adquirir outra propriedade em iguais condições.

Para tanto, a Lei da Reforma Agrária, a Lei das Desapropriações e a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação conferem diretrizes que deverão ser obedecidas na avaliação das áreas expropriadas para a criação de unidades de conservação ambiental.

Dessa forma, tornar-se-ão menos dispendiosas as regularizações fundiárias das unidades de conservação, visando a colocar um ponto final na indústria das desapropriações que tanto já prejudicou a sociedade paulista.

9 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção Saraiva de Legislação). Também Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. As ações de desapropriação indireta propostas em face da criação do Parque Estadual da Serra do mar pelo Decreto estadual n. 10.251, de 30.8.1977. In: REGULARIZAÇÃO imobiliária de áreas protegidas. Organização de Beatriz Corrêa Netto Cavalcanti et al. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2003. v. 3, p. 345-356.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribuanis, 2008.
- HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.
_____. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balester Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira (Orgs.). *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli e Vanderlei Arcanjo da Silva. 39. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILANO, Miguel Serediuk. Unidades de conservação: técnica, lei e ética para a conservação da biodiversidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Sistema Nacional de Unidades de Conservação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação civil pública*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO

The injunction order and the right of strike of the civil servant

Elisabete Nunes Guardado¹

RESUMO

Este artigo estuda o mandado de injunção como forma de regulamentação de direitos, sua relação com a greve do servidor público e com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que determinou a aplicação da Lei Geral de Greve, até que seja editada lei específica.

Palavras-chave: Constituição Federal; Direito de Greve; Mandado de Injunção; Servidor Público.

ABSTRACT

This paper studies the injunction order as a mean of regulation of rights, its relationship with the strike of civil servant and the recent decision of the Brazilian Supreme Federal Court which determined the application of the General Law of Strike until specific law is edited.

Keywords: Brazilian Federal Constitution; Injunction Order; Right of Strike; Public Work.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo tratar das características principais do mandado de injunção, uma das garantias previstas na Constituição do Brasil para sanar as inconstitucionalidades ou ilegalidades advindas da falta de regulamentação eficaz de norma constitucional, e do direito de greve conferido ao servidor público pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, sem regulamentação pelo Poder Legislativo, relacionando os dois institutos com a recente decisão do Supremo Tribunal

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado e em Direito Tributário pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo - SP - Brasil. E-mail: <eguardado@sp.gov.br>. Texto recebido em 16.08.2010 e aprovado em 30.09.2010.

Federal no Mandado de Injunção n. 708-0 interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM).

Os assuntos – limites do mandado de injunção e direito de greve do servidor público – são atuais e controversos e serão tratados de forma a conduzir o leitor a uma análise própria dos temas, porque a Constituição de 1988, embora bastante liberal, ao deixar para a lei ordinária a regulamentação do direito de greve do servidor público, levou, até o julgamento do Mandado de Injunção n. 708-0, ante a ausência de norma, à proibição indireta da greve para esses profissionais, que possuíam o direito, mas não podiam exercê-lo.

Para a realização deste trabalho será adotada principalmente a pesquisa bibliográfica, com consulta à doutrina, legislação e jurisprudência acerca dos temas, mas sem deixar em apartado as pesquisas exploratória e descritiva e o estudo de caso.

O texto será dividido em cinco itens. O primeiro e o segundo tratarão dos aspectos gerais do mandado de injunção e do direito de greve. O terceiro versará sobre a regulamentação do direito de greve em outros países. O quarto disporá sobre o julgamento do Mandado de Injunção n. 708-0 pelo Supremo Tribunal Federal. E, finalmente, o quinto tratará dos projetos e anteprojetos de lei que visam a disciplinar o direito de greve ao servidor público.

2 MANDADO DE INJUNÇÃO

2.1 Histórico

Há grande controvérsia acerca da origem do mandado de injunção.

Uma corrente da doutrina, seguida, dentre outros, por *José Afonso da Silva*², *Galen Lacerda*³, *Hélio Tornaghi*⁴, *Vicente Greco Filho*⁵ e *Diomar*

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 426, nota de rodapé n. 62.

³ LACERDA, Galeno. Eficácia imediata do mandado de injunção e requisitos do mandado de injunção. In: SEMINÁRIO SOBRE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, Rio de Janeiro, CEPAD, dez. 1998.

⁴ TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção no Brasil. In: SEMINÁRIO SOBRE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, Rio de Janeiro, CEPAD, dez. 1998.

⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

*Ackel Filho*⁶, entende que o instituto se originou na Inglaterra, no século XIV, a partir do juízo de equidade, ou seja, como um remédio outorgado, mediante juízo discricionário, quando faltava norma legal (*statutes*) regulando a espécie, e quando a *common law* não oferecia proteção suficiente. Esclarecem os mestres que a equidade, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal, mas no justo natural.

Uma segunda corrente, que tem por seguidores, dentre outros, *Ives Gandra da Silva Martins*⁷, *José Cretella Júnior*⁸ e *Sérgio Reginaldo Bacha*⁹, indica que o mandado de injunção teve sua origem no *writ of injunction* do direito norte-americano, que consiste em remédio de uso frequente, com base na chamada jurisdição de equidade, aplicado sempre que a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar, com justiça, determinado caso concreto.

Uma terceira corrente, citada por Alexandre de Moraes¹⁰ e seguida por *J. J. Calmon de Passos*¹¹ e *Adhemar Ferreira Maciel*¹², sustenta ser o mandado de injunção:

“[...] um estrangeiro naturalizado, com obrigação de saber o vernáculo, ainda que fale a nossa língua com certo sotaque. Apontam as raízes do mandado de injunção, nos instrumentos existentes no direito português, com a única finalidade de advertir o poder competente omissão. Outro defensor dessa corrente é o Ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça Adhemar Ferreira Maciel. O autor, com base nas sugestões apresentadas às Subcomissões Temáticas por alguns Constituintes ao

⁶ ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Os writs na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 100.

⁹ BACHA, Sérgio Reginaldo. Mandado de injunção. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, n. 11, p. 224-236, abr./jun. 1995.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 153.

¹¹ PASSOS, J. J. Calmon. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 103.

¹² MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 304, p. 3-12, out./dez. 1988.

introduzirem o mandado de injunção no âmbito das discussões da Assembleia Nacional Constituinte, para o qual se chegou à redação definitiva do mandado de injunção, conclui que esse instituto é oriundo da chamada fiscalização de constitucionalidade e de legalidade prevista nos artigos 281º a 283º da Carta Constitucional de Portugal.”¹³

¹³ “Artigo 281º (Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade) - 1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral: a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas; b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado; c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autónoma; d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto. 2. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral: a) O presidente da República; b) O presidente da Assembleia da República; c) O primeiro-ministro; d) O Provedor de Justiça; e) O Procurador Geral da República; f) Um décimo dos deputados à Assembleia da República; g) Os representantes da Repúblíca, as assembleias legislativas das regiões autónomas, os presidentes das assembleias legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva assembleia legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto. 3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos. Artigo 282º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) - 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repringência das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos ns. 1 e 2. Artigo 283º (Inconstitucionalidade por omissão) - 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.”

Finalmente, uma quarta corrente, que adotaremos, seguida, dentre outros, por *Alexandre de Moraes*¹⁴, *Celso Ribeiro Bastos*¹⁵, *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*¹⁶, *André Ramos Tavares*¹⁷ e *Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer*¹⁸, considera que no Brasil, entretanto, o instituto criado pelo constituinte de 1988 não corresponde em sua totalidade aos modelos inglês, norte-americano ou português, sendo uma criação brasileira. *André Ramos Tavares*, ao tratar o assunto, e citando *Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer* e *José Joaquim Gomes Canotilho*, esclarece:

“Razão assiste a Roberto Pfeiffer ao assinalar que o mandado de injunção da Constituição de 1998 é instituto tipicamente nacional, sendo as semelhanças com outros institutos de Direito estrangeiro insuficientes para destes pretender decorrer o *writ* brasileiro em sua específica formatação. Canotilho observa que ‘se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará seus objetivos’.”

2.2 Conceito

José Afonso da Silva enuncia que o mandado de injunção, novidade da Carta Magna de 1988, “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”¹⁹. Entende que

¹⁴ MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, p. 153.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1, p. 357.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 275.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 895.

¹⁸ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 31.

¹⁹ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 426.

constitui sua finalidade primordial conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação, mostrando-se como realização prática do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal.²⁰

Alexandre de Moraes, por sua vez, define o mandado de injunção como uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa a suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal.²¹

André Ramos Tavares, de sua parte, adotando posição com a qual corroboramos, entende que o:

“[...] mandado de injunção é uma ação judicial, de berço constitucional, de natureza civil, com caráter especial, que objetiva combater a morosidade do Poder Público em sua função legislativa-regulamentadora, entendida em sentido amplo, para que se viabilize, assim, o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos.”²²

O artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal que prevê o instituto constitui norma de aplicação imediata, independendo de norma regulamentadora. Pode ser individual ou coletivo.

2.3 Previsão constitucional

O artigo 5º, inciso LLXXI, da Constituição Federal dispõe:

“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:

[...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que 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;”

²⁰ “Artigo 5º - [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

²¹ MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, p. 153.

²² TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, p. 896.

2.4 Objeto e requisitos

Alexandre de Moraes entende que o mandado de injunção tem por objeto as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa posterior para garantir a sua aplicabilidade.²³

O Superior Tribunal de Justiça, através de sua Corte Especial, no julgamento do Mandado de Injunção n. 15/DF, já se manifestou no sentido de que deve necessariamente existir lacuna na estrutura normativa, que precise ser corrigida por lei ou ato normativo.²⁴

Assim, “os direitos tutelados pelo mandado de injunção são todos os enunciados na Constituição Federal que reclamem a *interpositio legislatoris* como condição de fruição do direito ou da liberdade agasalhada”.²⁵

Então, os requisitos para o mandado de injunção, conforme *Alexandre de Moraes*²⁶, *José Afonso da Silva*²⁷ e *Pedro Lenza*²⁸, são a falta de norma regulamentadora de uma previsão constitucional (omissão do Poder Público), a inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, e a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa.

2.5 Partes

Nos dizeres de *Flávia Piovesan*, o mandado de injunção poderá ser interposto por qualquer pessoa ou associação de classe devidamente constituída, cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa

²³ MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, p. 154.

²⁴ STJ – MI 15/DF, rel. Min. Pedro Acioli, *DJ*, de 04.09.1989, p. 14.029.

²⁵ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 72.

²⁶ MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, p. 155.

²⁷ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 427.

²⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 583.

constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude de falta de norma reguladora da Constituição Federal.²⁹

No polo passivo da ação deve figurar a pessoa estatal a quem for imputável o dever jurídico de emanação de provimentos normativos³⁰. Assim, se a omissão for legislativa federal, deverá a ação ser proposta em face do Congresso Nacional, salvo se a iniciativa for privativa do presidente da República, conforme artigo 61, parágrafo 1º, da Constituição Federal, caso em que deverá ser ajuizado em face dele, conforme já decidido pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, no MI n. 153-7/DF.³¹

2.6 Mandado de injunção coletivo

Mesmo não havendo previsão expressa na Constituição Federal, é pacífica a orientação do Supremo Tribunal no sentido de ser cabível o mandado de injunção coletivo, admitindo-se a impetração pelas entidades de classe, com a finalidade de viabilizar, em favor de seus membros ou associados, o exercício dos direitos assegurados pela Constituição e inviabilizados pela ausência de regulamentação, nos mesmos termos previstos para o mandado de segurança coletivo.

Apenas a título exemplificativo, além da decisão que será objeto de exame quando se tratar do tema “greve”³², pode ser destacado o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do MI n. 472/DF, cujo relator foi o ministro Celso de Melo, em 06 de setembro de 1995 (*DJU*, de 02 de março de 2001), cuja ementa se transcreve:

“Mandado de Injunção Coletivo – Impetração deduzida por Confederação Sindical. Possibilidade. Natureza jurídica do *writ* injuncional. Taxa de juros reais (art. 192, § 3º). Omissão do Congresso Nacional. Fixação de prazo para legislar. Descabimento, no caso. *Writ* deferido. Mandado de injunção coletivo. Admissibilidade. Entidades sindicais dispõem de legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo, que constitui instrumento de atuação processual destinado a viabilizar, em favor dos integrantes das categorias que essas instituições representam, o exercício de liberdades, prerrogativas e direitos assegurados pelo ordenamento constitucional. Precedentes

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 126.

³⁰ MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, p. 156.

³¹ STF – AgR MI n. 153-7/DF, rel. Min. Paulo Brossard, *DJ*, de 30.03.1990, p. 2.339.

³² No mesmo sentido: STF – MI n. 20/DF.

sobre a admissibilidade do mandado de injunção coletivo: MI n. 20, rel. Min. Celso de Mello; MI n. 342, rel. Min. Moreira Alves e MI n. 361, rel. p/ o acórdão ministro Sepúlveda Pertence. [...]”

2.7 Procedimento

Serão observadas, no que couberem, para o mandado de injunção as normas do mandado de segurança, enquanto não for editada legislação específica, conforme disciplina o artigo 24, parágrafo único, da Lei federal n. 8.038/90.³³

O Superior Tribunal de Justiça, através do artigo 173 do seu Regimento³⁴, determina que o mandado de injunção tenha prioridade sobre os demais atos judiciais, salvo o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o *habeas data*.

Não cabe mandado de injunção para alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição ou para exigir-se uma certa aplicação ou uma aplicação mais justa à legislação infraconstitucional³⁵, ou contra norma constitucional autoaplicável.³⁶

Há discussão na doutrina sobre a possibilidade de formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e estatais, no mandado de injunção. Alguns, como Alexandre de Moraes³⁷, entendendo como não permitido, e outros, como Sérgio Bermudes³⁸,

³³ “Artigo 24 - [...] Parágrafo único - No mandado de injunção e no *habeas corpus*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.”

³⁴ “Artigo 173 - Terão prioridade no julgamento da Corte Especial: I - as causas criminais, havendo réu preso; II - o mandado de segurança, o *mandado de injunção* e o *habeas data*; III - a requisição de intervenção federal nos estados; IV - as reclamações; V - os conflitos de competência e de atribuições.”

³⁵ STF: MI n. 79-4/DF, rel. ministro Octávio Galotti, *DJ*, de 24.03.1995, p. 6.802; MI n. 3/RJ, rel. ministro Geraldo Sobral, *DJ*, de 28.08.1989, p. 13.671; AgR MI n. 152-9/DF, Pleno, rel. ministro Célio Borja, *DJ*, de 20.04.1990, p. 3.047; e PORTO, Odyr. Mandado de injunção. *RJTESP, Lex* 115/8.

³⁶ MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, p. 155.

³⁷ MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, p. 156; e STF: MI n. 288-6/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, de 03.05.1995, p. 11.269 e AgR MI n. 335, rel. ministro Celso de Mello, *DJ*, de 19.12.1994.

³⁸ BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais, São Paulo*, v. 78, n. 642, p. 24, abr. 1989.

*Carlos Augusto Alcântara Machado*³⁹ e *Flávia Piovesan*⁴⁰, entendendo que o sujeito passivo deve ser pessoa pública ou privada, à qual compete tornar viável a pretensão.⁴¹

O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela impossibilidade de concessão de medida liminar, por ser imprópria ao instituto do mandado de injunção⁴². Contra esse entendimento se manifesta *Paulo Napoleão Nogueira da Silva*, que entende que “tal como ocorre no *habeas corpus* e no mandado de segurança, o mandado de injunção permite a expedição de ordem liminar; igualmente, nele a prova é pré-constituída”.⁴³

2.8 Decisões e efeitos da sentença

Em relação aos efeitos do mandado de injunção, há na doutrina dois grandes grupos: o concretista e o não concretista.

Pela corrente concretista, adotada por diversos autores, como se verá a seguir, estando presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário, através de decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa e determina o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional, até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Divide-se, de acordo com a abrangência de seus efeitos, em duas espécies: geral e individual.

Pela corrente concretista geral, adotada por *Vicente Greco Filho*⁴⁴, a decisão do Poder Judiciário terá efeito *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. É a posição minoritária, visto que é evidentemente incompatível com o princípio da separação de poderes,

³⁹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara, *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição*, p. 101.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, p. 128.

⁴¹ STF – AgR MI n. 335, rel. ministro Celso de Mello, *DJ*, de 19.12.1994.

⁴² STF: MI n. 536-2/MG, rel. ministro Ilmar Galvão, *DJ*, de 17.04.1996; MI n. 530-3/SP, rel. ministro Maurício Corrêa, *DJ*, de 19.12.1994; MI n. 342/SP, rel. ministro Celso de Mello, *DJ*, de 01.08.1991; MI n. 535-4/SP, rel. ministro Ilmar Galvão, *DJ*, de 14.03.1996. Em sentido contrário: SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 279.

⁴³ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Elementos de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 520.

⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente, *Tutela constitucional das liberdades*, p. 184.

mas que agora começa a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Em vista da inérgia legislativa brasileira, é a corrente que também adotamos. Sobre o tema, o autor se manifesta no sentido de que “A solução adequada, portanto, parece a primeira, admitida a alternativa de, antes, ser dada a oportunidade para que o poder competente elabore a norma. Se este não o fizer o Judiciário a fará para que possa ser exercido o direito constitucional.”⁴⁵

Pela corrente concretista individual, seguida, dentre outros, por *José da Silva Pacheco*⁴⁶, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção. Essa corrente, por sua vez, se divide em outras duas: a direta e a intermediária.

A corrente concretista individual direta, adotada no Supremo Tribunal Federal pelo ex-ministro Carlos Velloso e pelo atual ministro Marco Aurélio de Mello, e na doutrina por *Michel Temer*⁴⁷, *Roque Antonio Carrazza*⁴⁸, *José Afonso da Silva*⁴⁹, *Flávia Piovesan*⁵⁰, *Sérgio Bermudes*⁵¹, *Ivo Dantas*⁵², *Luiz Flávio Gomes*⁵³, *Diomar Ackel Filho*⁵⁴, *Marcelo Figueiredo*⁵⁵, *J. M. Othon Sidou*⁵⁶ e *Celso Agrícola Barbé*⁵⁷, entende que o Poder Judiciário,

⁴⁵ Ibidem, p. 184.

⁴⁶ PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 290-291.

⁴⁷ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 209.

⁴⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 225. Ver em referências edição de 2010, para o caso de atualizar.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 428.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, p. 138.

⁵¹ BERMUDES, Sérgio, *O mandado de injunção*, p. 24.

⁵² DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção: guia teórico e prático*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 97.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 647, p. 43, set. 1989.

⁵⁴ ACKEL FILHO, Diomar, *Writs constitucionais*, p. 126.

⁵⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 58.

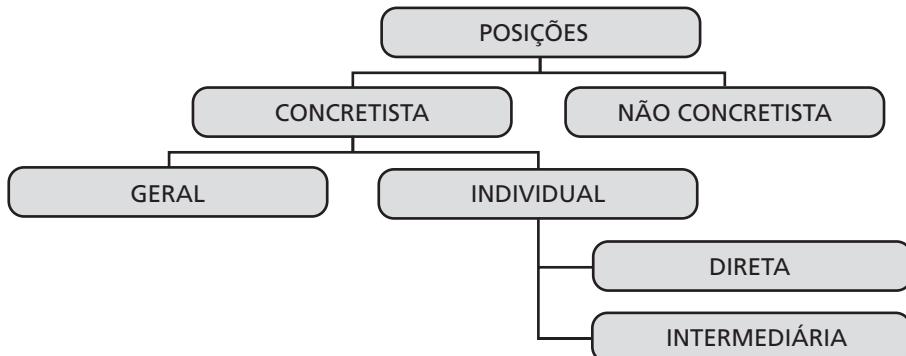
⁵⁶ SIDOU, J. M. Othon. *Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança e ação popular*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 455.

⁵⁷ BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandado de segurança e de injunção: estudos de direito processual constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 391.

imediatamente, ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor.

A corrente concretista individual intermediária, posição seguida pelo ex-ministro Néri da Silveira, entende que, após julgar a procedência do mandado de injunção, o Judiciário fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora, sendo que ao término desse prazo, o próprio Poder Judiciário deverá fixar as condições necessárias ao exercício do direito do autor.

Pela corrente não concretista, adotada pela jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal e pelos ex e atuais ministros Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Octávio Galloti, Sydney Sanches, Maurício Corrêa e Nelson Jobim, agora modificada, conforme se verá a seguir em caso específico, e na doutrina por *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*⁵⁸, *Hely Lopes Meirelles*⁵⁹ e *Paulo Lúcio Nogueira*⁶⁰, se atribui ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inérgia do Poder Público, dando concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, qual seja, dando ciência ao poder competente de que deverá editar a norma faltante.



⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 277.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 141.

⁶⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 88.

O Supremo Tribunal Federal vem modificando seu entendimento quanto aos efeitos da decisão em mandado de injunção, saindo da posição não concretista e adotando em alguns casos a posição concretista.⁶¹

2.9 Competência

A competência para apreciação do mandado de injunção será determinada de acordo com a pessoa estatal que deverá elaborar a norma regulamentadora:

1) do Supremo Tribunal Federal para julgar os mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “q”, e inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal;⁶²

2) do Superior Tribunal de Justiça para julgar os mandados de injunção quando a elaboração da norma 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, nos termos do artigo 105, inciso I, alínea “h”, da Constituição Federal;⁶³

⁶¹ STF: MI n. 708-0/PB, rel. ministro Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, acórdão não publicado; MI n. 439-1/RJ, rel. ministro Moreira Alves, *DJ*, de 19.12.1994; MI n. 543/RJ, rel. Min. Octávio Galotti, *DJ*, de 24.05.2002; *Informativo STF*, n. 208; *RTJ* 158/387.

⁶² “Artigo 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; [...] II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;”

⁶³ “Artigo 105 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] h) 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;”

3) do Tribunal Superior Eleitoral para julgar em grau de recurso mandado de injunção denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral, nos termos do artigo 121, parágrafo 4º, inciso V, da Constituição Federal⁶⁴; e,

4) da Justiça Estadual, conforme a Constituição Estadual respectiva.

2.10 Mandado de injunção e ação direta de constitucionalidade por omissão

Muito se discute sobre as diferenças e semelhanças entre o mandado de injunção e a ação direta de constitucionalidade por omissão.

Os dois institutos são instrumentos relativamente novos, porque introduzidos na ordem constitucional por meio da Carta Magna de 1988. Esclareça-se que, embora a anterior Constituição já previsse a ação de constitucionalidade para atender aos casos comissivos, a nova Constituição tornou concreta a possibilidade de um controle de constitucionalidade em casos de omissão. Além disso, partem do mesmo ponto, qual seja, têm cabimento por falta de norma regulamentadora de natureza infraconstitucional, que daria efetividade à norma constitucional que consagra direitos e liberdades constitucionais, ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, tendo por principal objetivo combater a síndrome de inefetividade das normas constitucionais, ou em outras palavras, “ambos cuidam de um ponto comum, que é o de ensejar a plena eficacização de norma constitucional não autoaplicável ou de eficácia limitada, diante da inércia do legislador ordinário”⁶⁵. Nos dois institutos, o procurador geral da República deverá ser previamente ouvido, conforme prevê o artigo 103, parágrafo 1º, da Constituição Federal⁶⁶. E para que se encerrem as semelhanças, ambos os procedimentos são autoaplicáveis.

⁶⁴ “Artigo 121 - [...] § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: [...] V - denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.”

⁶⁵ ANASTÁCIO, Rachel Bruno. *Mandado de Injunção: em busca da efetividade da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 42.

⁶⁶ “Artigo 103 - [...] § 1º - O procurador geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de constitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.”

Para iniciar a indicação das diferenças, deve-se esclarecer que a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, inspirada no artigo 283º da Constituição portuguesa⁶⁷, está prevista no artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal⁶⁸. A primeira diferença encontra-se na amplitude dos institutos. O mandado de injunção é cabível quando houver falta de norma regulamentadora. A ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão é mais abrangente, visando à defesa da ordem jurídica. *Carlos Augusto de Alcântara Machado*⁶⁹ entende que o mandado de injunção é cabível à falta de norma regulamentadora e, quando se fala em regramento normativo, não se pode confundi-lo com medidas que abrangem tanto ações administrativas quanto falta de providências materiais; a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, “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”. Outra distinção que pode ser apontada se refere ao caráter de cada um dos institutos. A ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão apresenta um caráter abstrato ou genérico, visando a “obter decisão que estimule a produção de normas indispensáveis para integrar a eficácia do mandamento constitucional que as exige”⁷⁰. Por outro lado, o mandado de injunção é dotado de caráter concreto, mesmo porque aquele que o impetra visa a obter o direito constitucional que lhe é garantido, mas ao qual falta regulamentação. Cabe quando os direitos subjetivos são preexistentes, não podendo pretender criá-los ou abrangê-los. Acrescenta-se, ainda, como distinção a titularidade da ação. Os legitimados para propor a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão estão fixados. Esse rol é exaustivo e se encontra previsto no artigo 103, incisos I a IX, da Constituição Federal⁷¹. Quanto ao mandado de injunção, conforme já

⁶⁷ Transcrição do artigo na nota 12.

⁶⁸ “Artigo 103 - [...] § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

⁶⁹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara, *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição*, p. 129.

⁷⁰ ANASTÁCIO, Rachel Bruno, *Mandado de injunção: em busca da efetividade da Constituição*, p. 43.

⁷¹ “Artigo 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o presidente da República; II - a mesa do Senado Federal;

descrito acima, qualquer pessoa individualmente ou através de associação ou sindicato que tiver seus direitos prejudicados por falta de norma regulamentadora poderá impetrá-lo. Não pode ser esquecido, ainda, que a ação direta de constitucionalidade por omissão apresenta um controle abstrato de texto da Constituição Federal, seguindo seu julgamento o modelo concentrado, no Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal⁷², enquanto o mandado de injunção é um remédio para defesa de direito constitucional definido, seguindo seu julgamento o modelo difuso (dependendo do responsável pela edição da norma regulamentadora), conforme já relatado, no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral ou na Justiça Estadual (de acordo com a Constituição Estadual). Por fim, quanto aos efeitos da decisão, as diferenças dos dois institutos estão evidentes nas posições concretista individual direta e não concretista, mesmo porque a ação direta de constitucionalidade por omissão tem sempre efeito *erga omnes*.

3 GREVE

3.1 Origem

Em que pese o entendimento de alguns historiadores do movimento operário, como *Martin Saint-Léon, Levasseur, Jean Montreuil, Dolléans-Debove, Gradiolini, Mira*, bem como por outros doutrinadores, como *Brioschi-Setti* e *Bruculeri*, citados por Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁷³, de que a greve teria se iniciado na Antiguidade, quando músicos de Roma se ausentaram em massa da cidade, por lhes ser proibida a realização de banquetes sagrados no templo de Juno, a maioria dos

III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia 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.”

⁷² “Artigo 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;”

⁷³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 620.

historiadores e doutrinadores⁷⁴ considera que uma greve ocorreu pela primeira vez em Paris, no final do século XVIII, quando desempregados e operários insatisfeitos com as condições de trabalho, principalmente baixos salários e jornadas excessivas, se reuniram na Place de Grève, local onde se acumulavam gravetos trazidos pelo Rio Sena, daí o nome da praça e a origem etimológica do vocábulo.

*José Martins Catharino*⁷⁵ se manifesta sobre o assunto, informando que:

“[...] greve francesa, que significa praia, areal, enquanto *grève* significa agravo, *gravâme (plainte)*. Segundo Paul Garcia, a origem da adoção do vocábulo greve para designar o fenômeno, está ligada ao fato dos operários franceses terem se reunido na Praça do Hotel de Ville, em Paris, quando desempregados, ou para discutirem ‘fatos relativos à suspensão do trabalho’. Como tal praça, após enchentes do Sena, ficava cheia de detritos – chamados ‘no baixo francês’ de *gravé*, passou a ser chamada ‘Place de la Gravé’, e mais tarde, por vício de pronúncia, ‘Place de la grève’, donde greve, com o significado que até hoje perdura, com uso e compreensão generalizados.”

Assim, consideramos que com a Revolução Industrial surge o trabalho assalariado e, em consequência, se inicia a história da greve.

3.2 Evolução no Brasil

No Brasil, a evolução do direito de greve, de acordo com a legislação, pode ser assim descrita:

- Código Penal de 1890: proibia a greve.
- Constituição de 1891: era omissa sobre o tema.
- Lei federal n. 38, de 4 de abril de 1932: dispunha sobre segurança nacional e conceituou a greve como delito.
- Constituição de 1934: era omissa sobre o tema.

⁷⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A greve do servidor público civil e os direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2612>>. Acesso em: 18 dez. 2010; GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson, *Curso de direito do trabalho*, p. 620; MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, p. 155.

⁷⁵ CATHARINO, José Martins. *Tratado elementar de direito sindical*. São Paulo: LTr, 1977. p. 261.

- Constituição de 1937: prescrevia a greve e o *lockout* como recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.⁷⁶

- Decreto-Lei n. 431, de 18 de maio de 1938: versava sobre segurança nacional e tipificou a greve como crime, o incitamento dos funcionários públicos à paralisação coletiva dos serviços, induzimento de empregados à cessação ou suspensão do trabalho e a paralisação coletiva por parte dos funcionários públicos.

- Decreto-Lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939: instituiu a Justiça do Trabalho e previa punições em caso de greve, desde a suspensão e a demissão por justa causa, até a pena de detenção.

- Código Penal de 1940: considerava crime a paralisação do trabalho na hipótese de perturbação da ordem pública ou se o movimento fosse contrário aos interesses públicos.

- Consolidação das Leis do Trabalho de 1943: previa penas para os trabalhadores e multa para o sindicato representativo no caso de suspensão coletiva do trabalho sem prévia autorização do tribunal trabalhista.

- Decreto-Lei n. 9.070, de 15 de março de 1946: passou a tolerar a greve nas atividades acessórias, mantida a vedação para as atividades fundamentais.

- Constituição de 1946: a greve passa a ser reconhecida como direito dos trabalhadores, embora condicionando seu exercício à edição de lei posterior.⁷⁷

- Lei federal n. 4.330, de 1º de junho de 1964: prescrevia a ilegalidade da greve, se não atendidas algumas condições, o que tornava difícil o exercício do direito.

- Constituição de 1967: assegurou o direito de greve aos trabalhadores do setor privado, proibindo-a, contudo, em relação aos serviços públicos e às atividades essenciais.⁷⁸

⁷⁶ “Artigo 139 - [...] A greve e o *lock-out* são declarados recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.”

⁷⁷ “Artigo 158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”.

⁷⁸ “Artigo 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: [...] XXI - greve, salvo o disposto no artigo 157, parágrafo 7º.”. O teor do parágrafo 7º do artigo 157 é o seguinte: “§ 7º - Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei”.

- Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969: manteve a mesma orientação da Constituição de 1967.

- Constituição de 1988: reconhece expressamente o direito de greve como direito fundamental, tanto para trabalhadores em geral, quanto para servidores públicos civis. Ao militar, no entanto, continua proibida a sindicalização e a greve.

- Lei federal n. 7.783, de 28 de junho de 1989: disciplina a greve para os trabalhadores do setor privado, abrangendo os servidores empregados das sociedades de economia mista e empresas públicas.

3.3 Conceito e características

*José Afonso da Silva*⁷⁹, citando *Giuliano Mazzoni (Relações coletivas de trabalho)*, enuncia que “greve é o exercício de um poder de fato dos trabalhadores com o fim de realizar uma abstenção coletiva de trabalho subordinado”.

*Alexandre de Moraes*⁸⁰ define a greve como “um direito de autodefesa que consiste na abstenção coletiva e simultânea do trabalho, organizadamente, pelos trabalhadores de um ou vários departamentos ou estabelecimentos, com o fim de defender interesses determinados”.

*Francisco Ferreira Jorge*⁸¹ enuncia que “a greve, via de regra, representa a paralisação coletiva com o intuito reivindicatório junto ao empregador, não se confundindo com outras ações dos trabalhadores, como a sabotagem, boicote, ocupação do estabelecimento, braços cruzados (greve de rendimento) etc.”

*Amauri Mascaro do Nascimento*⁸² afirma que

“A greve não pode ser considerada uma liberdade pública, porque não é oponível ao Estado, mas a outro particular, o empregador contra o qual se exercita, com o que se caracteriza como liberdade particular. Não poderia equiparar-se às liberdades públicas, como a de culto de expressão, de informação, embora possa perfeitamente significar uma

⁷⁹ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 294.

⁸⁰ MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, p. 186.

⁸¹ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 2, p. 1.491.

⁸² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 27. ed. rev e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 401.

garantia de imunidade perante os mecanismos de responsabilidade criminal. Ainda que por liberdade pública se entenda aquela não oponível contra o Estado, mas por este garantida, haveria dificuldades para ver na greve uma liberdade pública. Essa garantia só se faria através de normas jurídicas. Logo, a greve seria um direito nos termos previstos pelas normas jurídicas. Observe-se que a greve tem uma inafastável dimensão privatística, como fruto da autonomia privada coletiva, fundamento da liberdade sindical.”

Maurício Godinho Delgado entende que “seria a paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviços, com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando a defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos”.⁸³

Para caracterizar a existência da greve, o referido mestre entende devam estar presentes os seguintes requisitos:

a) caráter coletivo do movimento: deve ser um “movimento necessariamente coletivo”;

b) sustação de atividades contratuais: “é o núcleo do movimento: uma omissão coletiva quanto ao cumprimento das respectivas obrigações contratuais pelos trabalhadores”;

c) exercício coercitivo coletivo e direto: é “direito de causar prejuízo”;

d) objetivos da greve: “é mero instrumento de pressão, que visa propiciar o alcance de certo resultado concreto, em decorrência do convencimento da parte confrontada. É movimento concertado para objetivos definidos, em geral, de natureza econômico-profissional ou contratual trabalhista”; e

e) enquadramento variável de seu prazo de duração.⁸⁴

O artigo 2º da Lei federal n. 7.783/89, por sua vez, define greve como a “suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação de serviços a empregador”.

O Supremo Tribunal Federal também, através do ex-ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do MI n. 20 definiu

⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1.414.

⁸⁴ DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de direito do trabalho*, p. 1.414-1.419.

“[...] a greve [...] é antes de tudo um fato, que historicamente não esperou pela lei para tornar-se uma realidade inextirpável da sociedade moderna. O que às vezes pretendeu o Direito positivo, e quase sempre condenado à inocuidade, foi proibi-la, foi vedá-la. Quando, ao contrário, a própria Constituição a declara um direito, isso basta para impedir que, à falta de lei, o fato se considere ilícito.”

Em suma, podemos considerar o direito de greve como um direito subjetivo, garantido, disciplinado e limitado pela lei, pelas normas coletivas de trabalho e pela jurisprudência.

3.4 Previsão constitucional

O artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal dispõe que:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VII - o direito de greve será exercido nos termos e no limite definidos em lei específica.”

3.5 Primeira discussão: norma de eficácia contida ou limitada

A doutrina divide-se, quanto à eficácia da norma prevista no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal.⁸⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello, com cujo entendimento corroboramos, conclui tratar-se de norma de eficácia contida, sob o argumento de que “a greve do servidor público era proibida e agora é prevista na própria Constituição, sendo, portanto, permitida. Se se condicionar o direito de greve do servidor público à edição de lei complementar, o trabalhador será privado do referido direito”⁸⁶. No mesmo sentido, *Antônio Álvares da Silva*⁸⁷ entende que o exercício do

⁸⁵ Embora os doutrinadores citados tratem da exigência de lei complementar, a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, trocou a exigência de lei complementar por lei específica.

⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 77.

⁸⁷ SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*. São Paulo:

direito de greve encontra contenção apenas nas garantias constitucionais, nas leis de ordem pública, no ilícito civil e penal e nas disposições administrativas da Lei federal n. 8.112/90 porque foi reconhecido

“[...] ao servidor público civil o direito de greve e não existindo a lei complementar referida no texto constitucional para definir-lhe os ‘termos’ e ‘limites’, o direito será exercido de forma ‘ilimitada’. Isso não significa, como é óbvio, que a greve no serviço público não tenha fronteiras. Não existem direitos ilimitados no sentido de que não conheça seu exercício restrições nem barreiras. Onde há ordenamento jurídico há ‘ordem’, ou seja, organização com distribuição de competências e possibilidade de vivência harmônica de diferentes unidades. Assim a greve dos servidores terá como limite os direitos e garantias constitucionais, as leis de ordem pública, o ilícito civil e penal, as disposições de ordem administrativa, a Lei n. 8. 112/90 etc. Apenas se aguardará que tais postulados sejam expressamente enumerados na lei complementar a que o texto constitucional fez apelo.”

*Octávio Bueno Magano*⁸⁸ também tem o mesmo entendimento, quando diz que:

“[...] aos servidores em atividade de caráter administrativo, ficou ao alvedrio do legislador ordinário estabelecer, para o seu exercício, as restrições que lhe pareçam oportunas (art. 37, VII). Enquanto, porém, não o fizer, há de se entender que tais servidores poderão exercer o direito de greve nos termos dos demais trabalhadores. Essa conclusão se impõe porque, como é sabido, todos os preceitos constitucionais são dotados de eficácia. Falando o artigo 37, VII, da Lei Magna, em exercício do direito de greve, para que não haja arbítrio na determinação dos limites do seu exercício, analogicamente, estes haverão de ser os mesmos estabelecidos para os demais trabalhadores, com a ressalva de que lei complementar regulamentadora do mesmo preceito poderá restringi-lo.”

A maioria dos doutrinadores, no entanto, posiciona-se no sentido de que a norma prevista no artigo 37, inciso VII da Constituição Federal tem eficácia limitada. *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*⁸⁹ informa que

“[...] é a primeira Constituição brasileira a admitir a greve de servidor público. Isto representa o abandono do rigor do princípio da

LTr, 1993. p. 115.

⁸⁸ MAGANO, Octávio Bueno. Sindicalização e direito de greve dos servidores publicos. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). *Curso de direito constitucional do trabalho: estudos em homenagem ao Professor Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: Ltr, 1991. v. 2, p. 298.

⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, v. 1, p. 248.

continuidade do serviço, que importaria na denegação desse direito. Essa norma é, todavia, de caráter programático, não tem aplicabilidade imediata. Com efeito, o direito de greve do servidor haverá de ser exercido ‘nos termos e limites’ de lei complementar que deverá ser editada para regulá-lo.”

*Celso Ribeiro Bastos*⁹⁰, ainda na mesma linha, entendia que:

“Embora não se desconheça o fato de que mesmo as normas demandantes de integração produzem certos efeitos, no caso não há possibilidade alguma, em nosso entender, de se invocar o preceito constitucional para legitimar greves exercidas no setor público, sobretudo na Administração centralizada. A absoluta ausência de normatividade complementar priva o preceito de eficácia. A prática da greve nesse setor torna-se necessariamente ilegal por falta de escopo jurídico.”

No mesmo sentido, *Almir Pazzianotto Pinto*⁹¹ afirma que “até que a lei complementar entre em vigor, as paralisações coletivas de servidores públicos civis estarão se chocando com a Constituição recentemente promulgada”. A jurisprudência brasileira adota esse entendimento e assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MI n. 20/DF:

“Mandado de Injunção Coletivo – Direito de greve do servidor público civil. Evolução desse direito no constitucionalismo brasileiro. Modelos normativos no direito comparado. Prerrogativa jurídica assegurada pela Constituição (art. 37, VII). Impossibilidade de seu exercício antes da edição de lei complementar. Omissão legislativa. Hipótese de sua configuração. Reconhecimento do estado de mera do Congresso Nacional. Impetração por entidade de classe. Admissibilidade. *Writ* concedido. Direito de greve no serviço público: *o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada*, desprovida, em consequência, de autoaplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de autoaplicabilidade da norma constante do artigo 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois

⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, p. 89.

⁹¹ PINTO, Almir Pazzianotto. O servidor público civil: sindicalização: direito de greve. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*, v. 54, n. 2, p. 158, fev. 1990.

da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público – constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no artigo 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inéria estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa – não obstante a ausência, na Constituição, de prazo prefixado para a edição da necessária norma regulamentadora – vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. Mandado de injunção coletivo: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.” (grifo nosso)

Além disso, até a recente decisão proferida no MI n. 708-0, que trataremos a seguir, o Supremo Tribunal Federal havia declarado que o mandado de injunção não autorizava o Poder Judiciário a suprir a omissão normativa, nem tão pouco regulamentar editando ato necessário ao exercício de direitos, menos ainda ordenar de imediato a prática de ato concreto para satisfação do direito reclamado, conforme entendimento exarado no MI n. 168/RS, a saber:

“Mandado de injunção. Natureza. O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra. Créditos judiciais contra a Fazenda Pública: pagamento parcelado (ADCT, art. 33): faculdade do Poder Executivo. O artigo 33 do ADCT de 1988 não outorgou direito ao credor da Fazenda Pública ao pagamento parcelado nele previsto, ao contrário, como faculdade do Poder Executivo competente, extinta com o transcurso do prazo decadencial de 180 dias sem decisão a respeito; a omissão dela, por conseguinte, não dá margem a mandado de injunção.”

Restava, então, ao Tribunal dar ciência ao Poder Legislativo da omissão normativa para que fosse suprida, constituindo o Estado em mora para fins de indenização, conforme decidido no MI n. 283/DF:

“Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo artigo 8º, parágrafo 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O Supremo Tribunal Federal admite – não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI n. 107 - QO) – que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. MI ns. 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8º, § 3º) [...] vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no artigo 8º, parágrafo 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.”

3.6 Segunda discussão: aplicação da Lei Federal n. 7.783/1989 (Lei Geral de Greve)

Considerando-se que o exercício do direito de greve pelo servidor público depende de regulamentação, questionou-se se a Lei federal n. 7.783, de 28 de junho de 1989 – que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e dá outras providências –

deveria ser aplicada para a greve no serviço público. De fato, embora a Lei federal n. 7.783/89 trate de serviços essenciais e inadiáveis para a comunidade, não implica em dizer que verse sobre serviços públicos, não podendo, portanto, ser aplicada à paralisação dos servidores públicos, até a recente decisão do MI n. 708-0 que assim determinou. Porém, tal determinação, como se tratará a seguir, não será fácil de ser cumprida. *Aline Daniela Florêncio Laranjeira*⁹², ao citar a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, esclarece:

“Essa norma, modificada pela Emenda Constitucional n. 19/98, passa ao legislador infraconstitucional o tratamento do tema por meio de lei ordinária específica. Significa que o legislador ordinário não poderá cuidar do direito de greve no serviço público em diploma que não tenha como único objeto esse tema ou que possa considerar válido o exercício desse direito nos termos da lei vigente para a greve do setor privado, por exemplo. Quer dizer, não se tem a recepção da legislação sobre o direito de greve de trabalhadores privados como uma regulamentação anterior aplicável ao setor público até que sobrevenha a lei mencionada no artigo 37, inciso VII, porque ela não tem a especificidade ali requerida. Também não se pode aplicar por analogia, porque o constituinte reformador entendeu por bem definir que depende de uma especificidade legislativa, formal e material, a regulamentação do direito de greve do servidor.”

Assim, conforme entendimento de *Aline Daniela Florêncio Laranjeira*⁹³, se considerarmos que a matéria – direito de greve do servidor público – refere-se a direito do servidor público, e não direito do trabalho, cada ente da Federação deveria editar lei ordinária específica para regulamentar o direito de greve de seus servidores. Isso porque sendo a matéria referente a servidor público, não tem a União competência privativa para legislar sobre o assunto, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal⁹⁴. Para reforçar esse entendimento, deveria ser esclarecido que a Lei Geral de Greve não se aplicaria ao servidor público, em vista da natureza institucional do vínculo mantido entre ele e a Administração Pública, cujos direitos, obrigações e vantagens decorrem de lei. Ademais, a Constituição Federal não reconhece a

⁹² LARANJEIRA, Aline Daniela Florêncio. Direito de greve no serviço público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 63, 01 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3872>>. Acesso em: 18 dez. 2010.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ “Artigo 22 - Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

validade de acordos ou convenções coletivas para o servidor público (art. 39, § 3º)⁹⁵, mesmo porque há diversos comandos constitucionais que vedam aumento de salário sem a respectiva lei. Além disso, não se poderia admitir que de negociação com o chefe do Executivo se decidisse pelo aumento da remuneração dos servidores, sem que isso passasse pelo Poder Legislativo que regulamentaria tal aumento, através de lei. Igualmente, deve ser considerada a limitação dos gastos com a folha de pagamento imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal e a necessidade de previsão orçamentária para a realização das despesas, que inviabilizariam de fato o atendimento das reivindicações decorrentes da greve no serviço público, por mais justas que sejam.

Esclareça-se, no entanto, que aos empregados públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, o exercício do direito de greve é permitido por aplicação da Lei Geral de Greve, porém lhes é vedado o atendimento das reivindicações através de convenção coletiva, se pertencerem à Administração direta, autarquia ou fundação pública. No que se refere aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, o exercício de direito de greve é amplo, pois tais entes têm natureza privada, podendo realizar negociação coletiva, com instauração de dissídio através da Justiça do Trabalho. Porém, se a empresa pública prestar serviço público, aplica-se o preceito constitucional do artigo 37, inciso VII.

3.7 Terceira discussão: desconto dos dias parados e a abusividade ou não da paralisação

Os Tribunais Superiores apontam no sentido da legitimidade da supressão da remuneração do servidor durante os dias não trabalhados, mas essa posição ainda não está pacificada. O Superior Tribunal de Justiça assim já se manifestou:

⁹⁵ “Artigo 39 - A União, os estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, egime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. [...] § 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”. Assim, inaplicável: “Artigo 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;”

“Constitucional. Direito de greve. Servidor público. Regulamentação. Lei complementar. Descontos dos dias não trabalhados. A jurisprudência pretoriana vem se firmando no sentido de não ser autoaplicável o direito inscrito no artigo 37, VII, da Constituição Federal, dependendo, para seu amplo exercício, regulamentação disciplinada em lei complementar. Legitimidade do ato que promove o desconto dos dias não trabalhados. Recurso ordinário improvido.” (STJ – RMS n. 4.538/SC, 6^a turma, rel. Min. William Patterson, j. 19.09.1995, *DJ*, de 27.11.1995).

“Agravo regimental. Servidores públicos. Greve. Descontos nos vencimentos dos dias parados. Possibilidade. Lesão à economia pública configurada. (AgR SS n. 1.765/DF, Corte Especial, rel. Min. Barros Monteiro, j. 07.11.2007, *DJ*, de 10.12.2007). Recurso ordinário. Mandado de segurança. Administrativo. Servidores públicos do Poder Judiciário do estado de São Paulo. Greve. Constitucionalidade. Resolução n. 188/2004. Irretroatividade. Descabimento. Princípio da razoabilidade. Afastamento dos descontos. Vedaçāo ao enriquecimento sem causa. Necessidade de compensação dos dias não trabalhados. 1. O direito dos servidores públicos à greve, assegurado constitucionalmente, não pode ser tolhido pela mora do Congresso Nacional em regulamentá-la. Consagrado no artigo 9º da Carta Maior o direito de greve aos trabalhadores, fere o princípio da isonomia a vedação aos servidores públicos, com fundamento na ausência de regulamentação pelo Legislativo de um direito consagrado há quase duas décadas pela Constituição Federal, de defenderem seus direitos por meio de movimentação grevista. 2. A Resolução n. 188/2004 do TJSP, que vedou aos servidores o recebimento de seus vencimentos quanto aos dias de paralisação, não pode ser aplicada ao período anterior à data da sua publicação, sob pena de violação do princípio da irretroatividade das normas. 3. Ante a inexistência de regras claras aos servidores da Associação dos Servidores do Poder Judiciário do Estado de São Paulo no período anterior à Resolução n. 188/2004, o parâmetro adotado para a greve em análise deve ser o mesmo observado pelas cortes do país e pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quanto à compensação dos dias não trabalhados em greves precedentes. 4. Recurso ordinário provido em parte. Concessão da segurança apenas aos servidores associados à recorrente que compensarem os dias não trabalhados no período anterior à publicação da Resolução n. 188/2004, determinando a restituição a estes das parcelas descontadas de seus vencimentos, a partir da impetração, referentes ao período de paralisação até a publicação da referida Resolução, bem como afastando a aplicação de qualquer medida punitiva referente àquele período.” (STJ – RMS n. 21.360/SP, 6^a Turma, rel. ministro Maria Thereza de Assis Moura, j. 05.06.2007, *DJ*, de 10.09.2007).

No Supremo Tribunal Federal, também há decisões, acolhendo o argumento da Advocacia Geral da União, no sentido de que, por não haver

trabalhado, a remuneração seria indevida, e entender de forma diversa implicaria em reconhecer o enriquecimento sem causa dos grevistas:

“Decisão: [...] Assim equacionou a controvérsia, o ilustre subprocurador geral da República, Doutor Roberto Monteiro Gurgel Santos: [...] Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão que reconheceu ao Poder Público – ante a falta de regulamentação do direito de greve previsto no artigo 37, VII, da Constituição Federal – o direito de descontar os dias em que os servidores deixaram de trabalhar para participar do movimento grevista. Sobre o tema, esse colendo Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, no julgamento do MI n. 20, rel. ministro Celso de Mello, *DJ*, de 22.11.1996, p. 45.690, deixou assentado que: [...] a mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de autoaplicabilidade da norma constitucional do artigo 37, VII, da Constituição Federal – para justificar o seu imediato exercício [...]. Neste sentido, ressalta-se o julgamento proferido na SS n. 2.306, rel. ministro Maurício Corrêa, *DJ*, 02.02.2004, p. 66 [...] tendo a Corte fixado exegese segundo a qual a mencionada lacuna técnica (‘lei específica’, na redação da EC n. 19/98) inviabiliza o exercício do direito de greve dos servidores públicos, conclui-se que a falta deles ao trabalho, por esse motivo, não pode ser abonada, com o pagamento dos respectivos vencimentos, sem que isso implique grave lesão à ordem administrativa do Estado [...] Assim, opina o Ministério Pùblico Federal pelo conhecimento e desprovimento do recurso. [...]”. Correto o parecer, que adoto. Do exposto, forte nos precedentes acima mencionados, nego seguimento ao recurso (arts. 557, *caput*, do CPC, 38 da Lei n. 8.038/90 e 21, § 1º, do RI/STF). [...] (RE n. 403.265/MT, rel. ministro Carlos Velloso, j. 17.08.2005, *DJ*, de 30.08.2005). Há fundamento constitucional. Conheço. Examino as lesões suscitadas. (A) Lesão à ordem pública. Alega o requerente: “[...] De fato, o direito dos servidores públicos à greve encontra esteio constitucional. A própria Carta Magna, contudo, estabelece a necessidade de edição de lei específica que venha a regulamentar a previsão constitucional, sem a qual não podem os servidores se valer da decretação de greve no serviço público. [...]”. Essa lesão ocorre. A greve deflagrada paralisa, no estado de Pernambuco, as atividades da auditoria fiscal e dos serviços essenciais que lhe são vinculados. Além disso, o Supremo já decidiu que o dispositivo constitucional em comento depende de norma integrativa (MI n. 20; MI n. 485; ADI n. 1.306 MC, ADI n. 1.696, dentre outros). Como essa norma não existe, é inviável o exercício do direito de greve pelos servidores públicos. (B) Lesão à ordem econômica. Aduz que: [...] o movimento grevista, efetuado sem qualquer medida que assegure a paralisação completa das atividades da categoria, causa considerável perda de arrecadação ao estado de Pernambuco, comprometendo as finanças públicas. [...]”. Também ocorre essa lesão. Ademais, a percepção de remuneração sem a contraprestação do trabalho causa lesão ao erário pernambucano.

Assim, defiro o pedido para suspender os efeitos da liminar concedida no MS n. 131.671-4/01. Comunique-se, com urgência, o inteiro teor dessa decisão ao TJPE.” (SS 2.892/PE, rel. ministro presidente Nelson Jobim, j. 23.02.2006, *DJ*, de 07.03.2006).

Até para aqueles que entendem ser aplicável a Lei Geral de Greve (Lei federal n. 7.783/89), ela implica na suspensão do contrato de trabalho, e isso quer dizer que não sendo obrigatória a prestação do serviço, não é obrigatório o pagamento de salários, nem a contagem desse tempo. Aliás, o artigo 1º do Decreto n. 1.480, de 3 de maio de 1995⁹⁶, que disciplina as paralisações dos serviços públicos federais, determina, no âmbito federal, que seja suspenso, de ofício, pela autoridade competente, o pagamento da remuneração do servidor grevista dos dias trabalhados, até que seja editada a lei que alude o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal⁹⁷. *Aline Daniela Florêncio Laranjeira* entende que esse dispositivo legal é altamente questionável, inclusive quanto à sua constitucionalidade, visto que com ele se criou, por meio de decreto autônomo, uma invasão de matéria reservada à lei, como forma de coação ao servidor para retorno ao serviço.⁹⁸

Por outro lado, o que a administração pretende com o referido decreto não é disciplinar o direito de greve, mas resolver a situação de faltas injustificadas (visto que não permitida a greve no serviço público), que não podem ser remuneradas porque não houve trabalho, e cujo ônus deverá ser suportado pelos grevistas. Ademais, em que pese o direito de greve no serviço público encontrar previsão constitucional, mesmo que posteriormente regulamentado por lei específica, se o seu exercício vier a causar dano ao cidadão, a administração pública a que o servidor grevista estiver vinculado responderá nos moldes do previsto no artigo

⁹⁶ “Artigo 1º - Até que seja editada a lei complementar a que alude o artigo 37, inciso VII, da Constituição, as faltas decorrentes de participação de servidor público federal, regido pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em movimento de paralisação de serviços públicos não poderão, em nenhuma hipótese, ser objeto de: I - abono; II - compensação; ou III - cômputo, para fins e contagem de tempo de serviço ou de qualquer vantagem que o tenha por base.”

⁹⁷ “Artigo 37 - [...] VII - O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;”

⁹⁸ LARANJEIRA, Aline Daniela Florêncio, Direito de greve no serviço público.

37, parágrafo 6º, da Constituição Federal⁹⁹. Esse é o entendimento de *Ives Gandra da Silva Martins*:¹⁰⁰

“Tenho entendido que o direito de greve é limitado às garantias outorgadas à sociedade pela Constituição. O direito ao trabalho é maior que o direito de greve, e o direito do cidadão a ter serviço prestado por funcionário do Estado é maior que seu direito de greve. Ninguém é obrigado a ser servidor público. Se o for, entretanto, deve saber que a sua função oferece mais obrigações e menos direitos que na atividade privada. É que o servidor é antes de tudo um servidor da comunidade e não um servidor de si mesmo, sendo seus direitos condicionados aos seus deveres junto à sociedade.”

Alguns doutrinadores entendem que a Administração, transportando situação equivalente ao setor privado poderá acordar com os grevistas a compensação dos dias parados, mas isso implicaria em considerar a existência de negociação coletiva no setor público, dando ao artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal eficácia limitada. Entre esses doutrinadores está *Sérgio Pinto Martins*, que esclarece:

“A princípio, se a greve for considerada não abusiva, o mais correto seria o pagamento dos dias parados, mormente quando as reivindicações são atendidas. Contudo, se analisarmos a questão sob outro aspecto veremos que os salários não deveriam ser pagos. Na suspensão do contrato de trabalho não há pagamento de salários. A greve é considerada como hipótese de suspensão do contrato de trabalho, desde que observadas as condições previstas na Lei n. 7.783/89 (art. 7º). Logo, atendidas as condições da Lei n. 7.783, na há suspensão do contrato de trabalho e, se há suspensão, não há pagamento de salários.”¹⁰¹

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, por outro lado, discordam desse entendimento, sob o argumento de que “a questão não se desdobra no aspecto técnico somente. Deve ser valorizada pelo aspecto de que o direito de greve é direito de índole constitucional. Se é exercitado de forma não abusiva atendendo

⁹⁹ “Artigo 37 - [...] § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiras, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

¹⁰⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 4, t. 2, p. 429.

¹⁰¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 765.

aos ditames da lei, nada mais justo que os salários sejam pagos durante o período de sua duração”.¹⁰²

O Papa João Paulo II, defendendo o direito de paralisação dos trabalhadores, mas alertando para seu uso político, assim se manifestou na Encíclica *Laborem Exercens*:

“Admitindo que se trata de um meio legítimo, deve simultaneamente revelar-se que a greve continua a ser, num certo sentido um meio extremo. Não se pode abusar dela; e, não se pode abusar dela especialmente para fazer o jogo da política. Além disso, não se pode esquecer nunca que, quando se trata de serviços essenciais para a vida da sociedade, estes devem ficar assegurados, inclusive, se isso for necessário, mediante apropriadas medidas. O abuso da greve pode conduzir à paralisação da vida socioeconômica, isto é, contrário às exigências do bem comum da sociedade.”¹⁰³

3.8 Militares

Cabe ainda tratar da greve nas forças auxiliares, constituídas pelos militares e bombeiros militares, reserva do Exército, que nos Estados são responsáveis pelo policiamento ostensivo e preventivo (art. 144, §§ 5º e 6º, da CF)¹⁰⁴. Os integrantes das corporações militares estaduais estão sujeitos ao princípio da hierarquia e disciplina, sendo expressamente vedada a realização de greve, conforme disciplinado no artigo 142, parágrafo 3º, inciso IV¹⁰⁵, da Constituição Federal. Tal proibição é repetida no artigo

¹⁰² JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, *Manual de direito do trabalho*, v. 2, p. 1.602.

¹⁰³ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo, LTr, 1999. v. 2, p. 1.235.

¹⁰⁴ “Artigo 144 - [...]. § 5º - Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. § 6º - As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos governadores dos estados, do Distrito Federal e dos Territórios.”

¹⁰⁵ “Artigo 142 - As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais. [...] § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: [...] IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;”

42, parágrafo 1º¹⁰⁶, da Constituição Federal, em atenção à manutenção da ordem e da tranquilidade públicas, sujeitando os infratores ao Código Penal Militar. Assim, é defeso ao militar o exercício de greve como forma de reivindicar direitos.

4 A REGULAMENTAÇÃO DA GREVE EM OUTROS PAÍSES

Apenas a título exemplificativo, passaremos a relatar de forma sucinta como alguns países tratam da greve do servidor público.

4.1 Alemanha

A Constituição alemã assegura o direito à associação, mas é omissa quanto à greve¹⁰⁷. Por ter sindicatos fortes que possuem representatividade, cabe a eles definir as regras para a greve, inclusive quanto à definição de serviço essencial. A greve somente poderá ser deflagrada quando esgotados todos os procedimentos legais existentes para a autocomposição. Embora sejam raras as paralisações, é reconhecido o direito de greve aos empregados (*anfesstellte*) e trabalhadores operários (*arbeiter*), sendo vedadas as greves políticas. Para os funcionários públicos (*beamter*) existe

¹⁰⁶ “Artigo 42 - Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 1º - Aplicam-se aos militares dos estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do artigo 14, parágrafo 8º; do artigo 40, parágrafo 9º; e do artigo 142, parágrafos 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do artigo 142, parágrafo 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.”

¹⁰⁷ “Artigo 9 (1) Todos os alemães têm o direito de formar corporações ou outras associações. (2) As associações cujos objetivos ou atividades se opõem às leis criminais, ou que são dirigidas contra a ordem constitucional ou o conceito internacional de entendimento, serão proibidas. (3) O direito de formar associações com o objetivo de proteger e melhorar o emprego e as condições econômicas será garantido para cada indivíduo e para cada ocupação ou profissão. Os acordos que restrinjam ou enfraqueçam esse direito serão nulos e desconsiderados; medidas diretas para o seu fim serão desautorizadas pela legislação.”. No original: “*Artikel 9 (1) Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. (2) Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten. (3) Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.*

” (nossa tradução).

proibição tácita do direito de greve, tendo o Tribunal Constitucional Federal já se posicionado no sentido de que os funcionários estatutários não podem fazer greve, em razão dos princípios tradicionais do serviço público. Esses funcionários, no entanto, podem ser sindicalizados.

4.2 Portugal

A Constituição portuguesa reconhece o direito de greve, competindo aos trabalhadores definir os interesses que serão defendidos e seu âmbito. Não é permitido o *lockout*¹⁰⁸. A Lei n. 65, de 26 de agosto de 1977 (alterada pela Lei n. 330/92) assegura o exercício do direito de greve na função pública, especificando as atividades em que é proibida, vedando-a aos militares e estabelecendo as hipóteses de requisição civil, desde que não mantidas as atividades essenciais pelos grevistas. Nos casos de requisição de pessoas para exercício das atividades dos grevistas, os substitutos terão direito apenas ao vencimento ou salário decorrente do contrato ou da categoria profissional.

4.3 Espanha

A Constituição espanhola define a greve como direito fundamental dos trabalhadores¹⁰⁹, deixando para a lei as garantias da manutenção dos serviços essenciais à comunidade. Esse direito é estendido aos funcionários públicos, mas vedado aos membros das Forças Armadas e aos corpos de segurança.

¹⁰⁸ “Artigo 57º (Direito à greve e proibição do *lock-out*) - 1. É garantido o direito à greve.

2. Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito. 3. A lei define as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis. 4. É proibido o *lock-out*.”

¹⁰⁹ “Artigo 28 - [...] 2. Se reconhece o direito a greve dos trabalhadores para defesa de seus interesses. A lei que regulará o exercício deste direito estabelecerá as garantias necessárias para assegurar a manutenção dos serviços essenciais da comunidade.”. No original: “Artículo 28 - [...] 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.” (nossa tradução).

4.4 França

O direito greve consta no preâmbulo da Constituição francesa de 1946, adotado pela Constituição vigente, e seu exercício é regulado por leis ou regulamentos¹¹⁰. Ao servidor público civil e ao pessoal das empresas públicas, bem como das empresas encarregadas do serviço público, é assegurado o direito de greve, exigindo-se um aviso prévio de cinco dias, podendo o governo requisitar trabalhadores para prestar serviços durante a greve, inclusive designando-os nominalmente. Aos membros das Forças Armadas, da magistratura e da polícia é vedada a greve.

4.5 Itália

A Constituição italiana de 1948 estabelece o direito de greve, obedecida a legislação ordinária¹¹¹. Em se tratando de serviço público, o direito de greve é permitido, desde que exercido com moderação, com aviso prévio mínimo de dez dias.

4.6 Argentina

A Constituição argentina garante o direito de greve apenas aos sindicatos, sendo limitado o exercício nas chamadas atividades essenciais¹¹². É obrigatória a comunicação do início da paralisação com cinco dias de antecedência à autoridade do Ministério do Trabalho,

¹¹⁰ “[...] 7. O direito de greve se exerce de acordo com as leis que o regulamentam.”. No original: “[...] 7. *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.*” (nossa tradução).

¹¹¹ “Artigo 40 - O direito de greve se exercita de acordo com a legislação que o disciplina.”. No original: “*Articolo 40 - Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano.*” (nossa tradução).

¹¹² “Artigo 14-II - O trabalho em suas diversas formas gozará da proteção das leis, que assegurarão ao trabalhador: condições dignas e eqüitativas de trabalho, [...] Fica garantido aos sindicatos: celebrar convênios coletivos de trabalho; recorrer à conciliação e ao arbitramento; ao direito de greve. Os representantes sindicais gozarão das garantias necessárias para o cumprimento de sua gestão sindical e as relacionadas com a estabilidade de seu emprego.”. No original: “*Artículo 14 bis - El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; [...]. Queda garantizado a los gremios: concertar convênios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.*” (nossa tradução).

devendo ser estipulada em convenção coletiva a prestação de serviços mínimos à comunidade.

4.7 Chile

A Constituição chilena permite a greve. Esse direito, no entanto, não é aplicável aos serviços públicos e nas atividades essenciais.¹¹³

4.8 Uruguai

No ordenamento jurídico uruguai o a greve é entendida como direito sindical, sendo delegada ao Ministério do Trabalho a competência para disciplinar os serviços essenciais que deverão ser assegurados durante a greve, conforme estabelecido no artigo 51 de sua Constituição.¹¹⁴

4.9 Estados Unidos da América

A Constituição americana não trata de greve, nem sobre qualquer direito dos trabalhadores em geral, o que ficou a cargo da legislação ordinária. O Wagner Act (*National Labor Relations Act*) e a Taft-Hartley Law (*Labor Management Relations Act*), de 1947, definem responsabilidade do sindicato e determinam que a greve pode ser exercida pelo sindicato que

¹¹³ “Artigo 19 - A Constituição assegura a todas as pessoas: 16º. [...] Não poderão declarar-se em greve os servidores do Estado nem das municipalidades. Tampouco poderão fazê-lo as pessoas que trabalhem em autarquias ou empresas, qualquer que seja a sua natureza, finalidade ou função, que atendam serviços de utilidade pública ou cuja paralisação causa grave dano à saúde, à economia do país, ao abastecimento da população ou à segurança nacional. A lei estabelecerá os procedimentos para determinar às autarquias ou às empresas cujos trabalhadores estarão submetidos a proibição que estabelece este inciso;”. No original: “Artículo 19 - La Constitución asegura a todas las personas: 16º. [...] No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso;” (nossa tradução).

¹¹⁴ “Artigo 57 - [...] Declarar-se em greve é um direito sindical. Sobre essa premissa se regulamentará o seu exercício e efetividade.”. No original: “Artículo 57. [...] Declararse que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.” (nossa tradução).

congregar maior número de trabalhadores de uma empresa ou atividade. Outrossim, foram criadas as *injunctions*, que são ordens judiciais proibitivas de greves. Para os funcionários públicos federais, a greve é proibida, sob pena de dispensa e proibição de recontratação por três anos. A *Public Law 330* impôs severas penas a grevistas no serviço público federal (multa e prisão), sendo que todo o servidor que ingressa no serviço público deve firmar uma declaração em que renuncia ao direito de greve. A maioria dos estados também proíbe a greve no serviço público. São exceções dessa proibição os Estados do Alaska, Minnesota, Montana, Oregon, Pensilvânia e Winsconsin. Nos Estados em que a greve é proibida, a arbitragem compulsória é a forma de solução dos dissídios coletivos dos funcionários.

4.10 México

A Constituição mexicana de 1917 assegura tanto o direito de greve como o *lockout*, embora o exercício desse último dependa de autorização prévia do Estado¹¹⁵. No serviço público, o direito de greve também está assegurado, desde que haja aviso prévio de dez dias à Junta de Conciliação e Arbitramento.

¹¹⁵ “Artigo 123 - [...] XVII. As leis reconhecerão como um direito dos trabalhadores e dos empregadores, as greves e as paralisações. XVIII. As greves serão lícitas quando tenham por objeto conseguir o equilíbrio entre os diversos fatores de produção, harmonizando os direitos do trabalho com os do capital. Nos serviços públicos será obrigatório para os trabalhadores avisar com dez dias de antecedência, à Junta de Conciliação e Arbitragem, a data designada para a suspensão do trabalho. As greves serão consideradas ilícitas somente quando a maioria dos grevistas exercer atos violentos contra as pessoas e as propriedades, ou em caso de guerra, quando eles exercerem suas funções em estabelecimentos e serviços dos quais dependa o Governo.”. No original: “Artículo 123 - [...] XVII. Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos, las huelgas y los paros. XVIII. Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso con diez días de anticipación, a la Junta de Conciliación y Arbitraje, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. Las huelgas serán consideradas como ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciera actos violentos contra las personas o las propiedades, o en caso de guerra, cuando aquéllos pertenezcan a los establecimientos y servicios que dependan del Gobierno.” (nossa tradução).

5 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MI N. 708-0

Em que pesem as polêmicas ainda hoje existentes, em iniciativa corajosa, o Supremo Tribunal Federal, em 25 de outubro de 2007, decidiu por unanimidade, no MI n. 708-0, interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM), declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional de editar lei que regulamente o exercício de greve no serviço público e determinou, por maioria de votos, adotando a corrente concretista geral, que fosse aplicada a Lei federal n. 7.783, de 28 de junho de 1989 (Lei Geral de Greve) para a omissão contida no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal. Vejamos a ementa do julgado:

“Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inc. LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inc. VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 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 artigo 37, VII, da Constituição Federal. 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 ns. 7.701/98 e 7.783/89.” (STF – MI n. 708-0/DF, Pleno, rel. ministro Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, *DJ*, de 31.10.2008).

O acórdão, de leitura obrigatória, pretendeu esgotar o estudo do tema, mas merecem serem destacadas as palavras do ministro Celso de Mello que, ao proferir seu voto, salientou:

“[...] não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de desapreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República [...].”

Terminou o ministro por elogiar a solução proposta pelos ex e atual ministros Eros Grau e Gilmar Mendes (aplicação da Lei Geral de Greve), que “não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis”.

6 PROJETOS DE LEI PARA DISCIPLINA DO DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO

Conforme vimos, o Supremo Tribunal Federal fixou o prazo de 60 dias para que o Poder Legislativo editasse lei específica regulamentando o direito de greve do servidor público. No entanto, passados mais de vinte anos da edição da Constituição Federal, e depois de tanto tempo depois da decisão da nossa Corte Magna, isso ainda não aconteceu.

Não se pode, entretanto, deixar de destacar que há alguns projetos de lei que estão em andamento para disciplina do direito de greve do servidor público, em especial, o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 4.497/2001, de iniciativa da deputada Rita Camata, que proíbe a Administração Pública de fazer ameaça aos servidores e prevê punições para os servidores que abusarem do direito de greve, destacando os prazos para a negociação entre o governo e os servidores, e o Projeto de Lei do Senado Federal n. 84/2007, de iniciativa do senador Paulo Paim, que prevê a regulamentação do direito de greve, definindo quais são os serviços e as atividades essenciais.

Além desses projetos oficiais, há ainda diversos anteprojetos, em especial o que foi apresentado pela Ordem dos Advogados dos Brasil, atendendo aos interesses de seus associados, por intermédio do Presidente da Subseção de São Paulo, em 6 de março de 2007, ao Conselho Federal da OAB, ao Presidente da República e à Presidente do Supremo Tribunal Federal. O anteprojeto segue, em geral, a Lei Geral de Greve (Lei federal n. 7.783/89). Prevê formalidades para a deflagração da greve – o funcionamento mínimo dos serviços públicos, os direitos e deveres dos grevistas, como a greve será julgada e como a greve deverá terminar. Prevê ainda ação declaratória da abusividade ou não da greve, com rito especial, sumaríssimo, com concentração de provas, recurso sem efeito suspensivo (visando ao julgamento rápido, como na Justiça Eleitoral); o acionamento do Poder Judiciário somente se dará após a tentativa de negociação direta, sem interferência de terceiros; e, se houver omissão da autoridade pública, o Ministério Público, os partidos políticos, sindicatos e titulares dos poderes de Estado e a Ordem dos Advogados do Brasil poderão solicitar o julgamento da greve pelo Poder Judiciário. E, como o servidor público está exercendo um direito, o anteprojeto determina que seja mantido seu pagamento, até o julgamento da paralisação, suspendendo tal pagamento se a greve for declarada abusiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas questões terão que ser superadas para que fique pacificada a função do mandado de injunção e para dar concretude à decisão do Supremo Tribunal Federal que tornou obrigatória a aplicação da Lei Geral de Greve às paralisações dos servidores públicos civis, até que seja editada lei específica sobre o tema, dentre elas a inexistência de data base da categoria profissional, a inexistência de entidade sindical representativa e a ausência de legislação regulamentadora da negociação coletiva de trabalho no serviço.

No entanto, mesmo sem a regulamentação adequada, por ser a greve um fato social, sua rejeição ou limitação pela lei não tem sido capaz de evitá-la como instrumento de reivindicação dos trabalhadores, demonstrando que os fatos sociais efetivamente independem de sua disciplina legal. A decisão do Supremo Tribunal Federal é importante, já que cumpre o objetivo do legislador constituinte, quando da inclusão do mandado de injunção na Carta Magna de 1998, preenchendo um vazio legislativo, independentemente do seu mérito, se boa ou ruim para o servidor público, se garante ou não a essencialidade do serviço.

O acórdão proferido no MI n. 708-0/DF se aprofunda nos polêmicos assuntos que envolvem o direito de greve dos servidores públicos e é um marco positivo na atuação do Supremo Tribunal Federal, mas a dificuldade na aplicação da Lei Geral de Greve (Lei federal n. 7.883/89), quando envolvidos servidores públicos, talvez leve o Poder Legislativo a efetivamente cumprir sua função, discutindo os projetos ou anteprojetos de lei que hoje tramitam visando a disciplinar o exercício do direito em benefício de toda a população brasileira, mas também criando meios para a composição dos conflitos coletivos de trabalho, de forma a assegurar a esses trabalhadores os seus direitos e deveres e dar à nossa Constituição Federal a chance de cumprir seus objetivos.

REFERÊNCIAS

- ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data*. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ANASTÁCIO, Rachel Bruno. *Mandado de injunção: em busca da efetividade da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- BACHA, Sérgio Reginaldo. Mandado de injunção. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, n. 11, p. 224-236, abr./jun. 1995.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção: estudos de direito processual constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 387-396.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.
- _____. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.
- _____. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 4, t. 2
- BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 642, p. 21-25, abr. 1989.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. (Coleção Textos de Direito Tributário, 11).
- CATHARINO, José Martins. *Tratado elementar de direito sindical: doutrina, legislação*. São Paulo: LTr, 1977.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Os writs na constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. (Biblioteca Jurídica).
- DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção: guia teórico e prático*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Aide, 1994.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

- FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 647, p. 39-44, set. 1989.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- JORGE, Carlos Augusto. A greve do servidor público federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 266, 30 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5018v>>. Acesso em: 18 dez. 2010.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 2.
- LACERDA, Galeno. Eficácia imediata do mandado de injunção e requisitos do mandado de injunção. In: SEMINÁRIO SOBRE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, Rio de Janeiro, CEPAD, dez. 1998.
- LARANJEIRA, Aline Daniela Florêncio. Direito de greve no serviço público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 63, 01 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3872>>. Acesso em: 18 dez. 2010.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A greve do servidor público civil e os direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2612>>. Acesso em: 18 dez. 2010.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. rev., atual. e ampl. com a EC 52/2006. São Paulo: Método, 2006.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 304, p. 3-12, out./dez. 1988.
- MAGANO, Octávio Bueno. Sindicalização e direito de greve dos servidores publicos. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). *Curso de direito constitucional do trabalho: estudos em homenagem ao Professor Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: Ltr, 1991. v. 2, p. 293-302.

- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18. ed. atual. por Arnoldo Wald, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: LTR, 2001.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- PASSOS, J. J. Calmon. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.
- PINTO, Almir Pazzianotto. O servidor público civil: sindicalização: direito de greve. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*, v. 54, n. 2, p. 157-159, fev. 1990.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- RIBEIRO, Sonia Aparecida Luz. *A ação popular como mecanismo de exercício dos direitos fundamentais no estado democrático de direito*. 2006. 214 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário FIEO da Fundação Instituto de Ensino para Osasco (FIEO), Osasco, SP, 2006. Orientador: Antonio Claudio da Costa Machado.
- SIDOU, J. M. Othon. *Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança e ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos, segundo a nova constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. nos termos da revisão Constitucional de 1994. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Elementos de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 18 ed. São Paulo: LTr, 1999. 2 v.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 52/2006. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 20. ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45/2004. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção no Brasil. In: SEMINÁRIO SOBRE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, Rio de Janeiro, CEPAD, dez. 1998.

A EVOLUÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

The progress of the Brazilian constitutionality control system and the 1988 Brazilian constitution

Elival da Silva Ramos¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo traçar a evolução histórica da jurisdição constitucional no Brasil e, por meio da identificação dos controles de constitucionalidade das leis e atos normativos, refletir sobre o grau de consolidação do nosso sistema democrático. O trabalho destaca a Constituição Federal de 1988, marco do amadurecimento político da sociedade brasileira, a partir da qual o controle de constitucionalidade ganha a relevância que hoje desfruta no sistema jurídico brasileiro, influenciando as construções legislativas e doutrinárias que o configuram.

Palavras-chave: Controle Constitucional; Constituição Federal de 1988; Democracia; Sistema Jurídico Brasileiro.

ABSTRACT

This article aims at describing the historical evolution of Brazilian constitutional jurisdiction and at reflecting about the level of consolidation of our democracy, through the identification of constitutionality controls of laws and normative acts. It highlights the Brazilian Constitution of 1988, symbol of the political maturation of Brazilian society, from which the constitutionality control has achieved importance in the Brazilian legal system, influencing legislative and doctrinal constructions that give to this control form.

Keywords: Brazilian Federal Constitution of 1988; Brazilian Law System; Constitutional Control; Democracy.

¹ Procurador do Estado de São Paulo, atualmente ocupando o cargo de Procurador Geral do Estado. Mestre, Doutor e Livre Docente e Professor Titular e, atualmente, Chefe do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vice-presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas. São Paulo – SP – Brasil. Texto recebido em 04.09.10. E-mail: lavile@uol.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A consolidação de um sistema político democrático em qualquer Estado se faz ao longo do processo histórico, raramente linear e, portanto, suscetível de avanços e retrocessos, assinalando as dificuldades que se antepõem à construção de instituições que, de modo adequado à realidade social, importem na concretização do princípio da soberania popular.

Não é fácil atestar a efetiva implantação do ideário democrático, porquanto se trata de algo obtido por meio de aproximações sucessivas, restando a prática institucional sempre aquém dos objetivos colimados. Pode-se, entretanto, com alguma segurança, identificar critérios de avaliação do nível de democratização de determinada sociedade estatal. Esses critérios ora dizem respeito à eficácia do aparato institucional na realização das finalidades do estado democrático², ora pretendem aferir o funcionamento das instituições consideradas em si mesmas.

Por certo, o maior ou menor sucesso do sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e de combate às omissões normativas inconstitucionais, em Estados estruturados a partir de Constituições rígidas, compõe relevante indicador do grau de vivência do ideário democrático, já que se cuida de manter o funcionamento dos poderes estatais o mais próximo possível das exigências normativas e axiológicas do poder constituinte, responsável último pela proposta política que se quer viabilizar.

Se a democracia é o regime político das sociedades maduras, a Constituição de 5 de outubro de 1988 parece assinalar o amadurecimento político da sociedade brasileira, pois, ao longo dessas últimas duas décadas, pode-se identificar a efetiva vigência de um sistema democrático entre nós, algo que, em nossa história, tem precedente apenas no interregno que vai da Constituição de 18 de setembro de 1946 à instauração do regime autoritário, de feições militar-tecnocráticas, de 31 de março de 1964.

Compreende-se, destarte, porque, sob o signo da Carta de 1988, o controle de constitucionalidade assumiu a importância decisiva que hoje desfruta no sistema jurídico brasileiro, impactando a todo o momento as construções legislativas e doutrinárias que o conformam, bem como a atividade de seus operadores, oficiais ou não.

² Assim, a amplitude de fruição das liberdades públicas ou de acesso aos direitos sociais, econômicos e culturais (na verdade, dois critérios complementares) permite estimar o grau de enraizamento da democracia.

Pretendo neste trabalho apenas situar, em linhas gerais, o estágio evolutivo atingido por nossa jurisdição constitucional, o que demanda um rápido olhar para o passado, permitindo-me, outrossim, breves especulações de natureza prospectiva.

2 O CONTROLE DIFUSO DE PADRÃO CLÁSSICO

Não é o caso, dentro dos limites anteriormente postos ao desenvolvimento da matéria, de abordar o controle de constitucionalidade, de natureza política, existente ao tempo da Constituição do Império de 1824. Na verdade, em razão de sua reduzidíssima eficácia operacional, não é desarrazoado afirmar que apenas com o advento da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, e correlata introdução do controle jurisdicional de constitucionalidade, começou a ser escrita, entre nós, a história do instrumental destinado a tornar efetivo o princípio da supremacia da Constituição.

E não há dúvida de que o controle jurisdicional de constitucionalidade adotado por nossa primeira Constituição republicana correspondia perfeitamente ao sistema modelar de padrão estadunidense³. Assim sendo, cuidava-se de um controle repressivo (quanto ao momento de sua incidência), difuso (quanto à competência para o seu manejo), incidental (quanto ao procedimento) e propiciador de decisões judiciais de natureza declaratória (sanção de nulidade) e de eficácia *inter partes* (limites subjetivos da decisão).

A difusão constitui traço característico da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no Brasil, presente desde a sua implantação,

³ Coube a Rui Barbosa, em antológico arrazoado forense, estabelecer, de modo indelével, a vinculação do sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade estruturado pela Carta de 1891 com aquele vigorante nos Estados Unidos da América, a partir do *leading case Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte em 1803: “Nesta excursão pelas novidades de um regime inteiramente sem passado entre nós, através dos artifícios, com que as conveniências e os infortúnios de uma época anormal lhe vão solapando o solo, e cavando-lhe mina a mina o esboroamento, nossa lámpada de segurança será o direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha dele, e a própria lei nos pôs nas mãos esse foco luminoso, prescrevendo, nos artigos orgânicos da justiça federal, que ‘os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity* serão subsidiários da jurisprudência e processo federal’.”(*Atos inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003. p. 19). A norma infraconstitucional a que se referia Rui era o artigo 387 do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890.

contemporânea ao nascimento da República, até os dias atuais. Ou seja, no sistema brasileiro, a competência para verificar a adequação de lei ou ato normativo às normas constitucionais que lhes determinam a validade desde 1891 tem-se mantido pulverizada por todo o aparato judiciário, independentemente do grau de jurisdição ou do caráter monocrático ou colegiado do órgão controlador.⁴

Sob o regime da Constituição de 1891, o controle jurisdicional se fazia no bojo de processos judiciais comuns, isto é, que não tinham como objeto a fiscalização da constitucionalidade de leis ou atos normativos, a qual, então, exsurgia na estruturação dos fundamentos da decisão, enquanto mera questão prejudicial. Em outros termos, se indispensável precisar a validade ou não das normas a serem utilizadas na solução do caso, o juiz ou tribunal, como parte de seu mister ordinário, controlava a constitucionalidade dessas disposições. No entanto, essa fiscalização, de natureza incidental, figurava na fundamentação da decisão proferida pelo órgão judiciário, produzindo efeitos apenas para as partes, nos limites do caso concreto.⁵

Da combinação dos elementos difusão e incidentalidade decorria importante consequência no que toca à identificação da sanção de invalidade cominada para as leis e atos normativos ofensivos à Constituição: ela somente poderia ser a de nulidade⁶, tal qual reconhecida pelo Juiz Marshall, ao conduzir a Suprema Corte na decisão de *Marbury v. Madison*: “Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e

⁴ Em nada afetou a característica da difusão o fato de o controle em via principal, criado por emenda à Constituição de 1946 (EC n. 16/65), haver sido atribuído, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, se tomada como parâmetro a Constituição Federal, ou aos Tribunais de Justiça dos Estados, se realizado em defesa das Constituições locais, por quanto ao se afirmar que a competência para a fiscalização permeia todo o aparato judiciário não se exclui, obviamente, a necessidade de se observarem as regras processuais disciplinadoras da competência dos juízos e tribunais. Em suma, considerase a competência para o controle genericamente, e não em uma ou outra de suas manifestações específicas.

⁵ O equacionamento da questão constitucional no controle incidental não faz, vale notar, coisa julgada *erga omnes*, porém se torna preclusa, na medida mesma da definitividade da sentença (coisa julgada formal).

⁶ Sobre o assunto, ver de minha autoria: *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 94-101.

suprema da nação; e, consequintemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo.”⁷

O principal instrumento processual propiciador do controle incidental de constitucionalidade era, na vigência da Carta de 1891, o recurso extraordinário, por importar na revisão das decisões finais das Justiças dos Estados (Justiça comum) pelo Supremo Tribunal Federal, desde que afirmassem elas a invalidade de tratados ou leis federais ou a validade de leis estaduais, sempre tendo como parâmetro de confronto a Constituição Federal.⁸

3 DA CONSTITUIÇÃO DE 1934 À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 16/65

O consenso em torno da opção brasileira pelo sistema de controle de matriz estadunidense iniciou um paulatino processo de enfraquecimento, a partir da ruptura constitucional que assinalou o final da República Velha e o advento do Estado providêncial.

Afinal, não se tardou a perceber os malefícios do método difuso/incidental em ordenamentos que, como o nosso, se filiam à família romano-germânica, no que concerne à uniformidade das decisões de controle, condição de sua previsibilidade pelos destinatários e operadores do sistema, algo que, décadas mais tarde, seria explicitado por *Mauro Cappelletti*:

“Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método ‘americano’ de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que,

⁷ Tradução de Rui Barbosa (ob. cit., p. 41), anotando-se que Marshall vincula a sanção de nulidade ao fato de ser a Constituição “escrita”, isto é, compreendida em um corpo articulado (Constituição orgânica), o que não é acertado, bastando que se invoque o Estatuto Albertino (Constituição da Itália monárquica), cujas normas, organicamente dispostas, admitiam contrariedade por legislação ordinária superveniente. O vício de inconstitucionalidade se prende ao binômio supremacia/rigidez, ao passo que a sanção de nulidade decorre de determinadas características do sistema-tipo de padrão estadunidense.

⁸ Cf. o artigo 59, parágrafo 1º, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal de 1891, em sua redação originária, dispositivos que vieram a se converter nas alíneas “a” e “b” do artigo 60, parágrafo 1º, após a Emenda Constitucional de 03.09.1926.

ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional.”⁹

Embora tenha vigorado por pouco mais de três anos, a Constituição de 16 de julho de 1934 veio a se converter em um dos textos normativos mais criativos de nosso constitucionalismo. No que tange à fiscalização da constitucionalidade dos atos legislativos, se não chegou ao ponto de romper com a solução adotada pelo constituinte de 1891¹⁰, introduziu novos institutos que procuraram atenuar o problema da oscilação jurisprudencial em matéria constitucional.

Sob inspiração de prática consagrada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, consolidada na máxima prudencial do *full bench*¹¹, prescreveu-se que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público”¹². No entanto, a disposição constitucional brasileira não disciplinava propriamente o *quorum* para deliberação dos tribunais sobre matéria constitucional, e sim estabelecia um número de votos favoráveis superior à maioria simples para que esses colegiados pudessem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público¹³, contribuindo, ainda que modestamente, para a estabilização da jurisprudência constitucional.

O constituinte de 1934 inovou, outrossim, ao introduzir um mecanismo de controle político repressivo, no âmbito do instituto da intervenção federal. Com efeito, na hipótese de intervenção da União

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. p. 77.

¹⁰ Era esse o sentido da proposta apresentada pelo deputado constituinte Nilo Alvarenga, em 20 de dezembro de 1933, como lembra Gilmar Mendes (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), 1999. p. 240).

¹¹ Observa José Levi Mello do Amaral Júnior, em estudo dedicado ao incidente de arguição de inconstitucionalidade, que “desde 1902 já se tinha, no direito brasileiro, norma sobre o *quorum* para apreciação da questão constitucional (art. 1º do Dec. 938, de 29.12.1902)” (*Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26).

¹² Artigo 179 da Constituição Federal de 1934.

¹³ A redação do dispositivo que consagra norma equivalente na Constituição de 1988 (art. 97) restringe a exigência a ato *normativo* do Poder Público.

nos Estados para assegurar a observância dos denominados princípios constitucionais sensíveis¹⁴, estabeleceu-se que a intervenção somente seria efetivada depois que a Corte Suprema, por provocação do Procurador Geral da República, declarasse a constitucionalidade da lei federal que decretasse a medida extrema¹⁵. A decisão do Supremo Tribunal Federal constituía, pois, um pressuposto para a execução da lei intervintiva, importando, indiretamente, na avaliação da constitucionalidade da lei ou ato do Poder Público Estadual ofensivo aos princípios constitucionais resguardados pela União. Tenho para mim que a denominada “ação direta intervintiva”, então instituída, não consubstancia o exercício de função jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, é certo que germinava ali a semente que, após mais de três décadas, desabrocharia na ação direta declaratória de inconstitucionalidade dita genérica, que assinalou o advento do controle jurisdicional abstrato entre nós.¹⁶

Na busca de soluções criativas para a exacerbada oscilação da jurisprudência constitucional que não desfigurassem o sistema de controle jurisdicional brasileiro, de padrão estadunidense (difuso/incidental), a Constituição de 1934 deferiu ao Senado Federal¹⁷ competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV). O artigo 96 dessa Carta Constitucional esclarecia que não se cuidava de declaração de inconstitucionalidade proveniente de qualquer órgão do Poder Judiciário, mas do Supremo Tribunal Federal (decidindo, pois, em última instância),

¹⁴ Aqueles arrolados no artigo 7º, I, alíneas “a” a “h”, da Carta de 1934.

¹⁵ Artigo 12, V e parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1934.

¹⁶ Gilmar Mendes considera a representação intervintiva confiada ao Procurador Geral da República “a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934” no sistema brasileiro de controle, pois não se pode olvidar o seu significado “para todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no direito brasileiro” (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 238-239).

¹⁷ Não é despiciendo notar que o Senado Federal, sob o pálio da Constituição de 1934, muito mais do que uma câmara legislativa de revisão, fora concebido como um órgão de coordenação entre os poderes, o que se ajustou perfeitamente à atribuição de competência para suspender a execução de leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo assim a ponte entre o exercício ordinário da jurisdição e a atividade legislativa ou administrativo-normativa. Em última análise, emprestava a Câmara Alta eficácia *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade proveniente do Poder Judiciário.

cabendo ao Procurador Geral da República comunicar a decisão ao Senado Federal para o exercício (discricionário) da reportada competência.

Essa a origem do instituto, genuinamente brasileiro, da resolução senatorial suspensiva da execução de lei ou ato normativo, declarados inconstitucionais em decisão definitiva do órgão máximo do Poder Judiciário, na busca da superação dos efeitos limitados (*inter partes*) atribuídos ao controle jurisdicional de constitucionalidade efetuado em processos comuns, de modo incidental.

A Constituição de 10 de novembro de 1937 em nada contribuiu para o aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Ao contrário, em demonstração de evidente falta de compromisso com o princípio da supremacia que lhe deveria servir de suporte, consagrou fórmula destinada a afastar, por critério político, os efeitos de declaração judiciária (incidental) da inconstitucionalidade de ato legislativo.¹⁸

Por seu turno, em sua redação originária, a Constituição seguinte, de 18 de setembro de 1946, preservou as linhas gerais do sistema brasileiro de controle, que se manteve essencialmente jurisdicional, com atuação descentralizada por todo o aparato judiciário e no âmbito de processos comuns, em que a questão constitucional aflora de modo incidental, sem prejuízo aos institutos delineados pelo constituinte de 1934, no sentido de atenuar o problema de falta de uniformidade das decisões de controle.

Até a edição da Emenda n. 16, a contribuição mais significativa da Carta de 1946 consistiu na maturação que propiciou às inovações institucionais de 1934, por ela agasalhadas, notadamente no que tange à denominada representação interventiva, objeto de regulação procedural em nível ordinário.¹⁹

¹⁸ A referência é ao disposto no parágrafo único do artigo 96 da Constituição Federal de 1937.

¹⁹ Com efeito, na vigência da Carta de 1946, foi editada a Lei federal n. 2.271/54, que determinou a aplicação do rito do mandado de segurança à arguição de inconstitucionalidade para fins de intervenção, sendo sucedida pela Lei n. 4.337/64. Esta última criou procedimento específico para a representação, sob forte inspiração de soluções anteriormente encontradas pela própria jurisprudência.

4 O CONTROLE MISTO QUANTO AO ASPECTO MODAL

Das tantas reformas do Poder Judiciário já experimentadas no Brasil, em nível constitucional, talvez a patrocinada pela Emenda n. 16, de 6 de dezembro de 1965, à Constituição de 1946, tenha sido a de maior impacto, quanto ao desempenho ulterior da função jurisdicional, por haver modificado uma das características essenciais de nosso sistema de controle de constitucionalidade, a incidentalidade.

Com efeito, agregou-se às competências originárias do Supremo Tribunal Federal a de processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”²⁰. A partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 16/65, o sistema de controle brasileiro, no que concerne ao aspecto modal ou procedural, passou a combinar a técnica da declaração incidental, em concreto, consagrada no sistema modelar estadunidense, com a da fiscalização em abstrato da constitucionalidade de leis e atos normativos, de inspiração europeia²¹. Na técnica da declaração em abstrato, então acolhida em nosso constitucionalismo, a questão de constitucionalidade é examinada pelo Poder Judiciário de modo autônomo, inteiramente desvinculado da solução de um litígio específico, constituindo-se o pedido de reconhecimento da invalidade do ato subalterno diante da Constituição no objeto principal do processo²². Dali em diante, o controle jurisdicional brasileiro assumiu caráter misto, porém apenas no tocante ao aspecto modal, permanecendo difuso quanto ao aspecto subjetivo ou orgânico.²³

Se é certo que a denominada representação para fins de intervenção federal, objetivando a preservação de princípios constitucionais particularmente sensíveis, preparou o terreno fértil em que laborou o constituinte de reforma, o uso de idêntica terminologia na identificação do novel instituto não impediu que desde logo se constatassem as marcantes diferenças entre os instrumentos.

²⁰ Nova redação da alínea “k” do inciso I do artigo 101 da Constituição Federal de 1946.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 101-114.

²² CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 104-105.

²³ Veja-se o comentário da nota de rodapé n. 4.

Na verdade, a diferença de maior relevo está na própria natureza dos institutos, porquanto a representação intervintiva consubstancia controle de constitucionalidade político-repressivo²⁴, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade, à época intitulada de “representação por inconstitucionalidade”, se situa nos domínios do controle jurisdicional-repressivo. Ademais, o campo de abrangência da representação intervintiva era muito menor do que o da ação direta introduzida pela Emenda Constitucional n. 16/65: aquela tinha por objeto unicamente leis ou atos normativos estaduais, enquanto por meio desta se podia impugnar a validade de leis ou atos normativos federais ou estaduais; no primeiro caso, o fundamento do pedido de declaração de inconstitucionalidade se restringia à agressão aos princípios elencados no inciso VII do artigo 7º da Carta de 1946, enquanto, no segundo caso, a causa de pedir compreendia a violação a toda e qualquer norma da Constituição Federal.

A diferença quanto à natureza da atuação da Corte Suprema nas duas modalidades de controle redundava em relevante diferença quanto aos efeitos da decisão declaratória por ela proferida: o veredito de procedência da representação dita intervintiva simplesmente autorizava ao Congresso Nacional a decretar, por meio de lei, a intervenção federal, que se limitaria a suspender, *ex nunc*, a execução do ato impugnado, se essa medida bastasse ao restabelecimento da normalidade no Estado²⁵; já o acolhimento de ação direta declaratória de inconstitucionalidade importava em provimento jurisdicional declaratório, que reconhecia, de per si, a invalidade *ab initio* da lei ou ato normativo censurado, ostentando, como é próprio de sentenças declaratórias, retroatividade aparente.²⁶

A declaração de inconstitucionalidade em via principal implementava por si mesma a sanção de nulidade inerente ao sistema de controle jurisdicional brasileiro, dispensando qualquer outra providência de caráter executório, senão a mera comunicação aos órgãos emissores do ato invalidado. Durante algum tempo, contudo, a falta de tradição no manejo de instrumento, importado do sistema europeu, fez com que se titubeasse quanto à necessidade de, também nessa hipótese, ser editada

²⁴ O que não tem sido observado pela doutrina pátria.

²⁵ Artigo 13 da Constituição Federal de 1946, que delineou claramente a denominada intervenção normativa.

²⁶ Daí haver se generalizado na doutrina e na jurisprudência a alusão à eficácia *ex tunc* dessas decisões.

resolução pelo Senado Federal suspendendo a execução da lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Pretório Excelso.²⁷

A Emenda Constitucional n. 16/65 previu ainda a institucionalização pelos Estados-membros de controle abstrato de normas de nível local, ao facultar-lhes a atribuição aos respectivos Tribunais de Justiça da competência para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, em conflito com a Constituição Estadual²⁸. Todavia, a não reprodução do dispositivo-matriz na Constituição de 24 de janeiro de 1967, bem como na Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, somada ao entendimento restritivo consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adiaram o efetivo desenvolvimento do controle principal estadual para o período posterior à Constituição vigente.

A Constituição de 1967/69 promoveu apenas modificações secundárias nos instrumentos de fiscalização de constitucionalidade assentados após a reforma de 1965 à Carta de 1946. Apesar das promissoras perspectivas que se abriram com chegada ao Brasil do controle principal/abstrato, o certo é que a ação direta de inconstitucionalidade teve o seu florescer bastante prejudicado, em face da atribuição da legitimação para agir, a título exclusivo, ao Procurador Geral da República, o que seria alterado apenas com o advento da Constituição de 1988. O monopólio da competência para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, no período 1965-1988, era agravado pelo fato do Ministério Público Federal estar envolvido também, à época, com a advocacia da União, sendo o seu chefe nomeado em comissão pelo presidente da República e, portanto, passível de dispensa *ad nutum*²⁹, sendo que até mesmo a prévia aprovação da escolha pelo Senado Federal foi eliminada no texto da Emenda n. 1/69 à Carta de 1967.

Não se tardou a constatar a subutilização do controle principal anteriormente a 5 de outubro de 1988, limitando-se o uso da ação direta de inconstitucionalidade, precipuamente, à impugnação de normas resultantes da superação de vetos opostos pelo Presidente da República ou

²⁷ A polêmica só refluui com o advento do atual Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 1980, ao patentear, nas disposições de seus artigos 175 e 178, que as resoluções senatoriais suspensivas estavam adstritas ao controle incidental.

²⁸ Cf. o artigo 19 da Emenda Constitucional n. 16/65, que acresceu o inciso XIII ao artigo 124 da Constituição Federal de 1946.

²⁹ Cf. os artigos 126 da Constituição Federal de 1946, 138 da Constituição Federal de 1967 e 95 da Emenda Constitucional n. 1/69.

pelos governadores, o que era raro ocorrer em nível federal, mas que, com alguma frequência, causava incômodo aos chefes dos Poderes Executivos estaduais.³⁰

5 A FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO TEXTO ORIGINAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, a cuja elaboração se dedicou durante vinte meses o Congresso Nacional³¹, não promoveu alterações em nosso sistema de controle de constitucionalidade que significassem o abandono do modelo estadunidense, vigorante desde a proclamação da República. Entretanto, é inegável o fato de que, sob o seu influxo, acentuou-se a europeização da fiscalização brasileira, que se iniciara com a Carta de 1934.

Destarte, das disposições constantes da Constituição de 1988, em sua versão originária, colhem-se as seguintes notas características: configuração essencialmente jurisdicional-repressiva, atribuindo-se reduzida importância ao controle político e ao controle preventivo; difusão da competência de controle por todo o aparato judiciário; combinação das técnicas de controle incidental e principal, operando a primeira em processos concretos/subjetivos, em contraposição à abstração e objetividade dos processos desflagrados por ações diretas de inconstitucionalidade; variação da eficácia subjetiva das decisões de controle em função da modalidade utilizada, afetando apenas as partes em litígio se produzidas incidentalmente, mas gerando efeitos *erga omnes* se consistentes em declaração de inconstitucionalidade³² a título principal;

³⁰ No sistema político que vigorou de 1964 a 1985, os governadores dos Estados mantiveram a característica de representantes do poder civil, mas foram postos em situação de extrema dependência com a Presidência da República, por força da ameaça permanente de intervenção federal, com base no Ato Institucional n. 5/69 (art. 3º) e da eleição indireta para os respectivos cargos, que vigorou na maior parte do período.

³¹ A Emenda Constitucional n. 26/85 à Constituição Federal de 1967 atribuiu ao Congresso Nacional poderes constituintes, que foram exercidos sem prejuízo das atribuições ordinárias de suas duas Casas.

³² O veredito de improcedência de ação direta de inconstitucionalidade importa em declaração de constitucionalidade que, entretanto, não faz coisa julgada *erga omnes*, a despeito de abalizadas manifestações doutrinárias em sentido contrário, como, por exemplo, a do ex-presidente do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, tendo por objeto o período de nosso sistema de controle anterior à criação da ação declaratória de constitucionalidade: “Parece legítimo admitir, portanto, que, já no modelo da Emenda

natureza declaratória da decisão de controle, que somente se habilita a operar sanção de nulidade³³, vale dizer, atestatória da invalidade *ab initio* e de pleno direito do ato controlado, se julgada procedente a questão de constitucionalidade.

No entanto, em resposta às críticas dos que viam na atribuição de legitimação para agir exclusivamente ao Procurador Geral da República o principal obstáculo ao pleno desenvolvimento do controle abstrato entre nós, acolheu o constituinte de 1988 a ideia de titularidade plural da ação direta de inconstitucionalidade. Disso resultou elenco abrangente de órgãos e entidades, públicas e privadas, às quais foi deferida competência para provocar a avaliação em tese da constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, em face da Constituição Federal, consoante disposto no artigo 103 da Carta Magna³⁴. A democratização do controle em via principal reforçou-se, ademais, pelo reconhecimento de independência institucional ao Ministério Público da União, cujo chefe, o Procurador Geral da República, passou a ser nomeado pelo Presidente da República, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, sendo-lhe fixado um período de mandato de dois anos (com a possibilidade de uma recondução), em que a destituição do cargo, por iniciativa presidencial, se sujeita ao controle parlamentar³⁵. Em decorrência, apartou-se da Procuradoria Geral da República a representação judicial da União e a consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, que passaram a constituir o cerne das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, então criada.³⁶

n. 16/65, tanto a decisão que, no processo de controle abstrato de normas, declarava a inconstitucionalidade de uma lei, como aquela, na qual se afirmava a legitimidade da norma, transitavam em julgado, com eficácia *erga omnes*.” (*Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 278).

³³ Sobre o tema das sanções de invalidade em matéria constitucional, ver, de minha autoria: *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, cit.

³⁴ Talvez tenha o constituinte exagerado na dose da abertura que promoveu, em sede de legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, provocando a reação do órgão de controle, o Supremo Tribunal Federal, que, em via jurisprudencial e sem claro supedâneo constitucional, passou a exigir o preenchimento do requisito da pertinência temática para o manejo do instrumento pelos proponentes ditos *especiais* (incs. IV, V e IX do artigo 103, em contraposição aos legitimados *universais*).

³⁵ Artigo 127, parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988.

³⁶ Artigo 131, *caput*, da Carta de 1988.

Não se tardou a constatar o incremento na propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, propiciadoras de considerável acervo de decisões em matéria constitucional, prolatadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário e dotadas de eficácia geral. A consolidação do controle jurisdicional abstrato, de outra parte, provocou o esvaziamento da intervenção federal de caráter normativo, que apenas formalmente continuou presente no sistema constitucional posterior a 1988, bem como a sensível diminuição da importância da competência do Senado para editar resoluções suspendendo a execução, no todo ou em parte, de leis declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.³⁷

Outro passo no sentido do fortalecimento do controle em via principal foi dado com a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental³⁸, porquanto a legislação infraconstitucional pretendeu atribuir ao instituto o perfil de autêntica ação direta de inconstitucionalidade subsidiária, utilizável nas situações que restaram à margem do controle abstrato de normas³⁹, sem embargo de nele se vislumbrar, outrossim, um modo de obter, incidentalmente, decisões sobre a validade de leis e atos normativos dotadas de eficácia contra todos⁴⁰. Todavia, a modelagem meramente legal de modalidades de exercício extraordinário da jurisdição pelo Supremo Tribunal Federal não permite vaticínios otimistas

³⁷ Na Constituição Federal de 1988, os referidos institutos têm assento, respectivamente, nos artigos 34, VII, e 36, III e parágrafo 3º (representação intervintiva) e 52, X (resolução suspensiva).

³⁸ A arguição de descumprimento de preceito fundamental havia sido prevista no parágrafo único do artigo 102 do texto originário da Constituição de 1988, dispositivo que passou ao parágrafo 1º, com o advento da Emenda Constitucional n. 3/93.

³⁹ Dentre outras situações do gênero, podem-se mencionar: a avaliação da compatibilidade do direito pré-constitucional com a Constituição Federal de 1988, o que pode redundar em eventual declaração de não recepção ou de revogação por inconstitucionalidade; o controle de constitucionalidade de legislação posterior à Constituição Federal de 1988, porém já revogada; o controle de leis e atos normativos municipais. Cf. o artigo 1º, parágrafo único, I, c.c. o artigo 4º, parágrafo 1º, da Lei Federal n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

⁴⁰ Assim caminhou boa parte das proposições doutrinárias acerca da denominada arguição incidental, construídas a partir da combinação das disposições dos artigos 5º, parágrafo 3º, e 10 da Lei Federal n. 9.882/99. Dentre outros, cite-se: ROTHEMBURG, Walter Claudio. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudio (Orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 203.

quanto ao futuro da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por pretender excepcionar o arranjo da separação dos poderes, à margem da normatividade constitucional em que se assenta.⁴¹

Para estancar as controvérsias sobre a viabilidade do controle abstrato de nível estadual e superar a jurisprudência restritiva consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, quando da vigência da Carta de 1967/69, inseriu-se no Texto Magno disposição expressa autorizadora da instituição pelos Estados de ação direta de inconstitucionalidade, tendo por objeto leis ou atos normativos estaduais ou municipais, confrontados com as normas de suas Constituições.⁴²

O constitucionalismo social-democrático da segunda metade do século passado apresenta como uma de suas notas características a preocupação com a efetividade das normas constitucionais, consciente de que o divórcio entre o projeto político por elas delineado e a realidade se converte em fator de descrédito em relação ao papel central que a Constituição desempenha no sistema político⁴³. E o descrédito na força normativa da Constituição faz com que os principais atores sociais não se engajem na tarefa de sua cabal implementação⁴⁴, o que, em momento subsequente, contribuirá para afastá-la ainda mais do plano fático.

⁴¹ Importa lembrar que a Ordem dos Advogados do Brasil postulou, por meio da ADI n. 2.231-8, o reconhecimento da inconstitucionalidade total da Lei n. 9.882/99, não tendo o Supremo Tribunal Federal completado ainda o julgamento da matéria.

⁴² Cuida-se do parágrafo 2º do artigo 125, o qual, desde logo, vedou a atribuição da legitimização ativa da ação direta de inconstitucionalidade estadual a um único órgão.

⁴³ Nas palavras de Konrad Hesse, “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa” (*A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 20).

⁴⁴ Em suma, resta abalada a vontade de Constituição a que alude Konrad Hesse: “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.” (*A força normativa da Constituição*, p. 19)

Nesse aspecto, a Constituição de 5 de outubro revelou-se em sintonia com o seu tempo, acolhendo, de forma pioneira na história de nossas instituições fundamentais, instrumentos voltados à superação do fenômeno deletério da omissão inconstitucional de caráter normativo.

Desse modo, em sede de controle abstrato, admitiu-se modalidade peculiar de exercício da ação direta de inconstitucionalidade, consistente na obtenção de provimento declaratório da “omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”⁴⁵. A ausência de experiência anterior na disciplina do instituto, mesmo se considerados os sistemas constitucionais estrangeiros⁴⁶, e as dificuldades impostas pelo princípio da separação dos poderes, explicam a moderação do constituinte quanto às consequências do reconhecimento judicial da inconstitucionalidade omissiva. Assim é que, julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal⁴⁷ se limita a dar “ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

No que concerne à omissão inconstitucional normativa em detrimento de direitos fundamentais, patenteou o constituinte a intenção de ir mais longe, disponibilizando aos prejudicados a garantia do mandado de injunção, a ser concedido “sempre que 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”⁴⁸. Após haver assentado jurisprudência que emprestava ao novo *writ* tratamento muito próximo ao de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Injunção n. 721-7/DF, em 30 de agosto de 2007, atribuiu outra configuração ao instituto que, tanto quanto os demais remédios

⁴⁵ Artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988.

⁴⁶ É o caso de Portugal, em cuja Constituição se inspirou o constituinte brasileiro: cf. o artigo 283 da Constituição lusa de 02 de abril de 1976.

⁴⁷ A quem compete processá-la e julgá-la, se o parâmetro para se avaliar a existência de inconstitucionalidade for a Constituição Federal.

⁴⁸ Artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não fez, como deveria, a necessária conexão entre esse inciso e o parágrafo 1º do artigo 5º, o que situaria o mandado de injunção como um instrumento para se obter a aplicação imediata de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais de eficácia limitada, desde que de natureza não programática, admitindo o seu uso em favor de todo e qualquer direito de porte constitucional.

constitucionais, ensejaria controle incidental e concreto da violação ao Texto Magno⁴⁹. Não se pode afirmar com segurança, contudo, que esteja concluída a revisão do entendimento pretoriano, porquanto no julgamento dos MI ns. 670/ES, 708/DF e 712/PA (todos sobre o direito de greve dos servidores públicos), cerca de dois meses depois, a Corte Excelsa tornou a reposicionar o instituto, dessa feita o concebendo como instrumento de fiscalização principal e abstrata, em que se pleiteia decisão mandamental, de caráter normativo.

6 A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE E O EFEITO VINCULANTE

A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, reforçou ainda mais o controle em via principal e abstrata, ao introduzir a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência originária e, portanto, exclusiva do Supremo Tribunal Federal, mediante alteração na redação da aliena “a” do inciso I do artigo 102 da Constituição de 1988. De início, a legitimação ativa para a ação declaratória de constitucionalidade ficou restrita ao presidente da República, às Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e ao Procurador Geral da República⁵⁰, o que se mostrava coerente com a gênese do instituto, que veio a lume no bojo da reforma que autorizou à União a instituição de imposto provisório sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (IPMF). A criação da ação declaratória de constitucionalidade, na verdade, resultou da preocupação do governo federal com a falta de uniformidade das decisões judiciais sobre a constitucionalidade de normas tributárias, dificultando ao extremo o planejamento financeiro, dada a incerteza gerada quanto aos resultados da atividade de arrecadação de tributos. Porém, com a edição de Emenda n. 45, em 2004, estabeleceu-se a unificação do rol de legitimados para a propositura das duas ações diretas de nível federal, tomando-se

⁴⁹ No acórdão do julgamento do MI n. 721-7, publicado no *DJ* de 30 de novembro de 2007, a Suprema Corte, conduzida pelo ministro Marco Aurélio, declarou que na injunção “há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão”, sendo que “a carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada”. Ademais, “tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada”.

⁵⁰ Cf. o parágrafo 4º do artigo 103 da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n. 3/93.

como referência a disciplina da ação direta de inconstitucionalidade⁵¹. No entanto, o objeto da ação declaratória de constitucionalidade permaneceu circunscrito às leis e atos normativos federais.

Ao contrário do que ocorreu com a ação direta de inconstitucionalidade, o surgimento da ação declaratória de constitucionalidade provocou intensa polêmica doutrinária⁵², tanto pelas dúvidas suscitadas quanto à sua viabilidade jurídico-constitucional, quanto pela falta de consenso no tocante à conveniência e oportunidade do novel instituto. Se o primeiro aspecto foi logo dirimido, de modo convincente, pelo Supremo Tribunal Federal⁵³, não se pode dizer o mesmo do segundo, até porque, em sede de fiscalização abstrata, a declaração de constitucionalidade de atos legislativos não gera, usualmente, coisa julgada oponível contra todos. Afinal, é sabido que o vício de inconstitucionalidade, por vezes, somente é detectado após algum tempo de aplicação do diploma controlado, mostrando-se a estabilização dos efeitos de decisão judicial que proclame sua constitucionalidade extremamente danosa ao princípio da supremacia da Constituição.

Por meio da legislação infraconstitucional que disciplinou o processo e o julgamento das ações diretas compreendidas no controle principal de nível federal, buscou-se atenuar o problema das declarações prematuras de constitucionalidade, estabelecendo-se específica condição da ação para as ações declaratórias de constitucionalidade, consistente na “existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”.⁵⁴

A propósito, a mencionada legislação, consubstanciada na Lei Federal n. 9.868/99, incrementou a via principal de fiscalização, ao assentar em texto normativo, pela primeira vez desde a introdução do controle abstrato no Brasil, o rito das ações diretas genéricas, aproveitando o legado das soluções alcançadas por meio de conspícua jurisprudência

⁵¹ Mediante a supressão do parágrafo 4º do artigo 103 e modificação da redação do *caput* do dispositivo.

⁵² Parte dessa polêmica está condensada na obra: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁵³ Ao resolver questão de ordem no julgamento da ADC n. 1-1/DF, em acórdão publicado no *DJ* de 16 de junho de 1995, o Supremo Tribunal Federal proclamou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/93, em relação à nova modalidade de controle principal.

⁵⁴ Artigo 14, III, da Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

do Supremo Tribunal Federal. Excedeu-se, porém, o legislador ordinário, ao contemplar modalidade de convalidação parcial de lei ou ato normativo viciado por inconstitucionalidade, fundada em razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, deferindo-a à Corte Suprema, que somente pode decretá-la pelo voto de dois terços de seus membros⁵⁵. Cuida-se da denominada modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle principal, a qual, a princípio, por força da natureza da sanção inerente ao sistema brasileiro (de nulidade), remonta ao nascimento do ato impugnado. Permitiu-se por mera disposição legal que o Supremo Tribunal Federal restrinja os efeitos daquela declaração ou decida “que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, o que suscitou a arguição de inconstitucionalidade do próprio dispositivo⁵⁶, adaptação canhestra ao direito pátrio de norma equivalente inserta na Constituição portuguesa de 1976⁵⁷. Não obstante a pendência a propósito da constitucionalidade do artigo 27 da Lei Federal n. 9.868/99, dele tem feito uso o Supremo Tribunal, cada vez mais frequentemente, e inclusive no âmbito do controle incidental, o que, posta de lado a discussão sobre a validade do preceito, constitui mais uma demonstração da tendência evolutiva do sistema de fiscalização brasileiro rumo ao modelo europeu.

Outra novidade trazida pela Emenda Constitucional n. 3/93 foi a disposição sobre a dimensão subjetiva das decisões definitivas de mérito proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade, as quais, a teor do parágrafo 2º, então acrescido ao artigo 102 da Constituição, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, esse último “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário [que não o STF] e ao Poder Executivo”. No que concerne à eficácia *erga omnes*, sempre foi ela considerada insita às decisões de mérito proferidas em sede de controle principal de constitucionalidade, independentemente de previsão expressa na Carta Magna. O efeito vinculante, todavia, não era da tradição de nosso sistema de controle, gerando sua estipulação enorme perplexidade no campo doutrinário. Posteriormente, o efeito vinculante foi estendido às decisões de mérito proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade por meio da Lei n. 9.868/99⁵⁸, tendo a Emenda n. 45/2004 modificado a redação do parágrafo 2º do artigo 102, no sentido de equiparar a eficácia subjetiva das

⁵⁵ Cf. o artigo 27 da Lei Federal n. 9.868/99.

⁵⁶ ADI ns. 2.154-2 e 2.258-0, pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵⁷ Artigo 282, n. 4.

⁵⁸ Artigo 28, parágrafo único.

decisões de mérito proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, abarcando, nos dois casos, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculativo.⁵⁹

A pretensão da proposta doutrinária que inspirou a atribuição de efeito vinculante às decisões definitivas de mérito em ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade era estabelecer a obrigatoriedade da observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pelos órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, dos fundamentos determinantes da decisão⁶⁰. Contudo, ainda não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal tenha emprestado essa conotação ao efeito vinculante, rompendo com o princípio arraigado em nossa legislação processual de que os motivos da sentença não fazem coisa julgada (e, portanto, não vinculam quem quer seja), “ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”⁶¹. De minha parte, preconizo interpretação neutralizante para a polêmica cláusula constitucional do efeito vinculativo, no sentido de se entender que ela apenas equiparou o descumprimento do dispositivo das decisões proferidas em controle abstrato de normas de nível federal ao descumprimento da lei, para efeito da promoção da responsabilidade disciplinar ou político-administrativa das autoridades judiciais ou administrativas renitentes.⁶²

7 A REFORMA DO JUDICIÁRIO E OS INSTITUTOS DA SÚMULA VINCULANTE E DA REPERCUSSÃO GERAL

Duas questões que se entrelaçam no âmbito do Supremo Tribunal Federal continuaram a desafiar todos aqueles preocupados com o bom

⁵⁹ Na redação conferida ao parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, dentre os destinatários do efeito vinculante, não mais figura o Poder Executivo, e sim a Administração Pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁶⁰ Bastante elucidativo a esse respeito o texto: MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), 1999. p. 435-458.

⁶¹ Artigo 469, I, do Código de Processo Civil.

⁶² Veja-se o artigo: RAMOS, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudio (Orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 119-120.

desempenho da função jurisdicional após o advento da Constituição de 1988: a conhecida deficiência de nosso sistema de controle, relativamente à falta de uniformidade e consequente imprevisibilidade das decisões, e o congestionamento das vias judiciais, de um modo geral.

No encaminhamento de soluções bem ao gosto do formalismo normativista, pouco tempo após a entrada em vigor da “Constituição-cidadã” passou-se a discutir no âmbito do Congresso Nacional proposta de emenda tendo como eixo a reforma do Judiciário⁶³, propositura essa que veio, afinal, a se converter na Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004.

Em relação à fiscalização da constitucionalidade de leis e atos normativos, procurou-se reforçar a eficácia das decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental, por meio da súmula vinculante. As súmulas de orientação editadas pelo Supremo Tribunal Federal já haviam tido o seu poder de uniformização, via convencimento dos demais órgãos judiciais, incrementado pela Lei Federal n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que, alterando a redação do artigo 557 do Código de Processo Civil, permitiu ao relator negar seguimento a recurso em confronto com jurisprudência dominante na Suprema Corte, sumulada ou não, ou, ao contrário, reformar monocraticamente a decisão recorrida que esteja em discrepância com essa jurisprudência⁶⁴. O que se fez na reforma de 2004 foi autorizar o pretório excelsa a, “de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”⁶⁵. Se as resoluções suspensivas do Senado já estavam em processo de atrofamento, por força do impacto do alargamento da via principal de controle, é de se prever que o seu espaço institucional, nos próximos anos, passe a ser ocupado pelas súmulas vinculantes, pois autorizam elas atuação normativa direta do Supremo em matéria constitucional, sem que fique a Corte na dependência de providência discricionária do Senado Federal. Ademais, o seu objeto é mais amplo que o das resoluções senatoriais, porquanto podem ter por objetivo a validade (inconstitucionalidade ou constitucionalidade), a interpretação e a eficácia (vigência ou revogação) de normas determinadas (legais ou

⁶³ PEC n. 96/92.

⁶⁴ Artigo 557, *caput* e parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

⁶⁵ Artigo 103-A, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

constitucionais), “acerca das quais haja controvérsia atual entre órgão judiciários ou entre esses e a administração pública que acarreta grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”⁶⁶. É certo, entretanto, que a expedição de súmula vinculante tem como um de seus pressupostos a existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria sumulada, necessariamente de ordem constitucional, ao passo que o Senado, a partir de uma única decisão definitiva da Corte, declaratória da inconstitucionalidade de lei (federal, estadual ou municipal), está autorizado a suspender a execução, no todo ou em parte, do ato impugnado.

Se, por um lado, a súmula vinculante potencializa os efeitos do controle incidental realizado pelo Supremo Tribunal Federal, cuidou o constituinte reformador de limitar o cabimento do recurso extraordinário apenas às questões constitucionais com repercussão geral, assim reconhecidas por, pelo menos, quatro de seus ministros⁶⁷. A disciplina conferida ao instituto da repercussão geral pela Lei Federal n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, mediante o acréscimo dos artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, seguiu a diretriz, já contemplada pela Lei n. 9.756/98, de se atribuir eficácia geral indireta às decisões do Supremo Tribunal Federal em processos concreto-subjetivos⁶⁸, o que deve contribuir para a amenização do déficit decisório de nossa mais alta Corte.

Ademais, começa a se esboçar uma tendência de utilização combinada dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral, de sorte que, uma vez reconhecida a repercussão geral e decidido no mérito o recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal, por seu plenário, consagra em súmula o entendimento prevalente⁶⁹, tornando-o de observância obrigatória aos destinatários mencionados no *caput* do artigo 103-A.

De outra parte, se a própria ideia de súmula jurisprudencial de caráter normativo não se ajusta comodamente a um sistema jurídico radicado na família da *civil law*, sofrendo resistências justificáveis por

⁶⁶ Parágrafo 1º do artigo 103-A.

⁶⁷ Nos termos do parágrafo 3º, acrescido ao artigo 102 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que reza: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁶⁸ Destaquem-se as normas do parágrafo 5º do artigo 543-A e do artigo 543-B, *caput* e parágrafos, do Código de Processo Civil.

⁶⁹ Foi o que sucedeu na aprovação das Súmulas ns. 7 (RE n. 582.650), n. 8 (RE ns. 560.626, 556.664 e 559.882) e 10 (RE n. 482.090).

parte da doutrina e dos operadores do sistema, a avaliação quanto aos efeitos positivos que possa trazer em termos de diminuição da carga de trabalho no âmbito do Supremo Tribunal Federal também não se faz de modo consensual. Afinal, “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”⁷⁰. Ora, na medida que o Pretório Excelso passe a fazer uso constante do instrumento e considerando as ambiguidades e incertezas que fatalmente decorrerão dos textos sumulados⁷¹, corre-se o risco da diminuição da quantidade de recursos extraordinários e de agravos de instrumento se dar à custa de um aumento vertiginoso na quantidade de reclamações, de protocolização direta no âmbito da Suprema Corte.

8 ANÁLISE PROSPECTIVA E CONSIDERAÇÕES FINAIS

No tocante à evolução da fiscalização da constitucionalidade das leis e omissões legislativas no Brasil, a Constituição de 1988, complementada pelas reformas promovidas pelas Emendas Constitucionais ns. 3/93 e 45/04, tornou ainda mais evidente a tendência no sentido da adoção do padrão europeu para o nosso sistema de controle⁷², rompendo em algum momento, de modo definitivo, com as características que ainda o vinculam ao sistema modelar estadunidense.

⁷⁰ Parágrafo 3º do artigo 103-A da Constituição Federal.

⁷¹ O artigo 4º da Lei Federal n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que disciplinou, em nível infraconstitucional, a edição, revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, estabeleceu: “A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”. Tal modulação da eficácia vinculante do enunciado sumular deverá constituir fonte inesgotável de controvérsias envolvendo a sua aplicação, ensejando a interposição das correspondentes reclamações pelos insatisfeitos com a solução dada pelos órgãos administrativos ou jurisdicionais de base.

⁷² Dentre outros autores, é o que sustenta Gilmar Mendes, ao ensinar que no Brasil se constata a tendência, ainda que fragmentária, “à adoção de um sistema aproximado a modelos concentrados de controle de constitucionalidade”. (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 264).

Assim é que a valorização da via principal e abstrata de controle, manejada precipuamente pelo Supremo Tribunal Federal⁷³, ao lado das variadas formas pelas quais vem se procurando dotar as decisões proferidas pela Corte *incidenter tantum* de efeitos gerais⁷⁴, apontam para, em horizonte não muito distante, a concentração da competência de controle nas mãos de corte constitucional federal e, possivelmente, de tribunais congêneres de nível estadual, voltados à guarda das Constituições locais. Em face da tradição histórica e do fortalecimento da presença do Supremo Tribunal Federal na estrutura judiciária brasileira nos últimos anos⁷⁵, o mais provável é que a própria corte suprema, que já ostenta as feições essenciais de um tribunal constitucional, venha a ser adaptada ao desempenho desse novo papel institucional.

Por outro lado, não haveria dificuldade alguma em se manter entre nós as duas formas de atuação da jurisdição constitucional, vale dizer, o método principal e o método incidental, em sintonia com a tendência do sistema europeu do pós-guerra, porquanto a combinação entre uma e outra via já ocorre na atualidade, embora inexista entre nós um incidente de inconstitucionalidade similar ao que é submetido às cortes constitucionais do velho mundo.

⁷³ Basta observar que a União detém a competência legislativa sobre as matérias de maior relevo, sendo a constitucionalidade da legislação federal avaliada apenas pela ação direta de inconstitucionalidade de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁴ Desde a eficácia geral indireta, consistente em se dificultar o seguimento de recursos extraordinários em contraste com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou em facilitar a acolhida daqueles que a ela se afeiçoem, até a constrição dos demais órgãos judiciários e da Administração Pública, direta e indireta, à observância do enunciado de súmulas vinculantes sobre matéria constitucional, passando por inúmeras propostas, *de lege ferenda* ou de sentido meramente interpretativo em relação ao direito posto, que preconizam a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concreto/incidental. É o caso, por exemplo, da PEC n. 406/2001, em que se propõe o acréscimo de parágrafo ao artigo 103 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “O Supremo Tribunal Federal, acolhendo incidente de constitucionalidade proposto por pessoas ou entidades referidas no *caput*, poderá, em casos de reconhecida relevância, determinar a suspensão de todos os processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão, com eficácia e efeito previstos no parágrafo 2º do artigo 102, que verse exclusivamente sobre matéria constitucional suscitada.”

⁷⁵ Exemplo disso é a liderança exercida no Conselho Nacional de Justiça, órgão máximo de controle político-administrativo no âmbito interno do Poder Judiciário, instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, cuja presidência cabe a um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pela Corte, tendo tal escolha, até agora, recaído na figura do próprio presidente do Supremo.

Quanto à sanção de invalidade operada pelo sistema de fiscalização, pode-se afirmar que não mais existe o consenso em torno das virtudes do sistema sancionatório vigente, que, inquestionavelmente, comina a invalidade absoluta (nulidade) para o ato normativo inconstitucional. A pressão exercida pelo legislador infraconstitucional para se atenuarem as consequências drásticas, e nem sempre adequadas, da sanção de nulidade, de que são provas incontestes os artigos 27 da Lei n. 9.868/99 e 11 da Lei n. 9.882/99, ainda que incidindo ele próprio em inconstitucionalidade, está a demonstrar o amadurecimento da superação da sistemática atual, passando-se a trabalhar com a sanção de anulabilidade, para o que se mostra imprescindível a concentração da competência de controle, como já deixei assentado em trabalho doutrinário.⁷⁶

Penso que não se trata apenas de uma tendência evolutiva de nosso sistema de controle, porém, mais do que isso, da necessidade de seu ajustamento, de modo a superar, em definitivo, a crise de funcionalidade provocada pelo advento da concepção social-democrática de Estado, registrada nos preceitos da Constituição de 1934.

O que se espera é que tal reforma institucional, vital para a plena consecução dos generosos objetivos traçados pelo constituinte de 1988, não seja postergada por muito mais tempo, eclipsada por medidas alternativas de legitimidade ou conveniência duvidosas, como algumas daquelas adotadas ultimamente pelo constituinte de reforma, pelo legislador ordinário, ou mesmo fruto de construções jurisprudenciais engendradas pelo Supremo Tribunal Federal. A transformação do Supremo em corte constitucional de feições europeias, isto é, detentora do monopólio do controle de constitucionalidade em nível federal e dedicada, com exclusividade, à jurisdição constitucional, é a chave para a solução do

⁷⁶ Refiro-me, mais uma vez, à obra *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, em que assinalei, à guisa de conclusão: “O sistema de controle de constitucionalidade funciona como critério identificador da sanção de inconstitucionalidade acolhida pelo ordenamento. Assim, a sanção de nulidade exige a presença do controle em via incidental, apresentando a decisão que constata a incidência da sanção a aparência de uma retroatividade radical, por redundar na negativa de efeitos *ab initio* ao ato impugnado. Já a sanção de anulabilidade aparece necessariamente associada ao controle concentrado, em que se produzam decisões anulatórias com eficácia *erga omnes* e não retroativas ou com retroatividade limitada. [...] *De lege ferenda*, propõe-se a modificação do regime sancionatório de inconstitucionalidade brasileiro, passando-se a acolher a sanção de anulabilidade que, aplicada alhures, tem conseguido melhor equilibrar o princípio da supremacia constitucional com as exigências de segurança nas relações jurídicas.” (ob. cit., p. 244-245).

grave problema de sobrecarga com que tem se defrontado, crescentemente, de uns tempos a esta parte. Fora daqueles casos que se compreendem em um conceito *lato* de jurisdição constitucional, como o julgamento de elevadas autoridades da República pela prática de crimes comuns ou de responsabilidade ou de conflitos que possam afetar gravemente a coesão federativa, o Supremo Tribunal não deve julgar causas, e sim questões de constitucionalidade, inclusive as que envolvam a avaliação da recepção do direito pré-constitucional. Enquanto não se despir a nossa mais alta Corte das características de derradeira instância recursal, mediante eliminação ou profunda reformulação do recurso extraordinário, bem além de fórmulas paliativas como as da repercussão geral, não se equacionará a questão do déficit decisório, que tanto incomoda a todos os que a prezam como um dos mais importantes legados do Brasil republicano.

Se a Constituição, nestes vinte anos de vigência da Carta de 1988, adquiriu maior efetividade e respeito, passando a ocupar o espaço central que lhe pertence no sistema jurídico e a condicionar e limitar a atividade política, não resta dúvida de que boa parte dos créditos deve ser atribuída à evolução experimentada no sistema de controle de constitucionalidade, a partir de sua promulgação. Cabe, doravante, completar o caminho que se começou a trilhar em 1934, sem se perder em desvios que possam vir a retardar ou a comprometer o êxito de tão nobre empreitada.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), 1999.

- _____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), 1999. p. 435-458.
- _____. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RAMOS, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*: análises à luz da Lei n. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 109-127.
- _____. *A inconstitucionalidade das leis*: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROTHEMBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*: análises à luz da Lei n. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 198-238.

ORTOTANÁSIA: ASPECTOS DA MORTE NO TEMPO CERTO

Orthothonasias: legal aspects of dying at the right time

Alexandre Aboud¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo refletir sobre ortotanásia. Assim, procura demonstrar que a morte não pode ser vista como um mal a se evitar, mas que morrer com dignidade representa o maior respeito ao direito à vida, principalmente quando essa vida é alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana. Baseado em literatura multidisciplinar, o estudo envolve pesquisa em meios não jurídicos e trabalho de campo, com autoridades religiosas e comissões de ética médica de hospitais. Pretende-se demonstrar o que representa a ortotanásia e como ela é compreendida pelos profissionais envolvidos. O propósito é o de oferecer suporte jurídico para aqueles que tratam o tema como um tabu e também para os que aplicam a ortotanásia de forma clandestina, no dia a dia de nossos hospitais e unidades de terapia intensiva.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa; Ortotanásia; Sistema Jurídico.

ABSTRACT

This paper aims at reflecting about the orthothonasias. It seeks to demonstrate that death cannot be seen as an evil to be avoided and that dying with dignity represents the ultimate expression of respect for the right to life, especially when that life is based on the principle of human dignity. Based on multidisciplinary literature, this study involves research in non-legal milieus and fieldwork with religious authorities and medical ethics committees of hospitals. The purpose of this paper is to demonstrate what orthothonasias represents and how it is understood by the professionals. It intents to provide legal support for those who treat orthothonasias as a taboo subject and also for those who practice it clandestinely on a day-to-day basis in our hospitals and intensive care units.

Keywords: Dignity; Legal System; Orthothonasias.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo - SP - Brasil. E-mail: alexandre.aboud@gmail.com. Texto recebido em 10.08.2010 e aprovado em 06.10.2010.

1 INTRODUÇÃO

Assunto que começa a ganhar realce nos meios científicos é a prática da ortotanásia, ou seja, os cuidados dispensados ao paciente no processo de morrer, para que essa morte ocorra de forma digna, sem sofrimento e com respeito à sua vontade e valores.

Ao longo da pesquisa, foi possível perceber o quanto este tema é desconhecido no meio jurídico, apesar de sua recorrência, no dia após dia das unidades de terapia intensiva e nos hospitais, principalmente nos públicos.

Só quem vivencia essa realidade sabe de sua real importância, do quanto pode sofrer um doente terminal, e principalmente que – apesar de toda tecnologia posta à disposição dos médicos – a vida ainda é finita.

Além disso, a ortotanásia provoca fascínio por exigir o diálogo constante entre os operadores do direito e os profissionais da área de saúde, e muitas vezes esses posicionamentos são totalmente antagônicos e colidem. O auxílio mútuo entre as classes sempre é necessário, principalmente ao se tratar do biodireito.

Nessa esteira, o que magnetiza e ao mesmo tempo complica a compreensão da ortotanásia é seu caráter interdisciplinar que inúmeras vezes apresenta conceitos díspares para a mesma terminologia, trazendo mais complexidade e sabor ao debate.

Assim, como não temos a pretensão de esgotar o assunto, buscamos abrir nova frente de diálogo e demonstrar, ainda que de forma simples, os aspectos jurídicos e outros que se articulam para discussão do tema proposto, vez que a questão tem ocupado e vai ocupar a atenção de todos.

Segue assim este trabalho, para que se possa refletir sobre a importante temática.

2 CONCEITOS

2.1 Eutanásia

Há quem separe o termo eutanásia ativa de eutanásia passiva, porém procuraremos abordar o termo eutanásia como sendo eutanásia ativa, deixando a diferença dos conceitos para outra oportunidade.

A eutanásia é um termo derivado do grego *eu* (bom) e *thanatos* (morte), que significa vulgarmente boa morte, a morte calma, a morte doce e tranquila² ou morte sem sofrimento.³

Segundo André Comte-Sponville, “a palavra serve para declarar uma morte deliberadamente aceita ou provocada, com ajuda da medicina, para abreviar os sofrimentos de uma doença incurável: é uma morte com assistência médica”.⁴

Para Albert Calsamiglia, “la eutanasia significa la inducción de la muerte sin dolor en intres del destinatario y supone la reducción de la duración de la vida de un enfermo terminal”.⁵

Já Heinrich Ganthalter define a eutanásia, por ele chamada de auxílio à morte, como “toda ação ou omissão que tenha por fim abreviar a vida de um paciente com o fim de evitar o sofrimento”.⁶

Porém, entendemos que a mais completa definição para o termo é a de Roberto Baptista Dias da Silva:

“Eutanásia deve ser entendida como o comportamento médico que antecipa ou não adia a morte de uma pessoa, por motivos humanitários, mediante requerimento expresso ou por vontade presumida – mas sempre em atenção aos interesses fundamentais – daquele que sofre uma enfermidade terminal.”⁷

A eutanásia já era há muito difundida na humanidade, devendo ser lembrado que o próprio Platão era defensor de sua prática, consoante trecho extraído de sua obra, no diálogo entre Sócrates e Glauco, quando o primeiro assim se pronunciou:

² DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. rev. e atual. por Nagib Slaib Filho, Glaucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 566.

³ MELHORAMENTOS: minidicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1996. p. 215.

⁴ COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. São Paulo: Martins Fontes. p. 226.

⁵ CALSAMIGLIA, Albert. *Sobre la eutanasia*. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_17.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2010.

⁶ GANTHALER, Heinrich. *O direito à vida na medicina: uma investigação moral e filosófica*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 30.

⁷ SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Uma visão constitucional da eutanásia*. 2007. 298 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

“Por consequência, estabelecerás em nossa cidade médicos e juízes tais como os descrevemos, para tratarem os cidadãos que são bem constituídos de corpo e alma; quanto aos outros, deixaremos morrer os que têm corpo enfermiço; os que têm alma perversa por natureza e incorrigível serão condenados à morte.”⁸

Todavia, o termo foi estigmatizado pela obra *A destruição da vida destituída de valor*, do psiquiatra *Alfred Hoche* e do jurista *Karl Binding*. Seus autores entendiam que existem seres sem qualquer valor, ou seja, para eles seria necessária a imediata exclusão dessas pessoas da sociedade. Essa obra foi utilizada por Adolf Hitler quando, em 1933, editou lei para a prevenção de doenças hereditárias, permitindo a eliminação de pessoas acometidas por imbecilidade, loucura, epilepsia, surdez, cegueira, alcoolismo etc.⁹

Com base nessa legislação, e até 1939, os nazistas exterminaram 375 mil vidas. Para se ter uma ideia de tamanha atrocidade, em 1939, a Alemanha possuía 300 mil doentes mentais, que foram reduzidos para aproximadamente 46 mil em 1946.¹⁰

Ainda com uma interpretação mais elástica dessa legislação e o apoio da classe médica, que antes só consentia com o extermínio de doentes crônicos, passou-se a permitir a aplicação da norma para os socialmente não produtivos ou os não desejados. Posteriormente, passou-se a admitir a aplicação para os não germanos, o que acabou por ocasionar a morte de milhões de judeus, em campos de extermínio.

No Brasil, a prática da eutanásia é tipificada, na maioria dos casos, como homicídio privilegiado, consoante o disposto no parágrafo 1º do artigo 121 do Código Penal: “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.”

Não bastasse essa previsão, a conduta é rechaçada pelo artigo 41 do Código de Ética Médica, que veda ao médico “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”.

⁸ PLATÃO. *A república*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 105.

⁹ PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 39.

¹⁰ WERTHAM, Fredric. *A sign for Cain*. New York: Warner Paperback Library, 1969. p. 159 e 247.

Como visto, apesar da finalidade humanitária, a eutanásia não é aceita em nosso país, sendo que sua prática constitui fato típico, antijurídico e antiético.

Porém, em alguns países, a eutanásia é aceita¹¹. O Código Penal boliviano¹² permite excepcionalmente o perdão judicial para a prática do chamado homicídio piedoso. No Uruguai, os juízes têm a faculdade de conceder o perdão judicial.¹³

Na Europa, a Dinamarca foi o primeiro país a levantar a bandeira pela legalização da prática da eutanásia, pois, apesar da tipificação, a jurisprudência vinha permitindo sua prática em alguns casos. A partir de 2002, com a reforma dos artigos 293 e 294 do Código Penal, foi permitida sua prática, desde que o médico: a) tenha se convencido que o pedido do paciente foi meditado e voluntário; b) tenha se convencido de que o padecimento do paciente é insuportável e sem esperanças de melhora; c) tenha informado ao paciente sua real situação e suas perspectivas de futuro; d) tenha se convencido, juntamente com o paciente, de que não há outra solução razoável para a situação em que ele se encontra; e) tenha consultado pelo menos um médico independente que, examinando o paciente, emitiu seu parecer por escrito sobre o cumprimento dos requisitos de cuidado; f) tenha praticado a eutanásia ou o auxílio ao suicídio com o máximo de cuidado e esmero profissional possíveis.¹⁴

No mesmo ano, a Bélgica aprovou lei permitindo a prática da eutanásia; exigindo do médico a maioridade do paciente, sua capacidade e consciência no momento do pedido, além da constatação de sofrimento físico ou psíquico constante e insuportável que não possa ser acalmado.¹⁵

O direito norte americano é um caso à parte. Apesar de não existir positivação, há decisões judiciais em ambos os sentidos.¹⁶

¹¹ SILVA, Roberto Baptista Dias da, *Uma visão constitucional da eutanásia*, p. 116 e ss.

¹² Artigo 257 c.c. o artigo 39.

¹³ Artigo 37.

¹⁴ SILVA, Roberto Baptista Dias da, *Uma visão constitucional da eutanásia*, p. 126.

¹⁵ SILVA, Roberto Baptista Dias da, *Uma visão constitucional da eutanásia*, p. 127.

¹⁶ SILVA, Roberto Baptista Dias da, *Uma visão constitucional da eutanásia*, p. 129-131.

2.2 Distanásia

A distanásia é o antônimo da eutanásia. Segundo o dicionário Aurélio¹⁷, distanásia é “a morte lenta, ansiosa, com muito sofrimento”. Etimologicamente, a palavra vem da junção das palavras gregas *dys*, que significa defeituoso, e *thanatos*, morte.

Segundo o teólogo *Hubert Lepargneur*, citando *Azpitarte* e outros teólogos:

“A distanásia é a crueldade terapêutica, assalto técnico, abuso que não se justifica moralmente porque pode beneficiar outras pessoas, mas não o doente cuja agonia se prolonga. Na prática pode significar uma falta de reconhecimento prático da soberania de Deus sobre a vida, uma atitude orgulhosa de confiança na técnica, uma idolatria da vida, o medo de enfrentar a morte de frente. Representa um ataque contra a dignidade da pessoa, que pode ficar subordinada a procedimentos técnicos; é inclusive um ataque à sociedade em virtude de um uso injusto de energias e recursos que são limitados.”¹⁸

Para *Renato Lima Charnaux Sertã*, distanásia é o “tratamento fútil, quando ministrado em pacientes portadores de graves moléstias, para os quais não há solução facilmente identificável pela ciência médica”.¹⁹

Nos dizeres de *Maria Helena Diniz*, pela distanásia

“[...] tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é a morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se de prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte.”²⁰

Questiona-se o que seria esse tratamento inútil ou fútil mencionado e sua origem.

¹⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 694.

¹⁸ LEPARGNEUR, Hubert, 1999, Bioética da eutanásia: argumentos éticos em torno da eutanásia. *Bioética*, v. 7, n. 1, p. 41-48. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v7/bioeutanasia.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

¹⁹ SERTÃ, Renato Lima Charnaux. *A distanásia e a dignidade do paciente*. São Paulo: Renovar, 2005. p. 32.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 373.

Ressalta-se que o termo “tratamento fútil” é utilizado no meio médico para designar o que os europeus designam como obstinação terapêutica.

Muito se discute sobre a origem do termo futilidade. Para *Joaquim Antônio Cesar Mota*, “o termo vem do latim *futile*”, designação de um vaso cuja base muito estreita não o permite ficar em pé, e em razão disso ocasiona o derramamento de todo conteúdo, tornando-se um objeto inútil.²¹

Para *Léo Pessini*, “o termo deriva da palavra latina *futilis* que significa furado”. Segundo a mitologia, Júpiter, para punir as Danaïdes, condenou-as aos Hades, a encher eternamente de água um balde furado. Tal esforço é considerado fútil, visto que seu objetivo jamais será atingido.

Joaquim Antônio César Mota identifica como futilidade a “ação médica cujos potenciais benefícios para o paciente são nulos ou tão pequenos ou improváveis que não superam os seus potenciais malefícios”.²²

Interessante notar que o dever do médico prolongar a vida não remonta à medicina clássica, visto que, nos primórdios, o profissional que prolongasse a vida de forma fútil era considerado como um não ético.

Atualmente, em sua maioria, os médicos já estão se conscientizando de sua limitação, aprendendo dessa forma a moderar seu determinismo, ou seja, estão vendo a morte como um fato natural, e não como uma inimiga que deve ser combatida a qualquer custo. Agindo dessa forma, eles deixam de oferecer tratamentos ineficazes, inúteis e que não trazem benefícios.

Nesse passo, a questão central é definir quando esse tratamento se torna fútil, pois aí os malefícios serão maiores que os benefícios, ou seja, ao prolongar a vida dos pacientes a qualquer custo, o médico acaba, com sua obstinação, causando dor e sofrimento ao paciente, o que chega a ser considerado desumano.

Não bastasse isso, passou-se a dar um valor maior ao consentimento do paciente, vendo-o como fator determinante para a ação médica. Tal

²¹ MOTA, Joaquim Antônio César. Quando um tratamento torna-se fútil? *Bioética*, v. 7, n. 1, p. 35-39, 1999. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v7/quando.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

²² MOTA, Joaquim Antônio César, ob. cit, p. 1.

fato é muito positivo, por ter excluído a decisão da mão de uma única pessoa.

Assim, os profissionais da área de saúde, valendo-se da autonomia dos pacientes, estão dando oportunidade para eles rejeitarem tratamentos danosos, ineficazes e inúteis.

Porém, os profissionais da saúde não podem ser crucificados, pois eles “são socializados em um *ethos* que, erroneamente, associa morte ao fracasso”²³. Essa obstinação pela vida tem como raiz o avanço da medicina, o uso de tecnologia de ponta e o surgimento de novas drogas. Ainda, tal obstinação é o resultado de uma interpretação equivocada da questão jurídica, que associa o não agir à omissão de socorro e à possibilidade de violação ao Código de Ética, por permanecer inerte.

Há que se considerar também as questões dos termos dor e sofrimento, que apesar de parecerem sinônimos, diferem, na medida que o primeiro leva em conta o aspecto físico, enquanto que o segundo leva em conta o aspecto psíquico.²⁴

O problema se reveste de maior complexidade no tratamento de doentes terminais. O guia de cuidados paliativos da Associação Espanhola de Cuidados Paliativos estabelece características da terminalidade:

- “1) presença de uma enfermidade avançada, progressiva e incurável;
- 2) falta de possibilidades razoáveis de respostas ao tratamento específico;
- 3) presença de inúmeros problemas ou sintomas intensos, múltiplos, multifatoriais e cambiantes;
- 4) grande impacto emocional no paciente, família e equipe de cuidados, estreitamente relacionado com a presença explícita, ou não, da morte;
- 5) prognóstico de vida inferior a seis meses.”²⁵

Não bastasse a questão da terminalidade, a medicina também encontra o mesmo tipo de problema no chamado estado vegetativo

²³ DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 296.

²⁴ MORAES, Tania Maria de. *Como cuidar de um doente em fase terminal?* São Paulo: Paulus, 2008. p. 45.

²⁵ PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. *O que entender por cuidados paliativos?* 2. ed. São Paulo: Paulus, 2006. p. 13. Conferir edição!

persistente e também nas crianças nascidas em um estado de sofrimento vital.

Para esses pacientes, a qualidade de vida é mais importante do que a própria vida. A resposta para eles só encontraremos na ortotanásia, próxima discussão neste texto.

2.3 Ortotanásia

Para compreender a ortotanásia foram necessárias essas considerações sobre a eutanásia e a distanásia, eis que a linha que as separa é tênue.

A palavra ortotanásia significa a morte no tempo certo, sendo a derivação do prefixo *ortho* (correto) com o sufixo *thanatos* (morte). Na feliz expressão cunhada por *Léo Pessini*, na ortotanásia a morte chega em “compasso espontâneo”.²⁶

Juliano Taveira Bernardes define ortotanásia como “interrupção do tratamento que mantenha vivo o paciente sem chances de recuperação, de modo que a morte ocorre naturalmente”.²⁷

Para *Luís Guilherme Blanco* a ortotanásia:

“Es vocablo alque le adjudicamos el sentido de ‘muerte a su tiempo’, sin abrevaciones tajantes (eutanasia) ni prolongaciiones irrazonables (distanasia) del proceso de morir, concretándose esa muerte ‘correcta’ mediante la abestención, supresión o limitación de todo tratamiento futil, extraordinario o desproporcionado ante la iminencia de la muerte del paciente [...].”²⁸

Interessante a lição da enfermeira *Tânia Mara de Moraes*:

“Dentre os direitos de um doente com doença terminal está morrer com dignidade. O que vem a ser isto? Acreditamos que signifique viver seus últimos dias, meses, seja o tempo que for, com suas necessidades mais importantes atendidas, sem sentir dor ou outro sintoma que lhe cause desconforto, ser tratado com respeito em sua integridade e individualidade, ter possibilidade de decidir sobre sua vida, ter as pessoas queridas por perto, na medida do possível, contar com apoio espiritual

²⁶ PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana, ob. cit., p. 228.

²⁷ BERNARDES, Juliano Taveira. *Apostila de direito constitucional*. [s.n.], 2008. Mimeo.

²⁸ BLANCO, Luis Guillermo. *Muerte digna: consideraciones bioético-jurídicas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. p. 31.

durante toda essa fase, ter a chance de resolver alguma pendência sobre sua vida, que o esteja incomodando; não ser abandonado pelos seus entes queridos, nem pela equipe médica.”²⁹

Diferente da eutanásia e da distanásia, a ortotanásia é o não prolongar artificialmente o processo da morte. Assim, em termo simplista, a ortotanásia se opõe à distanásia.

De modo menos simplista, ela também se opõe à eutanásia ativa, vez que inexiste conduta comissiva ou omissa própria de profissional da área de saúde ou outro agente.

Tanto isso é verdade que no anteprojeto de reforma da Parte Especial do Código Penal, a ortotanásia é causa de exclusão de ilicitude. Assim, também o é no projeto de lei de iniciativa do senador Gerson Camata, já aprovado pelo Senado.

Para se ter uma ideia da evolução da discussão sobre a ortotanásia, desde 1991, com a aprovação do *The Patient Self-Determination Act*, nos Estados Unidos, no caso da aceitação da doença, o paciente tem o direito de determinar suas diretrizes, ou seja, é dado ao paciente o direito de recusar alguns tratamentos médicos na fase final da vida.

Por essa legislação, os nosocômios, no momento da admissão, são obrigados a informar aos pacientes o direito deles estabelecerem diretrizes antecipadas, ou seja, eles podem informar quais tratamentos aceitam ou recusam.

Essas diretrizes antecipadas (*advances directives*) são efetivadas por três formas: a primeira delas é o chamado testamento vital (*living will*), no qual o indivíduo pode se negar a se submeter a procedimento médico fútil. Conceitua-se o testamento vital como “o documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade”.³⁰

²⁹ MORAES, Tania Mara de, *Como cuidar de um doente em fase terminal?*, p. 38.

³⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 295.

A segunda forma é a possibilidade de nomear um procurador que manifestará a vontade, em substituição ao paciente que não se encontra em condições de decidir por si só.

Já a terceira e última forma é um misto das duas anteriores, na qual o paciente estabelece previamente as diretrizes e nomeia um procurador, na necessidade de imposição de novas resoluções. Ao que parece, essa forma é mais completa que as duas anteriores.

Os problemas ocorrem nas decisões com pacientes inaptos, que não deixam diretrizes e nem procuradores. Nessas hipóteses, recomenda-se ao médico a busca pelo melhor benefício, buscando o consentimento de um parente em grau mais próximo.

Entendemos que as diretrizes antecipadas derivam do próprio consentimento informado do paciente, ou seja, o paciente tem o direito de escolher se aceita ou não um determinado tratamento.

Todavia, para importação desse modelo, faz-se necessário que o consentimento informado deixe de ser um papel previamente preenchido com a assinatura do paciente, para ser um instrumento que represente o diálogo franco e aberto ocorrido entre médico e paciente.

No Brasil há muito que se evoluir para compreensão da ortotanásia, fazendo-se necessária uma abordagem interdisciplinar, envolvendo aspectos legislativos, a questão religiosa, os cuidados paliativos e os conflitos jurídicos existentes.

3 INTERSECÇÃO ENTRE AS ÁREAS

3.1 Cuidados paliativos

Como já abordado no tópico sobre a distanásia, paciente terminal é aquele que está no último estágio de evolução de uma doença, sendo o próximo passo a própria morte.

Nos dizeres de *Genival Veloso de França*: “Considera-se paciente terminal aquele que, na evolução de sua doença, é incurável ou sem condição de ter prolongada a sua sobrevivência, apesar da disponibilidade de recursos, estando, pois, num processo de morte inevitável.”³¹

³¹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004. p. 247.

Para esses pacientes se inicia o que se denomina de cuidados paliativos. A palavra paliativo deriva do latim *pallium*, que significa manto, ou seja, é o manto que protege os que passam frio (doentes terminais).

A Organização Mundial de Saúde define os cuidados paliativos como:

“Uma abordagem que aprimora a qualidade de vida dos pacientes e famílias que enfrentam problemas associados com doenças ameaçadoras da vida, através da prevenção e alívio do sofrimento, por meios de identificação precoce, avaliação correta e tratamento da dor e outros problemas de ordem física, psicossocial e espiritual.”

Leo Pessini e Luciana Bertachini elencam os princípios dos cuidados paliativos:

“(i) valorizam atingir e manter um nível ótimo de dor e administração dos sintomas [...] (ii) afirmam a vida e encaram o morrer como um processo normal [...] (iii) não apressam e nem adiam a morte [...] (iv) integram aspectos psicológicos e espirituais dos cuidados do paciente [...] (v) oferecem um sistema de apoio para ajudar os pacientes a viver tão ativamente quanto possível, até o momento da sua morte [...] (vi) ajudam a família a lidar com a doença do paciente e no luto [...] (vii) exigem uma abordagem em equipe [...] (viii) buscam aprimorar a qualidade de vida [...] (ix) são aplicáveis no estágio inicial da doença, concomitantemente com as modificações da doença e terapias que prolongam a vida [...].”³²

Pelo que se extrai dos princípios acima elencados, os cuidados paliativos não se aplicam tão somente aos acometidos com neoplasia, mas sim a todos que têm um diagnóstico não favorável, tendo como principal escopo oferecer uma melhor qualidade de vida a esses pacientes, fazendo-os aceitar um processo que não tem mais volta.

Na verdade, “a morte é uma condição humana, mas a existência predeterminada é desconcertante”³³. Assim, esses pacientes, especificamente, têm o direito de ter uma morte digna, eis que a morte para eles é encarada de forma natural como o fim de um ciclo.

Apesar do envelhecimento de nossa população, o nosso sistema de saúde dispõe de poucos programas de cuidados paliativos, o que, a nosso ver, deveria ser alterado nos próximos anos, através da implementação de políticas públicas específicas.

³² PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana, *O que entender por cuidados paliativos?*, p. 2 e ss.

³³ DINIZ, Débora, Quando a morte é um ato de cuidado, p. 302.

3.2 Posicionamentos religiosos

Apesar de aceita, algumas religiões a tratam de forma diferenciada. Pretendemos abordar, em breve síntese, a posição das religiões³⁴, sem pretensão de esgotar a questão ou adentrar em maiores discussões.

3.2.1 Judaísmo

O rabino Michel Schlesinger³⁵, bacharel em direito formado pela Universidade de São Paulo, nos explicou que, para o judaísmo, a morte não deve ser apressada em hipótese alguma, e que, nesse período, o paciente deve ser plenamente assistido e encorajado.

Para hipótese da ortotanásia, o rabino explicou que a família deve consultar o rabino que, ao interpretar a Torah³⁶, dará a palavra final.

Assim, no judaísmo, a ortotanásia não é vedada, mas imprescinde da autorização do rabino.

3.2.2 Catolicismo

Uma das primeiras abordagens sobre o assunto é do Papa Pio XII que, no *Discurso sobre a anestesia*, entendeu ser ilícita e tida como forma direta de apressar a morte, sob o fundamento de que o homem não é senhor de seu corpo, que pertence a Deus. Porém, no mesmo discurso, permite o uso de narcóticos para alívio das dores, mesmo com o encurtamento da vida.

Quanto à prática médica da reanimação do paciente tido como morto, o mesmo Pio XII, em discurso específico, só obriga o uso dos meios ordinários, dentro do estritamente necessário, autorizando nesses casos que a família insista com o médico para interromper a reanimação.

³⁴ Foram encaminhados inúmeros *e-mails* para diversas entidades religiosas e o único respondido foi o dos israelitas. Assim, por justa homenagem, essa religião encabeçará este capítulo.

³⁵ O rabino nos recebeu em audiência na Federação Israelita de São Paulo.

³⁶ A palavra Torah vem do hebraico e significa lei ou instrução. Ele é formado por cinco livros chamados de Pentateuco, ou seja, Genesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio.

A Congregação para a Doutrina e Fé, na *Declaração sobre a eutanásia*, entende ser lícito ao paciente, em consciência, tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, ante a impossibilidade de recuperação.

O Papa João Paulo II ensinou que: “Quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhante.”³⁷

Pouco antes de sua morte, em discurso aos participantes da XIX Conferência Internacional sobre Cuidados Paliativos, o Papa manifestou que “sobretudo na fase da enfermidade em que já não é possível realizar terapias proporcionadas e eficazes, impõe-se a obrigação de evitar toda forma de obstinação terapêutica”.³⁸

Aliás, o próprio Papa João Paulo II deu exemplo típico de ortotanásia, ao preferir terminar sua vida em seus aposentos do que voltar à Policlínica Gemelli de Roma, aceitando a finitude de sua vida.³⁹

3.2.3 Islamismo

Para o muçulmano, a vida humana é sagrada e não deve ser voluntariamente tirada, por isso mesmo ela deve ser protegida em todos os seus aspectos.

O Corão⁴⁰ entende que tirar a vida de uma pessoa é como tirar a vida de todas as pessoas, e o Código Islâmico de Ética Médica determina que o médico deva proteger a vida humana em todos os estágios e sob quaisquer circunstâncias, fazendo o máximo para libertá-la da morte, doença, dor e ansiedade.

Porém, a ortotanásia é aceita, pois se recomenda ao médico perceber os limites de atuação profissional, ou seja, não se exige do médico qualquer atuação além do razoável.

³⁷ JOÃO PAULO II, Papa. *Carta Encíclica Evangelium Vitae sobre o valor e inviolabilidade da vida humana*. ?????. p. 93. Conferir e completar.

³⁸ PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana, *O que entender por cuidados paliativos?*, p. 63.

³⁹ PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana, *O que entender por cuidados paliativos?*, p. 63.

⁴⁰ O Corão ou Alcorão é o livro sagrado do islamismo, ou seja, neles os muçulmanos acreditam estar a palavra final de Deus, e daí sua tradução para o português resultar no termo “a recitação”.

3.2.4 Budismo

Para o budismo, a morte é considerada apenas uma transição, assim não se deve apressá-la ou encurtá-la. Apesar dessa religião não contar com uma autoridade central, consta que em alguns casos o próprio Buda perdoou o suicídio, principalmente quando o indivíduo tinha a mente livre do egoísmo e do desejo.

Assim, em breve síntese, o budista acredita que a morte deve ter seu curso natural, não devendo ser infinitamente prolongada. Na tradição budista é valorizada a decisão pessoal sobre o tempo e a hora de morrer, ou seja, é valorizada a morte digna, denominada *songenshi*.

Assim, para o budismo, não há qualquer óbice na prática da ortotanásia.

3.3 O regramento da ortotanásia

Não existe diploma legislativo federal disciplinando a prática da ortotanásia. Porém, ela é tratada especificamente em resoluções do Conselho Federal de Medicina, em legislação do Estado de São Paulo e em quatro projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional.

3.3.1 Das resoluções do Conselho Federal de Medicina

A Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, estabelece:

“Artigo 2º - O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são órgãos supervisores da ética profissional em toda República e ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhe zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente.

[...]

Artigo 15 - São atribuições dos Conselhos Regionais:

h) promover, por todos os meios ao seu alcance, o perfeito desempenho técnico e moral da medicina e o prestígio e bom conceito da medicina, da profissão e dos que a exercem.”

Com base nesse poder normativo, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução n. 1.931, de 17 de setembro de 2009, intitulada como Código de Ética Médica. No parágrafo único do artigo 41, o novo Código de Ética Médica permite a prática da ortotanásia, ao estabelecer que

“Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

Anteriormente, o Conselho Federal de Medicina já havia aprovado a Resolução n. 1.805/2006⁴¹, com os seguintes termos:

“Artigo 1º - É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º - O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º - A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º - É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Artigo 2º - O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Artigo 3º - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.”

A edição da Resolução n. 1.805/2006 teve como escopo disciplinar a ortotanásia, principalmente visando a resguardar a difícil situação dos médicos, que poderiam ser criminalmente responsabilizados se a aplicassem sem qualquer orientação procedural.

O Ministério Público Federal, na pessoa do procurador Wellington Divino Marques de Oliveira, questionou a edição da Resolução n. 1.805/2006, tanto no aspecto formal, como no material.

Elaborou o *parquet* os seguintes questionamentos formais em sua peça:

⁴¹ Resolução suspensa por decisão liminar do Juiz Roberto Luis Luchi Demo, nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal, movida pelo Ministério Público Federal.

“A Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, confere ao Conselho Federal de Medicina poder regulamentar para dispor sobre matéria privativa de lei (direito à vida)?

A Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, confere ao Conselho Federal de Medicina poder de regulamentar diretamente a Constituição Federal?

Há algo no ordenamento jurídico que confira ao Conselho Federal de Medicina o poder/competência/atribuição para declarar que a ortotanásia não é mais tipificada como crime após a Constituição Federal de 1988, ou seja, para dizer a todos os médicos da não recepção de tal matéria?

A Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, confere ao Conselho Federal de Medicina poder regulamentar para dizer que uma conduta tipificada como crime pode até ser crime, mas não é antiética?.”

Aduz o Ministério Público Federal que o Conselho Federal de Medicina feriu o princípio da legalidade e que o tema deveria ser discutido no Congresso Nacional, tendo em vista que o regulamento tem o caráter de ato estritamente subordinado. Apesar de não questionada, a suposta fragilidade existente na Resolução n. 1.805/2006 está presente na Resolução n. 1.931/2009.

3.3.2 Poder normativo técnico do Conselho Federal de Medicina

O poder normativo da Administração Pública⁴² sempre foi tema dos mais tormentosos e atuais debates.

Denomina-se regulação estatal⁴³ o conjunto de atribuições do Estado de intervenção direta e indireta na economia e na sociedade. Vê-

⁴² Denominação utilizada por *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, dentre outros: “Normalmente, fala-se em *poder regulamentar*; preferimos falar em poder normativo, já que aquele não esgota toda a competência normativa da Administração Pública.” (*Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 86-87).

⁴³ Utiliza-se aqui o termo na acepção mencionada por *Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto*: “[...] atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos” (A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-29, 2002). Idêntico conceito adota *Odeté Medauar*, que ressalva que essa atividade não visa tão somente à atividade econômica e serviços públicos, não incluindo necessariamente a ideia de concorrência, atingindo também os “chamados setores sensíveis da vida social” (Regulação e autorregulação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 123-128, 2002). Verificar as páginas específicas das citações de Marques Neto e Medauar.

se nos últimos tempos forte intervenção estatal na atuação da iniciativa privada, intervenção de caráter normativo, no lugar da produção pelo Estado, muitas vezes em caráter monopolista, de utilidades, necessidades e serviços públicos. No entanto, a intensa regulação estatal de caráter normativo, fiscalizatório e sancionatório, não é fenômeno recente.

Justamente o exercício da discricionariedade pelo Conselho Federal de Medicina originou o problema suscitado pelo Ministério Público Federal na ação civil pública, principalmente quanto às limitações a esse poder normativo impostas pelas leis e pela Constituição Federal.

O Conselho Federal de Medicina se caracteriza como sendo uma autarquia de regime especial. Essas autarquias se distinguem das tradicionais por deterem poder normativo técnico, autonomia decisória, independência administrativa e autonomia financeira.

Nessa esteira, o passo marcante que compõe essas autarquias de regime especial é a normatividade técnica, ou seja, o poder de regular matéria de ordem técnica estrita à sua alcada.

Segundo *José dos Santos Carvalho Filho*:

“O poder normativo técnico indica que essas autarquias recebem das respectivas leis delegação para editar normas técnicas (não as normas básicas de política legislativa) complementares de caráter geral, retratando poder regulamentar mais amplo, porquanto tais normas se introduzem no ordenamento jurídico como direito novo (*ius novum*). Semelhante poder tem suscitado alguns questionamentos, inclusive quanto à sua constitucionalidade. Não vemos, porém, qualquer óbice quanto à sua instituição, de resto já ocorrida em outros sistemas jurídicos. O que nos parece inafastável é a verificação, em cada caso, se foi regular o exercício do poder ou, ao contrário, se foi abusivo, com desrespeito aos parâmetros que a lei determinou. Consequentemente, o poder normativo técnico não pode deixar de submeter-se a controle administrativo e institucional.”⁴⁴

Assim, a edição das resoluções derivou de competência atribuída pela Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, que outorgou legitimidade para a autarquia tratar de temas atinentes à área médica.

Dessa forma, nada mais teria feito o Conselho Federal de Medicina do que zelar pelo exercício da medicina, agindo dentro das atribuições que lhe foram legalmente conferidas.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 429.

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou caso análogo envolvendo o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro, tendo assim decidido: “Mandado de segurança. Resolução n. 19/87 do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro. O Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro tem competência para baixar resoluções a respeito da profissão médica.”⁴⁵

Além disso, as resoluções disciplinam direitos fundamentais que são autoaplicáveis, ou seja, sua execução independe de lei regulamentadora. Vale lembrar que os constituintes consagraram a dignidade da pessoa humana como um dos seus princípios basilares.

Nessa esteira, as resoluções só estabeleceram diretrizes sobre o que já estava constitucionalmente assegurado. Nessa linha a lição *Maria Elisa Villas-Bôas*: “A Resolução, a rigor, não era necessária. Ela não ‘permite’ nada. Só ratifica o que já é permitido.”⁴⁶

Assim, entendemos que as resoluções são absolutamente legais e só disciplinam os procedimentos médicos na hipótese de o paciente querer se valer de um direito constitucional.

3.4 Legislação paulista

O Estado de São Paulo, inovando no cenário nacional, já disciplinou a matéria através da Lei n. 10.241/99, ao estabelecer os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado de São Paulo.

Tal norma tem seu substrato de validade na Constituição Federal, em especial no disposto no artigo 22, II, por se tratar de competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nessa lei, de caráter eminentemente humanista, o paciente foi guinado ao centro das atenções, saindo da posição de mero receptor de cuidados. Assim, não se pode pela lei impor tratamentos que o usuário não quer.

Estabelece o artigo 2º: “São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo: [...] XXIII - recusar tratamentos dolorosos

⁴⁵ STJ – REsp n. 8.490/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. 07.08.2000.

⁴⁶ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia é legal (ou: Da Resolução CFM n. 1.805/2006 numa visão para juristas). *Evocati Revista*, Aracaju, SE, n. 13. jan. 2007 Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=97&tmp_secao=23&tmp_topico=biodireito>. Acesso em: 10 nov. 2010.

ou extraordinários para tentar prolongar a vida; XXIV - optar pelo local de morte;"

Tal legislação trouxe ao Estado de São Paulo a introdução da filosofia dos cuidados paliativos que devem ser aplicados no domicílio do paciente, bem como a tendência de acentuado desenvolvimento do atendimento domiciliar (*home care*).

Em suma, a lei bandeirante mostrou o quanto São Paulo está avançando na prática da ortotanásia. A única ressalva que se faz é que a norma não estabeleceu o procedimento médico para sua aplicação, como o fez, de forma pormenorizada, o Conselho Federal de Medicina.

3.5 Projeto de lei em andamento

O senador Gerson Camata apresentou o Projeto de Lei do Senado n. 116/2000, excluindo a ilicitude da ortotanásia. Ainda o mesmo senador apresentou o Projeto de Lei do Senado n. 524/2009, dispondo sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença.

Os deputados Hugo Leal e Otavio Leite, pretendendo regulamentar a prática da ortotanásia no território nacional, apresentaram o Projeto de Lei n. 3.002/2008.

Tendo em vista a repercussão do caso da italiana Eluana Englaro, que permaneceu dezessete anos em coma vegetativo, e que sua família conseguiu autorização da Justiça italiana para deixá-la morrer em 7 de abril de 2009, o deputado Talmir Rodrigues apresentou o Projeto de Lei n. 5.008/2009, com proposta de proibição de suspensão de cuidados de pacientes em estado vegetativo persistente.

Em muitos pontos, esse último projeto colide com as anteriores, porém deve-se salientar que as tentativas para regulamentação da matéria são louváveis e demonstram que muito em breve o Brasil aprovará lei regulamentando a ortotanásia. Porém, para sua adoção, fazem-se necessárias algumas correções na maioria das propostas apresentadas, além de maciça orientação e divulgação pelo Ministério da Saúde, vez que falar de morte não é típico de nossa cultura.

3.6 Bioética

Não há como falar em ortotanásia sem adentrar o campo bioético. A bioética é o ramo da ética que trata de questões relacionadas à vida e à

morte. Dentre outros assuntos, a bioética trata da eutanásia, distanásia e ortotanásia.

O termo bioética foi obtido da junção da palavra *bios* (vida) e ética, tendo sido utilizado pela primeira vez no ano de 1971 por *Van Rensselaer Potter*, pesquisador da área de oncologia da Universidade de Wisconsin, quando lidava com os problemas biológicos trazidos com a manipulação da vida⁴⁷, tendo o pesquisador a considerado como a “ciência da sobrevivência”:

“Uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal. Seria a ciência que garantiria a sobrevivência na Terra, que está em perigo, em virtude de um descontrolado crescimento da tecnologia industrial, do uso indiscriminado de agrotóxicos, de animais em pesquisas ou experiências biológicas e da sempre crescente poluição aquática, atmosférica e sonora.”⁴⁸

A bioética analisa os problemas éticos dos pacientes, médicos e todos os envolvidos, relacionados com o início, continuação e o fim da vida, indicando os caminhos, fazendo reflexões e dando sentido às opções da medicina. Ela é regida por alguns princípios centrais:

(i) Princípio da autonomia: o paciente não deve ser mais entendido como agente passivo das ações de saúde. O profissional deve ouvir e respeitar a sua vontade, ou seja, ao paciente é dado o direito de optar por um determinado tratamento.

Nessa linha de raciocínio, é o paciente quem deve decidir sobre as medidas que prolonguem sua vida. Daí a lição do penalista *Claus Roxin*, para quem “não haverá punibilidade, porque não é permitido tratar um paciente contra a sua vontade”.⁴⁹

Desse princípio deflui a importância do consentimento informado e a necessidade desse consentimento ser objeto de diálogo abrangente entre médico e paciente.

⁴⁷ POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: bridge of the future*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1971.

⁴⁸ LANNES, Graciene Leite. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2008. p. 24.

⁴⁹ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 202.

Pelo consentimento informado, antes de qualquer intervenção, o médico deve demonstrar ao paciente quais os benefícios e os riscos do tratamento, para que este possa compartilhar das decisões com base em sua autonomia, ou seja, para acontecer consoante foi informado.

(ii) Princípio da beneficência: o médico deve agir sempre no interesse do paciente, buscando na medida do possível o seu bem-estar, com o máximo de zelo e respeito. O benefício, na história da ética médica, significa vantagens, como a restauração da saúde, cura, alívio da dor, conforto, alívio do sofrimento, bem-estar e aprimoramento da qualidade de vida. Salienta-se que beneficência difere de paternalismo, sendo o limite de ambos a autonomia do paciente, ou seja, enquanto o paternalismo despreza a autonomia, a beneficência a respeita.

Deve ser salientado que o princípio da beneficência deve sempre ser analisado na visão do paciente, e não do médico.

(iii) Princípio da não maleficência: veda ao médico causar prejuízo, dano, dor ou sofrimento desnecessário ao paciente. É uma extensão do princípio da beneficência.

(iv) Princípio da justiça: num país de escassos recursos, este princípio prega a igualdade na alocação dos recursos de saúde e em seu atendimento, de forma que o Estado possibilite o acesso ao maior número possível de pessoas, de forma equânime.

(v) Princípio da qualidade de vida: a vida não é um valor absoluto, mas digno de proteção. Assim, tão importante quanto a cura de uma doença é o cuidado com o doente e sua qualidade de vida. Prega o princípio de que não adianta viver indignamente.

3.7 Pareceres das Comissões de Bioética

Pelas pesquisas realizadas, nos hospitais privados, o tema da ortotanásia é visto como um tabu. Não se sabe as razões de as comissões não enfrentarem a questão, e, espera-se sinceramente que essa omissão não seja fruto de interesses econômicos.

O Hospital das Clínicas há muito já apreciou a questão, mediante parecer aprovado desde 1999, de autoria da Doutora Rachel Sztajn. Esse documento é um texto profundo e inovador sobre a temática desenvolvida e traça, para o Hospital das Clínicas, os requisitos prévios para prática da ortotanásia:

“a) no que concerne à irreversibilidade do quadro clínico do paciente e de ser ele terminal, a avaliação de estar o sujeito em estado terminal depende de laudo ou parecer médico, obedecidas as regras

informadoras da atividade e observado o estado do conhecimento no momento; b) a manifestação da vontade deve ser pessoal, anterior ou atual, declarada pela pessoa interessada. Manifestação prévia deve ser ratificada pelo declarante. Tendo em vista a aceitação da recusa a receber tratamento, será possível que, havendo manifestação sistemática contra procedimentos terapêuticos, se depreenda a vontade de morrer, manifestada de forma implícita; c) no caso específico do complexo do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, por força do Termo de Responsabilidade já implantado, a indicação pelo paciente, de familiar, ou não, para que, na hipótese de tornar-se incapaz, livremente manifestar sua vontade quanto a receber tratamentos, seja ouvido o referido responsável indicado, se a manifestação do interessado for impossível. Pressuposto é que, se o responsável indicado pode recusar a ministração de medicamentos ou as terapêuticas indicadas, pode, no limite, solicitar a remoção de aparelhos, o que equivale seja praticada a ortotanásia; d) a manifestação do interessado deverá ser documental, contendo ainda as informações prestadas pela equipe de saúde, de forma a se assegurar tratar-se de consentimento informado, base de toda a discussão bioética na relação médico-paciente; e) a dispensa dos meios extraordinários para a manutenção da vida, sem probabilidade de cura, também deve estar documentada, para que não fique caracterizada a omissão de socorro.”⁵⁰

Como se pode notar, inovando, o Hospital das Clínicas foi pioneiro ao adotar as diretrizes antecipadas para hipótese de ortotanásia.

4 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS PENais

A ortotanásia, além do evidente viés penal, envolve conflito com alguns direitos constitucionais fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a autonomia privada.

Neste tópico abordaremos as questões constitucionais penais envolvendo o tema escolhido, adiantando nosso posicionamento sobre a atipicidade da conduta.

⁵⁰ SZTAJN, Rachel. Parecer CoBi 1999: eutanásia e meios extraordinários de prolongamento da vida. In: COHEN, Claudio; GARCIA, Maria (Orgs). *Questões de bioética clínica: pareceres da Comissão da Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo*. Elsevier, 2007. p. 157.

4.1 Abordagem penal

Como já dito anteriormente, no anteprojeto de reforma da Parte Especial do Código Penal brasileiro e no Projeto Lei do Senado n. 116/2000, a ortotanásia é vista como forma de exclusão da ilicitude, muito provavelmente levado pelo princípio da adequação social, eis que a conduta não afronta o sentimento social de justiça e está amparada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Também pela teoria da equivalência dos antecedentes, a conduta médica na ortotanásia não pode ser considerada causa da morte, ou seja, ainda que se retirasse essa conduta, o evento morte não deixaria de ocorrer, pelo fato de os pacientes já se encontrarem em grau avançado de enfermidade.

Assim, a suposta omissão do médico não pode ser considerada a causa do resultado, eis que, por mais diligente que fosse o médico e maiores os cuidados dispensados, o resultado ainda assim ocorreria, visto que o paciente já está em processo de morte.

Nesse passo, como a omissão não é penalmente relevante e não poderia evitar o resultado, não há que se falar em crime, à luz do artigo 13, parágrafo 2º, do Código Penal.

4.2 Dignidade da pessoa humana

Foi *Kant* o primeiro a desenvolver a ideia de dignidade da pessoa como um atributo de todo ser humano dotado de vontade. Para ele:

“No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]. Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.”⁵¹

⁵¹ KANT, Immanuel, apud SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 34.

Os nazistas foram os primeiros a repelir os ideais kantianos e optaram por coisificar o ser humano, o que acabou por ocasionar a morte de milhões de pessoas em campos de concentração. Tal coisificação teve como vetor a teoria da superioridade da raça ariana.⁵²

Com o término da Segunda Guerra Mundial, em vista do desrespeito aos direitos humanos, foram firmados inúmeros tratados internacionais, sendo que o primeiro deles, de 1948, foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelece em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram aprovados a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981) e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradeantes (1984).

Não satisfeitos, os Estados passaram a colocar nos textos constitucionais a dignidade da pessoa humana como uma de suas diretrizes, principalmente aqueles que passaram por regimes autoritários, como Portugal, Espanha, países do Leste Europeu e países da América do Sul.

Após longo período de ditadura, no Brasil, o constituinte de 1988, estabeleceu a dignidade da pessoa humana como um de seus vetores, prevendo o artigo 1º, III, da Constituição Federal que o Estado tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, ou seja, ela é núcleo de todos os outros direitos fundamentais.

Para Renato Lima Charnaux Sertã:

“Pilar ele é do próprio ordenamento jurídico brasileiro, eis que, fruto da evolução do pensamento filosófico ao longo da história, foi alçado a um dos principais valores encartados na Constituição Federal de 1988, que já em seu artigo 1º, inciso III consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República.”⁵³

⁵² Os arianos são os europeus de raça branca.

⁵³ SERTÃ, Renato Lima Charnaux. *A distanásia e a dignidade do paciente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Na verdade, a dignidade da pessoa humana é um termo bastante vago e impreciso. Assim, é muito mais fácil identificar uma violação ao seu conteúdo do que formular sua verdadeira conceituação. Tal fato se deve à não concretabilidade do termo, como ocorre com outros direitos dela irradiados, como os direitos à vida, à liberdade etc.

Todavia, como já dito, o constituinte elegeu a dignidade como núcleo central irradiador de outros direitos fundamentais e, nessa esteira, a dignidade é uma qualidade integrante e inerente de toda pessoa humana, mesmo aquela que comete a mais infame ação.

Dessa forma, o ser humano tem o direito de agir segundo a sua consciência, fazendo valer a vontade própria. Porém, não se pode perder de vista um conteúdo igualitário desse princípio, cabendo ao Estado zelar para que todos os seres humanos possam exercer esse direito.

O homem tem a obrigação de respeitar a dignidade dos demais seres humanos e o Estado tem o dever de respeitar e proteger o homem de qualquer medida que suponha ser uma violação à dignidade.

Mesmo contra a vontade do particular, o Estado deve intervir, quando verificar uma violação, sendo interessante o exemplo da jurisprudência francesa do anão que era arremessado como projétil na cidade de Morsang-sur-Orge, e que foi proibido de atuar pelas autoridades municipais, por afronta à sua dignidade. Mesmo com o anão (de nome Wackenheim) argumentando que era sua única fonte de renda, o Conselho de Estado proibiu o seu arremesso, por considerar atentatório à dignidade da pessoa humana.

Ainda inconformado com a decisão o Senhor Wackenheim recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, que ratificou o posicionamento, no sentido de que o *lancer de nains* fere a dignidade da pessoa humana.⁵⁴⁻⁵⁵

No mais, o conceito de dignidade é alterado em cada quadrante do planeta, eis que atos que parecem indignos para determinada cultura, estão enraizados em outras, sem representar ofensa à dignidade. Exemplo típico dessas diferenças culturais é a pena capital, autorizada no Brasil somente em caso de guerra declarada, mas permitida em muitos Estados norte-americanos.

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 58.

⁵⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 515.

No Brasil, o mais completo conceito de dignidade da pessoa humana nos parece ter sido eleborado por *Ingo Wolfgang Sarlet*, que a considera como:

“Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”⁵⁶

4.3 Direito à vida

A Constituição coloca a vida como um dos direitos fundamentais, garantindo-a expressamente no *caput* do artigo 5º como um direito inviolável, necessário para o exercício de todos os outros direitos.

Na tradição judaico-cristã, a vida é sagrada. Essa santidade origina-se do fato de Deus ser o protagonista de sua origem e existência. Tanto isso é verdade que um dos Dez Mandamentos é não matarás.⁵⁷

Assim, para essa tradição, o senhorio da vida encontra-se unicamente em Deus e só a ele é dado o direito de interrompê-la, sendo o ser humano um mero administrador.

Porém, tal visão vem sendo minimizada de forma a conjugar a santidade da vida com a qualidade da vida, eis que a graça de Deus e a liberdade humana não se excluem.

Dessa forma a vida humana, apesar de ser um bem de suma importância, não pode ser considerada absoluta, visto que santificar uma vida sem potencialidade levará à prática da distanásia, que equivale à tortura.

Não bastasse isso, devemos lembrar a laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos a posição de neutralidade, em razão das várias concepções religiosas. Assim, o dogma da santidade não pode sustentar

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 63.

⁵⁷ Quinto Mandamento.

por si só o direito absoluto à vida, tanto que no Brasil há hipóteses em que o legislador autoriza o aborto e a pena de morte.

Há ainda proteção da vida nos moldes do artigo 4.1 do Pacto San José da Costa Rica, que estabelece que “toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Na hipótese da ortotanásia, a discussão tem como foco a possibilidade de a pessoa escolher como morrer, de forma a abreviar seu sofrimento, ou seja, não se pode conceber a vida biológica um valor instrumental.

Para *Roberto Baptista Dias da Silva*: “A vida não deve ser tomada como um dever e tampouco como um dever universal. Deve ser entendida, sim, como um direito e como um direito de cada um, que impõe deveres positivos e negativos a todos, Estado e particulares.”⁵⁸

Daí importante a distinção citada pelo promotor *Claudio da Silva Leiria*, para quem:

“O direito à vida não tem apenas um aspecto físico (conservação biológica do corpo), mas envolve principalmente elementos morais, espirituais e emocionais. 5 - Aos pacientes, independentemente de posicionamentos morais filosóficos ou religiosos, não se pode exigir uma obrigação jurídica de viver [...] 6 - Não se pode confundir ‘inviolabilidade do direito à vida’ com ‘indisponibilidade do direito à vida’, termos que juridicamente têm significados bem distintos. A inviolabilidade diz respeito a direitos outorgados a certas pessoas, em virtude do que não podem ser molestadas ou atingidas por terceiros. Já a indisponibilidade é atributo daquilo que o titular pode dispor ou ceder.”⁵⁹

Da forma como a medicina evoluiu, é possível manter as funções biológicas de uma pessoa irreversivelmente inconsciente. Questiona-se se essa vida sem dignidade é abrangida pelo artigo 5º.

⁵⁸ SILVA, Roberto Baptista Dias da, *Uma visão constitucional da eutanásia*, p. 69. Ver notas 11 e 14-16!

⁵⁹ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2100, 01 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12561>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

Ninguém melhor que o paciente terminal para avaliar o valor que a vida tem para si, pois a dor e o sofrimento do paciente que beira a morte não justificam, em nenhuma hipótese, a manutenção de uma vida não desejada.

Assim, o direito à vida esculpido no artigo 5º, *caput*, da Constituição tutela a vida em todos os sentidos, até a morte, que também se encontra abarcada por esse dispositivo.

4.4 Autonomia da vontade

Segundo *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, parafraseando o juiz norte-americano Brenan, a liberdade compreende: “1) a ausência de constrangimento corporal; 2) o poder de decidir sobre as questões básicas da vida; e 3) a autonomia quanto ao desenvolvimento e expressão do próprio intelecto e personalidade.”⁶⁰

Apesar de a Constituição Federal não consagrar literalmente a autonomia da vontade, há uma clara proteção implícita, principalmente quando se fala de liberdade, privacidade e legalidade.

Aliás, a legalidade é um escape genérico para a autonomia da vontade, haja vista que se a lei não impõe ou proíbe determinado comportamento, ele é permitido. Nesse sentido a lição de *Luis Roberto Barroso*: “Se a lei não proíbe ou não impõe um dado comportamento, têm as pessoas a autodeterminação para adotá-lo ou não. A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade senão a da lei, e, mesmo assim, desde que ela seja formal e materialmente constitucional.”⁶¹

Kant trata a liberdade como autonomia da vontade. Para ele, a autonomia era o único princípio moral, ou seja, o ser humano deve fazer suas opções conforme a sua vontade, que nada mais é do que a faculdade de agir sob determinadas regras.

Para o filósofo, tais regras denominam-se *máximas*, quando são válidas apenas para a vontade do sujeito que as formula (subjetivas), e *leis*, quando são válidas para a vontade de todo ser racional (objetivas).

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 101.

⁶¹ Luis Roberto Barroso *Ob. Cit.* p. 96. Verificar e completar. Ver comentários em Referências

Assim, quando as máximas são convertidas em lei universal, não podem contradizer a si mesmas.

“A moralidade é pois a relação das ações com autonomia da vontade, isto é, com a legislação universal possível por meio de suas máximas. A ação que possa concordar com a autonomia da vontade é permitida; a que com ela não concorde é proibida. A vontade, cujas máximas concorde necessariamente com as leis da autonomia, é uma vontade santa, absolutamente boa.”⁶²

Já *Stuart Mill*, diferentemente de *Kant*, defende a autonomia como uma liberdade de escolha, sustentando que o homem é soberano perante seu corpo e sua mente. Assim, as suas escolhas não devem sofrer interferência do Estado. Segundo ele:

“A única liberdade merecedora desse nome é a de buscar nosso próprio bem da maneira que nos seja conveniente, contanto que não tentemos privar outros do que lhes convêm, ou impedir seus esforços de obtê-lo. Cada um é o guardião adequado de sua própria saúde, seja física mental ou espiritual. A humanidade ganha mais tolerando que cada um viva conforme o que lhe parece bom, do que compelindo cada um a viver conforme pareça bom ao restante.”⁶³

Feliz a expressão de *George Marmelstein*, para quem a autonomia “é a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências.”⁶⁴

E complementa: “Por força da autonomia da vontade, o indivíduo pode, em princípio, fazer tudo aquilo que desejar, desde que não prejudique outras pessoas.”⁶⁵

Como se pode observar, a definição do autor guarda simetria com a do filósofo inglês, sendo que essa definição de autonomia é a que mais se assemelha ao modelo traçado em nosso sistema constitucional.

Segundo *Caroline Sátiro de Holanda*, citando *José Roberto Goldim*:

⁶² BATISTA, Rodrigo Siqueira; SCHRAMM, Fermin Roland. A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da saúde pública. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 855-865, maio/jun. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n3/23.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

⁶³ MOLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Juruá, 2008. p. 86.

⁶⁴ MARMELSTEIN, George, *Curso de direitos fundamentais*, p. 94.

⁶⁵ MARMELSTEIN, George, *Curso de direitos fundamentais*, p. 94.

“Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais para outras pessoas. Demonstrar falta de respeito para com um agente autônomo é desconsiderar seus julgamentos, ou omitir informações necessárias para que possa ser feito um julgamento, quando não há razões convincentes para se fazer isso.”⁶⁶

Beauchamp e Childress defendem que só existe ação autônoma quando há entendimento e liberdade substanciais, mesmo que não perfeitos e plenos. Nessa esteira, os autores defendem que a decisão deve ser apenas substancialmente autônoma, não havendo a necessidade de elas serem perfeitamente autônomas.⁶⁷

Nos tempos modernos, as Constituições consagram a liberdade como um valor fundamental, sendo que no terreno infraconstitucional, a bioética consagra a autonomia do paciente como um de seus pilares.

Assim, quando um doente terminal deseja ver suspensa sua terapia fútil, está simplesmente exteriorizando uma decisão que diz respeito a si mesmo. Tal decisão vai ao encontro do postulado proposto por *Stuart Mill*. Assim, na aplicação da ortotanásia, cabe ao paciente terminal decidir o que é morrer com dignidade.

O exemplo mais claro de autonomia do ser humano é importado do direito norte-americano, que entende válidas as diretrizes antecipadas deixadas pelo paciente. Apesar das diferenças culturais, é muito provável que em breve esse procedimento chegue ao nosso país, ao menos torcemos para que isso ocorra.

⁶⁶ GOLDIM, José Roberto, apud HOLANDA, Caroline Sátiro de. O princípio da dignidade da pessoa humana e a bioética como limite aos abusos cometidos na prática das técnicas de reprodução assistida. *Pensar*, Fortaleza, p. 36-42, abr. 2007. Edição Especial.

⁶⁷ Beauchamp e Childress, apud MOLLER, Letícia Ludwig, *Direito à morte com dignidade e autonomia*, p. 90.

5 DIREITOS CONSTITUCIONAIS EM ROTA DE COLISÃO

5.1 Dos princípios como norma

Acreditava-se que toda norma jurídica deveria derivar de uma regra, mas essa posição perdeu espaço com as lições de *Ronald Dworkin* e *Robert Alexy*, que introduziram a noção de que os princípios também são considerados normas.

Para *Robert Alexy*:

“Princípios são normas, que ordenam que algo, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, seja realizado em medida tão alta quanto possível. Princípios são, segundo isso, mandamentos de otimização, que são caracterizados pelo fato de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas.”⁶⁸

Na mesma linha, a lição de *Canotilho*⁶⁹, para quem “princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fácticos e jurídicos”.

Para o mestre português, eles se distinguem das regras pelo fato dessas últimas serem “normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida”.⁷⁰

Nessa linha, os princípios formam, orientam e implementam o direito, através de caminhos abstratos que dão rumo a todo o sistema normativo. Eles são normas constitucionais hierarquicamente privilegiadas e têm predominância sobre outras normas jurídicas, por formarem todo o arcabouço de nosso sistema.

Eles podem ser expressos ou implícitos. Nos expressos, o texto constitucional expressamente os declara, transformando-os em verdadeiras normas constitucionais. Já os implícitos não existem expressamente no ordenamento jurídico constitucional e não constituem criação jurisprudencial. A sua existência consta do próprio bojo do ordenamento jurídico. Tanto um como o outro goza de força de norma constitucional, apesar de os princípios expressos possuírem maior grau de concretabilidade, sendo essa a principal distinção entre ambos.

⁶⁸ ALEXY, Robert, *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 123.

⁶⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1.147.

⁷⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.147.

Colocado em linhas gerais, por vezes, os princípios constitucionais se tensionam, e nessas situações deparamos com uma das mais intrincadas e complexas questões constitucionais, que dizem respeito a situações em que aparentemente há colisão de direitos constitucionais.

Importante deixar claro inicialmente que, embora estejamos falando de direitos constitucionais e fundamentais do homem, o fato é que nenhum direito tem caráter absoluto, devendo os mesmos serem exercidos de forma harmônica e respeitando os limites traçados pela própria Constituição Federal.

Tal linha de raciocínio foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que:

“Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, medidas restritivas das liberdades públicas, uma vez respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.”⁷¹

5.2 Do postulado da ponderação

Havendo colisão entre princípios, há necessidade de imposição de limitações, devendo o intérprete se valer do postulado da ponderação e encontrar, no próprio corpo constitucional, a hipótese adequada que deve prevalecer no caso concreto, levando sempre em conta a dignidade da pessoa humana, eis que ela é parâmetro da ponderação.⁷²

Consoante lição de *Jane Gonçalves Reis Pereira*:

“A ponderação pode ser conceituada como a operação hermenêutica pela qual são contrabalanceados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso concreto, qual deles possui o maior peso e deve prevalecer.”⁷³

⁷¹ STF – MS 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello.

⁷² Daniel Sarmento chega a esposar que a dignidade da pessoa humana não pode ser objeto da ponderação (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 73).

⁷³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 506.

Em primeiro lugar, o intérprete deve fazer uso da concordância prática para harmonizar os direitos em conflito e encontrar uma solução de equilíbrio entre as posições conflitantes.

Porém, há casos em que essa harmonização é impossível, devendo então se adotar o critério da precedência condicionada, ou seja, sempre na análise do caso concreto, devem-se verificar as condições pelas quais certo princípio precede o outro. Isso é o que Alexy denomina “lei de colisão”.

Consoante lição de José Sérgio da Silva Cristóvam: “Em última análise, não existem princípios constitucionais absolutos ou um princípio constitucional absoluto que, em colisão com outros princípios, precede independentemente da situação posta.”⁷⁴

Todavia, quanto maior o subjetivismo na escolha, maior a importância da fundamentação jurídica das decisões, de forma a evitar que os princípios constitucionais tornem-se verdadeiras “varinhas de condão”⁷⁵ nas mãos dos julgadores. Nessa linha, a lição de Ana Paula de Barcellos: “Se há uma variedade de soluções possíveis nesses casos, é preciso demonstrar o motivo de se escolher uma delas em detrimento das demais.”⁷⁶

De tudo isso é possível considerar que, após exercício de interpretação levando em conta obter o máximo de eficácia do texto constitucional, a colidência será apenas, como dito, aparente, visto que um direito fundamental sempre há de prevalecer.

5.3 O critério da proporcionalidade

O sistema dos direitos fundamentais, portanto, é baseado na regra de que nenhum direito será absoluto ou incondicional, de modo que as limitações a tais direitos encontram-se no próprio texto e nos demais direitos fundamentais.

⁷⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 235.

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 200.

⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 47.

Diante de tal assertiva, extraímos a importância da proporcionalidade na solução da intrincada questão constitucional. A colidência somente surgirá nas hipóteses em que há possibilidade de limitação de um direito fundamental para um ou ambos os lados.

Nesse ponto, o choque de direitos fundamentais será resolvido pelos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, baseando-se em sistema de sopesamento de valores e análise ponderativa. O “sacrifício” de um direito fundamental deverá se justificar exatamente na preservação de outro.

Dessa forma, para verificar se a permissão para prática da ortotanásia no Brasil é válida, deve-se aferir a proporcionalidade da norma que a permite, ou seja, se o meio foi adequado para se atingir o fim almejado. Nos dizeres de *José Sérgio da Silva Cristóvam*, “a proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial”.⁷⁷

No ordenamento jurídico brasileiro, o critério da proporcionalidade foi alçado à condição constitucional e permite duas interpretações: a primeira, oriunda do direito alemão, dando conta de que a proporcionalidade está implícita na Constituição Federal, até para evitar restrições desnecessárias; a segunda, inspirada na doutrina norte-americana, defende que esse princípio atua com efeito normativo e concretizador de situações que dependam de interpretação e julgamento.

Para aferir a proporcionalidade da norma, o intérprete deve usar três elementos: (a) adequação; (b) necessidade; e (c) proporcionalidade em sentido estrito.

Pela adequação, verifica-se se o meio escolhido foi apropriado para realização da finalidade desejada. Se a resposta for negativa, há violação da proporcionalidade pela adequação, podendo o ato ser invalidado.

O Judiciário utiliza constantemente a adequação para invalidação de leis, sendo típicas as hipóteses de limitações impostas nos editais de concursos públicos que não guardam qualquer relação com o cargo.

Além de adequado, o meio escolhido deve ser o menos gravoso para o alcance da finalidade desejada pela norma, ou seja, caso existam opções

⁷⁷ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva, *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*, p. 211.

menos gravosas, o ato pode ser invalidado por violação ao subcritério da necessidade, ou seja, para atingir sua finalidade, o Estado não pode valer-se de quaisquer meios.

Pela proporcionalidade em sentido estrito, deve-se observar se as vantagens da adoção das medidas superam suas desvantagens, ou seja, deve-se observar a dose correta da medida.

Para se compreender a abrangência do subcritério da proporcionalidade em sentido estrito, nos socorremos da lição de *Olavo Augusto Alves Vianna Ferreira*, para quem:

“[...] a proporcionalidade em sentido estrito encontra fundamento constitucional não somente no princípio da proporcionalidade em sentido amplo, mas também nos objetivos da República Federativa do Brasil ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ (artigo 3º, I, da Constituição Federal), justiça a ser alcançada pela proporcionalidade dos meios empregados pelo Estado para consecução do bem comum, Fundamentamos tal elemento, outrossim, no objetivo traçado pelo Poder Constituinte Originário de ‘promover o bem de todos’ (artigo 3º, IV, da Constituição Federal), mediante aplicação de normas proporcionais e justas. Em poucas palavras, constitui objetivo da República Federativa do Brasil que as normas e atos do Poder Público tenham conteúdo justo, alcançando tal valor mediante a proporcionalidade que contribui para que o bem comum seja alcançado.”⁷⁸

Assim, na tensão de normas constitucionais, o uso do critério da proporcionalidade deve observar: se a norma é apta a produzir o resultado almejado; se ela pode ser substituída por outro meio menos gravoso e se essa norma estabelece mais vantagens que desvantagens, ou seja, se oferece uma relação ponderada entre a restrição de uma norma constitucional com a realização de outra norma constitucional.

Muitos confundem a proporcionalidade com razoabilidade e com a proibição do excesso. Porém, esses conceitos se distinguem, a nosso sentir.

A razoabilidade tem maior abrangência que a proporcionalidade e visa a coibir a arbitrariedade, as condutas bizarras e incoerentes, fazendo com que as normas façam uso de critérios aceitáveis pelo homem médio.

Já pela proibição do excesso, nenhum direito fundamental pode ser afetado em seu núcleo essencial. Assim, a proibição do excesso é uma ferramenta contra leis restritivas de direitos fundamentais.

⁷⁸ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2009.

6 A TENSÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E A ORTOTANÁSIA

Não temos dúvida que abstratamente a vida tem um peso maior que a dignidade e a autonomia da vontade, eis que esses dois princípios de nada valeriam sem a presença do primeiro.

Ainda poderíamos sustentar, com base no princípio da proibição do excesso ou da manutenção do núcleo essencial, que a ortotanásia é inviável, pois ao se tratar do direito à vida, sua limitação sempre implicará na restrição total, ou seja, ao eliminarmos a vida, eliminaríamos o núcleo essencial de um direito fundamental, o que em tese seria vedado pelo princípio da proibição do excesso.

Todavia, como já sustentado, quando existe tensão entre normas constitucionais, a análise sempre ocorre no caso concreto, e, ainda que abstratamente se pondere que a vida tem um peso maior, a análise da situação real poderá demonstrar situação inversa, como no caso da ortotanásia.

Aliás, devemos lembrar que a ortotanásia não ocorre com qualquer tipo de paciente, mas, tão somente com os pacientes terminais, em fase final de enfermidade, já fronteiriços, que só desejam encarar a morte com certa tranquilidade.

Importante ressaltar que, a nosso ver, não há incompatibilidade de o Brasil assegurar o direito à vida e autorizar a prática da ortotanásia, eis que a vida de um paciente terminal tem grau de intensidade diferente e, nessa hipótese, há preponderância pela aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que está no topo do arcabouço jurídico, tendo um peso concreto maior do que a vida.

O direito à vida de um paciente terminal, mensurando a real importância de sua proteção em confronto com a dignidade da pessoa humana, já se encontra enfraquecido, sendo desarrazoado sacrificar outros valores existenciais em nome desse direito, que tem uma intensidade diferenciada de proteção.

Dessa forma, a renúncia do direito à vida, pelo critério da proporcionalidade, há de ser constitucionalmente protegida. Assim, não se pode obrigar uma pessoa a viver uma vida que não considera digna de ser vivida. A pessoa deve ter o direito de morrer a própria morte. Assim, o Estado não deve obrigar uma pessoa em fase final de enfermidade a manter-se viva, indignamente em seu entender e sentir, mas sim, proporcionar-lhe o direito de morrer dignamente, para que essa morte ocorra no tempo certo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de pouco divulgada, a ortotanásia é muito difundida no meio médico, sendo sua prática muito comum, mormente com o atual envelhecimento da população e o respeito necessário que se tem dado aos cuidados paliativos.

Importante esclarecer que a ortotanásia é um direito do paciente, e não do médico. Caso o médico decida, por si só, pela ortotanásia, ele está na verdade praticando a eutanásia ou mistanásia (eutanásia social).

A lógica para sua aplicação é simples: com ou sem ortotanásia, o paciente irá a óbito, ou seja, o doente é terminal e a enfermidade incurável, não havendo que se falar em alteração no curso natural da vida. Dessa feita, mesmo despendidos todos os esforços médicos, o resultado jurídico “vida” não será alcançado, ficando por esse fundamento afastada a tipificação penal, por força do parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal.

Não bastasse isso, ao acatar o pedido de ortotanásia feito pelo paciente, o médico estará protegido por direitos constitucionais que o imunizam da incidência da legislação penal.

Se proibida a ortotanásia, o curso natural da vida estará alterado, ou seja, a proibição obrigará os médicos a serem obstinados com a vida, o que acabará por causar aumento de sofrimento para o paciente, com o objetivo de lhe dar uma sobrevida de dias, quiça de horas. A proibição da ortotanásia faz surgir necessariamente a distanásia.

No Estado de São Paulo, a prática da ortotanásia deve ser regulamentada pelo Poder Executivo. De nada adianta autorizar a sua prática sem ditar os procedimentos, ou seja, o médico deve anotar em prontuário, o paciente deve ter acompanhamento psiquiátrico etc.

Na falta de regulamentação, entendemos viável a adoção da Resolução n. 1.805/2006, eis que, apesar de suspensa, estabelece bons critérios procedimentais, nada impedindo sua utilização.

No restante do Brasil, a prática da ortotanásia tem respaldo constitucional, sendo que a suspensão da resolução, por si só, não tem o condão de coibi-la, eis que a análise constitucional a autoriza.

Entendemos ainda que a ortotanásia deve ser melhor explicada no Sistema Único de Saúde, em conjunto com os cuidados paliativos, com a adoção imediata de diretrizes antecipadas.

A questão é cultural, e nessa parte todos temos que evoluir, fomentando o debate e as discussões sobre esse rico tema, de forma que

morrer com dignidade seja um claro objetivo para todos aqueles que padecem de uma doença incurável.

8 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert, *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALMEIDA, Marcos. Reflexões sobre a eutanásia. *Mundo Saúde*, São Paulo, v. 20, n. 3, p. 119-122, abr. 1996. Disponível em: <<http://pesquisa.bvsalud.org/regional/resources/lil-167144>>. Acesso em: 10 dez. 2010.
- ALMEIDA, Marcos. *Um breve exercício de lógica sobre a teoria dos atos e das omissões*, Artigo.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ou 2005? Citada na nota 76
- BARROSO, Luís Roberto.
- BATISTA, Rodrigo Siqueira; SCHRAMM, Fermin Roland. A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da saúde pública. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 855-865, maio/jun. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n3/23.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2010. Citado na nota 62.
- BATISTA, Rodrigo Siqueira; SCHRAMM, Fermin Roland. A eutanásia e os paradoxos da autonomia. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, jan./fev. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000100025&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 10 dez. 2010.
- BERNARDES, Juliano Taveira. *Apostila de direito constitucional*. [s. n.], 2008. Mimeo.
- BLANCO, Luis Guillermo. *Muerte digna: consideraciones bioéтиco-jurídicas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional penale direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BRASIL, Conselho Federal de Medicina, Cadernos CREMESP, *Cuidado Paliativo*, 2008.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina, *Bioética Clínica, Reflexões e discussões sobre casos selecionados*, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 8.490/RJ. Recorrente: Amil Assistência Médica Internacional Ltda. Recorrido: Conselho Regional de medicina do estado do Rio de Janeiro (CREME/RJ). Relator: Ministro Ari Pargendler. *Diário da Justiça*, de 27.09.1999, p. 68. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199100031011&dt_publicacao=27-09-1999&cod_tipo_documento=1>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.452/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Junior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, de 12.05.2000, p. 20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823452%2ENUME%2E+OU+23452%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

CALSAMIGLIA, Albert. *Sobre la eutanasia*. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_17.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COHEN, Claudio; GARCIA, Maria. *Questões de bioética clínica: pareceres da Comissão da Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo*. São Paulo; Rio de Janeiro, Elsevier, 2007.

COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. rev. e atual. por Nagib Slaib Filho, Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DINIZ, Débora, Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 295-307. Inclui. Citada nas notas 23 e 33.
- DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana. Morte digna e luto: direitos a considerar. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 15 fev. 2009, Alás, p. J3.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2009.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.
- GANTHALER, Heinrich. *O direito à vida na medicina: uma investigação moral e filosófica*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- GOLDMAN, Lee; AUSIELLO, Dennis. *Cecil tratado de medicina interna*. 22. ed. Tradução de Ana Kemper et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- HOLANDA, Caroline Sátiro de. O princípio da dignidade da pessoa humana e a bioética como limites aos abusos cometidos na prática das técnicas de reprodução assistida. *Pensar*, Fortaleza, UNIFOR, v. 1, p. 36-42, 2007.
- JOÃO PAULO II, Papa. *Carta Encíclica Evangelium Vitae sobre o valor e inviolabilidade da vida humana*.
- LANNES, Graciene Leite. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2008. Conferir.
- LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2100, 01 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12561>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

- LEPARGNEUR, Hubert. Bioética da eutanásia: argumentos éticos em torno da eutanásia. *Bioética*, v. 7, n. 1, p. 41-48, 1999. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v7/bioeutanasia.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2010.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio e Janeiro, v. 228, p. 13-29, 2002.
- MEDAUAR, Odete. Regulação e auto-regulação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 123-128, 2002.
- MELHORAMENTOS: minidicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1996.
- MENDES, Marcelo Orlando. *A ortotanásia e o ordenamento jurídico vigente*. 2008. 170 p. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.
- MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MORAES, Tania Maria de. *Como cuidar de um doente em fase terminal?* São Paulo: Paulus, 2008.
- MOTA, Joaquim Antônio César. Quando um tratamento torna-se fútil? *Bioética*, v. 7, n. 1, p. 35-39, 1999. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v7/quando.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2010.
- OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. *Eutanásia, distanásia e ortotanásia*. In: Sociedade Brasileira de Clínica Médica (SBCM). *PROCLIM – Programa de Atualização em Clínica Médica, ciclo 6, módulo 2*. São Paulo: SBCM, 2009. p. 9-21.
- PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PLATÃO. *A República*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

- PESSINI, Leo. *Distanásia, até quando prolongar a vida?* 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. *O que entender por cuidados paliativos?* 2. ed. São Paulo: Paulus, 2006. Conferir edição.
- POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: bridge of the future.* Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1971.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Conferir. Citado na nota 49
- SAMPEDRO, Ramón. *Cartas do inferno.* São Paulo: Planeta, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Conferir
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SERTÃ, Renato Lima Charnaux. *A distanásia e a dignidade do paciente.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 62, de 9.11.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Uma visão constitucional da eutanásia.* 2007. 298 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.
- SZTAJN, Rachel. Parecer CoBi 1999: eutanásia e meios extraordinários de prolongamento da vida. In: COHEN, Claudio; GARCIA, Maria (Orgs). *Questões de bioética clínica:* pareceres da Comissão da Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Elsevier, 2007. p. 147-154. Verificar, pois não confere com a página da nota 50!

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia é legal* (ou: Da Resolução CFM n. 1.805/2006 numa visão para juristas). Evocati Revista, Aracaju, SE, n. 13. jan. 2007 Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=97&tmp_secao=23&tmp_topico=biodireito>. Acesso em: 10 nov. 2010.

WERTHAM, Fredric. *A sign for Cain*. New York: Warner Paperback Library, 1969.

FINS CONSTITUCIONAIS E CONDENAÇÃO AO RACISMO: A PROPÓSITO DO NOVO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL E DO CASO ELLWANGER

Constitutional purposes and racism condemnation: the new Statute of Racial Equality and the Ellwanger case

Pietro de Jesús Lora Alarcón¹

RESUMO

O presente artigo focaliza o conteúdo jurídico dos vocábulos raça e racismo, no marco da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro no caso Ellwanger e dos conceitos estabelecidos pelo novo Estatuto da Igualdade Racial, à luz dos fins constitucionais determinados na Carta de 1988 e do processo de afirmação contemporânea dos direitos fundamentais, estabelecendo bases teóricas para sustentar a constitucionalidade das discriminações negativas, dirigidas a negar a convivência tolerante e solidária e a construção de uma cultura de responsabilidade democrática.

Palavras-chave: Constituição; Minorias Étnicas; Racismo; Tolerância.

ABSTRACT

This article focuses on the legal content of the words *race* and *racism* in the landmark decision of the Brazilian Federal Supreme Court in the Ellwanger case and concepts established by the new Statute of Racial Equality, considering the constitutional purposes of the Brazilian Constitution of 1988 and the process of contemporary statement of fundamental rights, establishing theoretical bases for sustaining the unconstitutionality of negative discrimination which denies the tolerant and solidarity coexistence and the construction of a culture of democratic responsibility.

Keywords: Constitution; Ethnic Minorities; Racism; Tolerance.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutorado na Universidade Carlos III de Madrid e na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Professor da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo - SP - Brasil. E-mail: plalarcon@uol.com.br. Texto recebido em 26.08.2010.

1 INTRODUÇÃO

No mês de julho do presente ano foi promulgada a Lei n. 12.288, o novo Estatuto da Igualdade Racial, cujo objetivo imediato é a promoção de políticas públicas, garantindo à população negra igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos coletivos e difusos e o combate a diversas formas de discriminação étnica ocasionadas pelas práticas de intolerância.

Também, há alguns anos, em 17 de setembro do ano 2003, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o Habeas Corpus n. 82.424 /RS, impetrado em favor de Siegfried Ellwanger. A decisão, publicada no *DJ* de 19 de março de 2004, foi relatada originariamente pelo Ministro Moreira Alves, sendo, ao final, relator do acórdão o Ministro Maurício Corrêa, presidente do Tribunal na época.

Tanto no atual Estatuto, como na ementa do acórdão, o Legislativo e a Corte Suprema enfrentaram a necessidade de determinar o conteúdo jurídico das expressões raça e racismo. Para tanto, expuseram critérios e razões que podem ser consideradas um ponto de partida para abordar assuntos muito atuais, que tocam a sensibilidade social e as opções constitucionais. Dentre elas, podemos mencionar questões como a constitucionalidade das políticas compensatórias no campo étnico, os limites à liberdade de expressão, a dificuldade de concretização do princípio da igualdade em sociedades plurais, ou ainda, a constitucionalidade da reserva de vagas nas universidades, tema que tanto o Congresso como o Supremo Tribunal deverão enfrentar em um futuro não muito distante.

No caso do acórdão, os argumentos foram um pouco mais adiante. Isso porque a decisão requereu uma imprescindível ponderação de conteúdos normativos. E, como já tem sido dito pela doutrina, nesses casos uma apurada técnica de solução de conflitos deve alicerçar-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na ideia de dimensionar as decorrências da dignidade da pessoa humana, princípio considerado o real pressuposto valorativo dos direitos fundamentais.

Em ambos os casos – Estatuto e decisão – de alguma maneira se toca o chamado núcleo axiológico da Constituição Federal de 1988, o que naturalmente suscita reflexões no campo hermenêutico constitucional.

Presentemente, temos considerado conveniente, ao sermos convidados para honrosamente contribuir para uma nova edição da *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, oferecer alguns elementos de análise e manifestar opiniões sobre a questão

do racismo, tomando como parâmetro elementos do novíssimo Estatuto e da assentada decisão da Corte no *habeas corpus*. A nossa intenção é continuar a trabalhar os fundamentos de uma aplicabilidade cada vez mais direta dos dispositivos constitucionais, especialmente os que se referem aos direitos fundamentais ou, como se costumam denominar quando olhados pelo prisma das relações internacionais, os que se referem aos direitos humanos.

Entretanto, antes de prosseguir, uma delimitação do campo de trabalho é apropriada porque os variados elementos do Estatuto e do acórdão obrigariam a seguir diversas trilhas expositivas no sistema jurídico, para não citar as inevitáveis incursões possíveis nos terrenos da antropologia, economia, sociologia ou ciência política. Temos optado pela reflexão sobre os fins constitucionais e a condenação à prática do racismo como uma alternativa que permite visualizar os objetivos jurídicos concretizáveis e realistas na atual quadra da história brasileira, que nos parecem não se distanciam muito dos fins que outras Constituições encampam e plasmam como diretrizes hermenêuticas para uma sociedade mais justa.

Por isso não pretendemos ingressar na discussão, já aprofundada por um setor da doutrina, sobre a multiculturalidade e a interculturalidade. Nossa preocupação consiste em mostrar como o racismo é condenado pelo constituinte brasileiro, por ocasionar um afastamento dos fins pelos quais se orienta o constitucionalismo contemporâneo.

Devemos ainda advertir que não realizaremos um exercício de ponderação nos moldes realizados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como evidente na decisão. Tal propósito suporia um estudo paralelo entre o racismo e a liberdade de manifestação do pensamento ou de expressão, para logo realizar uma análise do confronto entre essa liberdade e o direito à igualdade ou não discriminação.

De tal forma que nossa proposta se dirige à análise de um elemento em particular, que sintetizamos nas seguintes perguntas: é possível arguir que não sendo um grupo humano uma raça, tendo em vista que, conforme a ciência, as raças não existem, as condutas consideradas racistas não têm suporte jurídico e, portanto, deveria desaparecer qualquer referência constitucional ou infraconstitucional às supostas práticas racistas? E ainda: quais os fundamentos que relacionam os valores e fins constitucionais das sociedades plurais da contemporaneidade à não discriminação? Finalmente: os conceitos de raça e racismo sustentam-se na contemporaneidade como elementos teóricos para o combate à discriminação?

2 DELIMITANDO O CAMPO DE TRABALHO

Com o intuito de facilitar a exposição, levando em conta que se trata do reconhecimento e da exploração de alguns elementos do Estatuto da Igualdade Racial e da decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como considerando a necessidade de um raciocínio que conduza a conclusões sólidas sobre o tema em pauta, optaremos pela reprodução do artigo 1º do Estatuto e dos numerais do acórdão nos quais se concentram os aspectos relevantes para o nosso trabalho.

Destarte, a Lei n. 12.288/2010 expressa, no seu artigo 1º:

“Artigo 1º - Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único - Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;”

Com a mesma finalidade, visualizaremos os pontos 1 a 8 da ementa do acórdão, nos quais a Corte considerou:

“Habeas Corpus. Publicação de livros: antisemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros ‘fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei n. 7.716/89, art. 20, na redação dada pela Lei n. 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana.

Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do país. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o antisemitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistemática da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. [...].”

Como já é conhecido, o Supremo Tribunal Federal denegou a ordem, indeferindo o *habeas corpus* pleiteado em favor de S. Ellwanger.

Naturalmente, os pontos ora focados provocam reflexões sobre as finalidades constitucionais no contexto das sociedades plurais contemporâneas e o conteúdo jurídico dos vocábulos raça e racismo ao ritmo de descobertas científicas de alcance em diversas áreas do conhecimento. A esses assuntos podem-se adicionar preocupações implícitas, como a efetividade das normas constitucionais e legais,

especialmente as do próprio Estatuto da Igualdade Racial, das políticas públicas dirigidas à proteção das denominadas minorias e do sentido da universalidade dos direitos humanos.

3 A COMPREENSÃO DA CONSTITUIÇÃO: PREMISSAS PARA UMA ABORDAGEM SOBRE RACISMO E DISCRIMINAÇÃO

No Brasil, e em outras sociedades contemporâneas, há um tempo se iniciou um debate político e social, e não somente científico, sobre a pluralidade e heterogeneidade da sua composição humana. Nesse debate se resgatam a história das migrações, forçadas ou voluntárias, que contribuíram para a formação de uma identidade nacional.

Entretanto, talvez a questão mais nevrágica ao fazer uma análise retrospectiva seja o estudo das possibilidades concretas que cada grupo humano teve para inserir-se adequadamente na realidade econômica da sua época. Por esse prisma, pode-se observar se algumas dessas dificuldades persistem e, sobretudo, continuar a discutir sobre o que fazer atualmente para superá-las, num contexto de manifestas desigualdades cotidianas. Facilita, igualmente, entender como as políticas públicas inclusivas tornam-se fator determinante para um novo patamar de desenvolvimento e aperfeiçoamento do Estado Democrático e de Direito anunciado na própria Constituição Federal.

Ao redor do tema poderíamos focalizar o estudo das migrações, atendendo à sua dimensão social, ou bem indagar sobre as características do atual sujeito migrante. Essas análises são extremamente necessárias, apresentando uma perspectiva sociológica e antropológica sem a qual não se diagnostica o fenômeno com a eficiência que se requer.

Contudo, o ponto de vista jurídico será o determinante no nosso breve ensaio, com o objetivo de colocar em evidência que a Constituição Federal de 1988 é um documento que reconhece a pluralidade da sociedade brasileira e se inclina definitivamente pela inclusão, rejeitando qualquer discriminação negativa, como diretrizes necessárias para a consolidação da democracia, a república e os direitos da pessoa humana.

Essa análise jurídica implica partir do reconhecimento de premissas elementares. A primeira delas, que a Constituição de 1988 possui uma indiscutível força normativa, é dizer, que não é um documento meramente intencional ou proclamador de ideias e ideais abstratos, insusceptível de que seus dispositivos sejam conduzidos à realidade, no intuito de transformá-la. Muito pelo contrário, a Constituição é um texto normativo que como potência de ordenamento jurídico, deve orientar uma prática real transformadora.

Precisamente essa força normativa é a única capaz de resolver o dilema entre uma verdade ideal e uma realidade social divergente. Ou dito de outra forma, entre o universalismo dos direitos e a sua evidente negação ou deficiência de efetividade.

A segunda premissa consiste em que a Constituição reproduz uma majoritária consciência coletiva em torno da promoção de valores em favor das presentes e futuras gerações, relacionados à condenação das ameaças e agressões à paz, à dignidade humana, à vida, à igualdade e às liberdades. As finalidades constitucionais estão espalhadas pelo seu texto e indicam a necessidade de conquistar uma real prática humanista, tangível, através da tolerância e da solidariedade; a construção de uma cultura de responsabilidade democrática; a realização da justiça social como mecanismo que aciona a liberdade autêntica, a autorrealização humana.²

Deve ficar claro que essa orientação teleológica exposta pela Constituição de 1988 disciplina todo e qualquer exercício hermenêutico que seja realizado na ordem jurídica, condicionando a atuação, especialmente do chamado intérprete autêntico ou guardião da Constituição, no momento de fazer valer o postulado normativo.

Finalmente, um elemento de singular importância na hora da análise é a convicção de que a realização da Constituição equivale à realização de uma ideia de direito. Essa compreensão do que é considerado justo em determinado momento da história rejeita de imediato qualquer outra ótica, e nela reside o que denominaríamos o *ethos* constitucional.

Contudo, se a realização dessa ideia de direito começa de fato com a consagração no texto normativo dos valores que a alicerçam, a verdade é que a Constituição somente se produz na prática em virtude de uma participação ativa – cidadania ativa – dos agentes sociais, da conformidade e disciplina das forças econômicas aos postulados constitucionais; de uma permanente política inclusiva, que torne os seres humanos protagonistas de uma história de transformações e de uma atuação governamental consequente; de uma atuação jurisdicional não autorrestritiva e da interpretação de que a expressão justiça, que qualifica as chamadas funções essenciais, não significa apenas o exercício da capacidade postulatória, mas a missão constitucional de perseguir esse valor como elemento sem o qual não há pacificação nem progresso civilizatório que valha a pena.

² Sobre os fins da Constituição e do direito constitucional consultar: SCHNEIDER, Hans-Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p. 49.

Logo se vê que as anteriores premissas sustentam decorrências importantes e verificáveis quando se examina a relação entre a Constituição e o conjunto do ordenamento porque, como já sido sustentado por alguns autores, atravessamos a etapa na qual o sistema jurídico se constitucionalizou, no que convencionou-se denominar de neoconstitucionalismo. O fenômeno supõe, do nosso ponto de observação e em nosso meio, dotar de conteúdo normativo toda e qualquer disposição do Diploma de 1988, regendo as relações entre indivíduos e Estado, mas também as relações indivíduo-indivíduo numa perspectiva horizontal, outorgando a garantia a todos de uma condução permanente das lides ao patamar constitucional, procurando uma decisão motivada pelos direitos fundamentais e a força dos princípios, estes últimos considerados os elementos que do interior da Constituição melhor revelam os valores da sociedade política.

Pois bem, presentemente se trata de considerar esses elementos forjados constitucionalmente e verificar qual a compreensão que os sujeitos constitucionais têm do texto normativo e da sua aplicação. Essa análise é realmente muito ampla, pelo que resulta procedente trabalhar com singularidades suficientemente representativas em termos jurídico-sociais. As questões referentes ao racismo e às discriminações são, sem dúvida alguma, singularidades no vasto domínio de uma ordem jurídica constitucionalizada que nos permitem essa análise.

Observa-se inicialmente um grau de tensão entre a Constituição e a forma de ser social, especialmente porque as percepções sobre a Carta no interior da sociedade são especialmente diversas. Logicamente, um conjunto de fatores hão de ser examinados, de preferência separadamente, no intuito de determinar o impacto que a Constituição tem em um setor social e o impacto da ação desse setor na efetividade do modelo que a Constituição pretende reproduzir.

Pode-se indagar, por exemplo, qual a percepção que os migrantes, estrangeiros ou refugiados, têm da Constituição, ou qual o papel que ocupam segmentos populacionais, como o das pessoas afrodescendentes ou orientais no processo produtivo e, consequentemente, qual sua visão sobre os direitos sociais consagrados no texto constitucional.

Nesse sentido, a tarefa da ciência jurídica consiste em realizar uma leitura da Constituição, seu objeto de estudo, que forneça os elementos para um discurso suficientemente pedagógico, capaz de envolver os agentes econômicos, políticos e sociais em uma transformação efetiva de realidades, reproduzindo e projetando valores e fins constitucionais. Em contraposição a esse desiderato, um esquema fechado em si próprio, numa interpretação que, sem desconhecer valores e fins, não os considera como

parte da substancialidade do direito, pode gerar distorções que impediriam a reprodução adequada do tecido social na sociedade democrática.

4 SOCIEDADES PLURAIS E DIFICULDADES DA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Uma das características mais notórias das sociedades de hoje reside na sua pluralidade – que em algumas se evidencia com maior força que em outras – de visões de futuro e perspectivas ou programas diversos de ação. Vale apontar que na sociedade brasileira essa pluralidade ainda não tem sido suficientemente abordada, a ponto de deixar de originar dificuldades concretas no momento de desenhar políticas públicas, iniciativas legislativas ou decisões jurisdicionais que possam afirmar alguns grupos humanos.

Muito embora essa diversidade manifesta, existem elementos altamente favoráveis que permitem afirmar que uma convergência explicável e justificada se encontra no firme propósito de efetivar os direitos humanos. Na verdade, e apesar da constante ameaça de uma possível indiferença diante de fatos corriqueiros que comprometam as liberdades, a opinião pública, acompanhando uma tendência mundial particular dos últimos dez anos, alimentou uma elevada capacidade de reação contra a impunidade e as ameaças aos direitos.

Nisso interfere claramente a possibilidade de conhecer realidades distantes que testam a visão e compreensão de todos sobre o gênero humano e a relação entre fórmulas jurídicas locais e internacionais – direitos locais ou nacionais e direito constitucional internacional ou direito internacional constitucional. Certamente essa coesão entre os seres humanos, por exemplo, é posta à prova ao se ter notícias de expulsões de estrangeiros, discriminações e punições que consideramos absurdas ou óticas jurídicas diferentes sobre o que seja a fundamentalidade ou substancialidade das várias projeções da dignidade.³

Por evidente, existe uma discussão em torno da universalidade dos direitos humanos. Importa ressaltar que os princípios constitucionais da

³ A diretriz da União Europeia estabelecendo o prazo até o final do ano para a regularização de migrantes nesse continente, sob pena de detenção e deportação, bem como a proibição do véu islâmico em locais públicos na França e, ainda nesse país, a política de expulsão de famílias inteiras de ciganos, mostram que ainda há muito a discutir no terreno da proteção desses direitos.

tolerância e da solidariedade, que também são postulados principiológicos para a construção de uma sociedade internacional pautada por um mínimo de justiça e respeito pela vida, passaram a ser baluartes nesse debate.

E a discussão não é fácil, particularmente porque os argumentos nos levam a examinar o que as diversas culturas entendem como direito, além de outros conceitos que parecem à primeira vista isentos de qualquer debate sobre seu conteúdo mais elementar, como os de democracia, cidadania ou humanidade e dignidade. A matriz discursiva envolve tomar partido sobre ser ou não desejável uma visão transcultural dos direitos humanos, capaz de impor mecanismos protetores desses direitos, com alcance universal. Alguns autores observam numa proteção desse tipo uma espécie de colonização cultural fantasiada de resguardo de direitos, que convertem questões como a democracia ou o direito à vida em verdadeiros cavalos-de-troia.

Um olhar desde as premissas da ordem constitucional e dos fins constitucionais que temos exposto ao começo obriga a pensar que talvez no fundo desses problemas possa estar a questão da participação dos diversos setores nacionais na elaboração do texto constitucional, o que, conduzido à sociedade internacional, remete à participação das sociedades nacionais na elaboração e aceitação dos postulados de documentos como a própria Declaração Universal de Direitos Humanos.

Nesse sentido, *Norbert Roland* destaca a declaração do representante oficial da República Islâmica do Irã por ocasião da XXXIX Sessão da Assembleia Geral da ONU, em 1984, na qual afirma que a Declaração Universal de Direitos Humanos,

“[...] que ilustra uma concepção laica da tradição judaico-cristã não pode ser aplicada pelos muçulmanos e não corresponde em absoluto ao sistema de valores reconhecido pela República Islâmica do Irã, esta última não pode hesitar em violar-lhes as disposições, já que tem de escolher entre violar a lei divina do país ou as convenções laicas.”⁴

Logicamente a visão sobre os povos, nações e grupos considerados minoritários, mas atuantes em contextos nos quais dirigem ações pertinentes a preservar seus modos de vida e tradições religiosas, faz parte do debate. Essas minorias, bem sejam étnicas, nacionais, religiosas ou de qualquer outro tipo, parecem estar à procura da efetividade de direitos

⁴ ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 264.

para os quais Constituições e declarações internacionais não têm sido suficientes, pela ausência de uma política dirigida a esse fim.

Na verdade, se os direitos consagrados nas Constituições e declarações tivessem condições plenas de aplicabilidade, então não seria justificável redigir estatutos parcelados, com o intuito de amparar indígenas ou populações afrodescendentes. Isso significa, singelamente, e se voltarmos às Constituições, que se elas se referem à proteção das minorias, e para tanto dedicam capítulos especiais e dispositivos particularmente aplicáveis a condutas discriminatórias, então apresentam uma intencionalidade jurídica que afasta uma hermenêutica simples em torno de uma distinção entre igualdade na lei e igualdade perante a lei, para originar um raciocínio especializado.

Nessa perspectiva, somente se justifica uma diretiva constitucional particular para a proteção de um grupo considerado minoritário ou uma diretriz para tratar do assunto do racismo se houver minorias e condutas abertas ou sutis de racismo, que devam ser emolduradas pela força normativa da Constituição e na perspectiva de tornar usufruíveis direitos para todos que são de todos. Por isso, razão assiste a *Fernandez García*, quando manifesta que nunca gostou da expressão direitos das minorias porque dá a impressão de significar um tipo de direito especial para pessoas especiais, à margem da ideia de direitos fundamentais como direitos de todos os seres humanos, quando do que se trata não é que peçam um tratamento especial, mas um tratamento igual. Nesse sentido, então, o direito real consiste em não ser tratado como minoria.⁵

Contudo, o que realmente importa reconhecer é que na proteção reforçada das minorias e grupos considerados vulneráveis se concentra uma dose de responsabilidade humana diante da carga histórica de discriminações ou fatos que justificam esse tratamento jurídico, como no caso dos judeus, curdos, ciganos e outros grupos.

Um parêntese em nosso raciocínio, que não deixa de ser singular, é que um dos perigos reais nessa discussão consiste nas versões renovadas de guetos e *apartheid* sociais. *Norbert Rouland* percebe como o discurso sobre os direitos dos mais desfavorecidos por conta de históricas discriminações era evidente nas chamadas esquerdas do pensamento, enquanto hoje a

⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. Los derechos de las minorías culturales y de pensamiento. In: TAMAYO-ACOSTA, Juan José (Dir.). *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Estella (Navarra): Verbo Divino. 2005. p. 299.

denominada nova direita se apropria do tema, promovendo uma versão ao gosto do dia do *apartheid*.⁶

De todas as maneiras, para nós é essencial, e como veremos em outro item, ao tratar do racismo, observar o nascimento de normas jurídicas que revelam, em alguns casos, a intencionalidade estatal tendente a sustentar uma fictícia oposição entre unidade política e pluriculturalidade. É dizer, que não há como manter sociedades plurais porque uma cultura subordinaria a outra, até eliminá-la.

Tamanha desconfiança no ser humano impediria sustentar que o papel do Estado – e nisso interfere um posicionamento ideológico que nos parece inevitável, mas que deve ser de alguma forma também disciplinado por valores e fins constitucionais – deverá sempre se dirigir à regulação da coexistência das diferenças, gerando uma complementariedade possível, regulando normativamente, de modo que os diversos grupos étnicos, religiosos ou políticos caminhem para a recuperação da dignidade para todos os seres humanos.

Parece-nos ainda que no plano internacional devem-se evitar duas posições extremas. A primeira consiste em renunciar à universalidade dos direitos humanos, para abrir passo a uma relatividade que em nada ajudaria à denúncia de violações gravíssimas desses direitos. Deve-se ressaltar a importantíssima função cumprida por documentos como o Pacto de Direitos Civis e Políticos ou o Pacto de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, ou, no contexto regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos, para tornar efetivos direitos que precisam de reforço protetor.

A segunda posição consiste em considerar que não há outras opções possíveis ou mecanismos institucionais em Estados que resistem à aplicação dos direitos humanos, desde a nossa perspectiva, chamada por alguns, à falta de melhor expressão, de visão ocidental.

⁶ “Em poucos anos, o tema do ‘direito à diferença’ mudou bruscamente de posição. Foi primeiro objeto de uma interpretação otimista – as diferenças enriquecem, a tolerância permite a comunicação – e costuma estar inscrito no catálogo das ideias de esquerda. Depois suas cores se escureceram. Percebeu-se que as diferenças também podem conduzir à exclusão e ao ódio, que a intolerância podia dissimular-se sob a tolerância: nem tudo o que é plural é de ouro. Paralelamente, a Nova Direita apropriava-se do tema, exibindo-se até num papel neoterceiro-mundista. São tamanhas as diferenças, e o respeito que se lhes deve tão evidente, que é inútil procurar tirar proveito delas. A cada qual seus valores e, provavelmente, seu território: versão ao gosto do dia do *apartheid*. O racismo biológico se transforma em diferencialismo cultural.” (ROULAND, Norbert, *Nos confins do direito*, p. 204).

Por essa via, um dos dilemas para a elaboração racional de uma normatividade internacional equilibrada consiste em resolver o problema dos limites das manifestações humanas, particularmente as de pensamento ou expressão, tendo em vista que atos ou exposições que revelam uma postura ideológica, política, cultural ou de superioridade étnica – abertas ou sutis –, podem colidir com outras visões, divergentes e opostas, ou mesmo sustentar discriminações, históricas ou presentes, que afetam um grupo em particular.

No plano das sociedades nacionais, essas duas posições extremas se revelam de forma mais ou menos análoga e concluem pela necessidade de conter as manifestações que possam atacar grupos da sociedade nacional que são partícipes do mesmo processo civilizatório e que procuram o albergue constitucional. Tais demonstrações, evidentemente, são reproduções de intolerância que afetam a convivência dirigida ao humanismo real na qual se empenhou o constituinte.

Nesses casos, a força normativa da Constituição, a aplicabilidade direta dos dispositivos da Carta de 1988, especialmente os de cunho principiológico, seja na perspectiva horizontal ou vertical, para a proteção e defesa dos direitos fundamentais, mormente para a proteção e defesa de um projeto ou modelo de convivência sustentando valores e fins, passa a ser o norte da interpretação.

Advitta-se que a aventura de desvendar a relação entre manifestação do pensamento e questões raciais, ou que afetam setores minoritários, implica reconhecer inicialmente que é impossível pretender construir um modelo ou camisa de força que resulte impermeável a outras opções ou propostas no terreno jurídico.

O que deve ser salientado, de todo modo, é que a capacidade da sociedade assimilar uma conduta discriminatória encontra limites, assim como também os encontra uma ação que pretenda afirmar um grupo humano qualquer. Ou seja, numa sociedade pluralista pautada pelas conquistas de um Estado de Direito democrático, a rejeição à discriminação negativa é quase natural, mas também deve-se ter cuidado com a maneira como se realiza o exercício de promoção de um setor social.

O exemplo mais claro é o das ações afirmativas que, por carecerem uma motivação persuasiva e sustentada serenamente no plano jurídico-constitucional, podem ocasionar uma rejeição indesejável. Admitamos que no terreno político, no qual as questões costumam pautar-se pela correlação de forças, sustentar na prática – como tem sido feito no Brasil – uma política de ação afirmativa é o primeiro estágio de uma discussão

na perspectiva de convencer socialmente que essa promoção é o que deve ser considerado justo. No entanto, tarde ou cedo, no terreno jurídico, a questão passará a ser resolvida pelos tribunais, e especial pelo tribunal constitucional.

É preciso fazer opções suficientemente lógicas e sólidas, razoáveis e ponderadas juridicamente, para que o direito como disciplina social projete uma visão permanentemente inclusiva. A ferramenta inicial para chegar a tais opções é o texto normativo constitucional, perfeitamente apto a ser interpretado para fins de construção da sociedade fraterna que ela própria proclama.

5 O RACISMO COMO OBJETO DE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL

Não se pretende uma exaustiva exposição sobre os documentos constitucionais ou legais, nem mesmo fazer um histórico de declarações internacionais que rejeitam o racismo como conduta discriminatória. No entanto, imprescindível se afigura a apresentação de um panorama sobre a maneira como as estruturas jurídicas nacionais e a própria sociedade internacional cuidaram do assunto.

De início, convém apontar que como movimento de cunho político e jurídico surgido no século XVIII, o constitucionalismo, na sua essência, rejeita as discriminações. No entanto, se tomamos, por exemplo, a tradição constitucional dos Estados Unidos, constataremos que apesar de projeções jurídicas notáveis, como o *judicial review* ou o presidencialismo, o amparo às minorias foi desde o começo bastante ineficiente, distante ou sem condições de efetividade.

Com efeito, nesse país, as 14^a e 15^a Emendas, de 1868 e 1870, respectivamente, garantiram a igualdade de direitos e de votos a todos os cidadãos. No entanto, uma lei do Texas determinou que “de forma alguma o negro poderá participar de uma eleição primária do Partido Democrata”. Também a Constituição de Oklahoma de 1866 estabeleceu que nenhuma pessoa negra ou descendente de negros poderia habilitar-se como eleitor, sem submeter-se a exames educacionais que terminavam barrando os candidatos e votantes negros, como relata *Bernard Schwartz*.⁷

⁷ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 277.

Houve um longo processo contra as discriminações, que talvez encontrou seu auge no século XX nos Estados Unidos, por ocasião da decisão do caso *Brown vs. Board of Education*, em 1954, contra a desagregação escolar. A Corte Suprema do país inaugurou com ela uma nova etapa jurisprudencial, com a cobertura oferecida pelo chamado *judicial activism*, que transformou a sociedade americana, confirmada anos depois com a declaração de constitucionalidade das políticas de discriminação compensatória, particularmente no caso *Regents of the University of Califórnia vs. Bakke*.⁸

Quanto ao Brasil, deve-se apontar que a Constituição do Império, de 1824, em nada se referiu à proteção das pessoas por conta de atitudes racistas. A omissão, como é conhecido, permitiu aos governos das províncias adotarem medidas discriminando setores populacionais, especialmente os negros. Nesse sentido, o Decreto de 23 de março de 1838 expedido pelo Presidente da Província de Sergipe proibia a frequência nas escolas públicas a “todas as pessoas que padeçam de moléstias contagiosas e aos africanos, quer livres, quer libertos”.

Muito embora não houvesse dispositivo expresso, interessante anotar o que disse o Ministro do Supremo Tribunal Federal João Barbalho:

“[...] os direitos que a Constituição assegura são os mesmos para todos os indivíduos; os meios e recursos estabelecidos para garantir-lhos competem igualmente a todos. Não há, perante as leis republicanas, grandes nem pequenos, senhores nem vassalos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito”.⁹

Vale a pena também mencionar que nessa Constituição, o artigo 179, XIII, determinava: “A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.”

Essa expressão “a lei será igual para todos” foi reproduzida anos depois na Constituição da República de 1891, no artigo 72, parágrafo 2º, da maneira como permanece até hoje: “Todos são iguais perante a lei”. O parágrafo era complementado pela manifestação seguinte: “A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e

⁸ Ver o excelente artigo: ZOLLER, Élisabeth. Esplendores e misérias do constitucionalismo. *Revista Sub Judice*, Lisboa, n. 12, p. 8-10, jan./jun. 1998.

⁹ CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição federal brasileira*. Rio de Janeiro: Brügier, 1924, apud BRANDÃO, Adelino. *Direito racial: teoria e prática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 97.

extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliarquicos e de conselho.”

Um pouco mais adiante, a Constituição de 1934, como se sabe, sob a influência da República de Weimar de 1919 e de Constituições como a do México de 1923 e da Espanha de 1931, determinou no seu artigo 113: “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégio nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.”

A seguir, a Carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, estabeleceu no artigo 122 que todos são iguais perante a lei, em trecho menos extensivo que o da Constituição imediatamente anterior.

Veja-se que anos depois, a Constituição de 1946, no parágrafo 1º do artigo 141, utilizou a mesma expressão constante na Carta de 1937. Foi sob o império dessa Constituição que se editou a Lei Afonso Arinos (Lei n. 1.390, de 03 de julho de 1951), que considera contravenção a prática racista e que, como veremos, pela leitura da Constituição em vigor, não poderia ser recepcionada.

Em que pese ser contraditória a questão, pelo menos formalmente, o Ato Institucional n. 2 reformou o parágrafo 5º do artigo 141, para expressar então: “É livre a manifestação do pensamento [...] não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem pública e social, ou preconceito de raça ou de classe.”

Mencione-se que também o Código Eleitoral, desde a sua redação inicial, estabeleceu no artigo 243 a intolerância à propaganda que faz apologia aos preconceitos de raça ou de classes.

A Constituição de 1967, no parágrafo 1º do artigo 150, inserto no Capítulo IV (Dos Direitos e Garantias Individuais) do Título II (Da Declaração de Direitos), estabeleceu punição para o preconceito de raça, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.”

Mencione-se que a antiga Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), não recepcionada pela Constituição Federal de 1988¹⁰, na época estipulava no artigo 12: “Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do

¹⁰ STF – ADPF n. 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, *DJ*, de 06.11.2009.

pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta Lei e responderão pelos prejuízos que causarem.”¹¹

Finalmente, a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, expressou, no artigo 153, parágrafo 1º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.”

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil se propôs sua própria reconstrução, tentando assentar as bases estruturais de um Estado de Direito, pautado pela igualdade, pela legalidade e pela justiça como valores inerentes às relações sociais e representação jurídica de um consenso político.

A Constituição de 1988 resultou de um marco amplo de coincidências históricas e promoveu uma abertura democrática, na qual se deu destaque singular à igualdade como vetor normativo capaz de ter a flexibilidade suficiente para uma atividade dos poderes estatais dirigida a consolidar opções individuais e à satisfação de direitos sociais.

Na verdade, sem deixar de olhar para o passado imediato, que rejeitou de plano, a Constituição revelou uma proposta de modelo de vida para a sociedade brasileira. Uma espécie de plataforma de partida dirigida a sustentar uma política constitucional, como expressaria Zagrebelsky, garantia de legitimidade para os diversos setores sociais, na perspectiva de uma concorrência entre esses setores, para imprimir ao Estado uma orientação ou signo dentro das limitações, valores e finalidades nela contidos. Por essa via, a política constitucional, que deriva das adesões e abandonos do pluralismo, determina os resultados constitucionais históricos e concretos.¹²

Aponte-se que a intencionalidade constituinte aparece manifesta no preâmbulo. A Assembleia Nacional Constituinte foi instituída para estabelecer um Estado pautado por valores como a igualdade e a justiça. Tais valores são pontos ou elementos de consenso no marco de

¹¹ Os artigos 13 e 14 da mesma Lei estabeleciam: “Artigo 13 - Constituem crimes na exploração ou utilização dos meios de informação e divulgação os previstos nos artigos seguintes. Artigo 14 - fazer propaganda de guerra, de processos para a subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe. Pena: de 1 a 4 anos de detenção.”

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil*. Traducción de Marina Gascón. 7, ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 13-14.

relações humanas próprias de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Veja-se também que a Constituição estabelece um fator de compreensão de toda a ordem jurídica – a partir do qual é possível projetar todo o campo dos direitos fundamentais – a dignidade da pessoa humana, consagrada no inciso III do artigo 1º do Diploma Constitucional. Talvez seja impossível encontrar outro argumento mais forte ou significativo, para a tutela jurídica dos seres humanos e, em particular, para tecer um raciocínio no campo dos direitos sobre antirracismo, do que o conteúdo desse princípio. A dignidade é a chave para o entendimento de uma teoria geral do direito e dos direitos humanos, e resulta extremamente difícil desenvolver qualquer raciocínio no campo jurídico sem esse cânones.

Poder-se-ia realizar um raciocínio mais completo sobre o ponto, mas, na ideia de observar meticulosamente como passa a ser evidente a projeção da dignidade no terreno da não discriminação, vale a pena prosseguir na análise do texto constitucional. Ele apresenta também, no artigo 3º, uma referência clara à vocação democrática e inclusiva quando, no inciso IV, coloca dentre os objetivos da República, o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Deve-se reconhecer que embora a discriminação racial não tenha sido o problema central nas discussões da Assembleia Constituinte, o tema esteve presente nos debates sobre a igualdade, as relações internacionais, a questão cultural e a integração dos participantes do processo civilizatório brasileiro.

Por isso, no artigo 4º, expressando os princípios que orientam o relacionamento internacional brasileiro, a Constituição determina, nos incisos II e VIII, a observância da prevalência dos direitos humanos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo.

Ao ingressar no Título II da Constituição Federal e abordar os direitos e garantias fundamentais, o constituinte, no Capítulo I, denominado *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, consagra a igualdade no *caput* do artigo 5º. No inciso III do mesmo artigo, expressa sua rejeição aos tratamentos degradantes e, no inciso XLII, condena a prática do racismo, que constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei.

A Constituição anterior, no parágrafo 1º do artigo 153, estabelecia: “Será punido pela lei o preconceito de raça”. Esse dispositivo inspirou a redação do inciso XLI da Constituição em vigor, que reza que “a lei

punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Dessa maneira, consagrou-se uma garantia constitucional atípica ou *sui generis*, posto que, como afirmam *Celso Ribeiro Bastos* e *Ives Gandra*, “o reforço dos direitos individuais se dá pela estatuição de uma pena para o transgressor”.¹³

No caso, o castigo se dirige àquele que pratica a conduta discriminadora. Portanto, os comportamentos discriminatórios em função de raça, religião, opção política, ideológica ou filosófica são punidos em função da quebra da igualdade e da tolerância que deve pautar os relacionamentos sociais. Por isso, como advertem os dois autores, “a desequiparação das pessoas que em tese deveriam ser tratadas igualmente é que abre escanças à configuração de uma hipótese delituosa”.¹⁴

Precisamente levando em conta esse dispositivo, que qualifica como crime inafiançável a discriminação, é que a Lei n. 1.390/51 – Lei Afonso Arinos – que estipulava que o preconceito de raça e de cor era mera contravenção, não teve condições de ser recepcionada.

Convém apontar que no Capítulo II do Título II, quando tratou dos direitos sociais, o constituinte estabeleceu no artigo 7º, XXX, a proibição de “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil”.

Anote-se que, por força da cláusula de irreversibilidade – art. 60, § 4º, IV –, os direitos fundamentais, e com isso o direito de não ser alvo de discriminações injustas, negativas e atentatórias à dignidade, passaram a ser inatingíveis pela competência reformadora do Congresso.

Bem mais à frente, no terreno da educação, o constituinte, no artigo 210, expressou a ordem de serem fixados “conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais”.

Também nesse campo, o parágrafo 1º do artigo 242 do Título IX (*Das Disposições Constitucionais Gerais*) determina que “o ensino da história do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro”.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 216.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 218.

Na seara da cultura, o constituinte expressou sua compreensão da natureza da sociedade brasileira, ao ordenar ao Estado a proteção das “manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” e expressamente ao Legislativo, a edição de ato normativo para dispor sobre as “datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”.

Para além da edificação normativa no terreno constitucional, o Brasil parece plenamente consciente de que a denominada democracia racial não depende da miscigenação ou dos felizmente graus de tolerância notórios, quando recebe e assimila pessoas oriundas de outros países, sejam limítrofes ou não. Mas, concomitantemente ao assunto, existe também a questão referente à simbiose ou afastamento no plano acadêmico, político, econômico, social e cultural, das chamadas injustiça de raça e injustiça de classe.¹⁵

O que nos parece é que vincular a superação do racismo à superação da problemática de eliminação da pobreza coloca a discussão, na prática, sob duas premissas: a primeira, a de incluir socialmente os historicamente excluídos de oportunidades por sucessivas circunstâncias de discriminação, seja por conta de uma herança manifesta em um país que libertou os escravos e de imediato importou europeus para as tarefas mais duras, ou por quaisquer outras circunstâncias; a segunda, a de incluir aqueles que, independentemente de sua religião, credo, cor, herança, superam com seu esforço as adversidades em um país de desigualdades sociais múltiplas.

Nisso reside a problematização jurídica das cotas, que não são o centro do nosso trabalho nesta oportunidade, mas que não poderíamos passar por alto. E, sem dúvida, a opção deve ser a execução de um programa muito amplo de efetividade dos direitos humanos, que se observarmos com calma, e como sustentamos em outra oportunidade, todos e cada um precisam da intervenção estatal, é dizer, da esfera pública.

Em anos mais recentes, a Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989, alterada pela Lei n. 9.459/97, que define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor, bem como a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que modificou ou parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal,

¹⁵ UNGER, Mangabeira. Fazer a abolição de novo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 maio 2008. Tendências/Debates, p. A3.

são peças jurídicas a serem levadas em consideração para o adequado tratamento das práticas racistas e discriminatórias.

Logicamente, a esse arcabouço normativo deve-se adicionar a própria Lei n. 12.288/2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, e que, como vimos na introdução, traz a determinação jurídica do que se considera discriminação racial ou étnico-racial, desigualdade racial e desigualdade de gênero e raça.

Voltando à Constituição, uma referência merece a cláusula de abertura a tratados internacionais, exposta no parágrafo 2º do artigo 5º, que determina 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”.

Como se sabe, a Emenda Constitucional n. 45/2004 adicionou o parágrafo 3º ao artigo 5º, para consignar o mecanismo de introdução no sistema jurídico nacional das normas dos tratados de direitos humanos. Assim, receberão trâmite semelhante ao estabelecido para a reforma constitucional pela vias das emendas, estabelecido no artigo 60, é dizer, uma votação em dois turnos nas Casas do Congresso Nacional, e para efeitos de aprovação, o respeito ao *quorum* qualificado de três quintos dos membros de cada Casa.

Nesse campo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pela Resolução 2.106-A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, dispõe que os Estados devem declarar como delito qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódios raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação de tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento. A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 e promulgada pelo Decreto n. 65.810, de 08 de dezembro de 1969.

Alguns anos antes, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em 04 de junho de 1958, adotou a Convenção Concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 62.150, de 23 de janeiro de 1968, que veda “toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social,

que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

Vale a pena mencionar também a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, adotada em 14 de dezembro de 1960 pela Conferência Geral da Unesco na sua 11^a Sessão, reunida em Paris, e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 63.223, de 06 de setembro de 1968.

A Convenção veda qualquer

“[...] discriminação, exclusão, limitação ou preferência que, por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino e, principalmente:

- a) privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas de acesso aos diversos tipos ou graus de ensino;
- b) limitar a nível inferior a educação de qualquer pessoa ou grupo;
- c) sob reserva do disposto no artigo 2º da presente Convenção, instituiu manter sistemas ou estabelecimentos de ensino separados para pessoas ou grupos de pessoas; ou
- d) de impor a qualquer pessoa ou grupo de pessoas condições incompatíveis com a dignidade do homem.”

O Estatuto da Corte Penal Internacional, definido pela Convenção de Roma de 17 de julho de 1998, no seu artigo 7.1, expressa que se entende por crime contra a humanidade, a “h)perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificada, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional”.

Como é possível observar, as normas decorrentes de tratados que regulam o racismo foram incorporadas à ordem jurídica brasileira pela via dos decretos legislativos, como se sabe, norma de estatura infraconstitucional. Com a Emenda Constitucional n. 45/2008, o processo de incorporação das normas internacionais referentes a direitos humanos passou a depender de processo semelhante à introdução das emendas constitucionais. Sem entrar no mérito de uma discussão sobre o *status* atual das normas decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos, achamos que eles se encontram incorporados do ponto de vista material ou substancial ao catálogo de direitos expressos na Constituição Federal em vigor, de forma que os consideramos juridicamente vinculativos.

Esse posicionamento justifica que as normas constantes em tratados possuam todas as condições jurídicas para fundamentar as pretensões dos indivíduos de forma direta, tornando operativa e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana, especialmente nos Estados onde não existe legislação própria tipificando a conduta discriminadora. Os tratados reforçam, no caso brasileiro, a proteção contra qualquer discriminação, ainda que já esteja consagrada na Constituição de 1988, foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger, e hoje também se sustenta no Estatuto da Igualdade Racial.

6 UMA REFLEXÃO SOBRE A INTERDISCIPLINARIDADE E SUA POSSIBILIDADE TRANSFORMADORA

Na ideia de comentar o Estatuto e a decisão do caso Ellwanger, vale a pena refletir sobre como as convicções humanas e o direito da cotidianidade é impactado pelas ciências sociais e ultimamente pela biologia.

Sobre o tema, deparamos com um interessante artigo sobre a inexistência biológica das raças humanas, no qual seus autores, Sérgio Pena e Telma S. Birchall, expõem que o papel da ciência, embora não seja esse propriamente o campo de origem dos mandamentos morais, consiste em mostrar o que não é. Assim, ela liberta, ou seja, tem o poder de afastar erros e preconceitos. Por isso, a ciência tem papel fundamental na instrução da esfera social.¹⁶

O que nos parece é que, quando Supremo Tribunal Federal decidiu o Caso Ellwanger, o fez com base na incorporação de um *ethos* social amparado nos fundamentos biológicos. Na verdade, a função da ciência tornou-se, no caso, instrutiva e decisiva para a orientação do acórdão. Com efeito, os ensinamentos da genética impactam de tal maneira a seara social que o fato científico é assumido pelo Judiciário. Verificou-se, com relação ao assunto raça, uma absorção e incorporação pela sociedade das demonstrações científicas, gerando convicções e atitudes morais, no sentido, como expressam os autores mencionados, de um reforço da

¹⁶ PENA, Sérgio D. J.; BIRCHAL, Telma S. A inexistência biológica versus a existência social de raças humanas: pode a ciência instruir o ethos social? *Revista USP*, São Paulo, n. 68, p. 10-21, dez. 2005/fev. 2006.

oposição às afirmações de diferentes formas de hierarquia entre os povos e grupos humanos.¹⁷

No artigo, após analisar a variabilidade genômica humana e os caracteres morfológicos, os autores concluem convencidos:

“Como vimos acima, três linhas separadas de pesquisa molecular fornecem evidências científicas sobre a inexistência de raças humanas. A primeira é a observação de que a espécie humana é muito jovem e seus padrões migratórios demasiadamente amplos para permitir uma diferenciação e consequentemente separação em diferentes grupos biológicos que pudessem ser chamados de ‘raças’. A segunda é o fato de que as chamadas ‘raças’ compartilham a vasta maioria das suas variantes genéticas. A terceira é a constatação de que apenas 5-10% da variação genômica humana ocorre entre as ‘raças’ putativas. As evidências levam à conclusão de que raças humanas não existem do ponto de vista genético ou biológico.”¹⁸

Naturalmente, no campo jurídico a ressonância que têm as afirmações da ciência genética é bastante singular, tendo em vista não somente o acórdão ou o jovem Estatuto, mas os desafios colocados ao direito em matéria de proteção da vida humana, mormente no terreno da constitucionalidade da interrupção da gravidez em função de anencefalia fetal ou na decisão da corte sobre a constitucionalidade das pesquisas em células-tronco embrionárias com objetivos terapêuticos.¹⁹

Assim que, no campo de trabalho delimitado no presente artigo – a questão do racismo e da não discriminação –, é evidente que se revela uma aproximação entre ciência e direito. Lembre-se que esse último, como fenômeno histórico-cultural, pretende realizar uma ordenação normativa da realidade. Essa realidade constitui o domínio dos costumes ou dos hábitos, das práticas sociais, é dizer, dos comportamentos humanos. Se as valorações humanas são impactadas pela biologia e a genética, de alguma forma o direito obriga-se a trabalhar com elas.

Por essa via, a ciência como esfera autônoma da investigação se liga à transição axiológica da normatividade constitucional ou internacional sobre o tema das raças e, no caso em comento, legitima as decisões jurisdicionais ou as opções legislativas. A ciência não tem como

¹⁷ PENA, Sérgio D. J.; BIRCHAL, Telma S., *A inexistência biológica versus a existência social de raças...*, p. 13.

¹⁸ PENA, Sérgio D. J.; BIRCHAL, Telma S., *A inexistência biológica versus a existência social de raças...*, p. 15.

¹⁹ ADI n. 3510/DF, rel: Min. Carlos Britto, j. 29.05.2008.

fundamentar valores, mas tem como afastar erros, dizendo o que não é considerado como verdade, e quando o faz de imediato, possibilita a escolha moral que finalmente será reproduzida como valor na norma jurídica, para exigir um comportamento adequado e harmônico, conforme as finalidades sociais.

Como vimos em item anterior, no sistema jurídico, a maneira mais efetiva de introduzir valores se dá pela via dos princípios, normas que levam um conteúdo de tamanha densidade que podem ser aplicadas a situações, condutas ou práticas sociais diversas. E a maior parte dessas normas principiológicas se acha no ápice da estrutura normativa, é dizer, em sede constitucional.

De tudo se deduz que a conduta não discriminatória como exigência jurídica exposta na Constituição Federal de 1988, como veremos um pouco adiante, é também uma exigência ética e moral, relacionada a uma certa pretensão do bom e do justo, com fundamento científico.

Não se procura, no entanto, justificar que sempre e em todos os casos submetidos à decisão do tribunal constitucional, o conhecimento científico do que é possa ser considerado a válvula para identificar o que, no campo do direito, Kelsen chamava o *sollen* ou dever ser. É dizer, a ciência, como toda atividade humana, está sujeita aos ditames do experimental e, obviamente, evolui. Apenas deve-se reconhecer que na aproximação dos discursos é possível entender que em um mundo em que se constatam relações de domínio a partir de teses fundadas em divergências biológicas com fundamento na observação do outro, a modificação de uma falsidade por um novo nível de conhecimento científico implica uma inevitável revisão dessas relações de dominação. Do campo da ciência, é possível ir ao moral e ao jurídico, sem desconhecer as autonomias e os limites e possibilidades de cada um, e transformar realidades combinando a força de cada um.

Imaginemos, contudo e muito embora o que temos expressado até o momento, mas em perfeita consonância com a evolução da própria ciência, que ela obtenha novos dados, que nos informe que as raças existem. Seria possível engavetar o direito construído no intuito da não discriminação e as decisões tomadas com fundamento ora científico? Achamos que, ainda nessa hipótese, a resposta seria negativa. Na verdade, se a dignidade humana não é um atributo que surge apenas da ciência, mas do reconhecimento de um *status*, o que nos conduz à cultura e às nossas escolhas para justificar a autodeterminação do ser humano. Então, é justo expressar que mesmo nesse caso, isso, de todo modo, não seria suficiente para desconhecer o *status* de dignidade de todos os seres humanos, e ainda

as relações de dominação deveriam ser proscritas, por contrárias à moral e ao direito.

No entanto, e como poderemos observar, se as raças não existem, o racismo é uma realidade. E se o fundamento científico se perde, a verdade é que historicamente o racismo como postura ideológica admite outros fundamentos, que fogem do campo biológico, com a pretensão de justificar precisamente a relação de domínio, reitere-se, relação fatal para o correto desenvolvimento do tecido social que pretendemos com o direito, e definitivamente contrária aos fins constitucionais da contemporaneidade.

7 O CONTEÚDO JURÍDICO DO VOCÁBULO RACISMO E SUA APLICAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De início, há que se advertir que em nossos dias a expressão racismo designa qualquer fórmula de discriminação, nem sempre apoiada na ideia de raça. Nesse sentido, trata-se de uma espécie de metáfora para designar qualquer tipo de essencialismo ou naturalização que resulte na prática discriminatória.

Nessa imagem, a ideia de uma diferença absoluta e irredutível como núcleo jurídico da conduta racista escapa à mera manifestação racial biológica, acobertando práticas discriminatórias com fundamento em visões culturais e manifestações contra grupos linguísticos, grupos nacionais ou aderentes a crenças religiosas, filosóficas ou políticas. O fator comum é a diferença, a que se pode constatar facilmente, porque, de fato, os seres humanos são diferentes.

Entretanto, e nisso reside a antijuridicidade do racismo, ele supõe a escolha arbitrária da diferença como elemento capaz de estabelecer uma certa hierarquização social ou um tratamento desequilibrado e autorizado pela superioridade. É dizer, um fator discriminatório sem suporte de legitimidade ou constitucionalidade.

Antes de avançar, observe-se que alguns autores, em lugar da expressão raça, utilizam etnia. *John Rex* assume essa visão, argumentando que é perfeitamente possível distinguir entre traços determinados e imutáveis as pessoas, no caso, a raça, e traços indeterminados e imutáveis próprios das etnias.²⁰

²⁰ REX, John. *Raça e etnia*. Lisboa: Estampa. 1988. p. 35.

No Brasil, *Alfredo Guimarães*, em outro sentido, expõe que essa distinção parece insuficiente para dar conta da racialização e naturalização da cultura de grupos subalternos. Nessa perspectiva, uma amostra significativa é o fenômeno migratório na Europa, onde se utiliza o eufemismo de imigrantes para referir-se aos seus novos grupos raciais e étnicos (árabes, turcos, antilhanos, indianos, assim como seus descendentes), e cultiva, em relação a eles, um diferencialismo cultural, que transforma o conceito de cultura em algo absoluto. Por isso *Guimarães* considera que “a distinção entre formas de discriminação e preconceito, baseadas em identidades sociais, parecem, portanto, ser mais de ordem ideológica que de ordem processual.”²¹

Decerto, se focalizamos o Brasil, uma análise histórico-demográfica implicaria realizar, em paralelo ao tema do racismo, um estudo sobre processos migratórios, formas de exploração e de ascendência social, deformações e desigualdades que se misturam com as condições de obtenção de riqueza por uma minoria, enquanto outros segmentos sociais se empobreciam, quase que em relação diretamente proporcional. Tal análise fugiria um pouco do nosso atual esforço de pesquisa.

Entretanto, nunca é demais mencionar como *Darcy Ribeiro* apontava a perversidade do racismo assimilaçãoista, manifestando como ele:

“[...] leva os brasileiros a supor e desejar que os negros desapareçam pela branquização progressiva [...]. A característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide sobre a origem racial das pessoas, mas sobre a cor de sua pele. Nessa escala, negro é o negro retinto, o mulato já é o pardo e como tal o meio branco, e se a pele é um pouco mais clara, já passa a incorporar a comunidade branca.”²²

Um pouco mais adiante, aponta na sua obra que, como fruto de várias contribuições migratórias e processos de absorção cultural, no Brasil, há uma mesma cultura que a todos engloba e uma vigorosa autodefinição nacional, cada vez mais brasileira, que a todos anima.²³

O tema da etnicidade, como pode ser facilmente constatado, é político e bastante presente nas sociedades contemporâneas, e, como

²¹ GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Editora 34, 1999. p. 25.

²² RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 225.

²³ RIBEIRO, Darcy, *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*, p. 243.

aponta *Xavier Torrens*, tem sido utilizado tanto como fator ideológico como para a ação coletiva, para legitimar politicamente uma determinada estrutura social existente ou projetada.²⁴

Essa etnicidade responde unicamente a critérios culturais, de forma que o conceito de etnia ou de minoria étnica refere-se a um grupo com peculiaridades culturais que evoluem e se transformam. Ainda que nessa seara não se faça referência ao genótipo ou fenótipo, regularmente quando se fala em minorias étnicas, se fala também em racismo, de maneira que a questão racial não se reduz à determinação da constituição genética de um indivíduo nem à sua observação clínica ou física.²⁵

Veja-se que, ratificando essa afirmação, a expressão raça surge a fins do século XV, mas a expressão racismo é dos anos 30, já no século XX, e responde a critérios puramente ideológicos. Bem por isso *Xavier Torrens* opina que:

“O racismo é uma ideologia a partir da qual se estruturam movimentos políticos e os que a sustentam pretendem configurar uma sociedade em sintonia com seus pressupostos doutrinários de uma noção de raça. Mas o conceito de raça carece de científicidade e sua construção reside na arbitrariedade e, mais ainda, em falsidades.”²⁶

Assim, isso significa que embora a existência das raças constitua uma falsidade, a verdade é que o racismo é uma ideologia e, por sinal, bastante persistente. Não se explica de outra maneira que, apesar de o racismo ter como primeiro fundamento a diferença biológica, assuma expressões nos campos da religião, da cor da pele, da questão linguística e da nacionalidade. Em todos os casos, existe um elemento em comum, a diferença entre o nós e o eles, ainda que assuma uma variedade de formas e manifestações que podem ser bastante comuns, como a exclusão, a segregação, a discriminação e a agressão.

Xavier Torrens propõe uma definição de racismo em uma dimensão ideológica para justificar, ao final, três grandes e essenciais manifestações do racismo: o religioso, o biológico e o cultural. O autor parte de considerar que as ideologias não podem ser consideradas como

²⁴ TORRENS, Xavier. Racismo e antiracismo. In: ANTÓN MELLÓN, Joan (Ed.). *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 301-329.

²⁵ Sobre o ponto, consultar: LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004. p. 128-129.

²⁶ TORRENS, Xavier, Racismo e antiracismo, p. 302.

conjuntos estáticos de ideias, mas como fruto de um contexto histórico. O autor expressa:

“Proponho definir ao racismo como o conjunto de crenças, pensamentos e ideologias construídas sobre a base de uma classificação falsa do gênero humano, configurada a partir de diferenças religiosas, biológicas e culturais, imaginárias ou reais, com o fim de atribuir uma hierarquização discriminatória e legitimar uma distribuição desigual do poder para exercitar a dominação sobre um grupo.”²⁷

Na raiz conceitual, parece encontrar-se o fato de que a presença do outro atingiria uma margem de segurança declarada na ordem social, e, então, diante da ameaça, cria-se a barreira destinada a impedir a participação desse grupo formado pelos outros nos negócios do poder, construindo-se uma realidade fruto dessa distribuição desigual, que exclui e marginaliza. Logicamente, é muito fácil prever que dessa exclusão se parta a outras modalidades de manifestações, que atingem a distribuição de bens para a satisfação das necessidades básicas dos outros, negando seus direitos sociais e em geral afetando a efetividade dos direitos humanos.

Seguindo com a proposta de *Torrens*, ela segue uma linha histórica evolutiva apoiada em épocas em que certas discriminações tornaram-se mais visíveis. Por exemplo, até fins do século XVIII, a principal fundamentação do racismo foi por antonomásia à religião. Depois, durante o século XIX e até a finalização da Segunda Guerra Mundial, teve uma base biológica e, finalmente, após 1945, uma base em paradigmas culturais. Frisa o próprio autor que nessa evolução, a aparição de uma nova forma ou fundamento do racismo não significa a superação das anteriores. E certamente lhe assiste razão, pois do que se trata realmente, como dissemos ao começo, é de identificar qual é o mais visível, levando em conta essas etapas.²⁸

Contudo, e embora os méritos de *Xavier Torrens*, achamos que resulta um tanto complexo determinar, tendo em vista a diversidade de relações humanas no planeta, que a base do racismo seja hoje sobre a base da visibilidade que ela possa ostentar, talvez deixando de lado outras discriminações que, se não estivermos alerta, provocarão novos conflitos. Somos mais da opinião de que é possível falar em preponderância de certa forma de racismo ligada a um contexto, nacional, regional ou local, mas

²⁷ TORRENS, Xavier, Racismo e antiracismo, p. 302-303.

²⁸ TORRENS, Xavier, Racismo e antiracismo, p. 304.

não de uma preponderância universal que nos permita caracterizar uma etapa.

O racismo religioso, ainda que exista uma deliberada tendência a impedir que a religião seja estabelecida como promotora de fenômenos discriminatórios, iniciou-se ao lado da acusação, em nome de Cristo, de hereges, infieis, pagãos, bárbaros ou selvagens. Nessas circunstâncias, quem não professa a fé, ou se arrepende ou deverá sofrer as consequências. São exemplos a legitimação das Cruzadas, a Inquisição ou a escravidão, que perdurou até 1833 nos territórios britânicos, até 1863, nos Estados Unidos e 1889, na Espanha.

A função desse sentido discriminatório fica escancarada quando se percebe o descontentamento popular que ameaçava os governantes, para os quais a culpabilidade indiscutível de todos os males, quando associada a um grupo humano, poderia acalmar possíveis violências ou estouros.

Assim, os mitos criados pela Igreja Católica e difundidos no imaginário coletivo foram dirigidos ao outro constante na história religiosa, isto é, aos judeus, considerados os culpados da crucificação do Jesus.

Naturalmente, com o conhecimento científico, a forma que assume o racismo será outra, a partir do período revolucionário francês. Com efeito, com as novas relações de poder, surge o racismo biológico que, como diz *Hannah Arendt*, interpreta a história como uma luta natural de raças.²⁹

A confusão entre o mundo biológico e o natural, própria do pensamento de *Hobbes*, reaparece fortemente ligada à tríade imperialismo, nacionalismo e cientificismo, que estabelece um padrão de racismo que outorga primazia ao homem com características muito bem definidas: varão, ocidental, cristão e branco. Nessa etapa do pensamento científico, como diz *Torrens*, “surgem classificações de raças e populações, estabelecendo-se em muitos casos um passo além: uma correlação entre os dados supostamente encontrados em nome da ciência como variável independente e as diferenças culturais como variável dependente”.³⁰

Dessa maneira, transpondo um determinismo biológico fundamentado na sobrevivência dos mais aptos de *Herbert Spencer*,

²⁹ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 522.

³⁰ TORRENS, Xavier, Racismo e antiracismo, p. 307.

se assume que existem características genéticas imodificáveis. Veja-se como essa lógica pode ser altamente perversa para o desenvolvimento de uma cultura de responsabilidade democrática, pois, por um lado, se a inferioridade de alguns é fruto dessas características, então eles estão eternamente condenados. Por outro lado, se a sociedade é desigual, essa desigualdade ocorre por conta da desigualdade biológica. Sendo assim, o melhor para todos é não promover grandes mudanças sociais, as desigualdades de classes são o resultado de desigualdades naturais. Como se vê, a lógica infunde o conformismo, a autoculpabilidade e a negação de quaisquer possíveis mudanças da estrutura social.

Por essa via, a igualdade, a liberdade e a fraternidade podiam caminhar tranquilas, pois os privilégios herdados se interpretam como o resultado de uma herança de genes, transmitidos de geração em geração. Adicione-se que, em 1926, a Corte Suprema dos Estados Unidos, nessa mesma linha de raciocínio, declarava constitucionais as leis de esterilização.

As teses racistas evoluem no século XX em duas perspectivas: a primeira, a tradicional, que sustenta que as desigualdades sociais são originadas pelas biológicas. A segunda, que tenta explicar que as raças inferiores podem alcançar as superiores sobre a base de educação e do progresso científico-técnico.

Tais foram os fundamentos das conhecidas Leis de Nuremberg que, editadas em 1935 na Alemanha, codificavam uma definição biológica dos judeus. As leis reproduziam as orientações da Comissão de Assentamento de Raças, criada em 1931 com a finalidade de estabelecer a composição da população alemã.

Depois da guerra, os mecanismos de contenção do Estado de bem-estar prontamente apareceram ligados ao racismo. Sobre o ponto, veja-se como a sustentação da necessidade de frear as garantias sociais se encontra nas teses de *Herrnstein e Murray*, que em *The bell curve*, expressam que, tendo em vista que as etnias têm coeficiente intelectual diversificado, deve-se concluir pela eliminação dos programas sociais, que promovem a reprodução dos menos inteligentes.

Com a determinação da Unesco de condenar a expressão raça após a Segunda Guerra Mundial, o racismo biológico perde peso, o que não significa que não possa ser detectada uma nova manifestação, dessa vez na ideia de racismo cultural ou culturalista, como designado por *Torrens*, racismo diferencialista, na expressão de *Taguieff*, fundamentalismo

culturalista, segundo *Verena Stolcke*, e ainda alterofobia culturalista, usada por *Teresa San Román*.³¹

O racismo cultural, como diz *Torrens*, considera inviável a convivência em um mesmo território de uma diversidade de culturas. Assim, fundamenta-se a existência de uma invasão cultural que afetaria a coesão da sociedade, porque a mera existência gera conflito.

Nessa ideia pode haver até uma recomposição do discurso. Muitos, quando defendem a diversidade, opinam que os outros não podem se incorporar à sua cultura porque ela não resistiria à introdução de elementos que teriam efeito negativo. A partir dessa ótica, cada pessoa está ligada a uma realidade cultural e, quando se mistura, há uma gravíssima lesão. Também o conceito se liga a uma compreensão estética da cultura, que não admite junção, mas sempre uma separação para, supostamente, conservar os traços culturais. Trata-se de um sistema excludente, que se fecha à possibilidade de interação. É um multicultarismo aceito, mas para manter a exclusão e o segregacionismo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, podemos extrair algumas conclusões que consideramos relevantes, atendendo aos fins deste artigo: em primeiro lugar, o racismo condenado pela Constituição Federal de 1988 não se encontra atrelado a um enfoque sujeito ou condicionado ao conteúdo científico da expressão raça. O alargamento, em sadia hermenêutica, da figura jurídica do racismo permite inferir a condenação de qualquer conduta discriminatória.

Nesse sentido, as finalidades constitucionais que são premissas de interpretação de toda a ordem normativa não admitem a discriminação negativa como conduta condutora de uma cultura de responsabilidade democrática. Será assim inconstitucional qualquer interpretação do Estatuto da Igualdade Racial que não se acomode, em interpretação conforme, às finalidades da Constituição Federal.

Ao contrariar o argumento de que não é possível imputar ao agente a conduta racista no caso Ellwanger, posto que, como exposto pela defesa, os judeus não são uma raça, o Supremo Tribunal Federal realizou,

³¹ TAGUIEFF, Pierre-André. *Face au racisme*. Paris: La Découverte, 1991; STOLCKE, Verena. Europa: nuevas fronteras, nuevas retóricas de exclusión. In: EXTRANJEROS en el Paraíso. Barcelona: Virus, 1994. p. 11-26; SAN ROMÁN, Teresa. Los muros de la separación. Madrid: Tecnos, 1996.

no ponto, interpretação dirigida à orientação axiológica e teleológica da Constituição Federal.

O tom político e jurídico que se adverte no Estatuto e na decisão da Suprema Corte, em favor da não discriminação, deve ser acompanhado de um conjunto de medidas destinadas a afirmar as minorias e grupos vulneráveis na sociedade plural brasileira. Nesse sentido, tanto o Estatuto como a decisão do caso Ellwanger são pontos de partida imprescindíveis.

9 REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.
- BAZELAIRE, Jean-Paul; RETIN, Thierry. *A justiça penal internacional*: sua evolução, seu futuro, de Nuremberg a Haia. Tradução de Luciana Pinto Venâncio. Barueri: SP: Manole, 2004.
- BRANDÃO, Adelino. *Direito racial*: teoria e prática. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Atlas. 1999.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusébio. Los derechos de las minorías culturales y de pensamiento In: TAMAYO-ACOSTA, Juan José (Dir.). *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Estella (Navarra): Verbo Divino. 2005. p. 297-313.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Editora 34, 1999.
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método. 2004.
- PENA, Sérgio D. J.; BIRCHAL, Telma S. A inexistência biológica versus a existência social de raças humanas: pode a ciência instruir o etos social? *Revista USP*, São Paulo, n. 68, p. 10-21, dez. 2005/fev. 2006.
- REX, John. *Raça e etnia*. Lisboa: Estampa. 1988.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

- ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Erman-tina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2003.
- SAN ROMÁN, Teresa. *Los muros de la separación*. Madrid: Tecnos, 1996.
- SCHNEIDER, Hans-Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense. 1996.
- STOLCKE, Verena. Europa: nuevas fronteras, nuevas retóricas de exclu-sión. In: EXTRANJEROS en el Paraíso. Barcelona: Virus, 1994. p. 11-26.
- TAGUIEFF, Pierre-André. *Face au racisme*. Paris: La Decouverte, 1991. 2 v.
- TORRENS, Xavier. Racismo e antiracismo. In: ANTÓN MELLÓN, Joan (Ed.). *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. Ma-drid: Tecnos, 1998. p. 301-329.
- UNGER, Mangabeira. Fazer a abolição de novo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 maio 2008. Tendências/Debates, p. A3.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Traducción de Marina Gastón. 7^a ed. Madrid: Trotta. 2007.
- ZOLLER, Élisabeth. Esplendores e misérias do constitucionalismo. *Re-vista Sub Judice*, Lisboa, n. 12, p. 3-14, jan./jun. 1998.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A SÚMULA VINCULANTE E O ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE N. 4

Considerations about Binding Precedent and the Binding Precedent 4

Anna Luiza Quintella Fernandes¹

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar as características gerais do instituto da súmula vinculante, bem como estudar especificamente o enunciado da Súmula Vinculante n. 4. Faz-se, inicialmente, um paralelo entre os princípios da segurança jurídica e da justiça, pois foi a busca pela segurança jurídica, isonomia e previsibilidade que impulsionou a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004. Constatata-se que a padronização da interpretação das normas constitucionais auxilia no combate à morosidade do Judiciário, já que reduz sensivelmente o número de demandas repetitivas e atende ao princípio da segurança jurídica, uma vez que expurga do mundo jurídico a convivência de decisões conflitantes. Observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu um processo de valorização da jurisprudência como fonte do direito, sendo a expressão máxima das conquistas jurisprudenciais a previsão da súmula de efeitos vinculantes pela Emenda Constitucional n. 45/2004, posteriormente regulamentada pela Lei n. 11.417/2006. Por fim, estuda-se o enunciado da Súmula Vinculante n. 4, destacando o vazio legislativo por ele criado, alertando para a impossibilidade de extinção do adicional de insalubridade pago ao trabalhador em razão de lacuna normativa.

Palavras-chave: Adicional de Insalubridade; Súmula Vinculante.

ABSTRACT

The objectives of this work is to analyse the general characteristics of the Biding Precedent Institute and the Binding Precedent n. 4. Initially it provides a parallel between the principle of legal certainty and justice,

¹ Procuradora do Estado. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro de Extensão Universitária (CEU), especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo - SP – Brasil. *E-mail:* izzafernandes@hotmail.com. Texto recebido em 02.08.2010 e aprovado em 20.10.2010.

once the edition of the 45th Constitutional Amendment was inspired by the attempt of reaching the legal certainty, isonomy and the principle of likelihood of occurrence. It finds out that the uniform interpretation of the constitutional rules contributes to prevent slow pace of the Judiciary due to overburdening volume of lawsuits, reducing considerably the number of similar demands and obeys the principle of legal certainty, since it excludes from the judicial system the possibility of contradictory decisions. It is also observed that the Brazilian law system valorized the court precedent as a source of rules, being the edition of the 45th Constitutional Amendment (later on regulated by the law n. 11.417/2006) the highest expression of this conquest. Finally, it analyses the Court Precedent n. 4, highlighting the lack of rule created by the court precedent previously mentioned and warning to the impossibility of suppressing the health hazard allowance due to the workers.

Keywords: Binding Precedent; Health Hazard; Allowance.

1 INTRODUÇÃO

A incessante busca do direito pela segurança jurídica, isonomia e previsibilidade, aliada ao anseio social por uma prestação jurisdicional mais efetiva e rápida²⁻³ impulsionou o poder constituinte derivado a editar a Emenda Constitucional n. 45/2004, introduzindo em nosso ordenamento jurídico o instituto da súmula vinculante.

A Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármem Lucia Antunes Rocha destaca que são duas as preocupações básicas da comunidade jurídica: “A imperiosidade de se assegurar, concreta e universalmente, o acesso de todos à justiça, nos termos determinados na Constituição da República, e a necessidade de se dotar o Estado de uma organização

² Sinal disso é o fato de a celeridade processual ter sido alçada a preceito constitucional (art. 5º, LXXVIII, da CF: “a todos, no âmbito judicial e administrativo são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”).

³ Segundo *Canotilho*, a proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada. Portanto, as matérias levadas à revisão pelos tribunais deveriam ser apenas de direito, para resguardar o tempo útil de tramitação das demandas: “*a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça*”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999).

material e formal, voltada à prestação jurisdicional rápida, eficiente e eficaz.”⁴

A súmula vinculante, além de auxiliar no combate à morosidade do Judiciário, na medida que reduz sensivelmente o número de demandas repetitivas, assegura a padronização da interpretação normativa, com força vinculante aos demais órgãos jurisdicionais, bem como à Administração Pública.

Dada a relevância da referida alteração constitucional, que projeta efeitos em diversos ramos do direito, tais como o direito constitucional, administrativo, processual civil e do trabalho, é que se faz necessário o estudo mais detalhado do instituto da súmula vinculante, para então se analisar especificamente o enunciado da Súmula Vinculante n. 4.

Dessa forma, o presente artigo é iniciado com uma análise dos princípios da segurança jurídica e da justiça, pois não há segurança jurídica com a multiplicação de demandas repetitivas e a possibilidade de resultados colidentes, como também não se pode falar em justiça com a eternização dos litígios.⁵

É analisada, posteriormente, a valorização da jurisprudência pelo direito brasileiro ao longo dos tempos, observando-se que a expressão máxima das conquistas jurisprudenciais foi a introdução da súmula de efeitos vinculantes em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

O item subsequente é dedicado ao estudo do instituto da súmula vinculante, destacando-se seus aspectos materiais, formais e procedimentais, bem como seus relevantes reflexos no direito processual civil brasileiro.

O artigo é concluído, então, com um breve estudo sobre o enunciado da Súmula Vinculante n. 4, seus precedentes e as consequências acarretadas ao mundo jurídico, bem como aos trabalhadores que desempenham suas atividades laborais em condições insalubres.

⁴ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, p. 51, jan./mar. 1997.

⁵ USTÁRROZ, Daniel. A eficácia dos verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal: primeiras considerações sobre a Lei n. 11.417/2006. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. (Orgs.). *Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. Porto Alegre: Editora Notadez, 2007. p. 112.

2 SEGURANÇA JURÍDICA X JUSTIÇA

O sistema jurídico normativo tem o enorme desafio de conciliar a promoção da justiça com a necessidade de conferir segurança jurídica às relações humanas.

Canotilho enuncia o princípio geral de segurança jurídica da seguinte forma:

“Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas.”⁶

O constitucionalista português esclarece que a mais importante manifestação do princípio da segurança jurídica relacionada aos atos jurisdicionais refere-se à inalterabilidade do caso julgado e, com relação aos atos da Administração, à estabilidade dos casos decididos através de atos administrativos constitutivos de direitos.⁷

Entendemos que o cerne da questão não se subsume ao questionamento de se a segurança jurídica deve se sobrepor aos ideais de justiça ou vice-versa, mas sim de conciliar os dois princípios, posto que a segurança se configura como um dos principais atributos da justiça.⁸

Paulo Otero entende existir uma complementaridade entre tais valores, sendo elucidativa a transcrição de trecho de sua obra, *in verbis*:

“A verdade, porém, é que a justiça exige sempre segurança, não se podendo imaginar uma sociedade justa sem um mínimo de segurança: a justiça pressupõe a segurança já instaurada, nunca a podendo dispensar. Há aqui, por conseguinte, uma ideia de complementaridade entre tais valores, sem embargo de possíveis situações dilemáticas para o legislador na composição dos delicados equilíbrios das soluções normativas respeitantes aos diferentes problemas materiais que disciplina. Essa complementaridade entre a segurança e a justiça, expressando a já mencionada relação dialética entre os dois valores,

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 250.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit.

⁸ RÊGO, Lorena de Paula da Silva. Súmula vinculante e as repercussões no âmbito da administração pública: o princípio da igualdade como critério de interpretação. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 34., Rio Quente Resorts, GO, 1998. Organização de Cláudia Marçal, Cleonice Alves Cordeiro, Maria Elisa Quacken. *Anais...* Goiânia, GO: Kelps, 2008. v. 1, p. 97.

traduz-se na circunstância de que a justiça assenta sempre no pressuposto da segurança, tal como a segurança apenas se pode colocar quando as normas jurídicas não negam em absoluto a justiça. Por isso mesmo, potenciais conflitos entre a segurança e a justiça podem acabar por ser, em boa verdade, conflitos da justiça consigo mesma, ou pelo menos, conflitos de diferentes perspectivas de tutela jurídica do valor da justiça na sua relação indissociável com a segurança.”⁹

O Estado Democrático de Direito, princípio fundamental da república brasileira, deve ter como fundamento a prevalência dos direitos humanos e dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

O Estado Democrático de Direito conta com o princípio da segurança jurídica e da justiça como elementos constitutivos da noção de Estado de Direito.¹⁰

Parte-se da perspectiva, portanto, de que a segurança jurídica (idealizada pela jurisprudência uniforme) e a justiça são valores que se complementam em prol da concretização da cidadania.

Enquanto a jurisdição atua na promoção da justiça no caso concreto, a segurança jurídica confere estabilidade coletiva.¹¹

Quando da prolação das decisões judiciais, torna-se necessário buscar um alinhamento entre esses dois valores, aplicando-se a norma ou a jurisprudência de forma adequada a se obter uma solução satisfatória.

Alfredo Buzaid, nos idos dos anos 80 advertia que:

“A súmula é estabelecida não para impor cega obediência ao primado da exegese, estancando, desvanecendo ou estiolando o espírito criador dos juristas em busca de fórmulas novas que atendam ao objetivo da justiça. A sua finalidade é pôr um clima de segurança na ordem jurídica, sem a qual fenecem as esperanças na administração da justiça. [...] Seguir uma orientação uniforme é um bem para a estabilidade da ordem jurídica. Inspira confiança, guarda acatamento aos órgãos superiores da Justiça e mantém autoridade.”¹²

⁹ OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Pedro Ferreira Editor, 1998. v. 1. p. 220.

¹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 246.

¹¹ ROBINSON, Carlos Alberto. A efetividade da Súmula Vinculante n. 4 do STF e suas repercussões na esfera trabalhista. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 72, n. 11, p. 1.310, nov. 2008.

¹² BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 12, n. 34, p. 212, jul. 1985.

A súmula em matéria constitucional atende ao princípio da segurança jurídica, na medida que expurga do mundo jurídico a convivência de decisões conflitantes, uniformizando a jurisprudência, que servirá de base aos julgamentos futuros.

Curial salientar, por derradeiro, que no âmbito da Administração Pública, a garantia da segurança jurídica é primordial para o adequado desenvolvimento das funções jurisdicionais e institucionais.

Assim, a vinculação da Administração Pública aos enunciados das súmulas vinculantes concilia os valores da segurança jurídica e da justiça, na medida que reduz a litigiosidade e garante a uniformidade da aplicação do direito, tanto pelos órgãos jurisdicionais, quanto pelos órgãos do Poder Público.

3 VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PELO DIREITO BRASILEIRO

O enquadramento da jurisprudência como fonte do direito sempre foi debatido no direito pátrio.

A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, bem como o Código Civil português não mencionam a jurisprudência como fonte do direito.

O nosso sistema jurídico, com origens romano-germânicas do *civil law*, estrutura-se na base da supremacia das leis, sendo a norma considerada a principal fonte do direito. Trata-se do primado do direito positivo, sendo a lei a fonte primeira do direito.

André Ramos Tavares leciona que o modelo codificado continental (*civil law*) atende ao pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas (normativas) e obtém conclusões por processos lógicos, estabelecendo normas gerais organizadoras.¹³

A jurisprudência, entendida como o conjunto das decisões dos tribunais, sempre foi tratada, em geral, como fonte mediata ou informativa.¹⁴

¹³ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006* 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 22.

¹⁴ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 148.

Em passado recente, conferia-se à jurisprudência um papel secundário, frente à legislação.

Distinguia-se o legislador positivo e o negativo¹⁵. Ao Legislativo incumbia a criação dos mandamentos de conduta. O Judiciário, por sua vez, deveria apenas extirpar do sistema jurídico as normas inconstitucionais.¹⁶

Ainda que não tenhamos incorporado o modelo anglo-saxão do *common law*, cuja fonte precípua do direito é a jurisprudência proveniente da evolução histórica dos costumes¹⁷, nem adotado institutos como o *stare decisis*¹⁸ e o precedente, ao longo do século passado, o sistema jurídico brasileiro passou a ser moldado com a colaboração agora ativa do Judiciário.

Passou-se a conferir efeito *erga omnes* a determinadas classes de provimentos dos Tribunais Superiores¹⁹ e reconheceu-se que a atividade empreendida pelo Judiciário mais complementa do que agride o trabalho do Legislativo.

O ordenamento jurídico brasileiro no último século já apontava para a valorização da jurisprudência como fonte do direito.

Como exemplo disso, podem ser citadas recentes alterações legislativas com o objetivo de formalizar a orientação jurisprudencial das decisões dos tribunais em casos similares. Trataremos desse assunto com maior vagar no item cinco do presente trabalho, referente aos reflexos processuais das súmulas vinculantes.

¹⁵ A nomenclatura “legislador positivo-negativo” é observada em inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal, dentre os quais se destaca o AgR AI n. 142.348/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 02.08.1994.

¹⁶ USTÁRROZ, Daniel, A eficácia dos verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal: primeiras considerações sobre a Lei 11.417/2006. p. 111-134.

¹⁷ O modelo do *common law* está centrado na primazia da decisão judicial – *judge made law*.

¹⁸ Expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, traduzida livremente, significa “mantenha a decisão e não move o que está assentado”. Trata-se do *caso já decidido*. Em outros termos, significa que a primeira decisão sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial. Esse precedente deverá ser seguido nas posteriores decisões como paradigma. Justamente nesse ponto há uma aproximação com a ideia de súmula vinculante (TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, p. 23).

¹⁹ Referimo-nos às decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de inconstitucionalidade e nas ações diretas de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF) que projetam eficácia *erga omnes* e possuem *efeito vinculante*.

Hoje está plenamente reconhecido o valor da jurisprudência na construção do direito positivo.²⁰

O Judiciário desempenha acentuado papel no controle da constitucionalidade de normas. A corte constitucional, ao pronunciar a inconstitucionalidade de determinada norma, a retira do sistema, atingindo toda a sociedade.

Fenômeno análogo pode ser observado na declaração de constitucionalidade e mesmo em diversos outros provimentos que se valem de técnicas de interpretação (interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto).

Concluiu-se, em última análise, que os magistrados participam da tarefa de precisar os contornos das normas, ao interpretá-las e aplicá-las aos casos concretos. Portanto, sua colaboração não é apenas negativa.

Tradicionalmente, a principal razão para a negação da jurisprudência como fonte do direito era a ausência de vinculatividade.

Com efeito, antes do advento da súmula vinculante no contexto constitucional, a jurisprudência, entendida como a sucessão de acórdãos de semelhante teor sobre um dado assunto, continha-se nos lindes de um meio suplementar de integração do direito. Isso ocorria, pois a jurisprudência, ainda que sumulada, apenas tornava-se impositiva para o próprio tribunal e em face de um caso concreto em que fora suscitado o incidente de uniformização (art. 479 do CPC). Em relação aos demais casos análogos, a súmula, a rigor, opera apenas força persuasiva, influindo na convicção do juiz, mas sem obrigá-lo a seguir a tese assentada.

Contudo, com a edição da Emenda Constitucional n. 45 e a expressa previsão do artigo 103, quanto à vinculação dos juízes e administradores aos enunciados das súmulas vinculantes, desaparece a objeção levantada por parte da doutrina.

Reconhece-se na súmula vinculante a possibilidade de elaboração de enunciados pela mais alta corte do país provenientes da síntese de entendimentos dantes consolidados sobre matéria constitucional, refletindo sobre decisões judiciais posteriores de todas as demais instâncias

²⁰ SIFUENTES, Mônica, *Súmula vinculante*: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais, p. 151.

e pela administração pública, sob pena de invalidação do ato contrário e responsabilização.²¹

A expressão máxima da valorização das conquistas jurisprudenciais foi a previsão da súmula de efeitos vinculantes, instituída pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Constrói-se, dessa forma, um procedimento mais objetivo para fortalecimento da jurisprudência edificada na mais alta corte do país, desestimulando as demandas que violem essa jurisprudência, prevenindo conflitos; bem como impõem-se obstáculos insuperáveis à procrastinação dos processos, obstando-se a tramitação de recursos sobre matérias já sumuladas.

4 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A SÚMULA VINCULANTE

O artigo 103-A da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, incorporou o instituto da súmula vinculante ao ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamentou a referida norma constitucional, estabelecendo critérios para a edição, revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

Antes de adentrarmos no exame dos aspectos formais e procedimentais desse instituto, relevante distinguir as decisões judiciais com efeito vinculante das súmulas com efeito vinculante.

As decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de inconstitucionalidade e nas ações diretas de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF) projetam eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Trata-se da carga eficacial das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal.²²

A existência do efeito vinculante no ordenamento jurídico pático vem desde 1993, criado que foi para as ações declaratórias de constitucionalidade.²³

²¹ TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, p. 22.

²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 309.

²³ TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, p. 27.

O objeto do nosso estudo, no entanto, limita-se às súmulas²⁴ com efeito vinculante. Apenas quando o Supremo Tribunal Federal eleger alguns dentre os seus enunciados e os revestir dessa qualidade superlativa é que se terá o dito efeito vinculante.

4.1 Competência

Apenas o Supremo Tribunal Federal é competente para editar, rever ou cancelar enunciado de súmula vinculante. A corte suprema poderá agir de ofício ou mediante provocação dos demais entes legitimados.

*Marcelo Alves Dias de Souza*²⁵ comenta que a proposta que estendia ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal Superior do Trabalho a possibilidade de também editarem súmulas impeditivas de recursos não logrou aprovação no Senado.

Assim, os demais tribunais apenas poderão emitir súmulas persuasivas, ou seja, não vinculantes.

4.2 Legitimados

São legitimados a provocar a edição, revisão ou cancelamento de súmulas com efeito vinculante aqueles que podem propor a ação direta de constitucionalidade, consoante o artigo 103-A, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

O rol dos legitimados foi ampliado pelo artigo 3º, incisos VI e XI, da Lei n. 11.417/2006, para constar também o Defensor Público Geral da União e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Questão que surge nesta seara é se o Município poderá propor a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante apenas incidentalmente a processo no qual seja parte e que esteja tramitando

²⁴ O parágrafo 5º do artigo 342 do RITJSP conceitua súmulas como “enunciados sintéticos de jurisprudência assentada pelo órgão especial, pela seção criminal e pelas turmas especiais de uniformização de jurisprudência”.

²⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 265.

obrigatoriamente no Supremo Tribunal Federal, nos termos do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei n. 11.417/2006²⁶. A lei faz a ressalva, no entanto, de que referido incidente não autoriza a suspensão do processo.

Glauco Salomão Leite esclarece a questão pontuando que, embora o diploma legal não deixe claro se o processo deve estar em curso no Supremo Tribunal Federal, essa é a melhor interpretação da norma, já que é esse órgão judicial o único habilitado a criar súmulas com efeito vinculante.²⁷

4.3 Objeto

No que diz respeito ao objeto, as súmulas de efeito vinculante devem dizer respeito a “matéria constitucional”, nos termos do *caput* dos artigos 103-A da Constituição Federal e 2º, *caput*, da Lei n. 11.417/2006.

Vale salientar, no entanto, que o termo “matéria constitucional” deve ser interpretado de forma ampla, não restringindo os enunciados das súmulas vinculantes à validade, interpretação e eficácia de dispositivos da Constituição Federal, mas sim à validade, interpretação e eficácia de atos normativos infraconstitucionais e da sua compatibilidade com a Norma Superior. Nesse caso, entende-se que o legislador queria dizer mais do que efetivamente disse.²⁸

Exemplo disso é a Súmula Vinculante n. 2, que dispõe que “é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcio e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

Ainda no que diz respeito ao objeto das súmulas vinculantes, os artigos 103-A, parágrafo 1º, da Constituição Federal e 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 11.417/2006 dispõem que as súmulas vinculantes terão por objeto “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”. A

²⁶ “Artigo 3º - [...] § 1º - O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.”

²⁷ LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 141.

²⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para dirimir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 27, n. 92, p. 10, jul. 2007.

expressão norma possui ampla abrangência, incluindo a lei, os princípios e os costumes.²⁹

Já a validade da norma jurídica tem sido motivo de profundas divergências na doutrina. Ela pode estar relacionada ao aspecto técnico-jurídico ou formal, bem como ao aspecto da legalidade. Na primeira hipótese, entende-se que a norma jurídica é válida quando criada de acordo com os critérios previstos no ordenamento jurídico, quais sejam respeito à hierarquia, aprovação e promulgação pela autoridade competente, respeito a prazos e *quorum*, e conteúdo de acordo com as designações de competência para legislar. A segunda hipótese relaciona-se ao aspecto axiológico. A norma válida seria aquela aprovada e promulgada segundo os ditames do sistema jurídico.³⁰

Também compete à súmula vinculante a “interpretação” de normas determinadas. Interpretar significa fixar o sentido e o alcance da norma.

O jurista *Celso Ribeiro Bastos* leciona que:

“[...] as leis são elaboradas de forma genérica e abstrata, sendo que para tornar o direito eficaz e operativo, se faz necessária uma conversão, por meio da qual aquela regra geral e abstrata é colocada em termos individualizados e concretos. Nesse sentido então é que se diz que as leis são sempre uma obra inconclusa. O seu significado é completado com a norma individualizada, obtida mediante a interpretação operativa efetuada pelo aplicador da lei.”³¹

Finalmente, a eficácia refere-se à capacidade de a norma produzir ou não efeitos no mundo jurídico.

José Afonso da Silva esclarece que “uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz”³². A eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos. A norma que não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação ao caso concreto é ineficaz. A eficácia se revela, assim, como possibilidade de aplicação.

²⁹ LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1, p. 3-4.

³⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 189-190.

³¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 124.

³² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 60.

Além disso, os artigos 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 11.417/2006 e 103-A, parágrafo 1º, da Constituição Federal dispõem que “a súmula ou enunciado de súmula terão por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Portanto, a divergência deve se dar entre diferentes órgãos do Poder Judiciário.

A controvérsia existente entre os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública também poderá ser objeto de sumulação. Salienta-se, todavia, que divergências internas da administração pública, ou seja, divergências entre diferentes órgãos da administração pública, não permitem a edição de súmula vinculante.

Ademais, a controvérsia tem de ser “atual”. A contenda tem de estar sendo verificada em época atual, não havendo que se falar em criação de súmula vinculante sobre disputa antiga, já pacificada ou que não possua mais relevância na atualidade.

Além de atual, a divergência deve causar grave insegurança jurídica. A insegurança jurídica é fruto de decisões antagônicas, proferidas em casos semelhantes, com o mesmo objeto, transmitindo incerteza, ausência de previsibilidade.

É certo que o termo “grave insegurança jurídica” se trata de conceito aberto, sujeito a interpretações subjetivas pelo Supremo Tribunal Federal.

Entendemos estar abrangidos entre os casos que poderiam ensejar “grave insegurança jurídica” as controvérsias que acarretem maior repercussão política, social e econômica, e, consequentemente, gerem maior número de demandas repetidas.

Outro requisito para a edição de súmula vinculante é a existência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional.

Em outros termos, a matéria constitucional deve ter sido objeto de amplo debate no Supremo Tribunal Federal, apto a ensejar a consolidação do entendimento predominante da Corte, não havendo possibilidade de edição de súmula vinculante se existir divergência no próprio Supremo Tribunal Federal, como dito anteriormente.

Se a controvérsia não gera relevante multiplicação de processos repetitivos, não se justifica a edição do enunciado de súmula vinculante.

Nesse sentido, o jurista *Cândido Rangel Dinamarco* leciona que embora haja discrepância entre julgados, o empenho de uniformizar mediante súmulas de efeito vinculante somente se justifica quando a divergência resultar em incomodo a um número significativo de pessoas.³³

Nessa esteira, pode-se tecer crítica à Súmula Vinculante n. 11, que regulamenta o uso de algemas.³⁴

A referida súmula foi editada sem a observância do requisito supramencionado. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal embasou seu entendimento em um caso específico, e não havia um número significativo de processos repetitivos sobre o tema.

Por fim, trazemos à colação o ensinamento de *Sergio Seiji Shimura* que, com bastante lucidez, sintetiza o entendimento ora esposado, concluindo que a súmula vinculante deve servir como “vacina à multiplicação de demandas de idêntico teor”.³⁵⁻³⁶

4.4 *Quorum*

O *quorum* para a aprovação de súmula vinculante é de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.³⁷

Destaca-se que o *quorum* para a aprovação de súmula vinculante é mais rigoroso do que o exigido para a inclusão, alteração ou cancelamento de súmula persuasiva (art. 102, § 1º, do RISTF), que exige aprovação por maioria absoluta do Plenário.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 63-64, jul./set. 1999.

³⁴ “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

³⁵ SHIMURA, Sergio Seiji. Súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 762.

³⁶ Verifica-se que a reforma processual civil, que culminou com a edição do artigo 285-A do Código de Processo Civil, teve inspiração nessa linha de raciocínio, no sentido de evitar o prolongamento de determinado pleito até as instâncias superiores, quando se tratar de desfecho previsível desde o ajuizamento da ação.

³⁷ *Caput* do artigo 103-A e parágrafo 3º do artigo 2º da Lei n. 11.417/2006.

4.5 Produção de efeitos

A publicação do enunciado da súmula vinculante no *Diário da Justiça* e no *Diário Oficial da União* é que determina o marco inicial a partir do qual a súmula produzirá efeitos.

Curial salientar que o artigo 4º da Lei 11.417/2006³⁸ previu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por decisão de dois terços dos seus membros, “restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

O Supremo Tribunal Federal deverá fazer publicar o enunciado da súmula com efeito vinculante no prazo de 10 dias após a sessão em que for editado, revisto ou cancelado, consoante o parágrafo 4º do artigo 2º da Lei n. 11.417/2006.

Todavia, a norma não cominou sanção para o descumprimento desse prazo pelo Supremo Tribunal Federal.

4.6 Órgãos vinculados

A súmula terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, nos termos dos artigos 103-A, *caput*, da Constituição Federal e 2º da Lei n. 11.417/2006.

Isso significa que, além dos demais órgãos do Poder Judiciário, a Administração Pública direta (União, Estados e Municípios) e indireta (autarquias, fundações públicas e paraestatais) também estão sujeitas aos efeitos das súmulas vinculantes.

Em outros termos, vale afirmar que os destinatários do efeito vinculante devem observar a própria regra de direito que se extrai dos fundamentos determinantes da decisão.

Daí decorrem três consequências aos destinatários da súmula, conforme salienta *Glauco Salomão Leite*.³⁹

³⁸ “Artigo 4º - A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.”

³⁹ LEITE, Glauco Salomão, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, p. 158.

A primeira delas é que, ainda que não tenham sido parte do processo, devem os destinatários das súmulas com efeito vinculante adequar suas condutas à orientação fixada na decisão vinculante.⁴⁰⁻⁴¹

Além disso, os atos idênticos àquele reputado inconstitucional devem ser cassados.

E, por fim, os destinatários da súmula vinculante não podem adotar via interpretativa diversa daquela atribuída pela Corte Suprema.

Em suma, depreende-se que o efeito vinculante exige que seus destinatários tomem todas as providências para dar cumprimento à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.⁴²

Por outro lado, destaca-se que a responsabilização pessoal pela não observância da súmula não incide sobre o magistrado, garantindo sua liberdade de apreciar os elementos do caso concreto e sua subsunção ou não ao preceito sumulado.

A discussão doutrinária que surge é se a vinculação atingiria também o próprio Supremo Tribunal Federal.

André Ramos Tavares sustenta que o Supremo Tribunal Federal não estaria vinculado, uma vez que tem a possibilidade de rever e/ou cancelar os enunciados das súmulas que emite.⁴³

⁴⁰ “A súmula vinculante do STF, ao irradiar efeitos em direção à administração pública (CF, art. 103-A – EC 45/2004), depassa o plano precípua e tradicional do Judiciário, que é o de atuar como uma instância de substituição (nesse sentido de responder a uma provocação da parte ou interessado – CPC, artigo 2º), mas passa a projetar influência também sobre a administração pública, instância primária, que atua de ofício, por sorte que a súmula vinculante acaba por condicionar as relações entre a Administração e seus agentes tanto quanto entre ela e os cidadãos em geral.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 321)

⁴¹ Alguns textos legais editados recentemente já autorizam a administração pública a pautar suas condutas a partir da jurisprudência dominante ou sumulada nos Tribunais. Como exemplo disso, cita-se a Lei Complementar federal n. 73/93, cujo artigo 4º, XII, autoriza o advogado geral da União a “editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais”. Com base em tais súmulas administrativas, o artigo 3º do Decreto federal n. 2.346/97 prevê que tal autoridade “poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais”.

⁴² LEITE, Glauco Salomão, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, p. 158.

⁴³ TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, p. 38-39.

Com a devida vênia, uso discordar desse posicionamento. Entendo que na vigência de súmula vinculante, e enquanto não finalizado o processo de revisão ou cancelamento do enunciado, o Supremo Tribunal Federal deve obrigatoriamente respeitar a súmula vinculante por ele editada, sob pena de gerar insegurança jurídica e descrédito na Justiça, ficando ressalvada a possibilidade de não aplicação da súmula, caso não se vislumbre a similitude fática e jurídica no caso concreto.⁴⁴

No que tange o Poder Legislativo, não há que se falar em vinculação à súmula, no exercício de sua função normativa.

O artigo 103-A, parágrafo 2º, da Constituição Federal respeitou a harmonia e a independência dos poderes, de sorte que poderão ser editadas leis em sentido oposto ao de determinado enunciado de súmula vinculante.

Da mesma forma, sobre o particular não incide qualquer poder vinculatório, subsistindo o império do princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.⁴⁵

É inquestionável, no entanto, que mediata ou reflexamente, o particular é atingido pelos efeitos da súmula, diante da vinculação da jurisdição e do Poder Público.

Inclusive estará o particular legitimado a ajuizar reclamação perante o Supremo Tribunal Federal contra decisão ou ato administrativo que contrarie, negue vigência ou aplique indevidamente o enunciado de súmula vinculante.

4.7 Mecanismos de revisão e cancelamento das súmulas de efeito vinculante

Algo relevante de se destacar é o que o jurista *Cândido Rangel Dinamarco*⁴⁶ denominou de flexibilidade do sistema sumular.

⁴⁴ Caso o magistrado não vislumbre a presença de similitude fática e jurídica no caso concreto, poderá deixar de aplicar a súmula vinculante, de forma fundamentada (art. 103-A da CF).

⁴⁵ Artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, Súmulas vinculantes, p. 64.

Segundo ele, a flexibilidade do sistema sumular consiste na aberta possibilidade de revisões ou revogações. Esse mecanismo é essencial para evitar-se o risco da estagnação da jurisprudência. Cumpre transcrever trecho elucidativo de sua obra: “O mais nobre dos predicados do chamado direito jurisprudencial é a sua capacidade de adaptar-se às mutações sociais e econômicas da nação, de modo a extrair dos textos constitucionais e legais a norma que no momento atenda aos reclamos axiológicos da sociedade.”⁴⁷

Com efeito, os *caputs* dos artigos 103-A da Constituição Federal e 2º da Lei n. 11.417/2006 previram a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal proceder à revisão e/ou cancelamento das súmulas de efeito vinculante por ele editadas.

Trata-se de mecanismo essencial de combate à estagnação e/ou ao engessamento da jurisprudência, o que garante ao Supremo Tribunal Federal a não vinculação *ad eternum* a seus próprios precedentes, tal qual ocorre na Corte Suprema americana e na Câmara dos Lordes inglesa.⁴⁸

O *quorum* para a revisão ou cancelamento da súmula vinculante é o mesmo necessário à edição do enunciado sumular, ou seja, dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.

E os legitimados a proporem a revisão e/ou o cancelamento da súmula vinculante são os mesmos que podem provocar a edição do enunciado, nos termos do artigo 3º, incisos I a XI, da Lei n. 11.417/2006.

Outra questão merecedora de destaque consiste na revogação ou modificação da lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante.

Nos termos do artigo 5º da Lei n. 11.417/2006, “revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.

Esse artigo é objeto de inúmeras críticas pela doutrina, em razão de sua imprecisão técnica.

Inicialmente, destaca-se que deveria ter sido utilizada a expressão “norma jurídica” em sentido amplo, já que nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal, o enunciado da súmula deverá ter por objeto

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, Súmulas vinculantes, p. 64.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 519.

“a validade, interpretação e a eficácia de normas jurídicas em matéria constitucional”.

Além disso, a redação do artigo 5º da Lei n. 11.417/2006 transmite a ideia de que a súmula encontraria seu fundamento na lei. No entanto, o embasamento da súmula deve ser a Constituição Federal, a matéria constitucional. A norma apenas será objeto de súmula vinculante caso esteja em pauta sua validade, interpretação e eficácia perante a Constituição Federal.

Salienta-se, ademais, que a revogação ou alteração da norma jurídica não implica na automática modificação ou cancelamento da súmula. A súmula vinculante poderá continuar sendo aplicada para fulminar outras leis de idêntico teor ao daquela considerada inválida.

Tudo indica que a utilidade desse dispositivo legal será limitada, na medida que se utilizada a melhor técnica jurídica; os enunciados das súmulas vinculantes terão por objeto não um determinado texto normativo, mas sim o objeto da norma jurídica.

4.8 A reclamação contra decisão judicial ou ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente

A Constituição Federal já previa a competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento e o julgamento da reclamação “para a preservação de sua competência e garantia da autoridade das suas decisões”.

O parágrafo 3º do artigo 103-A da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, previu também que contra decisão ou ato administrativo que contrarie, negue vigência ou aplique indevidamente enunciado de súmula vinculante, a parte lesada poderá apresentar reclamação ou utilizar outros meios admissíveis de impugnação.

Nos termos da lei, a adoção de uma medida não exclui a outra. A parte poderá utilizar a reclamação, sem prejuízo do ajuizamento de medida judicial para impugnação da decisão judicial.

Ressalva-se a hipótese prevista no artigo 7º, parágrafo 1º, da Lei n. 11.417/2006⁴⁹, que prevê que somente após o término do processo administrativo é que estará autorizada a apresentação de reclamação contra ato administrativo.

A reclamação constitucional possui natureza jurídica de ação constitucional de conhecimento, de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Assim, qualquer interessado prejudicado concretamente por uma decisão judicial ou administrativa que viole decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal poderá propor a reclamação, sendo, portanto, sua legitimidade a mais ampla possível.

4.9 Reflexos processuais das súmulas vinculantes

A incorporação do instituto da súmula vinculante ao ordenamento jurídico pátrio implica em relevantes reflexos no direito processual civil brasileiro.

Inicialmente, pode-se destacar que, pelo fato de a súmula vinculante apresentar estrutura semelhante à da norma legal, não é de causar espanto que se reconheça a falta de possibilidade jurídica do pedido de determinada ação na qual se objetive uma prestação jurisdicional que se afigure contrária a um enunciado vinculante.

Isso se deve ao fato de a súmula vinculante configurar-se em um enunciado abstrato, genérico e impessoal, de obrigatoriedade geral, emanado da mais alta corte do país.⁵⁰

⁴⁹ “Artigo 7º - [...] § 1º - Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.”

⁵⁰ Neste ponto, sugere-se a releitura do princípio da legalidade estrita, encartado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O primado da norma legal como fonte reguladora das relações entre os cidadãos e destes em face do Estado cedeu espaço a que preceitos sumulares também passem a reger a vida social. *Aymoré Roque Pottes de Mello* sustenta que com o mecanismo da súmula vinculante, o modelo de Estado de Direito brasileiro será *sui generis*, pois “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei ou de súmula vinculante”. (A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controles da constitucionalidade brasileiro: as PECs ns. 500/97 (PEC n. 54/96-SF) e 517/97. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, n. 72, p. 144, mar. 1998).

Portanto, contraria o direito posto, a pretensão levada a juízo que afronte o enunciado de determinada súmula vinculante, podendo o magistrado extinguir o feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Ademais, o artigo 285-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 11.77/2006, passou a autorizar julgamento liminar de improcedência da ação, quando se tratar de matéria exclusivamente de direito e no Juízo já houver sido proferida sentença de improcedência em outros casos idênticos.

Não obstante, é de se destacar que tendo o juiz conformado sua sentença pelo enunciado vinculativo, fica autorizado a não receber a apelação, nos moldes do parágrafo 1º do artigo 518 do Código de Processo Civil.

Em outras palavras, o artigo 518, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil impede o conhecimento de apelação quando a sentença estiver afinada com verbete sumular do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

De se ressaltar ainda que *Sergio Seiji Shimura* viu na súmula vinculante um “outro caminho para se chegar ao efeito expansivo da coisa julgada”, como ocorre no processo coletivo (art. 103, incs. I e III, do CDC) ou na ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF), abrangendo outras pessoas não inseridas no contraditório formado na relação jurídica levada a juízo.⁵¹

Vale dizer que ainda que o indivíduo não tenha sido parte, poderá se beneficiar do efeito vinculante da súmula. O direito reconhecido na súmula deverá ser estendido a todos que se encontrarem na mesma situação fática e jurídica daqueles cujas decisões culminaram com a edição da súmula.

Conclui-se, assim, que a súmula aproxima a tendência de coletivização do processo, com otimização e potencialização do serviço judiciário e alargamento do âmbito de abrangência da decisão judicial revelada pelo Supremo Tribunal Federal.⁵²

⁵¹ SHIMURA, Sergio Seiji, Súmula vinculante, p. 766.

⁵² SHIMURA, Sergio Seiji, Súmula vinculante, p. 766.

Não se pode olvidar, ainda, do artigo 557 do Código de Processo Civil, que autoriza a apreciação monocrática de apelos, agravos e reexames, diante da incidência de enunciados em súmula.

Assim, o relator poderá negar seguimento a recuso manifestamente inadmissível, improcedente ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, nos termos do *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil. Ou o relator poderá dar seguimento ao recurso, se a decisão recorrida estiver em confronto manifesto com a jurisprudência (art. 557, § 1º-A, do CPC).⁵³

Ademais, admite-se a dispensa do reexame necessário nas sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública, quando a decisão estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula desse tribunal ou do tribunal superior competente (art. 475, § 3º, CPC).

O Supremo Tribunal Federal passou a impor a comprovação de repercussão geral como condição para a apreciação do recurso extraordinário, presumindo esse requisito quando o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante no tribunal, nos termos dos artigos 102, parágrafo 3º, da Constituição Federal e 543-A, parágrafo 3º, e 544, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Patricia Ulson Pizzaro Werner destaca que na esfera de competência dos Juizados Especiais Federais, previu-se a uniformização da jurisprudência na apreciação de recurso de questão idêntica, nos termos do artigo 14 da Lei n. 10.259/2001.⁵⁴

Nessa toada, cumpre mencionar o incidente de uniformização de jurisprudência, com fulcro nos artigos 97 da Constituição Federal, 476 a 479 do Código de Processo Civil, 176 e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e 122 e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Vale dizer, o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal será objeto de súmula e constituirá precedente.

⁵³ Trata-se da súmula impeditiva, introduzida pelo artigo 38 da Lei n. 8.038/90, atualmente incorporada ao próprio Código de Processo Civil, com a modificação promovida pela Lei n. 9.756/98.

⁵⁴ WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. A súmula vinculante: breve análise dos aspectos teóricos e controvérsias atuais. *Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 32, n. 1, p. 33, jan./fev. 2008.

Por fim, merece destaque, no âmbito da Justiça do Trabalho, a previsão do artigo 896, parágrafo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho⁵⁵, referente à súmula da jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho.

5 O ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE N. 4

Em 9 de maio de 2008, foi editada a Súmula Vinculante n. 4, cujo enunciado prescreve que: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”

A súmula em comento foi editada com base no julgamento do *leading case* consistente no Recurso Extraordinário n. 565.714, interposto por policiais militares paulistas em face do Governo do Estado de São Paulo.

Os policiais militares paulistas ajuizaram ação ordinária em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, objetivando a alteração da base de cálculo do adicional de insalubridade até então adotada (dois salários mínimos). Postularam que o adicional de insalubridade recaísse sobre sua remuneração, assim compreendida como o total dos vencimentos percebidos.

Os autores fundaram seu pedido na afirmação de que seria inconstitucional o artigo 3º da Lei Complementar paulista n. 432/85⁵⁶, bem como seu parágrafo 1º, em razão da impossibilidade de indexação ao salário mínimo.

⁵⁵ “Artigo 896 - [...]§ 3º - Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência, nos termos do Livro I, Título IX, Capítulo I do Código de Processo Civil, não servindo a súmula respectiva para ensejar a admissibilidade do recurso de revista quando contraria Súmula da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho.”

⁵⁶ “Artigo 3º - O adicional de insalubridade será pago ao funcionário ou servidor de acordo com a classificação nos graus máximo, médio e mínimo, em percentuais de, respectivamente, 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento), que incidirão sobre o valor correspondente a 2 (dois) salários mínimos. § 1º - O valor do adicional de que trata este artigo será reajustado sempre que ocorrer a alteração no valor do salário mínimo.”

Afirmaram ainda que o artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal⁵⁷ adota a expressão “remuneração”, sinalizando que ela e não o salário mínimo deveria ser identificado como base de cálculo do adicional de insalubridade. Para evidenciar o conceito contínuo de remuneração, invocaram os preceitos do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho.⁵⁸

Em razão do não acolhimento de sua pretensão pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os policiais militares interpuseram recurso extraordinário.

Todavia, sua posição foi rechaçada pela relatora Ministra Carmen Lúcia e acompanhada à unanimidade pelos demais ministros.

Negou-se provimento ao recurso extraordinário interposto contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que assentara a legitimidade do cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo.

Declarou-se a não recepção da expressão “salários mínimos” contida no *caput* do artigo 3º da Lei Complementar n. 432/85 do Estado e São Paulo e do parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal.

Entendeu-se que os dispositivos impugnados estariam em confronto com a vedação prevista na parte final do inciso IV⁵⁹ do artigo 7º da Constituição, reportando-se a vários precedentes da corte⁶⁰, que

⁵⁷ “Artigo 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhora de sua condição social: [...] XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.”

⁵⁸ “Artigo 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.”

⁵⁹ “Artigo 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhora de sua condição social: [...] 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.*” (grifo nosso).

⁶⁰ A) piso salarial de categorias profissionais (RE ns. 235.643 e 270.888); B) inclusão de abono ou gratificação que se destina à complementação de vencimento para atingir o salário mínimo na base de cálculo de outros adicionais ou gratificações; C) indenização por dano moral (RE n. 225.488); D) pensão especial (RE n. 217.700); D) multa administrativa; F) quadro de salário de autarquia estadual vinculado a salários mínimos (ADPF ns. 33 e 47); G) alíquotas de contribuição social variáveis em razão de faixas remuneratórias previstas em número de salários mínimos (ADI n. 1.425).

assentaram que o sentido dessa proibição seria o de evitar o uso do salário mínimo como fator de indexação, para que, com essa utilização, não se criasse empecilho ao seu aumento em face da cadeia de aumentos que daí decorreriam, se admitida a vinculação.

Vale lembrar que a proibição de vinculação de obrigações ao salário mínimo, antes de ser alcançada ao patamar de norma constitucional, já havia sido introduzida no ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei n. 2.351/87, que criou o *piso nacional de salário* e o *salário mínimo de referência*.

Dispunha o artigo 3º do diploma mencionado que “será nula, de pleno direito, toda e qualquer obrigação contraída ou expressão monetária estabelecida com base no valor ou na periodicidade ou índice de reajustamento do Piso Nacional de Salários.”

Em seu voto, a relatora Ministra Carmen Lúcia concluiu que:

“Não vislumbro, por isso, dúvida razoável ao entendimento de que a utilização do salário mínimo para formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc.) incide na vinculação vedada pela Constituição do Brasil. O que ali se proíbe é, exatamente, tornar-se o salário mínimo como um fator indexador para novos e diferenciados ganhos decorrentes ou não de dever remuneratório. Este raciocínio está explícito nos precedentes do Supremo que afastaram a validade de vinculação ao salário mínimo nos casos de seu aproveitamento como parâmetro para o cálculo inicial de condenações, sendo o seu valor nominal sujeito à correção monetária e afastando-se a indexação [...]”

A relevância de caráter social, político e jurídico do tema fez com que o Supremo Tribunal Federal editasse súmula com força vinculante, proibindo, de forma expressa, a utilização do salário mínimo como indexador da base de cálculo, no caso em exame, para o adicional de insalubridade.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal pacificou a jurisprudência da Corte Suprema, posto que havia notório conflito entre a primeira e segunda turma daquele tribunal. Enquanto a primeira turma vedava a vinculação do salário mínimo para qualquer fim (base de cálculo e indexador)⁶¹, a segunda turma admitia a vinculação como base de cálculo e rejeitava a adoção do salário mínimo como indexador.⁶²

⁶¹ STF – RE n. 208.684-3/SP, 1^a Turma, rel. Min. Moreira Alves, j. 26.03.1999.

⁶² STF – RE 439.035-0/ES, 2^a Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.12.2007.

Interessante notar que em um dos precedentes apontados para evidenciar a repercussão geral do tema, o RE n. 208.684-3/SP, extrai-se que a 1^a Turma do Supremo Tribunal Federal já havia declarado a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei Complementar estadual n. 432/85, dada a impossibilidade de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, nos seguintes termos:

“Adicional de insalubridade – Artigo 3º da Lei Complementar n. 432/85 do Estado de São Paulo. Sua revogação pelo artigo 7º, IV, da Constituição de 1988. O artigo 7º, IV, da Constituição Federal de 1988 dispõe que é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Essa norma tem, evidentemente, caráter de vedação absoluta, tendo em vista que sua finalidade foi, precipuamente, a de não permitir que, sendo ele utilizado como parâmetro indexador de obrigação de qualquer natureza, se criassem dificuldades para os aumentos efetivos do valor deste pela extensão de seu reflexo ocasionado por essa utilização. Por isso, esta Primeira Turma, ainda recentemente, ao julgar o RE n. 236.396 relativo, no âmbito trabalhista, a adicional de insalubridade fixado em determinado percentual do salário mínimo, entendeu que foi contrariado o disposto no citado artigo 7º, IV, da Constituição de 1988. Tem-se, pois, que, por incompatibilidade superveniente com esse dispositivo constitucional, foi o artigo 3º da Lei Complementar n. 432/85 do Estado de São Paulo revogado por ele. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF – RE n. 208.684-3/SP, 1^a Turma, rel. ministro Moreira Alves, j. 26.03.1999).

Em contraponto, transcrevemos abaixo o posicionamento da 2^a Turma do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“Recurso Extraordinário – Adicional de insalubridade. Vinculação ao salário mínimo. Artigo 7º, IV da CF/88. 1. O artigo 7º, I,V da Constituição proíbe tão somente o emprego do salário mínimo como indexador, sendo legítima a sua utilização como base de cálculo do adicional de insalubridade. 2. Precedentes. 3. Recurso extraordinário conhecido e improvido.” (STF – RE n. 458.802/MG, 2^a Turma, rel. ministra Ellen Gracie. j. 06.09.2005)

Em julgamento posterior, a 2^a Turma passou a aderir à posição já consolidada na 1^a Turma, sinalizando que o Supremo Tribunal Federal caminhava para a uniformização da jurisprudência:

“Recurso Extraordinário – Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Vedaçāo de vinculação ao salário mínimo. Posicionamento da 1^a Turma. Adesão. Restabelecimento do critério estabelecido pelo Tribunal de origem para fixação da base de calculo. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF – RE 439.035-0/ES, 2^a Turma, rel. ministro Gilmar Mendes, j. 11.12.2007).

Vale ressaltar, que a súmula vinculante é a condensação da interpretação de preceitos jurídicos realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, *Liliane Kiomi Ito Ishikawa*⁶³ adverte que não é o enunciado da súmula que vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, mas sim os precedentes que compõem a súmula, editada para facilitar a pesquisa e a compreensão do seu teor.

Rodolfo de Camargo Mancuso bem anota que “tanto quanto a norma, (a súmula vinculante) não dispensa o labor interpretativo, seja para apurar sua perfeita inteligência, seja para a subsunção aos casos concretos”.⁶⁴

Em resumo, a súmula em comento não permite que o empregador privado ou a administração pública direta, dos três níveis, bem como a administração pública indireta, continuem a calcular as vantagens remuneratórias pagas aos seus empregados ou servidores com base no salário mínimo, exceto nos casos constitucionalmente previstos.

Destaca-se que o enunciado em comento não distingue entre servidores estatutários e empregados submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, aplicando-se, indistintamente, a ambos.

A súmula vedava, ademais, que o Poder Judiciário, diante da invalidade do critério do salário mínimo, substitua o legislador e determine outro parâmetro para o cálculo da vantagem remuneratória do servidor ou empregado.

Em razão da publicação do enunciado da Súmula Vinculante n. 4 do STF, o Tribunal Superior do Trabalho mudou a redação da Súmula n. 228, cancelou a Súmula n. 17⁶⁵ e a Orientação Jurisprudencial n. 2 da

⁶³ ISHIKAWA, Liliane Kiomi Ito. Súmula vinculante e a nova postura exigida do Poder Público. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 34., Rio Quente Resorts, GO, 1998. Organização de Cláudia Marçal, Cleonice Alves Cordeiro, Maria Elisa Quacken. *Anais...* Goiânia, GO: Kelps, 2008. v. 1. p. 131-139.

⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e sumula vinculante*, p. 317.

⁶⁵ Súmula 17 do TST: “Adicional de insalubridade. Cálculo. O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado.”

SBDI-1⁶⁶, e suprimiu a parte final da Orientação Jurisprudencial n. 47 da SBDI-1.⁶⁷⁻⁶⁸

O Tribunal Superior do Trabalho editou a Resolução n. 148/2008 e deu nova redação para a Súmula n. 228, após a publicação da Súmula Vinculante n. 4, fixando novo critério a ser utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade, nos seguintes termos: “Adicional de insalubridade. Base de cálculo. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.”

Segundo essa orientação do Tribunal Superior do Trabalho, o adicional de insalubridade passaria a ser calculado sobre o salário básico. Trata-se da aplicação por analogia (art. 8º da CLT) da determinação relativa ao adicional de periculosidade, que também é calculado sobre o salário básico, sem acréscimo de outros adicionais (art. 193 da CLT). Ou seja, adotou analogicamente os critérios estabelecidos na Súmula n. 191.⁶⁹

Curial anotar que a Confederação Nacional da Indústria (CNI) insurgiu-se contra a fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade procedida pelo enunciado da Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho, apontando a afronta à parte final da Súmula

⁶⁶ Orientação Jurisprudencial da Seção de Dissídios Individuais-1 do Tribunal Superior do Trabalho n. 2: “Insalubridade. Cálculo. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Mesmo na vigência da CF/88: salário mínimo.”

⁶⁷ A Orientação Jurisprudencial n. 47 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho ficou com a seguinte redação: “Hora extra. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. A base de cálculo da hora extra é o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade.”

⁶⁸ Carlos Alberto Robinson aplaude o cancelamento de tais verbetes: “[...] verifica-se que as Súmulas ns. 17 e 228 do TST, com suas redações originais, não se coadunavam com os princípios que regem o direito do trabalho (*princípio in dúvida pro operário*, princípio da norma mais favorável e princípio da condição mais benéfica), estando em desacordo inclusive, com os princípios constitucionais que informam os direitos sociais, que abrangem, também, o adicional de insalubridade. Portanto, ‘é justificável, também sob este aspecto, o cancelamento de tais verbetes.’” (A efetividade da Súmula Vinculante n. 4 do STF e suas repercuções na esfera trabalhista, p. 1.308).

⁶⁹ Súmula n. 191 do TST: “O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acréscido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.”

Vinculante n. 4, na medida que permitia a substituição do salário mínimo pelo salário básico, no cálculo do referido adicional.

Com fulcro no parágrafo 3º do artigo 103-A da Constituição Federal, bem como com base no artigo 7º da Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, a CNI apresentou a Reclamação n. 6.266 ao Supremo Tribunal Federal, alegando que a Súmula n. 228 do TST afrontava a Súmula Vinculante n. 4, por desrespeitar a parte final de seu enunciado.

A reclamante alertou ainda para a gravíssima insegurança jurídica que adviria da fixação de critério para o cálculo do adicional de insalubridade por decisão judicial, além de reflexos danosos e irreparáveis para os empregadores representados pela CNI e a probabilidade de proliferação de ações judiciais.

No bojo dessa reclamação, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal ministro Gilmar Mendes concedeu medida liminar, suspendendo a aplicação da Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho, confirmado o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário, a despeito da invalidade do critério do salário mínimo, ordenar que a vantagem seja calculada sobre outro valor.

O ministro Gilmar Mendes asseverou, ademais, que no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante n. 4 (RE n. 565.174/SP), o Supremo Tribunal Federal entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.

Assim, com a suspensão da Súmula n. 228 do TST e ante a interpretação restritiva da Súmula n. 4 do STF, o trabalhador, à exceção daqueles que possuem base de cálculo para o adicional de insalubridade fixada em cláusula coletiva, ficou ao desamparo legal, tendo em vista que o artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho também é inconstitucional.

Salienta-se, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal postergou, em face da lacuna legal, a aplicação da norma inconstitucional, até a fixação de outra base legal para o adicional de insalubridade.

Os limites da declaração da inconstitucionalidade no RE n. 565.174 decorreram da observância do princípio da *non reformatio in pejus*, posto que a inconstitucionalidade declarada, como requerida, não poderia levar ao alcance da substituição da base de cálculo e também não poderia implicar na alteração de uma situação jurídica não requerida, e para pior.

Daí porque o julgamento do RE n. 565.174 limitou-se ao pedido, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por outros fundamentos.

Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida no direito constitucional alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigatorias, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário substituir o legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria.⁷⁰

O artigo 27 da Lei n. 9.868/99 dispõe que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No caso em exame, o Supremo Tribunal Federal fixou como momento oportuno o da edição de norma que substitua a declarada inconstitucional.

Com a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, caberia então ao legislador promover os esforços necessários para restabelecer a ordem constitucional, quer sanando eventual omissão na lei, quer suprimindo disposição legal incompatível com a Constituição.

Portanto, com base no que ficou decidido no RE n. 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante n. 4, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade.

Assim o fazendo, o Supremo Tribunal Federal preservou os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada, evitando a anulação de inúmeras demandas que, antes da edição da Súmula, haviam adotado o salário mínimo como base de cálculo.

⁷⁰ WAKI, Kleber de Souza. O adicional de insalubridade e a súmula vinculante n. 4 do STF. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, v. 72, n. 9, p. 1.057-1.072, set. 2008.

A restrição da parte final da Súmula Vinculante n. 4 conferiu efeitos *ex nunc* ao verbete, em conformidade com o disposto no artigo 103-A da Constituição Federal.

Mas será que foi restabelecida a segurança jurídica? Será que foi fomentada a tão desejada celeridade processual?

A meu ver, foi criada na prática uma lacuna legislativa, dificultando ao trabalhador o acesso ao adicional de insalubridade, assegurado dentre os direitos sociais pela Constituição Federal, no artigo 7º, inciso XXIII.⁷¹

Faz-se necessária, portanto, alteração legislativa que estabeleça outra base de cálculo para o adicional de insalubridade, reformando-se o artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, posto que ao Poder Judiciário é vedado determinar sua substituição por outra, sob pena de incorrer em atividade legiferante, não podendo a edição do enunciado da Súmula Vinculante n. 4 importar na extinção do benefício pago ao trabalhador.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A busca pela segurança jurídica, atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, deve ser somada à busca pela justiça.

2. A justiça pressupõe a segurança jurídica já instaurada, nunca a podendo dispensar. Não se pode conceber uma sociedade justa sem que haja a estabilidade e a previsibilidade do direito.

3. A necessidade de unificação do entendimento jurisprudencial, somada à sobrecarga do Poder Judiciário e à lentidão do fornecimento da prestação jurisdicional, impulsionaram o poder constituinte derivado a editar a Emenda Constitucional n. 45/2004, que conferiu força vinculante às súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, com *quorum* qualificado de dois terços de seus membros, atendidos os demais

⁷¹ Os juízes trabalhistas, através da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), estão articulando perante o Governo Federal a edição de medida provisória para alterar a redação do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, que passaria a ter a seguinte redação: “O trabalho em condições insalubres assegura ao trabalhador a percepção do adicional de insalubridade correspondente a 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) ou 10% (dez por cento) incidentes sobre seu salário básico, segundo a insalubridade se classifique, respectivamente, nos graus máximo, médio ou mínimo, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.”

requisitos do artigo 103-A da Constituição Federal, bem como da Lei n. 11.417/2006.

4. O enunciado sumulado somente será editado pelo Supremo Tribunal Federal após amplo debate da questão constitucional em todas as instâncias da jurisdição, sendo necessário que haja divergência entre órgãos judiciais, ou entre eles e a administração pública.

5. A força vinculante da súmula atinge os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal e implica na necessidade de uma releitura do princípio da legalidade estrita.

6. O Poder Público, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, deverá observar não apenas o comando que emerge da norma, como também a interpretação da lei realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

7. A unificação do entendimento jurisprudencial e sua incidência direta sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública permitirá a redução de ações judiciais repetitivas, desafogando o Poder Judiciário e garantindo maior agilidade no fornecimento da prestação jurisdicional.

8. A vinculação da administração pública aos enunciados das súmulas vinculantes concilia os valores da segurança jurídica e da justiça, reduz a litigiosidade e observa o princípio da eficiência, na medida que o direito passa a ser aplicado de forma uniforme pelos órgãos jurisdicionais e pelos órgãos do Poder Público.

9. O enunciado da Súmula Vinculante n. 4 cria um vazio legislativo, que exige que os atores sociais da relação de trabalho, por via negociada, estabeleçam outra base de cálculo ou fórmula de indexação, até que advenha nova legislação sobre o assunto, não podendo a lacuna normativa importar na extinção do benefício pago ao trabalhador.

10. Embora o instituto da súmula vinculante receba a pecha por vários autores de que seria um instrumento mutilador da independência do juiz, poderá trazer grande contribuição à redução da litigiosidade e da judicialização excessiva, obstando o ajuizamento de um número infindável de ações repetitivas que apenas atravancam a já sobrecarregada máquina judiciária.

7 REFERÊNCIAS

ASSIS, Cristiano César de Andrade de. O adicional de insalubridade e sua fixação sobre o salário mínimo: a quebra de paradigmas proporcio-

- nada pela Súmula Vinculante n. 4. *Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário*, São Paulo, n. 22, p. 716-711, 2. quinz. nov. 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto (Coord.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Revista da Juris*, Porto Alegre, v. 12, n. 34, jul. 1985.
- CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 63-64, jul./set. 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

- ISHIKAWA, Liliane Kiomi Ito. Súmula vinculante e a nova postura exigida do Poder Público. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 34., Rio Quente Resorts, GO, 1998. Organização de Cláudia Marçal, Cleonice Alves Cordeiro, Maria Elisa Quacken. *Anais...* Goiânia, GO: Kelps, 2008. v. 1, p. 131-139.
- LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Base de cálculo do adicional de insalubridade. *Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário*, São Paulo, v. 230, n. 8, p. 3-6, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para dirimir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 27, n. 92, p. 7-22, jul. 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. atual. por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balester Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Aymoré Roque Pottes de. A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controles da constitucionalidade brasileiro: as PECs ns. 500/97 (PEC n. 54/96-SF) e 517/97. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, n. 72, p. 127-154, mar. 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MUSCARI, Marco Antônio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Organização, seleção e notas de Theotônio Negrão, com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Pedro Ferreira Editor, 1998. v. 1.
- RÊGO, Lorena de Paula da Silva. Súmula vinculante e as repercussões no âmbito da administração pública: o princípio da igualdade como critério de interpretação. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 34., Rio Quente Resorts, GO, 1998. Organização de Cláudia Marçal, Cleonice Alves Cordeiro, Maria Eliisa Quacken. *Anais...* Goiânia, GO: Kelps, 2008. v. 1, p. 97-110.
- ROBINSON, Carlos Alberto. A efetividade da Súmula Vinculante n. 4 do STF e suas repercussões na esfera trabalhista. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 72, n. 11, p. 1.295-1.310, nov. 2008.
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, p. 51-64, jan./mar. 1997.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arlinda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 761-766.
- SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007.
- TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.
- TRALDI, Mauricio. *Súmula vinculante*. 2008. 124 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008.

USTÁRROZ, Daniel. A eficácia dos verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal: primeiras considerações sobre a Lei n. 11.417/2006. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. (Orgs.). *Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. Porto Alegre: Editora Notadez, 2007. p. 111-134.

WAKI, Kleber de Souza. O adicional de insalubridade e a súmula vinculante n. 4 do STF. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, v. 72, n. 9, p. 1.057-1.072, set. 2008.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. A súmula vinculante: breve análise dos aspectos teóricos e controvérsias atuais. *Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 32, n. 1, p. 31-44, jan./fev. 2008.

A DIMENSÃO PRECLUSIVA DA DECISÃO SANEADORA

Preclusion dimension of the curative decision

Juliana de Oliveira Costa Gomes¹

RESUMO

O trabalho objetiva analisar a eficácia preclusiva da decisão saneadora, abordando seu conceito, natureza jurídica e pontos ocasionalmente examinados, sob o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial. Estabelece premissas jurídicas e doutrinárias, sob as quais o assunto é debatido, bem como as correntes ideológicas por vezes controvertidas a respeito do tema. Apresenta decisões judiciais e, ao final, conclui que a decisão saneadora se apresenta como um dos provimentos mais importantes da demanda, cuja dimensão preclusiva pode, por vezes, ditar a própria solução da lide.

Palavras-chave: Decisão Saneadora; Despacho Saneador; Preclusão

ABSTRACT

This work aims at analysing the preclusion effectiveness of the curative decision, approaching its concept, juridical nature and points occasionally examined, under the doctrinal and jurisprudential points of view. It establishes juridical and doctrinal premises, under which the subject is discussed, as well as the ideological currents. It presents judicial decisions and it concludes that the curative decision comes as one of the most important provisions of the demand, whose preclusion dimension can sometimes dictates the solution of the cause.

Keywords: Curative Decision; Curative Expedition; Preclusion

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é elaborar um panorama a respeito das consequências advindas da decisão saneadora², visando, com

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo - SP – Brasil. E-mail: jogomes@sp.gov.br. Texto recebido em 11.08.2010 e aprovado em 06.10.2010.

² Para o presente trabalho, pouco importa se a decisão saneadora foi prolatada oralmente por ocasião da *audiência preliminar* ou por escrito, nas hipóteses em que não tenha ocorrido, vez que não haverá diferença significativa no tratamento entre ambas as formas de provimento.

isso, a concluir em que medida poderá ser concebida a preclusão sobre o provimento judicial invocado.

2 DAS FASES PROCESSUAIS

O processo civil moderno é composto basicamente de cinco fases: a postulatória, na qual se origina a lide, a saneadora, a decisória, a recursal e, com a reforma advinda da Lei n. 11.382/2005, a executória.³⁴

2.1 Da fase saneadora

Parte da doutrina diverge quanto à persistência da fase saneadora no atual Código de Processo Civil.

A crítica que se faz à locução é que o juiz estará sempre inspecionando o processo no seu decorrer – atitude que não cabe somente a este momento processual. *Ernani Fidélis dos Santos* coloca que:

“Não há, pois, no procedimento ordinário fase distinta e exclusiva de saneamento. É possível que, após as providências preliminares, ou sem elas, quando desnecessárias, o juiz, desde já, julgue extinto o processo por questões processuais ou referentes à ação, e ainda por autocomposição das partes (art. 329).”⁵

³ “A nova redação do parágrafo 1º do artigo 162 do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei federal n. 11.232/2005, foi proposta pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. O motivo da alteração do texto foi ressaltar que a sentença não mais extingue o processo, como antes se dizia, tendo em vista que toda a sentença de prestação, agora, dá ensejo à execução imediata, sem a necessidade de outro processo para isso. É por isso que também foi alterado artigo 463 do Código de Processo Civil, para retirar a menção que se fazia ao ‘encerramento da atividade jurisdicional’ com a prolação da sentença. De fato, proferida a sentença, o juiz não mais encerra a sua atividade jurisdicional, pois deverá continuar a atuar, agora na fase executiva.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 460).

⁴ *Anselmo Pietro Alvarez e Nelson Finotti Silva* afirmam que “no processo de conhecimento comum ordinário, o autor em regra, pretende que Estado-juiz lhe confira jurisdição de resolução e coerção. Para tanto, o processo de conhecimento que tramita em rito comum ordinário, é dividido em duas etapas: cognição e cumprimento.” (*Manual de processo civil e prática forense: teoria geral, processo de conhecimento e recursos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. v. 1, p. 67).

⁵ SANTOS, Ernani Fidélis. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 486.

Na fase de saneamento, além do exame dos requisitos de admissibilidade da demanda, serão fixados os pontos controvertidos, resolvida eventual preliminar pendente e deferida a produção das provas adequadas à solução do feito. É de se observar que há, inclusive, corrente processual no sentido de que esse seria o momento de inversão do ônus da prova⁶, possibilitando, assim, a efetivação do princípio da isonomia⁷ previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

Nesse momento processual, poderemos vislumbrar a determinação das *providências preliminares e o julgamento conforme o estado do processo*.

Antes de realizar o *julgamento conforme o estado do processo*, o julgador deve proceder a uma série de determinações pertinentes⁸, chamadas *providências preliminares*.⁹

⁶ Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhat prelecionam que “importa, ainda, definir de quem é o ônus da prova, ou até mesmo resolver se não é casso de inverter tal ônus. É nesse momento que essa questão deve ser decidida, pois a parte que tem o ônus da prova deve saber que tem o ônus de produzir determinada prova antes de exaurida sua oportunidade para tanto” (*Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 271).

⁷ André Antônio da Silveira Alcântara, ao tratar do momento em que o juiz decide acerca da inversão do ônus da prova nas relações de consumo, afirma que “no tocante ao momento processual em que se procede a essa advertência acerca da provável inversão quando do julgamento final, nada obstante o sustentado por alguns doutrinadores, acredita-se que o mais adequado seria no saneamento, quando da decisão em audiência, antecedendo à fase instrutória. Com isso, permitiria ao fornecedor adentrar na fase da produção de provas cônscio do que deveria carregar aos autos, haja vista o risco de, ao final, com a inversão, serem presumidas verdadeiras as asserções iniciais. Assim, sustenta Cecília Matos, ao discorrer sobre o assunto, preocupada com a igualdade das partes e paridade das armas”. Contudo, após as devidas ponderações a respeito de eventual conduta da parte privilegiada, o autor coloca que: “por tudo isso, mais consentânea seria a simples advertência da possibilidade da inversão durante o diálogo em audiência preliminar, o que se realizará, sendo necessário, no momento do julgamento” (*Saneamento do processo: saneamento e efetividade na audiência preliminar em face da nova tendência processual civil*. São Paulo: LEUD, 2004. p. 80-81).

⁸ Arruda Alvim coloca que: “Em realidade, a função própria e precipuamente saneadora encontra-se no artigo 327, 2ª frase, *verbis*: ‘Verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 dias’.” (*Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2, p. 356).

⁹ Conforme nos ensina Fredie Didier Junior, “os primeiros atos da fase de conhecimento podem coincidir, portanto, com a prática dos últimos atos da fase postulatória”. (*Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, p. 440).

Assim, possibilitará ao autor a apresentação de réplica, no caso da defesa indireta ventilada pelo réu, ou permitirá a manifestação quanto ao alegado em sede de defesa direta, tendo ele juntado documentos aos autos, em atenção ao princípio do contraditório¹⁰. No caso de alegação de relação jurídica prejudicial, ainda o magistrado pode abrir para autor o prazo de 10 dias para a propositura de ação declaratória incidental.

Por sua vez, o *julgamento conforme o estado do processo* pode consistir no *julgamento antecipado da lide*¹¹, designação da *audiência preliminar ou extinção do processo sem a resolução do mérito*.

O *julgamento antecipado da lide* é realizado com base no artigo 330 do Código de Processo Civil¹², quando o magistrado pode julgar antecipadamente o mérito, nas hipóteses permitidas pelo texto legal, ou seja, quando despicienda a produção de novas provas, além das que já constam nos autos.

Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart prelecionam que:

“O julgamento antecipado do mérito com base no artigo 330, I do Código de Processo Civil, quando se discute apenas matéria de direito, ou as consequências jurídicas da afirmação de um fato, ou ainda quando a afirmação fática está demonstrada através de prova documental, ou não é controvertida, pertinente ou relevante.”¹³

¹⁰ Quanto ao mencionado princípio, convém anotar que: “Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder.” (DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, p. 58).

¹¹ *Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhat* entendem que “é importante lembrar que o Código de Processo Civil, ao estabelecer o julgamento antecipado do mérito, não prevê o julgamento antecipado de parte do mérito”. Mais adiante, no entanto, prosseguem afirmando que “tal princípio, entretanto, atenta contra outro princípio, igualmente formulado por Chiovenda e muito mais importante. Trata-se da ideia de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão” (*Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*, p. 258).

¹² “Artigo 330 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II - quando ocorrer a revelia (art. 319).”

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*, p. 261.

Nesse momento, também poderá ser reconhecida a prescrição ou a decadência.

O julgador poderá, face a determinadas circunstâncias presentes, extinguir o processo sem a resolução do mérito da questão levantada, pela ausência dos requisitos de admissibilidade da demanda.¹⁴

Por sua vez, a *audiência preliminar*, antiga *audiência de conciliação obrigatória*, é realizada quando não são verificadas as hipóteses de extinção da demanda sem a resolução do mérito, ou do julgamento antecipado da lide, visando, sobretudo, à composição entre as partes.¹⁵

Quanto à obrigatoriedade da designação da *audiência preliminar*, somos pelo posicionamento no sentido de que sua ausência somente acarretará a invalidade quando causar prejuízo para as partes, já que se trata de vício sanável a qualquer tempo, no decorrer da relação processual.¹⁶⁻¹⁷

¹⁴ Tal situação ocorre quando a demanda for inadmissível, ou seja, decorrente da invalidade, morte da parte no caso de direito intransmissível, revogação da vontade de uma ou ambas as partes ou confusão de partes (DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, p. 464).

¹⁵ Fredie Didier Júnior afirma que existe a possibilidade de se instaurar a audiência preliminar mesmo em caso de julgamento antecipado da lide: “Cabe, inicialmente, uma observação: Nada impede, não obstante o texto legal (art. 331 do CPC), que o magistrado, mesmo sendo caso de julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC), marque a audiência preliminar, com o objetivo tentar conciliar as partes. Isso com base no inciso IV do artigo 125 do Código de Processo Civil, que atribui ao magistrado o dever de tentar conciliar apartes a qualquer tempo. Não obtida a conciliação, o magistrado julgaria demanda imediatamente.” (*Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v.1, p. 445).

¹⁶ Nesse sentido: “Audiência de conciliação. Artigo 331.1. Não importa nulidade do processo a não realização da audiência de conciliação, uma vez que a norma contida no artigo 331 do Código de Processo Civil visa a dar maior agilidade ao processo e as partes podem transigir a qualquer momento.” (STJ – REsp n. 242.322/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJU*, de 15.5.2000).

¹⁷ “Observamos que, no que atine às pessoas jurídicas de direito público, a conciliação dependerá de lei específica.” (DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, p. 445).

O magistrado também poderá extinguir o processo pela autocomposição das partes, homologando o acordo, que ficará sujeito aos dispositivos que protegem à coisa julgada.¹⁸⁻¹⁹

Por fim, constatada a inexistência das situações anteriores, não sendo obtida a conciliação nem ocorrendo a extinção do processo sem a resolução do mérito e tampouco o julgamento antecipado da lide ou o reconhecimento da prescrição ou decadência, o magistrado solucionará as questões pendentes, prosseguindo no caminho para a solução do conflito submetido à apreciação estatal. Esses quesitos são analisados, via de regra, na própria audiência preliminar citada.

Contudo, “se a causa versa sobre direito que não admite transação, não sendo o caso de designar-se ‘audiência preliminar’, é lógico que as questões pendentes devem ser solucionadas por escrito”.²⁰

Dessa forma, o magistrado, ao declarar a existência dos pressupostos processuais e condições da ação, proferirá a decisão saneadora, que terá função eminentemente positiva.²¹

3 DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS

De acordo com o artigo 162 do Código de Processo Civil²², os pronunciamentos judiciais podem consistir em despachos, sentenças e decisões interlocutórias.²³

¹⁸ “Sentença não é condição de eficácia do negócio jurídico pelo qual o litígio se resolve. O negócio jurídico produz efeitos entre as partes independentemente da homologação, cuja eficácia se restringe a determinar a extinção do processo e dar azo à formação da coisa julgada material.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v.1, p. 480).

¹⁹ Apenas para constar: “A conciliação pode extrapolar os limites do objeto do processo e regrar outras situações que estão em outros processos ou que não estão submetidas ao juízo de alguém”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*, p. 270).

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*, p. 270.

²¹ Segundo nos ensina Arruda Alvim, “no sistema atual, o saneamento (a que se refere o art. 331, §§ 2º e 3º, inserido pela Lei n. 10.444/2002) tem função positiva” (*Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, v. 2, p. 355).

²² “Artigo 162 - Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.”

²³ “O Código de Processo Civil brasileiro vigente alude a três espécies de pronunciamentos judiciais: sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Em que pese a letra do artigo

Vicente Greco Filho define os despachos como “aqueles sem conteúdo decisório ou de conteúdo decisório mínimo e que, por essa razão, não têm o condão de causar a sucumbência. São os despachos ordinatórios do processo e que não causam gravame de ordem material ou processual”.²⁴

Por estarem despidos de conteúdo decisório, os meros despachos não trazem qualquer prejuízo às partes, sendo, portanto, irrecorríveis.²⁵

As decisões interlocutórias são provimentos judiciais proferidos no decorrer do processo, nos quais o julgador resolve questões incidentes.

Humberto Theodoro Júnior preleciona: “A decisão interlocutória, porém, tem um conteúdo específico, diante do conceito que o Código lhe emprestou de maneira expressa. Corresponde, assim, ao ‘ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente’.”²⁶

Para *Teresa Arruda Alvim*, temos cinco espécies de decisões interlocutórias: as que decidem quanto a provas; as que examinam o pedido de tutelas de urgência; as que atinem ao juízo de admissibilidade de recursos; as que repelem a nulidade absoluta; as que afastam as nulidades relativas.²⁷

162, parece que de má técnica se serviu o legislador, ao redigir tal dispositivo. Em seu *caput*, se prevê que os atos do juiz são as sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Atos, termo utilizado pelo dispositivo em questão, é expressão significativa de um gênero, de que pronunciamentos são espécies. Ato judicial é categoria mais ampla que abrange, por exemplo, a oitiva de testemunhas e a realização de inspeção judicial. Portanto, não é tecnicamente correto dizeres que os atos do juiz se subdividem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos, pois há outros atos judiciais que não se encartam, como se viu, em nenhuma das três categorias.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 105).

²⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2. p. 307. O autor prossegue: “Todavia, a verificação da existência, ou não, da sucumbência depende do exame do caso concreto.”

²⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 234.

²⁶ Humberto Theodoro Júnior coloca que: “Realmente, só ocorre a decisão interlocutória quando a solução da questão incidente não leva ao encerramento do feito. Mesmo que se encontre alguma questão de mérito, ainda será decisão interlocutória, e não sentença, se o objeto da causa (isto é, o pedido) não for exaurido pelo pronunciamento incidental.” (*Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. atual. até a Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 265).

²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 105.

Das decisões interlocutórias, cabe o recurso de agravo previsto no artigo 522 do Código de Processo Civil.²⁸

A sentença²⁹ é a resposta do Poder Judiciário à prestação jurisdicional invocada pela parte, consistente no direito subjetivo de ação. *Humberto Theodoro Júnior* lembra que “é através da sentença que o estado satisfaz esse direito e cumpre o dever contraído em razão do monopólio oficial da justiça”.³⁰

Modernamente, tem se entendido que o traço distintivo entre as sentenças e as decisões interlocutórias está no conteúdo do provimento judicial. Quando contiver as hipóteses subsumíveis aos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil, serão sentenças, cujo recurso cabível é o de apelação, previsto no artigo 520 do Código de Processo Civil.³¹

²⁸ “O recurso de agravo continua sendo cabível contra toda e qualquer decisão interlocutória, em conformidade com a atual redação do artigo 522 do Código de Processo Civil, ainda que, em decorrência de alteração oriunda da Lei n. 11.187/2005, estabeleça este dispositivo legal que o agravo será cabível ‘na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.’” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 102).

²⁹ “O julgamento proferido pelos tribunais se denomina acórdão (art. 163). Seus efeitos poderão ser os mesmos da sentença ou das decisões interlocutórias. Se confirma ou nega provimento à apelação contra sentença, seus efeitos são de sentença. Se confirma decisão que não extinguiu processo, o efeito é de decisão interlocutória. Se, na apelação, anula-se a sentença, o efeito é de uma decisão interlocutória. E, se, no recurso de agravo de instrumento, o acórdão extingue o processo, como ocorre quando reconhece o abandono da causa (art. 267, III), que juiz de primeiro grau não acatou, o acórdão equivale a sentença.” (SANTOS, Ernani Fidélis, *Manual de direito processual civil: processo e conhecimento*, v. 1, p. 212).

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 267.

³¹ Segundo *Teresa Arruda Alvim Wambier*, “isto, como se vê, não é o colocar fim no processo que caracteriza essencialmente a sentença, mas o seu conteúdo. Nestes casos, são sentenças porque julgam o mérito. Pôr fim ao processo não é senão um efeito das sentenças, que, como se viu, nem sempre ocorre” (*Os agravos no CPC brasileiro*, p. 107). Em sentido diverso, *Humberto Theodoro Júnior*: “Para o Código, contudo, o que importa para a conceituação de sentença não é o seu conteúdo, mas o papel que a decisão representa para o processo instaurado pelo autor. Tomando-se como objeto o processo de conhecimento, o pedido de acertamento judicial do conflito jurídico deduzido em juízo será sentença, o provimento com que o órgão judicial enfrente a pretensão do autor. Pode enfrentá-la em seu mérito ou pode simplesmente recusar a enfrentá-la por falta de condições técnicas (pressupostos processuais ou condições da ação). Não

4 DO DESPACHO SANEADOR

4.1 Conceito e natureza jurídica

Primeiramente, é importante salientar que o nosso trabalho não se restringe à decisão interlocutória operada por escrito, mas também à proferida durante a *audiência preliminar* prevista no Código de Processo Civil.³²

Galeano Lacerda conceitua o provimento judicial como “a decisão proferida logo após a fase postulatória na qual o juiz, examinando a legitimidade da relação processual, nega ou admite a continuação do processo ou da ação, disponde, se necessário, sobre os vícios sanáveis”.³³

André Antônio da Silveira Alcântara coloca que:

“Por isso, mais adequada é a expressão ‘decisão em saneamento’, indicando o ato consubstanciado no artigo 331 do Código de Processo Civil como marco da última da atividade saneadora que se desenvolveu em toda a fase ordinatória, sem prejuízo, inclusive de reapreciação de irregularidades processuais durante a fase instrutória e fase decisória.”³⁴

Assim, é forçoso concluir que o despacho saneador constitui decisão interlocutória proferida pelo magistrado no decorrer da lide. O que se pretende é evitar diligências inúteis, atendendo, sobretudo, ao princípio da economia processual.³⁵

importa de que modo se posicione o juiz. Se o ato tem como fim encerrar o debate acerca da pretensão que constitui o objeto da causa, tem-se sentença.” (*Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 267).

³² Seguimos o entendimento de *Humberto Theodoro Júnior*, para quem, “com a instituição da audiência de conciliação (Lei n. 8.952/94), o saneador poderá, em princípio, ser proferido oralmente pelo juiz, ficando o seu teor consignado na ata daquela audiência (§ 2º do art. 331). Se, porém, o juiz preferir, poderá determinar conclusão dos autos para redigir, posteriormente, sua decisão”. Ainda, o autor lembra que a jurisprudência entende que pode ser realizado de forma implícita. (*Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v.1, p. 478).

³³ LACERDA, Galeano. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953. p. 7.

³⁴ ALCÂNTARA, Andre Antônio da Silveira, *Saneamento do processo: saneamento e efetividade na audiência preliminar em face da nova tendência processual civil*, p. 82.

³⁵ “O princípio da economia processual vincula-se diretamente com a garantia do devido processo legal, porquanto o desvio da atividade processual para os atos onerosos inúteis e desnecessários gera embaraço à rápida solução do litígio, tornando demorada a prestação jurisdicional. Justiça tardia é, segundo a consciência geral, justiça denegada.

Nesse sentido, *Galeano Lacerda* preleciona que o despacho saneador “implica, no fundo, comando tácito e permissivo da marcha do processo. Terá ou não efeito preclusivo, conforme a natureza da questão resolvida”.³⁶

Diversamente do antigo sistema, no qual o despacho saneador continha em si a própria fase ordinatória de forma concentrada, o atual *saneamento processual* não se faz num só momento, mas sim por partes.

Num primeiro momento, as providências preliminares indicam as nulidades sanáveis, determinando a devida regularização, ou extinguem, a demanda sem a resolução do mérito, no caso das nulidades insanáveis.

Ainda poderá ocorrer o imediato julgamento da lide, extirpando-se, assim, daquele contexto, a fase ordinatória pela própria decisória. Tal ocorre, também, ao se reconhecer de plano a prescrição ou a decadência.³⁷

Portanto, a decisão saneadora contém atribuição residual, ou seja, corresponde à hipótese de impossibilidade do julgamento conforme o estado do processo.

“Se não for o caso de extinção do processo sem o julgamento do mérito nem de extinção do processo com julgamento do mérito – prescrição/decadência, autocomposição ou julgamento antecipado da lide – e não ocorrendo hipótese de audiência preliminar, deverá o magistrado proferir uma decisão escrita, em que deverá examinar as questões processuais suscitadas, declarar saneado o feito, fixar os pontos controvertidos da demanda.”³⁸

Não é justo, portanto, uma causa que se arrasta penosamente pelo fato, desanimando a parte e desacreditando o aparelho judiciário perante a sociedade.” (ALCÂNTARA, Andre Antonio da Silveira, *Saneamento do processo: saneamento e efetividade na audiência preliminar em face da nova tendência processual civil*, p. 37).

³⁶ LACERDA, Galeano, *Despacho saneador*, p. 9.

³⁷ “Superada a fase postulatória e proferido o saneamento, não há, tecnicamente, mais como se cogitar de julgamento antecipado da lide.” (ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, v. 2, p. 361).

³⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, p. 452. O autor prossegue: “Há, pois, nessa decisão, um capítulo decisório em que se reconhece a admissibilidade do processo (juízo declaratório) e outro capítulo decisório em que se fixam os pontos controvertidos e se delimita a atividade de instrução (juízo constitutivo).”

Quanto à obrigatoriedade da decisão saneadora, é importante observar que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que somente haverá nulidade se houver prejuízo para as partes.³⁹

Não obstante, uma vez prolatada, deverá ser devidamente fundamentada, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal.⁴⁰

A decisão saneadora é típica dos procedimentos ordinários ou, conforme coloca *Moacyr Amaral Santos*, “sempre que, contestada a ação, o processo especial tomar procedimento ordinário, haverá lugar para ‘julgamento conforme o estado do processo’ e, assim, o saneamento”.⁴¹

4.2 Objeto

A decisão saneadora visa a declarar existentes as condições da ação e os pressupostos processuais, possibilitando que o processo tome o seu curso normal, bem como a resolver questões atinentes à produção de

³⁹ Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Tributário. Processual civil. Alegação de constitucionalidade de norma legal estadual. Perícia. Desnecessidade. [...] O saneamento do processo é feito em qualquer momento, desde que surja a necessidade de corrigir qualquer desvio prejudicial à apuração dos fatos discutidos e à aplicação das leis suscitadas. A regra do parágrafo 3º do artigo 331 do Código de Processo Civil não é obrigatória. A sua falta só produz nulidade quando demonstrado evidente prejuízo para uma das partes.” (STJ – REsp n. 724.059/MG, rel. ministro José Delgado, j. 21.03.2006, *DJ*, de 03.04.2006. Em sentido contrário: “Processual civil. Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Danos materiais e morais. Despacho saneador. Ausência. Relevância. Nulidade absoluta. Artigo 331 do Código de Processo Civil. I - A fase saneadora do processo é de extrema importância para o seu deslinde, tendo conteúdo complexo, sendo que nela o juiz examinará os pontos arguidos na contestação, de caráter preliminar, assim como os pressupostos processuais e os requerimentos de produção de provas, exigindo-se, para tanto, a devida fundamentação, a teor do artigo 165 do Código de Processo Civil. II - Sendo assim, não há como o julgador deixar de proceder ao despacho saneador, deixando *in albis* as preliminares suscitadas e passando diretamente para a fase de instrução e julgamento, presumindo-se, assim, que o processo encontra-se sanado, sob pena de nulidade absoluta do feito. III - Recurso especial provido, para que o feito seja anulado, a partir da instrução processual, com a realização da fase de saneamento.” (STJ – ED AgR REsp n. 780.285/RR, rel. ministro Francisco Falcão, j. 14.03.2006, *DJU*, de 27.03.2006, p. 218).

⁴⁰ “Ainda, o saneamento há que ser fundamentado (v. art. 93, IX, da CF, reportando-se, genericamente, a todas as decisões emanadas do Poder Judiciário).” (ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, v. 2, p. 355).

⁴¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2. p. 268.

provas que se dará na próxima fase processual e a afastar as arguições de prescrição ou decadência.

Dessa forma, é correto dizer que:

“Assim, o despacho saneador deve ser havido como uma decisão interlocutória que contenha a tríplice declaração positiva de: a) admissibilidade do direito de ação, por concorrerem as condições da ação, sem as quais não se legitima o julgamento de mérito; b) validade do processo, por concorrerem todos os pressupostos e requisitos necessários à formação e desenvolvimento válido da relação processual; c) deferimento de prova oral ou pericial.”⁴²

5 DA PRECLUSÃO E NULIDADES PROCESSUAIS

5.1 Da preclusão

O Código de Processo Civil prevê, no artigo 473⁴³, a impossibilidade de infinitas decisões a respeito da mesma matéria já apreciada anteriormente. À perda dessa faculdade, dá-se o nome de *preclusão*.

Moacyr Amaral Santos coloca: “A preclusão consiste na perda de uma faculdade ou direito processual, que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo ou momento oportunos, fica praticamente extinto. Dissemos, também, que a preclusão se classifica em temporal, lógica ou consumativa.”⁴⁴

Ora, considerando que o próprio direito à obtenção da sentença justa não é absoluto, é necessária a devida harmonização com o direito à segurança jurídica das relações processuais. É importante salientar ainda que atinge não somente as partes, como o próprio magistrado, impossibilitando que o processo retroceda em qualquer momento.

Por fim, é curial fazer a distinção entre preclusão, prescrição e coisa julgada.

A preclusão se refere tão somente à faculdade de prática de determinados atos processuais, enquanto a prescrição é a própria perda

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 477.

⁴³ “Artigo 473 - É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.”

⁴⁴ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 266.

da pretensão, ou seja, “não se refere aos atos processuais, mas à própria propositura da demanda”.⁴⁵

A perempção também é a perda do direito de ação, como consequência do abandono do processo por três vezes, uma espécie de punição à desídia da parte.

A coisa julgada, por sua vez, é conhecida como preclusão máxima, ou seja, a perda da possibilidade de rediscussão do ato processual que julgou a lide (via de regra, a sentença), pelo esgotamento de todos os recursos possíveis ou ausência de interposição.⁴⁶

A doutrina costuma separar a chamada coisa julgada material da coisa julgada formal. No entanto, conforme adverte *Humberto Theodoro Júnior*, “na verdade, a diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença”.⁴⁷

Nesse sentido, a coisa julgada formal configuraria a impossibilidade de rediscussão da questão dentro do mesmo processo, enquanto a coisa julgada material veda nova decisão a respeito da matéria que compôs a lide submetida ao juízo, não se restringindo à relação jurídica formada, mas a qualquer outra ação porventura proposta.

Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhat prelecionam que:

“Quando se alude à indiscutibilidade da sentença judicial, fora do processo, em relação a outros feitos judiciais, põe-se o campo da coisa julgada material, que aqui realmente importa e que constitui, verdadeiramente, o âmbito da relevância da coisa julgada. Já a indiscutibilidade da decisão judicial verificada dentro do processo remete à noção de coisa julgada

⁴⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 252.

⁴⁶ “A coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença (ou do acórdão) que se tornam imutáveis quando contra ela já não cabem mais recursos. Ela não é propriamente um efeito da sentença – efeitos são a condenação, a declaração e a constituição, com as consequências daí decorrentes –, mas uma qualidade desses efeitos qual seja, a imutabilidade. Foi a partir dos estudos de Enrico Tullio Liebman que se delineou com maior clareza a distinção entre a eficácia da sentença e a imutabilidade de seus efeitos.” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento* (2ª parte) e procedimentos especiais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 23).

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 603.

formal. A coisa julgada formal, como se nota, é endoprocessual, e se vincula à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada. Já a coisa julgada material é extraprocessual, fazendo repercutir seus efeitos para fora do processo em relação a outros processos.”⁴⁸

Verifica-se, portanto, a coisa julgada formal quando tiver havido preclusão temporal, consumativa ou lógica, para a interposição de qualquer recurso contra a sentença (ou acórdão). Como ela é o ato que põe fim ao processo, preclusos todos os recursos, ele estará irremediavelmente extinto. “Por isso a coisa julgada formal é denominada preclusão máxima.”⁴⁹

A preclusão é a impossibilidade de apreciação, na mesma relação processual, de questão que já foi objeto de decisão judicial ou de renovação de ato processual já praticado. Dessa forma, temos a preclusão dos atos processuais praticados pelas partes e a preclusão *pro iudicato*, operada para o juiz da causa.

A preclusão temporal, prevista no artigo 183⁵⁰ do Código de Processo Civil, ocorre quando, decorrido o tempo para que a parte pratique determinado ato processual, esgota a faculdade de fazê-lo, o que independe, per si, de qualquer provimento judicial nesse sentido.

A preclusão lógica, no entanto, atrela-se à própria razoabilidade da conduta da parte no decorrer do processo, ou seja, à prática de determinado ato incompatível com outro que se pretenda efetuar.

Já a preclusão consumativa veda a nova realização de ato já praticado, independentemente de que forma.

Por força do artigo 471⁵¹ do Código de Processo Civil, podemos concluir que as decisões judiciais podem sofrer a preclusão consumativa,

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*, p. 608.

⁴⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2006, v. 2, p. 24.

⁵⁰ “Artigo 183 - Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa. § 1º - Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário. § 2º - Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.”

⁵¹ “Artigo 471 - Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.”

ou seja, após o juiz proferir decisão a respeito, não poderá, salvo norma legal expressa, decidir novamente as mesmas questões. É o que chamamos de preclusão *pro judicato*. *Humberto Theodoro Júnior* ensina que:

“Mesmo quando o juiz não enfrenta o mérito, e, portanto, sua decisão não pode fazer coisa julgada material, o ato judicial não fica sujeito a ser, livremente, desfeito ou ignorado por seu prolator ou por outros juízes. Há, em relação a todas as decisões processuais, a chamada preclusão *pro judicato*, segundo a qual, com ou sem solução de mérito, ‘nenhum juiz decidirá novamente questões já decididas, relativas a mesma lide’ (art. 471). Somente pelas vias recursais próprias, e no devido tempo e forma da lei, é que se pode provocar a revisão e a reforma das decisões judiciais.”⁵²

Com relação à preclusão temporal, ela não se aplica aos atos judiciais, vez que os prazos para as respectivas práticas são caracterizados como impróprios.⁵³

5.2 Das nulidades processuais

Segundo *Humberto Theodoro Júnior*, existem quatro categorias de atos processuais viciados: atos processuais inexistentes, absolutamente nulos, relativamente nulos e apenas irregulares:

“Por violação dos elementos ou requisitos de validade, os atos do processo como os demais atos jurídicos, podem ser classificados, segundo a lição de Couture, em:

- a) atos inexistentes;
- b) atos absolutamente nulos;
- c) atos relativamente nulos.

Há, ainda, atos processuais apenas irregulares, que são aqueles praticados com infringência de alguma regra formal, sem, entretanto, sofrer qualquer restrição em sua eficácia formal (art. 244).”⁵⁴

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 610.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 610.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 330.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves observa que o ato inexistente não é passível de validação e não se submete ao prazo decadencial da ação rescisória.⁵⁵

As meras irregularidades são defeitos ínfimos despídos de qualquer sanção de invalidade, quando existentes na relação processual. Segundo *Marcus Vinicius Rios Gonçalves*: “São aqueles que derivam da inobservância de formalidades consideradas não relevantes para a validade do ato processual. A lei exige, por exemplo, que eles sejam redigidos em tinta escura, mas o desrespeito a essa formalidade não implica a invalidade do ato [...].”⁵⁶

Por outro lado, outras máculas, não obstante acarretem a invalidade dos atos realizados, não podem ser decretadas *ex officio* pelo magistrado, pois atinem aos interesses das partes⁵⁷. Segundo *Humberto Theodoro Júnior*:

“O defeito, aqui, é muito mais leve do que o que se nota nos atos absolutamente nulos, por recair sobre interesses privados (disponíveis) do litigante; de modo que o ato é ratificável, expressa ou tacitamente, e, se a parte não postula sua anulação, é apto a produzir toda a eficácia a que se destinou. O silêncio da parte, portanto, é suficiente para convalidá-lo. Diz respeito a interesse apenas da parte, não afetando, por isso, a jurisdição.”⁵⁸

E, por fim, há nulidades que podem ser decretadas de ofício pelo julgador, as nulidades absolutas, atrelada aos requisitos de admissibilidade da demanda⁵⁹. Conforme coloca *Humberto Theodoro Júnior*:

⁵⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 262.

⁵⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 255.

⁵⁷ É importante ressaltar que esses defeitos são incomuns, como adverte *Fredie Didier Júnior*: “Esses defeitos são raros. São situações em que a forma do ato processual é estabelecida com o objetivo de resguardar interesse particular. Normalmente, há previsão legal nesse sentido. A invalidade, nesses casos, deve ser requerida ou pela parte prejudicada, e o silêncio no primeiro momento que lhe couber falar nos autos a respeito, implicará preclusão (incompetência relativa, por ex.).” (*Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, p. 234).

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 332.

⁵⁹ Há um tipo de defeito dos atos processuais que, não obstante considerado como nulidade absoluta, é abrangido pela preclusão, caso não arguido no primeiro momento que cabe à parte falar nos autos. (*DIDIER JUNIOR, Fredie, Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, p. 235).

“O ato absolutamente nulo já dispõe da categoria de ato processual; não é mero fato como o inexistente; mas sua condição jurídica mostra-se gravemente afetada por defeito localizado em seus requisitos essenciais. Compromete a execução normal da função jurisdicional, afetando, por isso, a própria jurisdição (falta de pressupostos processuais ou condições da ação).”⁶⁰

É importante observar que a “invalidade é sempre congênita. O defeito pode estar no próprio ato (cláusula abusiva de um contrato de consumo, por exemplo) ou anterior a ele (coação, dolo, erro, etc.), mas jamais pode ser posterior ao ato”.⁶¹

Assim, podemos vislumbrar em algumas situações a nulidade do processo, também chamada de “inadmissibilidade da demanda”, contendo, pois, vícios relacionados aos pressupostos processuais e condições da ação.

No presente trabalho, utilizamos a terminologia empregada por *Teresa Arruda Alvim Wambier*, para quem existe a necessidade de se delimitar o conceito de eficácia e invalidade.

Portanto, “eficácia, para o nosso vocabulário, terá o sentido de efetiva produção de efeitos típicos. Como efeitos típicos, queremos significar efeitos queridos pelo agente, se for um ato. Pelo legislador, se for uma norma”.⁶²

Com relação às nulidades, é crucial ainda observar que todas elas são sanadas pela coisa julgada.⁶³

Dessa forma, em que pese a decisão interlocutória prolatada no sentido de que o processo está apto a enfrentar a instrução probatória, algumas questões objeto de nulidade absoluta, bem como os fatos

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 331.

⁶¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, p. 231.

⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. p. 138. Ressalva a autora, contudo, que “normalmente, os atos viciados, nulos ou anuláveis, são (ou melhor, tendem a ser) privados de efeitos, mas de seus efeitos típicos, isto é, daqueles a que são preordenados. Nada impede que produzam efeitos atípicos ou indiretos”. Contudo, adverte: “É importantíssimo, no entanto, ressaltar mais uma vez que nem toda ineficácia é fruto de nulidade. Diversas causas há que impedem nasçam efeitos de um ato, que nada têm que ver com nulidade.”

⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 336.

caracterizados como inexistentes, não podem ser acobertados pela preclusão endoprocessual – o mesmo não podendo se falar das questões atinentes às nulidades relativas.

6 DIMENSÃO PRECLUSIVA

O objetivo deste trabalho é a análise da eficácia preclusiva da decisão saneadora.⁶⁴

O exame das questões será realizado com base nos pontos abordados: matérias de ordem pública, compreendendo os pressupostos processuais e as condições da ação; a admissibilidade, espécie e fixação do ônus das provas a serem produzidas durante a relação processual; e a prescrição e decadência também conhecidas como “preliminares de mérito”.

6.1 Dos pressupostos processuais e condições da ação

Os pressupostos processuais são requisitos de estabelecimento válido e desenvolvimento do processo. Segundo *Humberto Theodoro Júnior*:

“Inatendidos esses pressupostos, não há viabilidade de desenvolver-se regularmente o processo que, assim, não funcionará como instrumento hábil à composição do litígio ou ao julgamento do mérito da causa. Os pressupostos processuais atuam, portanto, no plano da validade da relação processual.”⁶⁵

Por sua vez, as condições da ação constituem a própria idoneidade da pretensão deduzida, ou seja, demandam o exame da situação fática concreta que ensejou o pedido de tutela jurisdicional. Segundo o mesmo autor, “as condições da ação, de tal sorte, operam no plano da eficácia da relação processual”.⁶⁶

⁶⁴ Terminologia adotada por este trabalho, não obstante o uso consagrado do termo “despacho saneador”.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 65.

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 65.

Para *Galeano Lacerda*, os pressupostos processuais se caracterizam como gênero do qual as condições da ação são espécie.⁶⁷

A melhor técnica demanda o exame prévio dos pressupostos processuais antes da análise das condições da ação.

“Se, na ordem ontológica, o direito abstrato precede a relação processual, é causa eficiente do processo jurisdicional de conhecimento, no plano lógico a investigação do juiz deve iniciar-se pelo exame dos requisitos processuais porque genéricos à boa constituição do processo e à sua adequação a lide, para, só após, descer à investigação das condições da ação, específicas para o caso concreto.”⁶⁸

Nesse sentido, *Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery*:

“Para que o juiz possa aferir a quem cabe a razão o processo, isto é, decidir o mérito, deve examinar questões preliminares que antecedem lógica e cronologicamente a questão principal: o mérito, vale dizer, o pedido, a pretensão, o bem da vida querido pelo autor. O mérito é a última questão que, de ordinário, o juiz deve examinar no processo. Essas questões preliminares dizem respeito ao próprio exercício do direito de ação (condições da ação) e à existência e regularidade da relação jurídica processual (pressupostos processuais) [...].”⁶⁹

Os pressupostos processuais estão relacionados à própria instauração da relação processual, enquanto as condições da ação estão ligadas à possibilidade de resolução do mérito da demanda, permitindo a subsunção do caso concreto à apreciação estatal do conflito e, assim, legitimando a atuação na hipótese fática estabelecida.

Os pressupostos processuais de existência se relacionam à própria inércia e existência da jurisdição, ou seja, “só pode aplicar a lei ao caso concreto aquele que tenha sido dela investido”⁷⁰, a princípio somente mediante a provação das partes. É importante mencionar também a

⁶⁷ LACERDA, Galeano, *Despacho saneador*, p. 60.

⁶⁸ LACERDA, Galeano. *Despacho saneador*, p. 60.

⁶⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 435.

⁷⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 108.

necessidade da constatação da capacidade postulatória (art. 37 do CPC), bem como a ocorrência da citação.⁷¹

É crucial observar que a ausência dos pressupostos de existência não constitui vício sanável, sendo que “a qualquer tempo, mesmo que superado o prazo para a propositura da ação rescisória, o interessado poderá postular a declaração judicial de inexistência por meio de ação própria, que correrá em primeira instância”.⁷²

Os pressupostos processuais de validade são: a petição inicial apta, a competência e imparcialidade do juiz, a capacidade para ser parte, a capacidade processual e a legitimidade processual.

A petição inicial é inepta quando enquadrada nas hipóteses ventiladas pelo artigo 295 do Código de Processo Civil.⁷³

Apenas a incompetência absoluta gera a invalidade do processo, vez que a relativa é passível de prorrogação, se não arguida pela parte no momento processual oportuno.

A capacidade de ser parte é, no dizeres de *Marcus Vinicius Rios Gonçalves*, “a aptidão atribuída a todas as pessoas, naturais ou jurídicas, e alguns entes não personalizados de poder integrar a relação jurídica processual, ou seja, de figurar no processo na condição de autores ou réus”.⁷⁴

Por sua vez, a capacidade processual “consiste na possibilidade de figurar como parte em um processo, sem precisar estar representado ou assistido”.⁷⁵

⁷¹ A citação, conquanto seja pressuposto de existência, pode ser suprida no decorrer da demanda.

⁷² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 109.

⁷³ “Artigo 295 - [...] Parágrafo único - Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III - o pedido for juridicamente impossível; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.”

⁷⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 110.

⁷⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 111.

A legitimidade processual gera grandes debates doutrinários, contudo, poderíamos sintetizá-la da forma como colocada por *Marcus Vinicius Rios Gonçalves*:

“A legitimidade *ad processum* é a conjunção entre a capacidade processual e a legitimidade para a causa. Tem capacidade processual aquele que tem aptidão genérica de ir a juízo sem precisar ser representado ou assistido. Possui legitimidade *ad causam* quem mantém com a lide uma relação de correspondência lógica; e tem legitimidade *ad processum* aquele que tem as duas coisas simultaneamente, podendo exercer a sua capacidade processual em um caso concreto específico para o qual esteja legitimado.”⁷⁶

A doutrina também elenca os pressupostos processuais negativos, ou seja, “para que um processo seja válido, é preciso que determinadas situações estejam ausentes”⁷⁷. São eles: a litispendência, a coisa julgada e a perempção.

Há três espécies de condições da ação: a legitimidade *ad causam*, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.

A possibilidade jurídica do pedido impede que alguém demande algo defeso pelo ordenamento jurídico. Entretanto, conforme coloca *Marcus Vinicius Rios Gonçalves*, “para que o juiz verifique o preenchimento dessa condição da ação”⁷⁸, não basta que ele examine, isoladamente, o pedido, mas também a causa de pedir, cuja licitude contaminará o pedido”.⁷⁹

O interesse de agir é composto pelo binômio “necessidade e adequação”, ou seja, deve ser necessário ao autor recorrer ao Estado para obter o direito a que alega fazer jus, pelas vias procedimentais pertinentes. Nesse sentido, “a escolha inadequada da via procedural torna inútil o provimento e enseja a extinção do processo sem a resolução de mérito”.⁸⁰

⁷⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 113.

⁷⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 113.

⁷⁸ Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves, deve ser a primeira condição da ação a ser examinada pelo juiz (*Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 91).

⁷⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 91.

⁸⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 92.

E, por fim, para estar presente a legitimidade *ad causam*, “tem de haver uma correspondência lógica entre a causa posta em discussão e a qualidade para estar em juízo litigando sobre ela”.⁸¹

6.1.1 Corrente minoritária: preclusividade do reexame das condições da ação e dos pressupostos processuais

A corrente minoritária zela pela preclusividade da decisão saneadora, a depender das circunstâncias sobre as quais é proferida.

Os defensores dessa ideia alegam a necessidade de segurança da relação processual, concebendo a atitude também como questão de ordem pública a ser observada.

Seguindo o raciocínio, seria correto dizer que, em que pesem os pressupostos processuais e condições da ação serem matérias de ordem pública, a estabilidade da demanda também constitui interesse do Estado e, assim, não poderia, a todo o tempo, ficar sujeita a reversão. É interessante anotar o posicionamento de *Fredie Didier Junior*:

“Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade *ex officio* de tais questões significa, tão somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame de tais questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame.”⁸²

Ressalva o autor a situação de ocorrência de fato superveniente⁸³, e que a decisão, quando suscitar o exame dos pontos mencionados, deverá ser expressa e fundamentada.

⁸¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 92.

⁸² DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, p. 454.

⁸³ O artigo 471 do Código de Processo Civil dispõe: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.”

Podemos sistematizar os argumentos apresentados por essa corrente doutrinária⁸⁴ e jurisprudencial da forma colocada por *Fredie Didier Junior*:

1 - Não existe vedação para o exame, mas sim para o reexame da existência ou não dos pressupostos processuais e condições da ação.

2 - Não há disposição legal que permita a interpretação em sentido diverso, vez que o artigo 471 do Código de Processo Civil é claro ao determinar que “é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”.

3 - Se as decisões interlocutórias são recorríveis, não há como vislumbrar a possibilidade de rediscussão de questões não recorridas.

4 - Inadmitir a rediscussão das questões de mérito e permitir o reexame de questões processuais decididas carece de base lógica, pois estar-se-ia concedendo tratamento superior às questões processuais, em detrimento do mérito da demanda.

5 - Permite-se a preclusão quanto às questões negativas de pressupostos processuais e condições da ação, através da coisa julgada formal.

6 - A distinção das condições da ação do mérito é difícil, levando em conta a existência, inclusive, da *teoria da asserção*⁸⁵ das condições da ação quando decididas posteriormente à fase saneadora, atreladas ao próprio mérito da demanda.

Dessa forma, quando existente pronunciamento expresso a respeito, e uma vez irrecorrida, a decisão saneadora conteria eficácia preclusiva, impossibilitando novo exame na relação processual pelo juiz, bem como o levantamento posterior pelas partes.

Parcela minoritária da jurisprudência já se posicionou nesse sentido.⁸⁶

⁸⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, p. 454.

⁸⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, p. 454.

⁸⁶ “Processual civil. Saneador. Recurso. Quando, no despacho saneador, o juiz decide, expressamente, quanto aos pressupostos e condições da ação, cumpre à parte, insatisfeita, recorrer da decisão. Caso contrário, opera-se a preclusão, instituto que interessa também ao Estado.” (STJ – REsp n. 52.940/SP, 6ª Turma, rel. ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 13.09.1994, *DJ*, de 28.11.1994, p. 32.648).

6.1.2 Corrente majoritária: inexistência da eficácia preclusiva para as matérias de ordem pública

A corrente majoritária entende que as questões de ordem pública não estão sujeitas à preclusão, ainda que expressamente decididas pelo magistrado.

Tais matérias estão previstas no artigo 267, incisos IV, V e VI, do Código de Processo Civil, consistindo nas condições da ação e pressupostos processuais, ou seja, se referem aos requisitos de admissibilidade da demanda. Devem ser conhecidas de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Melhor explicando, a título de exemplo, o processo não pode surtir efeitos, por exemplo, para a pessoa cuja legitimidade *ad causam* inexiste. Não é do interesse do ordenamento jurídico prosseguir com a lide contra quem a parte não detém o direito de ação.

Esta é a lição de *Marcus Vinicius Rios Gonçalves*:

“Há determinadas questões que ordem ser suscitadas a qualquer tempo e grau de jurisdição (salvo quando em recurso especial e extraordinário, que pressupõem o prequestionamento da matéria) e não se sujeitam à preclusão são matérias de ordem pública, como as numeradas pelo Código de Processo Civil, artigo 301, a decadência, a prescrição (pode ser pronunciada de ofício pelo juiz, conforme dispõe ao art. 219, § 5º, do CPC, com a redação dada pela Lei n 11.280/2006, que ainda revogou o art. 194 do CC. Além disso, a parte a que ela favorecer pode alegá-la a qualquer tempo, nos termos do CC, art. 193) e o impedimento do juiz.”⁸⁷

Da mesma forma, preleciona *Humberto Theodoro Júnior*:

“Por se tratar de questões de ordem pública, sobre as quais não têm disponibilidade as partes e que funcionam como pressupostos de legitimidade da própria função jurisdicional do Estado, não há preclusão nem lógica, nem temporal, nem consumativa, sobre a matéria pertinente às condições da ação e aos pressupostos processuais. Tanto o próprio juiz de primeiro grau como o Tribunal Superior (em grau de recurso) podem voltar a examinar essas questões em qualquer fase do processo, enquanto não julgado o mérito da causa [...].”⁸⁸

⁸⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 253.

⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 478.

Esse também é o posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça.⁸⁹

Assim também entendem *Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery*, insistindo que, não obstante a regra da preclusividade dos atos processuais não arguidos *oportune tempore*, tal cominação não pode ser imposta aos que consubstanciem matérias de ordem pública:

“Há, entretanto, limitação para a eficácia preclusiva da decisão de saneamento: as questões de ordem pública. Como estas não são atingidas pela preclusão (v.g. CPC 267 § 3º e 301 § 4º), o juiz poderá, depois de transitada em julgado a decisão e saneamento, decidí-las novamente. Por exemplo: se o juiz entendeu que réu era parte legítima, pode analisar novamente esta questão por ocasião da sentença e extinguir o processo sem o julgamento do mérito (CPC 267 VI), caso verifique ser o réu efetivamente parte ilegítima.”⁹⁰

Assim, é importante observar que, no que pertine às instâncias ordinárias, mesmo que as matérias de ordem pública não tenham sido ventiladas na contestação ou objeto de averiguação explícita na decisão saneadora, poderão ser apreciadas pelo tribunal *ad quem*, por força do efeito translativo do recurso de apelação.

Moacyr Amaral dos Santos coloca que:

“Verdade é dispor o artigo 516 do mencionado Código, disciplinando o recurso de apelação: ‘Ficam, também, submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda que não decididas’. Sendo a decisão sobre as matérias aludidas no artigo 267, parágrafo 3º, impugnável por agravo, ela não seria apreciável em grau de apelação, a não ser quando esse agravo tivesse processamento na forma do artigo 522, parágrafo 1º, do mesmo Código, ‘a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação’. Outro fosse o processamento do agravo, nos atos, deste e não nos da apelação, teria

⁸⁹ “Processual civil. Ação anulatória de débito fiscal. Condições da ação. Matéria de ordem pública. Despacho saneador. Preclusão. Inocorrência. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que ‘nas instâncias ordinárias, não há preclusão em matéria de condições da ação e pressupostos processuais enquanto a causa estiver em curso, ainda que haja expressa decisão a respeito, podendo o Judiciário apreciá-la mesmo de ofício (arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC)’ (REsp n. 285.402/RS, 4ª Turma, rel. ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU, de 07.05.2001). 2. Recurso especial provido.” (STJ – REsp n. 847.390/SP, rel. ministro Teori Albino Zavaski, j. 06.03.2007, DJU, de 22.03.2007, p. 302).

⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*, p. 526.

sido reexaminada e decidida qualquer daquelas questões.”⁹¹

Marcus Vinicius Rios Gonçalves também perfilha o mesmo entendimento.⁹²

Entretanto, a Súmula n. 424 do STF dispõe a respeito da preclusividade das questões decididas no interior da relação processual: “Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas explícita ou implicitamente, para a sentença.”

Para *Arruda Alvim*, não obstante o teor da Súmula n. 424 do STF, é necessária uma interpretação sistematizada com os demais dispositivos normativo-processuais. Ou seja, a preclusão atinge tão somente as matérias não caracterizadas como de ordem pública. No último caso, pouco importa se houve decisão explícita ou implícita a respeito.

“Diz a Súmula n. 424 do STF que ‘transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas explícita ou implicitamente, para a sentença’. Evidentemente, não se pode falar de trânsito em julgado de decisões interlocutórias, em relação às quais o que pode ocorrer é a preclusão. No nosso sistema, só transitam em julgado sentenças de mérito. Ademais, esta súmula, elaborada na vigência do Código de Processo Civil de 1939, não mais subsiste, tendo em vista que no caso das condições da ação não ocorre preclusão, mesmo existindo decisão explícita a respeito.”⁹³

O autor segue reafirmando que o magistrado pode examinar e reexaminar de ofício tais questões, cabendo à parte que não a alegar na primeira oportunidade, tão somente responder pelas custas do dito retardamento.

Dessa forma, poderíamos dizer que, para a corrente majoritária, as matérias ensejadoras de nulidade absoluta, consideradas de ordem pública, não estão acobertadas pela preclusão quando objeto da decisão saneadora, explícita ou implícita, o mesmo não se dizendo quanto às questões atreladas à disponibilidade das partes, que caracterizam as nulidades relativas.

⁹¹ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 267.

⁹² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 106.

⁹³ ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, p. 354.

6.2 Demais questões abordadas pela decisão saneadora. Análise da preclusividade

De acordo com a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, poderíamos dizer que a decisão saneadora careceria de dimensão preclusiva quanto às matérias de ordem pública, ou seja, os pressupostos processuais e condições da ação.

Entretanto, existem quesitos que refletem sobremaneira o interesse das partes, constituindo, assim, objeto de eventual preclusão que ocasionalmente vier a se consumar.

É o que podemos dizer das questões atinentes à admissibilidade e especificação de provas, a prescrição e a decadência.

6.2.1 Admissibilidade e especificação dos meios de prova

Quanto à admissibilidade das provas, salientamos a posição de *Humberto Theodoro Júnior*, para quem o poder de reexaminar as questões de prova por parte do magistrado estaria insuscetível de preclusão, já que, com base no artigo 130, “em qualquer estágio do procedimento cabe-lhe, mesmo de ofício, ordenar a realização das provas que entender necessárias”.⁹⁴

Marcus Vinicius Rios Gonçalves também perfilha o mesmo entendimento sobre a mencionada decisão, colocando que:

“A que indefere provas pode ser reexaminada, diante do que dispor o Código de Processo Civil, artigo 130. Pode o juiz determinar, de ofício, as provas que lhe pareçam indispensáveis para a formação de sua convicção. Assim, se ele as indeferiu e não houve recurso contra a sua decisão, mas antes de proferir sentença acha que elas eram importantes para o julgamento do processo, pode ele determiná-las de ofício.”⁹⁵

Assim, já decidiu o Supremo Tribunal Federal.⁹⁶

⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, p. 478.

⁹⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 254.

⁹⁶ “Despacho saneador. Realização de provas por iniciativa do juiz. Artigo 130 do Código de Processo Civil. Preclusão. Inexistência. 1. A preclusão é instituto processual que importa em sanção à parte, não alcançando o magistrado que, em qualquer estágio do procedimento, de ofício, pode ordenar a realização das provas que entender

Contudo, a parte deve, no momento processual determinado pelo magistrado, especificar as provas que pretende produzir. Quedando inerte, há a preclusão para requerer a produção das provas que achar pertinentes⁹⁷, ficando sujeita ao arbítrio do juiz quanto aos meios de prova que o magistrado entender serem necessários para a elucidação da questão proposta.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, esposou do entendimento de que, antes do despacho saneador, quando o magistrado determina que as partes “especifiquem as provas que pretendem produzir”, a inércia caracteriza a desistência quanto ao pedido de prova formulado de maneira genérica ou específica por ocasião da petição inicial ou contestação.⁹⁸

Em que pede a tese da posterior perda do interesse à produção de prova, uma vez requerida e justificada na petição inicial ou contestação, não cabe a penalidade ora imposta, vez que não existente norma no Código de Processo Civil a respeito. A preclusão existiria no caso de protesto genérico de provas.

imprescindíveis à formação de sua convicção. 2. Código de Processo Civil, artigo 130. Aplicação do princípio do livre convencimento do juiz, a quem cabe a direção do processo, determinando, inclusive, as diligências necessárias à solução da lide. Instrução probatória. Preclusão *pro judicato*. Inexistência. Agravo regimental não provido.” (STF – AgR n. 1.538-1/MG, Tribunal Pleno, rel. ministro Maurício Corrêa, j. 04.10.2001, DJU, de 08.02.2002, p. 261).

⁹⁷ Assim já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Acidente de trabalho. Direito comum. Protesto genérico por provas na inicial. Prazo para especificação e justificação da necessidade da prova pretendida decorrido *in albis*. Preclusão. Reconhecimento. Agravo retido e apelo não providos. Apelação n. 875990009. Não tendo a autora atendido o r. despacho que instava à especificação e justificação das provas que pretendia produzir, não pode a mesma, para repelir a preclusão, valer-se do mero protesto genérico contido na inicial.” (TJSP – 31ª Câmara de Direito Privado, rel. Paulo Ayrosa, j. 27.02.2008, v.u.).

⁹⁸ “Processual civil. Prova. Momento de produção. Autor. Petição inicial e especificação de provas. Preclusão. O requerimento de provas divide-se em duas fases: na primeira, vale o protesto genérico para futura especificação probatória (CPC, art. 282, VI); na segunda, após a eventual contestação, o juiz chama à especificação das provas, que será guiada pelos pontos controvertidos na defesa (CPC, art. 324). O silêncio da parte, em responder ao despacho de especificação de provas faz precluir do direito à produção probatória, implicando desistência do pedido genérico formulado na inicial.” (STJ – REsp n. 329.034/MG, 3ª Turma, rel. ministro Humberto Gomes de Barros, j. 14.02.2006, DJ, de 20.3.2006, p. 263).

Nesse sentido, é interessante observar que já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.⁹⁹

Por outro lado, a decisão que defere a produção de determinada prova está sim sujeita a preclusão *pro judicato*. Nesse sentido, *Marcus Vinicius Rios Gonçalves*:

“Parece-nos que as decisões que deferem a produção de provas, as que apreciam tutelas de urgência e as que repelem ou decretam nulidades relativas geram preclusão *pro judicato* e não podem ser reexaminadas pelo juiz, salvo se forem trazidos elementos novos aos autos que alterem as circunstâncias que justificaram a decisão originária.”¹⁰⁰

6.2.2 Da fixação do ônus da prova

A doutrina majoritária concebe que o ônus da prova é regra de julgamento e, como tal, não haveria interesse recursal para a modificação da decisão que o fixou entre as partes.¹⁰¹

Dessa forma, concluímos que a fixação do ônus da prova eventualmente consignada na decisão saneadora não é objeto de preclusão, vez que se trata efetivamente de regra de julgamento, a ser apreciada pelo magistrado quando da resolução da lide.¹⁰²

⁹⁹ “Indenização por danos morais. Preclusão declarada que merece ser afastada. Momento do requerimento das provas para a autora, a petição inicial. Desnecessidade de reiteração. Desatendimento do despacho de especificação que não gera a preclusão. Decisão reformada. Recurso provido.” (TJSP – AI n. 365.114.4/8-00, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Salles Rossi, j. 27.10.2004, v.u., DJe, de 23.11.2004).

¹⁰⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil...*, 2008, v. 1, p. 254.

¹⁰¹ “Medida cautelar com o objetivo de destrancar recurso especial. Inversão do ônus da prova. Dano de difícil reparação. Inexistência. Artigo 543, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil. O entendimento da Terceira e da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o recurso especial interposto contra acórdão em agravo de instrumento versando sobre a inversão do ônus da prova deve permanecer retido na origem, nos termos do parágrafo 3º do artigo 542 do Código de Processo Civil. Como a inversão do ônus da prova é regra de julgamento e não de procedimento, é de todo irrelevante a decisão em agravo de instrumento afastando a inversão do ônus probatório no curso do processo, porquanto é na sentença o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova, não antes; o que demonstra a ausência de urgência da prestação jurisdicional, apta a ensejar o destrancamento do recurso especial que versa sobre essa questão. Processo extinto sem julgamento do mérito.” (STF – AgR MC n. 11.970/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.12.2006, DJ, de 18.12.2006).

¹⁰² Também esposando o mesmo posicionamento: “Processual civil. Recurso especial.

6.2.3. Aplicabilidade de normas jurídicas

Não são suscetíveis de preclusão, a princípio, as questões atinentes à aplicação do direito, chamadas de *quaestio iuris*, porque se atrelam ao mérito da ação.¹⁰³⁻¹⁰⁴

6.2.4 Arguição de prescrição e decadência repelidas pela decisão saneadora

A decisão saneadora pode afastar a existência da prescrição e da decadência.¹⁰⁵

A prescrição constitui a perda da exigibilidade do direito em virtude do não exercício dentro de determinado lapso temporal. Nesse sentido, “deve ser conceituada como a perda da exigibilidade do direito pelo decurso do tempo. Não é o direito que se extingue, apenas a sua exigibilidade”.¹⁰⁶

Com o advento da Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que modificou o artigo 219 do Código de Processo Civil¹⁰⁷, a prescrição passou a ser decretável de ofício pelo julgador, diversamente do dispositivo até

Retenção. Origem. Artigo 542, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil. Destrancamento. Inexistência. Dano de difícil reparação. Inversão. Ônus. Prova. 1. Esta Corte tem admitido o manejo de agravo, com vistas ao destrancamento de recurso especial, desde que presentes os requisitos essenciais à concessão da medida excepcional, hipótese não caracterizada na espécie, porquanto não se vislumbra a possibilidade de que da retenção resulte dano de difícil reparação, a par da inexistência de inviabilização do processo principal, máxime em virtude de a inversão do ônus da prova admitir correção, se for o caso, mesmo após o julgamento do mérito. 2. Agravo regimental não provido.” (STF – AgR AI n. 548.349/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ*, de 13.12.2004).

¹⁰³ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, p. 253.

¹⁰⁴ “O despacho saneador não pode exprimir preclusão em relação as questões de mérito. Referia-se à aplicabilidade da Lei do Inquilinato nas casas de diversos cômodos. A decisão saneadora atestou a legitimidade *ad causam*. O recurso foi provido para que se adentrasse ao mérito da questão.” (STF – RE n. 52.025/GB, rel. Min. Hermes Lima. 20.09. 1963, *DJU*, de 07.11.1963, p. 3.851).

¹⁰⁵ Não faz parte do objetivo do presente trabalho a análise da diferença entre os mencionados institutos.

¹⁰⁶ DUARTE, Nestor et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 125.

¹⁰⁷ “Artigo 219 - O juiz pronunciará, de ofício a prescrição.”

então em vigor, o artigo 194 do Código Civil, que estabelecia que “o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”.

Por sua vez, a decadência é “a perda do direito pelo decurso do prazo estabelecido para o seu exercício”¹⁰⁸. A decadência legal é a fixada por lei. A convencional é pactuada pelas partes.

É importante observar que o artigo 210 do Código de Processo Civil dispõe que “deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei”.

Dessa forma, atualmente, tanto a prescrição como a decadência são matérias cognoscíveis de ofício pelo magistrado oficiante.

6.2.4.1 Da prescrição

A jurisprudência anterior à vigência da Lei n. 11.280, pugnava pela preclusividade da decisão saneadora, na medida que rejeitava o argumento da caracterização da prescrição.¹⁰⁹

Mesmo com a atual possibilidade de conhecimento de ofício da prescrição, tudo indica que o Superior Tribunal de Justiça não mudará a concepção adotada.¹¹⁰

¹⁰⁸ DUARTE, Nestor et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 125.

¹⁰⁹ “Direitos civil e processual civil. Preclusão. Coisa julgada formal. Seguro. Prescrição patrimonial. Decisão anterior irrecorrida. Impossibilidade de reexaminar-se a espécie. Precedentes. Súmula n. 424/STF. Interpretação *modus in rebus*. Microtraumas. Acidente no trabalho. Cobertura securitária. Orientação da turma. Recurso provido. I - Existindo decisão anterior irrecorrida, não se cuidando dos requisitos de admissibilidade de tutela jurisdicional (condições da ação e pressupostos processuais), nem de instrução probatória, não é dado ao Judiciário, sob pena de vulneração do instituto da preclusão, proferir nova decisão sobre a mesma matéria. II - Na espécie dos autos, não se trata de qualquer daquelas hipóteses, mas de prescrição patrimonial, que, como se sabe, depende de provocação da parte interessada, sendo vedado ao julgador conhecê-la de ofício, nos termos dos artigos 166 do Código Civil e 219, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil. III - Nos termos da orientação desta Turma, ‘inclui-se no conceito de acidente de trabalho o micro trauma repetitivo que ocorre no exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão que causa incapacidade laborativa’.” (STJ – REsp n. 174.356/SP, rel. ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23.05.2000, *DJU*, de 07.08.2000, p. 109).

¹¹⁰ “Processual civil. Ação de indenização. Acidente ferroviário. Violação dos artigos 165, 458, II e 535, II, do Código de Processo Civil. Não ocorrência. Prescrição rejeitada no despacho saneador. Questão renovada na apelação. Ocorrência de preclusão. 1. Não

6.2.4.2 Da decadência

Já com relação à decadência, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é pela não preclusividade da decisão saneadora que afasta a sua incidência, com a ressalva feita de que a alegação seja realizada somente nas instâncias extraordinárias.¹¹¹

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão saneadora, terminologia mais adequada por não se tratar de mero despacho, mas sim de efetiva decisão interlocutória, é de grande valia para as partes, dentro da relação processual instaurada.

Parte da doutrina e jurisprudência minoritária pugnam pela preclusividade das questões abordadas, com a devida razoabilidade, na medida que o ordenamento jurídico veda também o reexame das matérias de ordem pública, em nome da estabilidade da relação processual.

Por outro lado, diverso posicionamento entende que tais pontos não podem ser objeto do fenômeno da preclusão, vez que não atenderiam a interesse das partes, mas sim, normas cogentes. A preclusividade estaria adstrita a apenas parte das matérias abordadas na decisão prolatada.

Recomenda-se, portanto, o exame cauteloso do provimento judicial ora tratado, com o fito de melhor resguardar os interesses das

há por que falar em violação dos artigos 165, 458, II, e 535 do Código de Processo Civil quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. Em se tratando de pretensão de natureza patrimonial, afastada a prescrição no despacho saneador e não havendo a interposição do recurso de agravo de instrumento, não pode o Tribunal, em sede de apelação, sob pena de vulneração do instituto da preclusão, proferir nova decisão sobre a matéria. 3. Recurso especial conhecido parcialmente e provido.” (STJ – REsp n. 706.754/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15.04.2008, *DJU*, de 05.05.2008, p. 1).

¹¹¹ “Renovatória. Decadência. Reconhecimentos pelo juiz após o saneamento que o afastou e em sede de pedido de reconsideração. Questão de ordem pública. Não ocorrência de decadência. Não indicação de dispositivo de lei federal malferido ou de julgado divergente. Não conhecimento. Honorários. Violão ao Código de Processo Civil, artigo 20, § 3º, Súmula n. 7/STJ. Divergência jurisprudencial. Cotejo analítico não realizado. 1. Constituindo matéria de ordem pública, a decadência pode ser decretada de ofício e a qualquer tempo, inclusive em pedido de reconsideração manejado após o despacho saneador que a afastou; [...] 5. Especial não provido.” (STJ – REsp n. 326.292/SP, rel. ministro Edson Vidigal, j. 02.08.2000, *DJU*, de 03.09.2001, p. 255).

partes, bem como a análise meticulosa dos efeitos que dele podem surgir, visando à interpretação que, no caso concreto, melhor possa atender ao escopo da relação processual, ou seja, a decisão justa da demanda.

8 REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, André Antonio da Silveira. *Saneamento do processo: saneamento e efetividade na audiência preliminar em face da nova tendência processual civil*. São Paulo: LEUD, 2004.
- ALVAREZ, Anselmo Pietro; SILVA, Nelson Finotti. *Manual de processo civil e prática forense: teoria geral, processo de conhecimento e recursos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. v. 1.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador, BA: JusPödium, 2006. v. 1.
- DUARTE, Nestor et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- _____. *Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.
- GREGO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.
- LACERDA, Galeano. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhat. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- OLIVEIRA, Silvio Luiz de. *Metodologia científica aplicada ao direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

- SANTOS, Ernani Fidélis. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.
- SEVERINO, António Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. atual. até a Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Lei 11.187/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Reforma Processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REPERCUSSÃO GERAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

General repercussion in the Civil Procedural Law

Marco Aurélio Vieira de Faria¹

RESUMO

Este trabalho inicia sua análise no Brasil Império, quando surge o primeiro recurso destinado a discutir questões constitucionais e federais, previsto na Constituição de 1824. Em seguida, relata a evolução do recurso extraordinário, seus avanços e retrocessos, nas Constituições brasileiras posteriores, refletindo sobre a influência da Constituição dos Estados Unidos nesse processo, e, finalmente, trata do momento inicial em que a repercussão geral passou a ser exigida. O artigo analisa a quem compete o ônus da arguição e da demonstração da repercussão geral presente no recurso e sua discricionariedade, a competência para decidir, o *quorum* para apreciação e, por fim, a posição atual do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Arguição de Relevância; Constituição; Discricionariedade; Recurso Extraordinário; Repercussão Geral.

ABSTRACT

This work initiates its analysis in Brazil Empire, when the first appeal destined to discuss constitutional questions has arised, in the Brazilian Federal Constitution of 1824. Then, it describes the evolution of the extraordinary remedy, its progress and retreats, in the following Brazilian constitutions. It also reflects about the influence of the Constitution of the United States in this trial. Finally, it approaches the initial moment when the general repercussion has started to be required. This article analyzes who is responsible for arguing and presenting the general repercussion and, at the end, it discuss the position of the Brazilian Federal Supreme Court regard this subject.

Keywords: Constitution; Discretionary; Extraordinary Remedy; General Repercussion; Relevance Arguing.

¹ Procurador do Estado. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional e especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo - SP – Brasil. E-mail: marcowoody@terra.com.br. Texto recebido em 23.08.2010, revisado em 18.10.2010 e aprovado em 20.10.2010.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O que é mais importante numa Constituição? A sua eficácia ou sua durabilidade?

“Colocada em termos de confronto, a comparação perde o sentido, pois o que deve medir a eficácia de qualquer documento constitucional é exatamente a sua longevidade. Uma Constituição é tão mais eficiente quanto maior for a sua duração. Afinal, o que se espera de qualquer documento constitucional é que ele possa regular de maneira estável, e sem necessidade de frequentes mudanças, a vida institucional do país, inclusive nos momentos de crise. Ao ser revogada no ano de 1889, após 65 anos, a Constituição de 1824 era a segunda Carta mais antiga do mundo sendo superada apenas pela dos Estados Unidos.”²

A Constituição dos Estados Unidos e a opção pelo federalismo exerceram influência sobre inúmeros países, e o Brasil foi um deles.

1.1 Constituição de 1824

Em 7 de setembro de 1822, com o Grito do Ipiranga, o Brasil se tornou um Estado independente, formalizando assim sua separação de Portugal. D. Pedro foi aclamado, em 12 de outubro de 1822, Imperador do Brasil, com o nome de D. Pedro I. Podemos dividir o período do Brasil Império em três fases: Primeiro Reinado (1822-1831), Período Regencial (1831-1840) e Segundo Reinado (1840-1889).

Constata-se que um rigoroso centralismo estava presente na Carta de 1824, à medida que ao criar um Estado unitário, impediu o poder local representado pelas câmaras municipais, que eram simples órgãos administrativos. O Poder Moderador era a chave de toda a organização política, delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que velasse pela manutenção da independência, do equilíbrio e da harmonia dos demais poderes políticos.

No capítulo destinado ao Poder Moderador, previa a Constituição que a pessoa do Imperador era inviolável e sagrada, e “ele não está sujeito a responsabilidade alguma” (art. 99).

² FARIA, Marco Aurélio Vieira de. *Due process of law*. Monografia (Especialização) – Curso de Especialização em Direito Constitucional da Escola Superior de Direito Constitucional, São Paulo, 2004. p. 18.

Antes da criação do recurso extraordinário em nosso direito, existia um recurso com finalidade análoga. No Brasil Império, competia ao Supremo Tribunal de Justiça, que estava localizado na capital do Império, “conceder, ou denegar revistas nas causas, e pela maneira, que a lei determinar”. O recurso de revista se constituía no meio eficaz e legítimo para fazer prevalecer a autoridade da lei na ordem jurídica, permitindo a fiscalização da exata observância do direito, com a finalidade de conservar sua pureza e uniformidade. Da mesma forma que o recurso extraordinário, o recurso de revista não julgava fatos.

Com o nascimento da República dos Estados Unidos do Brasil, foi extinto o recurso de revista, obrigando a criação de um recurso que velasse pela uniformidade da aplicação do direito federal.

1.2 Constituição de 1891

Em 15 de novembro de 1889, foi proclamada a República e o Governo Provisório instituído pelo Decreto n. 1/1889, chefiado pelo Marechal de Campo Manoel Deodoro da Fonseca, alagoano, herói do Paraguai, e tendo como subchefe, em princípio, Rui Barbosa, baiano (1849-1923), advogado e jornalista, também ministro da Fazenda. Meses depois, a vice-chefia coube ao general Floriano Peixoto, outro alagoano e herói da Guerra do Paraguai.

O Congresso Constituinte foi instalado em 15 de fevereiro de 1890, funcionando ininterruptamente, quando foi promulgada a primeira Constituição da República, em 24 de fevereiro de 1891. Nesse curto período, todos os artigos foram discutidos, um a um, do projeto primitivo que, posteriormente, foi revisto por Rui Barbosa por determinação de Deodoro da Fonseca.

Antes da promulgação da Constituição de 1891, o Governo Provisório expediu o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal e criando o Supremo Tribunal Federal. Foi previsto no artigo 9º, parágrafo único, um recurso que possibilitasse ao Supremo Tribunal Federal declarar a constitucionalidade das leis, semelhante ao da Suprema Corte dos Estados Unidos. Na realidade, esse poder fora conquistado pela corte desde o caso *Marbury v. Madison* (1803), com a famosa decisão do *Chief Justice* John Marshal.

O recurso previsto no artigo 9º do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, somente veio a receber a denominação de “recurso extraordinário” no primeiro Regimento do Supremo Tribunal Federal,

de 08 de fevereiro de 1981. A Constituição de 1891, em seu artigo 59, parágrafo 1º, recepcionou o Decreto n. 848, porém, modificando-lhe a redação:

“Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

Durante o seu período de vigência, a Constituição de 1891 foi modificada somente uma vez, fato que ocorreu com a promulgação de emenda constitucional em 3 de setembro de 1926, que alterou vários dispositivos ao mesmo tempo, entre os quais o artigo 59, parágrafo 1º, que passou a ter a seguinte redação:

“Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis em face da constituição e a decisão do tribunal do Estado lhes negar aplicação; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas; c) quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo procurador-geral da República; d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.”

O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, foi revogado pelo Decreto n. 11, de 1991, no governo do presidente Fernando Collor.

1.3 Constituição de 1934

A crise de 1929 e seus desdobramentos agravaram a situação econômica e política nacional. Em razão disso, com início no Rio Grande do Sul e no Nordeste, irrompeu a Revolução de 1930, na qual se uniram a classe média, o exército, principalmente os tenentes, e parcela da oligarquia dissidente da política econômica. O presidente Washington Luís foi deposto e o governo entregue a Getúlio Vargas. A Era Vargas iniciou-se com o populismo e com as primeiras medidas trabalhistas: jornada de oito horas, férias anuais e descanso semanal remunerado; além disso, foram criados os Ministérios do Trabalho, Indústria e Comércio e da Educação e Saúde.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, modificou a denominação Supremo Tribunal Federal para Corte Suprema e a competência do Senado Federal para suspender a execução total ou parcial da lei declarada inconstitucional. Surgiu a expressão “contrariar ou negar vigência a tratado federal”, como se verifica do artigo 76, 2, III, “a”, da Constituição. As demais hipóteses que foram previstas pela Emenda Constitucional de 1926, que alterou a Constituição de 1891, foram aperfeiçoadas e se tornaram alíneas na de 1934.³

“A Constituição de 1934, qualificada por Pontes Miranda, como “a mais completa, no momento, das Constituições americanas”, não foi revista, nem emendada, mas rasgada pelo golpe de 1937. Seu pequeno tempo de vigência não afasta, ou elimina, a sua importância histórica. Ela, embora durasse pouco, projetou, e ainda o faz, sua influência sobre o tempo futuro, ressurgindo algumas de suas ideias em 1946. Assim sendo, a Constituição de 1934 vale pelas ideias revolucionárias que absorveu e até pelas que rejeitou. Sua experiência não foi a de um triênio, mas justamente a de, apesar de seus engenhosos dispositivos, não ter impedido a derrocada de 1937. Ficará ela, todavia, para sempre como um repositório valioso de temas constitucionais e como um marco relevante de nosso constitucionalismo republicano.”⁴

A Constituição de 1934 introduziu o instituto do mandado de segurança, que se destinava à defesa de direito certo e incontestável, que viesse a ser ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

³ Constituição de 1934: “Artigo 76 - À Corte Suprema compete: [...] 2) julgar: [...] III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre cortes de apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste tribunais e a Corte Suprema, ou outro tribunal federal.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 18.10.2010).

⁴ POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. Brasília, Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos (CEE/MCT), 1999. p. 54-55. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 3).

As circunstâncias sociais e políticas possibilitaram que, em 1937, Getúlio Vargas, com o apoio das Forças Armadas e da maior parte dos setores conservadores da sociedade, desse um golpe de estado. Os partidos políticos foram extintos e não mais se realizaram eleições, os Estados passaram a ser governados por interventores, surgindo assim um período histórico que mergulhou o país na ditadura.

1.4 Constituição de 1937

Em face da situação política vigente, foi outorgada nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil em 10 de novembro de 1937, que declarava que o país encontrava-se em *estado de emergência* desde aquela data, como se constata da simples leitura do disposto em seu artigo 186: “É declarado em todo o país o estado de emergência.”⁵

Apesar dessa situação institucional, o período compreendido entre 1937 e 1945, no chamado, pelos historiadores, de estado novo, a Era Vargas alcançou seu apogeu e declínio. Houve a criação de um plano quinquenal que enfatizava a necessidade do estímulo à atividade industrial, visto que Getúlio Vargas tinha uma política de substituição das importações. Foi instituído o salário mínimo, já previsto na Constituição de 1934, e criada a Companhia Siderúrgica Nacional, com investimento e tecnologia americanos. Em 1942, o Brasil declarou guerra à Alemanha e à Itália, e ao Japão em 1944, completando assim todo o Eixo. Em 1943, passou a viger a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com forte inspiração na *Carta del Lavoro* da Itália de Benito Mussolini. Na Itália, a Força Expedicionária Brasileira participou da luta contra os alemães.

⁵ Constituição de 1937: “Artigo 169 - O presidente da República, durante o estado de emergência, e se o exigirem as circunstâncias, pedirá à Câmara ou ao Conselho Federal a suspensão das imunidades de qualquer dos seus membros que se haja envolvido no concerto, plano ou conspiração contra a estrutura das instituições, e segurança do Estado ou dos cidadãos. § 1º - Caso a Câmara ou o Conselho Federal não resolva em doze horas ou recuse a licença, o presidente, se, a seu juízo, se tornar indispensável a medida, poderá deter os membros de uma ou de outro, implicados no concerto, plano ou conspiração, e poderá igualmente fazê-lo, sob a sua responsabilidade, e independentemente de comunicação a qualquer das Câmaras, se a detenção for de manifesta urgência. § 2º - Em todos esses casos o pronunciamento da Câmara dos Deputados só se fará após a terminação do estado de emergência. Artigo 170 - Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes e Tribunais.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 18 nov. 2010).

Com o enfraquecimento das ideologias da extrema direita e das pressões internas, Getúlio Vargas começou a adotar medidas liberalizantes, tais como a redução da censura aos meios de comunicação, a liberação de presos políticos, a volta dos partidos políticos e a fixação das eleições presidenciais para o dia 2 de dezembro de 1945.

Em sua essência, o recurso extraordinário não sofreu alteração com a Constituição de 1937, apenas ocorreu a substituição de expressões na alínea “a”, do artigo 101, fato que em nada modificou o seu fundamento.

“Artigo 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos tribunais de apelação de estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.”⁶

O estado de emergência perdurou até o momento em que foi assinada pelo Presidente da República a Lei Constitucional n. 16, de 30 de novembro de 1945, que o revogou.

1.5 Constituição de 1946

Mesmo após a sua renúncia, em outubro de 1945, Getúlio Vargas continuou a ter papel decisivo na história política brasileira, à medida que um dos principais partidos políticos, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), criado por ele, continuou a exercer influência na vida política, até 1964.

Ademais, ocorreu a redemocratização do país com a posse do general Eurico Gaspar Dutra, em 1946. A Constituição de 1946, em sua essência, manteve a estrutura do poder estatal e centralizado do Estado Novo, visto estar previsto o controle do câmbio, das importações e do financiamento dos produtos agrícolas, portanto, de todas as atividades econômicas.

⁶ Constituição de 1937 (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 18 nov. 2010).

“O que mais contribuiu para a aproximação dos textos das Constituições de 1934 e 1946 foi a coincidência dos fatores políticos que se inspiraram a elaboração das Cartas, orientadas, nos dois momentos, por uma reação contra os exageros do presidencialismo da República Velha ou contra as tendências ditatoriais que modelaram a Constituição de 1937.”⁷

A Constituição de 1946 alterou o recurso extraordinário, possibilitando que viesse a ser interposto recurso na hipótese da decisão recorrida ser “contrária a dispositivo desta Constituição”. Apesar de não explícita nas Constituições anteriores, a doutrina entendia estar implícita a hipótese de cabimento.

“Artigo 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.”⁸

O prequestionamento, apesar de explícito nos dispositivos constitucionais referentes ao recurso extraordinário nas Constituições de 1934 (art. 76, 2, III, alínea “a”) e 1937 (art. 101, III, alínea “a”), não foi reproduzido na Constituição de 1946 (art. 101, III, alínea “a”), fato que fez com que no primeiro momento se pensasse que teria sido dispensado o requisito; entretanto a jurisprudência dominante foi no sentido de que estaria implícito.

1.6 Constituição de 1967

Em 24 de janeiro de 1967, foi promulgada a Constituição do Brasil. A Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, deu nova redação ao texto de 1967 e ficou conhecida como a Constituição de 1969.

⁷ BALEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições Brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos (CEE/MCT), 1999. p. 57. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 5).

⁸ Constituição de 1946 (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 18 nov. 2010).

O prequestionamento que houvera sido suprimido pela Constituição de 1946, somente no artigo 101, III, alínea “a”, a Constituição de 1967 o supriu também na hipótese prevista na alínea “b”. Assim sendo, houve restrição à interposição do recurso extraordinário para lei federal, a decisão recorrida devendo negar-lhe vigência, e não quando houvesse contrariedade a lei federal. Além disso, surgiu a arguição de relevância, instituto destinado a filtrar os processos, prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.⁹

“Na redução das prerrogativas dos Estados, na limitação dos seus poderes de organização, na sua maior submissão a um planejamento global, regional e setorial da União, iniciou-se uma involução do processo histórico de nosso federalismo. O fortalecimento do Executivo na Constituição de 1967 proveio da ampliação do seu poder de iniciativa das leis, da limitação de tempo para aprovação, pelo Congresso, dos projetos do Governo, na delegação legislativa, na restrição a emendas aos projetos governamentais, e na faculdade, dada ao presidente, de expedir decretos-leis.”¹⁰

Constata-se que da Constituição de 1891 até a de 1967, não houve modificações significantes nas hipóteses de cabimento de recurso extraordinário, mas sim o seu aperfeiçoamento, com a influência da doutrina e jurisprudência. O que ficou demonstrado é que em todas elas o prequestionamento era uma exigência a ser cumprida pelas partes para o cabimento do recurso.

1.7 Constituição de 1988

Após um longo processo político, foi promulgada em 5 de outubro de 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil, na qual os

⁹ Regimento Interno de 1970: “Artigo 119 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/RegimentoInternode1970ConsolidadoAtualizado.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2010).

¹⁰ CAVALCANTI, Themístocles; BRITO, Luiz Navarro de; BALEIRO, Aliomar. Constituições Brasileiras: 1967. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos (CEE/MCT), 1999. p. 87. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 6).

direitos e garantias fundamentais se sobressaíram. O Estado de Direito foi consolidado, com o princípio da supremacia da lei.

A Constituição de 1988 trouxe significativas alterações ao Poder Judiciário. Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, parte da competência do Supremo Tribunal Federal foi redistribuída, numa tentativa de que houvesse uma corte estritamente constitucional, que tratasse de questões exclusivas, como a interpretação e aplicação da Constituição. Porém, na prática isso não aconteceu, já que houve a necessidade de ser criado um mecanismo que filtrasse o excesso de recursos, que é a intenção da repercussão geral, como foi a arguição de relevância.

Com o advento do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial, foi distribuído a ele parcela do conteúdo do recurso extraordinário. Atualmente, é cabível o recurso extraordinário em quatro hipóteses: quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

“Até 2007, o Supremo Tribunal Federal (STF) era um desaguadouro desprovido de filtro. O mais alto tribunal do país julgava até briga de vizinhos. A situação produzia, além do desvirtuamento de suas funções, uma catástrofe operacional – cada um dos onze ministros recebia mais de 800 novos processos por mês, e o número de ações acumuladas à espera de julgamento. O mecanismo da repercussão geral, introduzido pela Reforma do Judiciário, melhorou muito a situação. [...] Assim, o número de processos recebidos mensalmente por ministro caiu para menos de 400 e o de ações à espera de julgamento teve uma redução de 29%. [...] Em 2008, o STF apreciou 130000 ações – mais de 1.000 vezes o que é analisado pela Suprema Corte americana anualmente (uma centena de casos) e o dobro do que julgou a Suprema Corte argentina em 2007. [...] Gilmar Mendes, presidente do tribunal, está otimista em relação aos efeitos que os mecanismos de filtro implantados em 2007 estão tendo. Ele estima que, a partir de 2016, o tempo para um processo terminar em definitivo deve cair dos atuais quatorze anos para quatro.”¹¹

¹¹ DINIZ, Laura. Mais seletivo mais eficiente. *Veja*, São Paulo, Abril, edição 2.122, ano 42, n. 29, 22 jul. 2009.

2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

2.1 A Suprema Corte Americana (*Supreme Court*)

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América foi e continua sendo um dos mais importantes tribunais constitucionais do mundo, apesar de que, nas duas últimas décadas, seu brilho foi reduzido não só pela postura conservadora, mas também pela crescente influência das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG), no qual há um rígido controle da constitucionalidade de todo o ato normativo, tendo as suas decisões força de lei.¹²

Existe uma previsão constitucional, (art. III, Seção 2, da Constituição dos Estados Unidos) estabelecendo quais casos são de competência originária e quais são de competência facultativa. Os *facultativos* podem chegar à *Supreme Court* como simples petições, contendo as razões de seu inconformismo, requerendo que a decisão proferida por um tribunal inferior seja revista. Caso a petição seja deferida, a corte solicita os autos autenticados. Os de *competência originária* chegam como apelações. Nos Estados Unidos, utiliza-se basicamente a expressão *appeal* para os recursos¹³. A *Supreme Court* impõe um limite para suas decisões: elas não devem interferir em questões essencialmente políticas e a declaração de inconstitucionalidade deve se ater às questões que sejam conflitantes com a Constituição.

¹² A Inglaterra foi o berço do *common law*, que se estendeu aos demais povos de origem anglo-saxã, e cuja eficácia deriva dos usos e costumes, e não dos atos legislativos ou da lei. “O *common law* é o corpo de leis derivadas das decisões judiciais e pareceres, não emanados de leis ou constituições, sendo que nos Estados Unidos somente o Estado de Louisiana conservou-o em seu sistema legal.”(No original: “The body of law derived from judicial decisions and opinions, rather than from statutes or constitutions; CASELAW (federal common law). The body of law based on the English legal system, as distinct from a civil-law system (all states except Louisiana have the common law as their legal system).” (GARNER, Bryan A. (Ed.) *Black's law dictionary*. Pocket edition. St. Paul, Minn.: West Group, 1996. p. 113, nossa tradução).

¹³ “n. 1. A proceeding undertaken to have a decision reconsidered by a higher authority; the submission of a lower court's or agency's decision to a higher court for review and possible reversal (the case is on appeal). Also termed *petition in error*; (in Scots law) *falsing of dooms*.” (GARNER, Bryan A. (Ed.), *Black's law dictionary*, Pocket edition, 1996, p. 590).

2.2 O *Chief Justice John Marshal e a judicial review*

A influência da *Supreme Court* na história americana, e posteriormente nos demais países, teve início com o caso *Marbury v. Madison*, (1803), no qual foi aplicada pela primeira vez a *judicial review*. Constatando-se que há um confronto entre lei e Constituição, anula-se a lei, se estiver em desconformidade com a Constituição.

Na época, John Marshall era *Chief Justice* da *Supreme Court* e fundamentou sua decisão no disposto no artigo III, seção 2, da Constituição, concluindo que Marbury estava habilitado para o cargo e que existia um remédio legal para forçar o governo a lhe liberar a comissão. Ele também declinou a competência para a Justiça Federal, que seria a corte original, e não a de apelação.

“Assim, se a lei estiver em oposição com a Constituição; se ambas, a lei e a Constituição se aplicarem a um caso particular, assim de um modo deve a corte decidir, que o caso está conforme a lei desconsiderando a Constituição, ou conforme a Constituição, desprezando a lei; a corte deve determinar qual dessas normas conflitantes governa o caso. Isso é da própria essência do dever judicial. Se as cortes devem respeitar a Constituição; e a Constituição é superior a qualquer ato legislativo ordinário; a Constituição, e não essa lei ordinária deve governar o caso ao qual ambas se aplicam.”¹⁴

Com a decisão, o Judiciário ganhou *status* de poder político, estabelecendo de forma definitiva que a *Supreme Court* poderia anular leis, atos administrativos do Congresso e da União, se estivessem em oposição à Constituição. Surgiu o *precedente judiciário*, a prevalência da Constituição sobre a legislação comum, ideia que foi exposta por Hamilton em “Os artigos federalistas”.

Ao contrário do Brasil, nos Estados Unidos não há nenhum controle abstrato da legislação ao acesso à jurisdição da Suprema Corte. A legitimidade ativa para o controle de constitucionalidade de uma lei pode ser exercida por qualquer litigante, seja pessoa física, jurídica ou

¹⁴ No original: “So If a law be in opposition to the Constitution; if both the Law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the Constitution, disregarding the law; the Court must determine which these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the Constitution; and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.” (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 112-113).

ente governamental, quando ela estiver violando um direito garantido constitucionalmente. Há nos Estados Unidos a proibição ao exercício da função consultiva pela *Supreme Court*, é a *advisory opinions*.

O controle da constitucionalidade é *difuso* porque pode ser exercido por todos os tribunais que devem e podem aplicar a Constituição a todas as lides que lhes são submetidas. É *concreto*, na hipótese da norma tida por inconstitucional que viole direito garantido constitucionalmente; não há nos Estados Unidos o controle abstrato das normas.

2.3 A Suprema Corte e a Regra 10

Desde a sua criação, a Suprema Corte americana não conseguiu criar mecanismos para filtrar os processos que lhe eram endereçados; sua competência foi definida no artigo III da Seção 2 da Constituição Americana.

“Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.”¹⁵

Pela simples leitura do artigo III da Seção 2, verifica-se a que a competência da *Supreme Court* é fixada somente pela Constituição, podendo ser originária (*original jurisdiction*) ou recursal (*appellate*), ao contrário da nossa, em que a legislação infraconstitucional fixa os parâmetros do recurso extraordinário.

O *Judiciary Act* de 1925 pode ser considerado o marco inicial da discricionariedade pela *Supreme Court*. Após a aprovação da lei, os integrantes da *Court* continuaram trabalhando para que viessem a ser ampliados seus poderes discricionários, no sentido de serem julgados somente os casos em que estivessem envolvidas questões constitucionais controversas.

¹⁵ No original: “In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.” (Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>>. Acesso em: 18 nov. 2010).

Os critérios para o *writ certiorari* estão previstos na parte III, *rules* 10¹⁶ a 16, das *Rules of the Supreme Court of the United States*. O pedido de *writ of certiorari* deve ser protocolado no prazo de 90 dias contados da intimação da decisão proferida pela corte estadual de última instância ou corte federal. Há normas a respeito do número de cópias que devem ser fornecidas e 30 páginas é o limite máximo da petição, que deverá conter todos os argumentos.

A *Supreme Court* prevê em seu regimento (*rules*) o *writ of certiorari*, que permite aos *Justices*, após analisarem a argumentação abordada no

¹⁶ “Regra 10. Considerações sobre o *Review on Certiorari*. A revisão a partir do *writ of certiorari* não é matéria de direito, mas de discricionariedade judicial. A petição de *writ of certiorari* somente será concedida se houver argumentos convincentes. As seguintes disposições, embora não controlem totalmente a discricionariedade da corte, indicam as razões que a corte considera: (a) uma corte de apelação dos Estados Unidos tenha proferido uma decisão em conflito com decisão de outra corte de apelação dos Estados Unidos sobre a mesma questão; tenha decidido uma importante questão federal de forma que conflita com uma decisão de uma corte estadual de ultima instância; ou tenha se afastado do procedimento judicial usual e aceitável, ou sancionado um afastamento por uma corte inferior, ao ser chamada para o exercício do poder de revisão; (b) uma corte estadual de última instância tenha decidido uma importante questão federal de forma que conflite com uma decisão de outra corte estadual de última instância ou de uma corte de apelação dos Estados Unidos; (c) Uma corte estadual ou corte de apelação dos Estados Unidos tenha decidido uma importante questão de direito federal que não tenha sido, mas deva ser resolvida por esta corte, ou tenha decidido uma importante questão federal de forma conflitante com decisões relevantes desta corte. A petição de *writ of certiorari* raramente é aceita quando o erro declarado consiste em uma errônea apreciação fática ou na má aplicação de uma regra de direito corretamente estabelecida.” No original: “Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari. Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers: (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court. A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.”

recurso, manifestarem-se a respeito da questão suscitada, decidindo sem fundamentação se é hipótese de recebê-lo ou não.¹⁷

Nos casos avaliados como *appeals* pela *Court*, e que iriam exigir um tempo imenso na sua apreciação, os *Justices* podem entender como não merecedores daquele tempo, tendo em vista a pouca importância da questão suscitada. Os *Justices* fazem valer o artifício da decisão sumária, isto é, uma sentença breve assinada pela *Court*.

Semanalmente, às sextas-feiras, os *Justices* realizam uma reunião denominada *conference*, e as decisões da *Court* são tomadas em conjunto pelos nove *Justices*. O *Chief Justice* apresenta as questões de fato e de direito, manifesta-se proferindo seu voto e, após, é concedida a palavra por ordem de antiguidade aos demais *Justices*. Porém, há uma exceção que é a *rule of four*: se quatro dos *Justices* se manifestarem no sentido de examinar determinada causa, o seu mérito será apreciado pela corte. Prevalece nessa reunião o cavalheirismo: se três *Justices* são favoráveis à concessão do *certiorari*, *Chief Justice* a eles adere.

A decisão que concede ou não o *writ of certiorari* não precisa de fundamentação. A discricionariedade não se restringe à seleção dos casos, incluindo a possibilidade de escolher, dentro das questões apresentadas no caso, qual pretende examinar.

O *quorum* para a decisão de um caso tornar-se *stare decisis* é de seis *Justices*. A *stare decisis*, em sua essência, é o dever que os Tribunais têm de respeitar os seus próprios precedentes (*precedents*). Para a *Supreme Court*, o *stare decisis*¹⁸ é de suma importância para a concessão do *writ of*

¹⁷ “*Certiorari*. Um extraordinário *writ* emitido por uma Corte de Apelação, com discricionariedade, direcionada a uma corte inferior a entregar a transcrição, os registros, de um caso para reexame. O *writ* evoluiu de umas das prerrogativas da Mesa do Rei da Corte Inglesa e nos Estados Unidos tornou-se o usual remédio de apelação. A Suprema Corte usa o *certiorari* para reexame (revisão) da maioria dos casos que pretende examinar”. No original: “*Certiorari. [Law latin ‘to be more informed’]. An extraordinary writ issued by an appellate court, at its discretion, directing a lower court to deliver the record in the case for review. The writ evolved from one of the prerogative writs of the English Court of King’s Bench, and in the United States it became a general appellate remedy. The U.S. Supreme Court uses certiorari to review most of the cases that it decides to hear. Abbr. cert. – also termed writ of certiorari.*” (GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black’s law dictionary*. 8th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2004. p. 241-242, nossa tradução).

¹⁸ “*Stare decisis*. Máxima latina que quer dizer ‘sê fiel ao que foi decidido’ (expressa a norma do precedente judicial obrigatório praticado pelos tribunais do sistema do *common law*, segundo a qual uma questão judicial deve ser decidida da mesma forma que

certiorari, à medida que os precedentes estabelecem o que é indispensável, necessário para as cortes, que devem acatá-los em suas decisões, quando o mesmo assunto é objeto de um novo litígio.

3 DA REPERCUSSÃO GERAL

3.1 Direito intertemporal

De uma forma geral, aplica-se a lei processual de imediato, a partir do início da sua vigência, aos processos em andamento. Porém, devem ser respeitados os atos processuais já realizados, ou situações jurídicas já consolidadas, de acordo com a lei anterior. Vigora o princípio do *tempus regit actum*. É certo que a nova determinação legal não poderá vir a ser aplicada retroativamente aos atos já praticados e exauridos nos processos em curso, tendo em vista a impossibilidade de desrespeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

No momento em que se decide estudar a lei processual no tempo, sua dimensão temporal e eficácia, é preciso ficar atento a algumas premissas básicas, tais como: o conceito de lei processual; como identificá-la; a distinção e as consequências existentes entre a lei processual material e a formal; o conceito de processo e de procedimento, entre outros aspectos importantes. Toda essa gama de conhecimentos deve estar presente na mente ao se fazer a assertiva, por exemplo, de que a lei processual *não é retroativa e possui eficácia imediata*.

Nas hipóteses em que a nova lei possibilita a constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas intrincadas e já

uma questão semelhante anterior, privilegiando a uniformização da jurisprudência. A norma dispõe que a decisão do tribunal vincula o tribunal inferior, e que aquele também não pode desobedecer ao próprio precedente, a não ser por uma razão extraordinária. No primeiro caso, diz-se vertical *stare decisis* e no segundo, horizontal *stare decisis*: ‘A norma se fundamenta no princípio de que a certeza, a previsibilidade e a estabilidade da lei são os objetos maiores do ordenamento jurídico, porque as pessoas devem nortear a sua conduta e relacionamentos sob a segurança de que são governados pelas normas legais’”. (MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico = Law dictionary*: português-inglês - inglês-português. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006. p. 918). “A doutrina dos precedentes, na qual é necessário que as cortes sigam a primeira decisão judicial quando de novo surgirem os mesmos pontos no litígio”. No original: “*Stare decisis, (noun), [Latin ‘to stand by things decided’]. The doctrine of precedent, under which it is necessary of courts to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation. See Precedent.*” (GARNER, Bryan A. (Ed.), *Black’s Law Dictionary*. Pocket edition, 1996, p. 590, nossa tradução).

consolidadas pelo uso e pelo tempo, notadamente se ela contiver normas técnicas e instrumentais, é de bom alvitre que haja uma dilatação do prazo da *vacatio legis*. Especialmente se estivermos diante de uma lei processual, esse prazo permitirá que todas as pessoas que venham a ser atingidas pela nova lei possam estar preparadas para a mudança, podendo se adaptar sem surpresas às novas regras contidas em seu bojo.

Confirma-se assim que a dimensão eficacial da lei está relacionada ao momento de início e término de sua eficácia, adotando-se a regra constitucional de que a eficácia da lei deve respeitar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

3.2 Momento inicial

Em 19 de dezembro de 2006, foi promulgada a Lei n. 11.418, que regulamentou a aplicabilidade do artigo 102, parágrafo 3º, da Constituição Federal, introduzindo modificações na legislação infraconstitucional, em especial no Código de Processo Civil. Foram encartados os artigos 543-A e 543-B, que apresentaram um novo instituto para a interposição do recurso extraordinário, um importante requisito de admissibilidade, que alterou de forma significativa a análise do recebimento ou não do recurso pelo Supremo Tribunal Federal.

A Lei n. 11.418/2006 estipulou que a *vacatio legis* seria de 60 dias. Assim sendo, desde 21 de fevereiro de 2007, compete ao recorrente demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas na lide e que sua transcendência ultrapassava o simples interesse particular dos litigantes.

Porém, somente em 18 de junho de 2007, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 664.567, fixou o marco temporal para exigência da repercussão geral no recurso extraordinário.

Em votação unânime, os ministros, acompanhando o entendimento do ministro Sepúlveda Pertence, referendaram a questão de ordem trazida ao Plenário para a aplicação da exigência da repercussão geral de questões constitucionais às causas em geral, inclusive às criminais. Entretanto, somente a partir de 03 de maio de 2007, entrou em vigor a Emenda Regimental n. 21, uma vez que a Lei n. 11.418/2006, em seu artigo 3º, determinava que fosse da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal estabelecer em seu Regimento Interno as normas necessárias à execução da lei.

A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. Igual competência exercerá o relator sorteado, quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência. Da decisão que recusar recurso, caberá agravo (art. 327, §§ 1º e 2º, do RISTF).¹⁹

A partir desse posicionamento, o ministro Sepúlveda Pertence declarou seu voto para resolver a questão de ordem, entendendo que “pela aplicação em tese da exigência da repercussão geral das questões constitucionais às causas em geral, aí incluídas as criminais, a partir do dia 3 de maio de 2007, data em que entrou em vigor a Emenda Regimental n. 21”.

E no final, por sugestão do ministro Cezar Peluso, o Plenário se posicionou no sentido de que a Presidência do Supremo Tribunal Federal baixasse um ato formal, regulamentando a subida dos recursos extraordinários à corte, e permitisse que a exigibilidade de indicação de repercussão geral se desse a partir da data de 03 de maio de 2007.

Para o ministro Peluso, a questão era fundamental e de especial relevância para o mundo jurídico, motivo pelo qual a corte deveria deixar muito claro o posicionamento adotado naquela oportunidade.

3.3 Da verticalidade da decisão judicial

A Constituição determina que é função primordial do Supremo Tribunal Federal o papel de unificar e outorgar unidade ao direito, estabilizando a atividade jurisdicional e exercendo assim a sua função precípua de guardião da Magna Carta.

Nos dias atuais, nem mesmo uma simples decisão de primeira instância, configurada como causa decidida, pode ser subtraída da análise do Supremo Tribunal Federal, visto que o artigo 102, III, da Constituição Federal menciona decisão recorrida, e não acórdão, fato que possibilitou a emissão da Súmula n. 640 pelo Supremo Tribunal Federal: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau

¹⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível ou criminal”.

A verticalidade das decisões judiciais já vem sendo introduzidas em nosso direito, como se constata no artigo 557, parágrafos 1-A, 1º e 2º do Código de Processo Civil, a saber: o relator negará seguimento ao *recurso manifestamente inadmissível*, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Se a *decisão recorrida* estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Não se pode esquecer que ao ser interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso (art. 518, §§ 1º e 2º, do CPC).

Nosso ordenamento permite ao magistrado o *julgamento antecipado ou liminar*, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos; poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada, como se constata no artigo 285-A do Código de Processo Civil.

O Supremo Tribunal Federal poderá de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar *súmula* que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá *efeito vinculante* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (art. 103-A da CF).

A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de constitucionalidade. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Assim, proferida a decisão pelo Supremo Tribunal Federal, haverá uma vinculação obrigatória em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário, que deverão pautar o exercício de uma das funções na interpretação constitucional dada pela Corte Suprema, afastando-se, inclusive, a possibilidade de controle difuso por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário. Os efeitos são aplicados também ao legislador, que não poderá editar nova norma com preceitos idênticos aos declarados inconstitucionais, ou ainda norma derogatória da decisão do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo estará impedido de editar normas que convalidem os atos nulos praticados com base na lei declarada inconstitucional.

Tais procedimentos visam a impedir que recursos que estejam em confronto com posições dominantes do Supremo Tribunal Federal tenham seguimento. E é nessa perspectiva que a repercussão geral deve ser entendida.

3.4 Da arguição de relevância

Não demorou muito tempo após a sua implantação para se constatar a preocupação do Supremo Tribunal Federal com a sobrecarga de processos, fato que fez surgir, na década de 50, a primeira tentativa de reduzir essa crise, a promulgação da Lei n. 3.396, de 2 de junho de 1958, que alterou os artigos 864 e 865 do Código de Processo Civil, permitindo a triagem dos processos pelo juiz ou presidente do tribunal estadual.

O recurso era interposto perante o presidente do tribunal recorrido e, nas causas de alçada, perante o próprio juiz prolator da decisão da qual se recorre. Recebida a petição, publicava-se aviso do seu recebimento e ficava ela na secretaria do tribunal ou no cartório do juiz, à disposição

do recorrido, que poderia examiná-la e impugnar o cabimento do recurso dentro de três dias, a contar da publicação do aviso. Findo esse prazo, eram os autos, com ou sem impugnação, conclusos ao presidente do tribunal ou ao juiz, que defeririam ou não o seguimento do recurso no prazo de cinco dias. Deveria ser sempre motivado o despacho pelo qual o presidente do tribunal ou o juiz admitisse o recurso ou denegasse a sua interposição (art. 3º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei n. 3.396, de 02 de junho de 1958).²⁰

Porém, no início dos anos 60, uma nova medida foi adotada, com a criação das súmulas contendo a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal que, apesar de não serem detentoras de efeitos vinculantes, constituíam um óbice à admissibilidade dos recursos. A Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, permitia que na hipótese de recurso extraordinário interposto com fundamento em contrariedade à Constituição Federal, negativa de vigência de tratado ou lei federal, ou ainda divergência na interpretação de lei federal, pudesse o Supremo Tribunal Federal indicar em seu Regimento Interno as causas que conheceria, atentando à sua natureza, espécie e valor pecuniário.

A arguição de relevância era feita em capítulo destacado, existindo a possibilidade de serem anexadas peças pelo recorrente, para a formação do instrumento. Havia sim a obrigatoriedade de se fazer menção à sentença de primeiro grau, ao acórdão recorrido, à própria petição de interposição do recurso extraordinário e ao despacho de admissibilidade. No Supremo Tribunal Federal era preparado um extrato da arguição de relevância e distribuída a todos os ministros, com referência à sessão do conselho em que iria ser apreciada. O exame da arguição precedia sempre o do julgamento do próprio recurso extraordinário. Se quatro ou mais ministros se manifestassem favoráveis à arguição de relevância, ela seria acolhida, caso contrário não; em qualquer uma das hipóteses, a decisão do conselho era irrecorrível.

“O procedimento de julgamento das arguições de relevância desde 1975 e mesmo após a reforma de 1985 possuía características próprias. Seu exame era realizado na forma de conselho do STF, que eram sessões não abertas ao público, não se admitia pedido de vista, não se exigia fundamentação das decisões, sua decisão era irrecorrível. E justamente devido a tais peculiaridades, houve severas críticas ao instituto, a maior

²⁰ Lei n. 3.396, de 2 de junho de 1958, que alterou a redação dos artigos 864 e 865 do Código de Processo Civil (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L3396.htm>. Acesso em: 18 nov. 2010).

parte delas fundadas na ausência de motivação das decisões judiciais em tal matéria.”²¹

Apesar de filtrar os recursos interpostos, a arguição de relevância não tinha à época a mesma dimensão da repercussão geral. No aspecto processual, os institutos são totalmente distintos; a arguição de relevância era apreciada em sessão secreta (dispensando fundamentação) e a repercussão geral era examinada em julgamento público, e com decisão fundamentada.

Não há como negar que a adoção da repercussão geral veio da enorme influência da experiência norte-americana, à medida que o *writ of certiorari* foi criado com o intuito de restringir o fluxo de processos direcionados a *Supreme Court*. O *writ of certiorari* confere à *Supreme Court* ampla discricionariedade na escolha dos casos que poderão vir a ser analisados.

3.5 Da repercussão

Todos sem exceção têm direito ao *due process of law*, isto é, a um processo justo e que venha a ser julgado em tempo razoável. Entretanto, não podemos esquecer a realidade de nossos Tribunais, o excesso de recursos, o acúmulo de processos, ocasionando a demora na prestação jurisdicional definitiva. Tendo presente essa situação fática, impossível não imaginar que um mecanismo de filtragem dos recursos aos Tribunais, como a repercussão geral, não esteja em sintonia com o direito a um processo com duração razoável.

A Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, regulamentou o artigo 102, parágrafo 3º, da Constituição Federal, introduzindo modificações na legislação infraconstitucional, especialmente no Código de Processo Civil. Foram encartados os artigos 543-A e 543-B, que apresentam um novo instituto *como requisito de admissibilidade* para a interposição do recurso extraordinário.

Para muitos juristas, a expressão *repercussão geral* é um conceito indeterminado e irá requerer do Supremo Tribunal Federal uma interpretação constante, para alcançar uma maior ou menor dimensão ou intensidade, da sua presença no recurso, ultrapassando os interesses subjetivos das partes.

²¹ BERMAN, José Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário: origens e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 112-113.

Sendo institutos diversos, não se pode confundir a *repercussão geral*, que deve estar presente em todo recurso extraordinário que vier a ser interposto no Supremo Tribunal Federal, com a anterior *arguição de relevância*, requisito de admissibilidade previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 119, 3º, letra “c”, da CF/67). A arguição de relevância era avaliada em sessão secreta, que não pode mais subsistir no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, que estabelece que todos os julgamentos serão públicos e as decisões fundamentadas, sob pena de nulidade.

No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, para que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (art. 102, § 3º, da CF). O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conecerá o recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral (art. 543-A do CPC).

Para que se possa começar a compreender o significado da expressão *repercussão geral*, devemos analisar o denominado *conceito indeterminado*, que teve a sua concepção e desenvolvimento no século XIX, no sistema austríaco e alemão.

Não se pode associar a interpretação de conceitos vagos com discricionariedade, tampouco confundir a margem de liberdade que é concedida ao magistrado para estabelecer conceitos juridicamente indeterminados com a discricionariedade. E para que possamos estabelecer uma distinção essencial, devemos nos socorrer da doutrina italiana, para a qual os conceitos indeterminados integrariam a descrição do *fato*, enquanto a discricionariedade estaria concentrada no campo dos *efeitos*.

“Note-se bem que a afirmação da existência desses ‘conceitos indeterminados’ é indispensável, por necessidade lógica, à construção da tese da discricionariedade da Administração, que por sua vez, irá fundamentar a da configuração dos regulamentos com meros atos administrativos, voltados única e exclusivamente à orientação das autoridades administrativas inferiores. [...] É certo, contudo, não se operar no campo da discricionariedade da Administração o preenchimento dos ‘conceitos jurídicos indeterminados’ (vale dizer, das noções). São distintas das técnicas da discricionariedade e da inserção, nos textos das normas, de ‘conceitos indeterminados’. [...] A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos – porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da

Administração – ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei.”²²

Portanto, chega-se à conclusão que não deverá existir conflito conceitual entre o que seja a liberdade do juiz em decidir e o poder discricionário na esfera da administração pública.

“Porém, o resultado disso é que na, na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, a liberdade do aplicador da norma se esgotaria com a fixação do conceito no caso concreto. A partir daí, verifica-se a coincidência ou não entre suporte fático e a moldura normativa, e a solução ‘estará, por assim dizer, predeterminada’. [...] Segundo pensamos, repercussão geral é, sem sombra de dúvida, um conceito que se encaixa a perfeição na qualificação de indeterminado ou vago. Observa-se nele, para usar a feliz termologia de Philipp Heck utilizada por Karl Engisch, tanto um núcleo conceitual quanto um halo conceitual. O núcleo conceitual, que, para Engisch, é o domínio onde se tem uma noção clara do conteúdo e da extensão do conceito, evidencia-se, no caso da repercussão geral, em função da certeza que todos temos de que não bastará que as questões constitucionais discutidas uma lide sejam do interesse exclusivo das partes processuais. O núcleo conceitual, como se vê, pode perfeitamente ser obtido por meio de interpretação gramatical, embora não exclusivamente. De outra parte, o halo conceitual, no dizer de Engisch, é a região onde as dúvidas começam, pois sua concreção depende de elevada dose de juízo valorativo. Aqui já não se tem mais prévia certeza sobre o conteúdo e a extensão do conceito. [...] Para Karl Engisch, os conceitos descriptivos são aqueles que ‘designam ‘descritivamente’ objectos reais ou objetos que de certa forma participam da realidade, isto é, objectos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepcionáveis’ [...] Por outro lado, ainda segundo Engisch por conceitos normativos devem-se entender ora ‘aqueles que, contrariamente aos conceitos descriptivos, visam dados que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos ou percepcionáveis, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis’, ora aqueles ‘carecidos de um preenchimento valorativo’, cujo volume normativo deve ser preenchido caso a caso, mediante atos de valoração.”²³

A conclusão final de *Bruno Dantas* é que a repercussão geral consiste em um misto de *conceito descriptivo indeterminado* e *conceito normativo*

²² GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 201-204.

²³ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 230-235.

indeterminado; muito embora a palavra *repercussão* possa ser alcançada pelos sentidos, independentemente de qualquer valoração, o mesmo não ocorre com a palavra *geral*, que dependerá da compreensão do que seja caráter geral. Ao optar-se pela utilização de um conceito indeterminado, esse fato manterá a regra permanentemente atualizada, sem depender de constantes atualizações legislativas com vistas à compreensão do seu sentido.²⁴

E por último, merece destaque a lição de *Eros Grau*, que observa o seguinte:

“[...] 6. Nas primeiras edições deste livro tratei do tema dos conceitos jurídicos observando, fundamentalmente, o seguinte: (i) a cada conceito corresponde um termo; este – o termo – é o signo linguístico do conceito; assim, o conceito, expressado no seu termo, é coisa (signo) que representa outra coisa (seu objeto); o conceito, na concepção aristotélica, está referido, pela mediação do termo (signo do conceito), a um objeto; (ii) os conceitos jurídicos não são referidos a objetos, mas sim a significações; não são conceitos essencialistas; (iii) o conceito – essencialista ou não – é produto da reflexão, expressando uma suma de ideias; (iv) o conceito essencialista, expressado, é o signo de uma coisa; seu objeto é a coisa; está no lugar da coisa; é o primeiro signo do objeto; (v) o conceito jurídico, expressado, é o segundo signo de um primeiro signo: a significação da coisa (coisa, estado ou situação); está no lugar não da coisa (coisa, estado ou situação), mas da significação atribuível – ou não atribuível – à coisa (coisa, estado ou situação); (vi) assim, os conceitos jurídicos são signos, ou seja, signos de significações atribuíveis – ou não atribuíveis – a coisa, estados ou situações. 7. A exposição assim desenvolvida volta-se ao desnudamento da falácia dos conceitos jurídicos indeterminados. É que a indeterminação a que nos referimos, na hipótese não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequado será referirmo-nos a termos indeterminados de conceitos, e não a conceitos (jurídicos ou não) indeterminados. Insisti então, e reafirmo-o vigorosamente: não existem ‘conceitos indeterminados’. Se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja um conceito, é que seja determinada. Repito: todo conceito é uma suma de ideias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de ideias, não chega a ser conceito.²⁵

²⁴ DANTAS, Bruno, op. cit., p. 235.

²⁵ GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 195-196.

Assim sendo, para *Eros Grau*, a aludida indeterminação dos conceitos não é deles, mas sim das palavras que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é símbolo de uma significação determinada. E de uma apenas acepção. É preciso ter sempre em mente a distinção entre conceito e termo (do conceito).²⁶

3.6 Do ônus de arguição e demonstração da repercussão geral

O recurso interposto pela parte deverá conter uma preliminar, que pode ser um item ou tópico no qual se constate ou se verifique a arguição de repercussão geral, havendo, portanto, uma presunção de sua existência, para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal. O juízo de admissibilidade (possibilidade de conhecimento) não pode vir a ser confundido com o de mérito (motivo da irresignação).

Por se tratar de matéria de ordem pública, norma cogente, não poderá o Supremo Tribunal Federal deixar de analisá-la e ir diretamente ao mérito do recurso, sob pena de estar violando preceito constitucional.

“Vale dizer, é absolutamente irrelevante o fato de o recorrente argumentar de modo não convincente, em matéria que efetivamente tem repercussão, ou de o recorrido não oferecer contrarrazões em matéria desprovida de repercussão geral. No primeiro caso, desde que cumprida à formalidade legal da [tentativa de] demonstração da repercussão geral, o STF deverá ter esse pressuposto como presente; no segundo caso, mesmo que, contra excelente arrazoado do recorrente, o recorrido não tenha sequer oferecido contrarrazões, isso não alterará o estado das coisas, e a corte é obrigada a dar por ausente o pressuposto.”²⁷

E por se tratar de um pressuposto de cabimento, mesmo na hipótese de ter a parte apresentado parcós argumentos, não deve o Supremo Tribunal Federal descuidar de sua análise. Isso não significa que o Supremo Tribunal Federal, analisando o recurso extraordinário, não possa deixar de conhecê-lo pela ausência de outros pressupostos ou requisitos de admissibilidade.

A questão ou questões constitucionais discutidas no caso específico levam o Supremo Tribunal a analisar se o abordado no recurso extraordinário vai além do interesse subjetivo das partes, ou é detentor de um interesse social, abrangendo com a decisão um número incontável

²⁶ GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 197.

²⁷ DANTAS, Bruno, *Repercussão geral....*, p. 229.

de pessoas. Não há de significar somente temas de âmbito nacional, pode ser a respeito de uma lei federal, estadual ou municipal. Nessa análise há um conflito a ser decidido pelos ministros: o que a parte questiona é um interesse geral ou somente atinente à sua insatisfação com a decisão que lhe foi desfavorável.

As questões suscitadas no recurso deverão ser relevantes do ponto de vista econômico (ex: sistema financeiro da habitação, privatização de bens públicos, telefonia, saneamento básico etc.), político (ex: causas envolvendo relações entre estados estrangeiros, Tratado de Itaipu entre Brasil e Paraguai, relações do Brasil com organismos internacionais etc.), social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, possibilitando, assim, a solução de futuros problemas de ordem constitucional. Por se tratar de conceitos jurídicos indeterminados, o preenchimento da hipótese de incidência não prescinde a análise das particularidades do caso concreto.

“A fim de caracterizar a existência da repercussão geral e, dessarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral: relevância + transcendência). A questão debatida deve ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do direito no estado constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral.”²⁸

E a relevância da questão suscitada no recurso deverá ser apreciada do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico. É evidente que não deverá a controvérsia abranger todos os aspectos, basta que fique demonstrada a pertinência do recurso em uma dessas perspectivas. É necessário que a questão debatida, além de preencher um dos requisitos, ultrapasse o interesse das partes, devendo ser transcendente. Tal fato permite ao Supremo Tribunal Federal a aferição da transcendência da questão debatida a partir do caso concreto.

Tal decisão possibilita o surgimento da vinculação vertical, estando o presidente ou vice-presidente do tribunal local impedidos de remeter

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 33-34.

os recursos ao Supremo Tribunal Federal se os argumentos suscitados já foram examinados e desprovidos de repercussão geral.

A única hipótese concreta de repercussão geral está prevista no artigo 543-A, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil (“Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”). A presunção é justificável, à medida que reforça a pujança das decisões do Supremo Tribunal Federal, não somente das que estão incluídas nas *súmulas vinculantes*, como também dos enunciados das *súmulas simples* e de sua jurisprudência dominante.

3.7 Da competência e do *quorum* para apreciação da repercussão geral

Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Caberá ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais, até o pronunciamento definitivo da corte. Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos (art. 543-B, §§ 1º e 2º, do CPC).

Na hipótese de não ser admitido o recurso extraordinário, tampouco se aplica o artigo 543-B do Código de Processo Civil. Deve ser negado seguimento pelo presidente ou vice-presidente do tribunal local. Consequentemente, o artigo 543-B não se aplica ao agravo de instrumento previsto no artigo 544 do Código de Processo Civil.

Não pode o presidente ou o vice-presidente negarem ou sobrestarem seguimento ao agravo de instrumento interposto, uma vez que se assim o fizessem, estariam usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal, que poderá vir a ser assegurada em uma reclamação constitucional.

Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos tribunais, turmas de uniformização ou turmas recursais, que poderão declará-los prejudicados ou se retratarem. Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral (art. 543-B, §§ 3º a 5º, do CPC).

No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (art. 102, § 3º, da CF).

O dispositivo constitucional prescreve que o conteúdo da norma deva ser especificado, delineado por lei federal. A Lei n. 11.418/2006 tratou de fazê-lo, sendo que a exigência se aplicaria aos recursos interpostos a partir de sua vigência. E como já demonstrado, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o requisito somente poderia ser exigido após o início da sua regulamentação no Regimento Interno, o que ocorreu em 03 de maio de 2007, com a entrada em vigor da Emenda Regimental n. 21. Estamos diante de um *conceito aberto*, a ser preenchido por norma infraconstitucional, que teve que se basear em conceitos jurídicos vagos, para que se pudesse dar maior elasticidade à interpretação dessa exigência, e que deverá ter a sua real dimensão limitada pela interpretação que fizerem os ministros do Supremo Tribunal Federal.

O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral (art. 543-A, § 2º).

Do teor do dispositivo, duas exigências podem ser ressaltadas: primeira, a impostação topológica da repercussão geral na peça de interposição do recurso extraordinário e o ônus de arguição da repercussão geral da questão debatida. Assim sendo, trata-se de uma exigência de forma, atinente ao modo de recorrer; é um requisito extrínseco, isto é, de admissibilidade do recurso interposto.

Assim, é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal a decisão referente à demonstração ou não pelo recorrente da repercussão geral da questão suscitada em seu recurso. Somente o Supremo Tribunal Federal poderá dizer que não há repercussão geral, não sendo permitido ao presidente ou vice-presidente do tribunal local realizar essa análise. O julgamento vincula o próprio Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá o recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral. Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre a matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 543-A, § 5º, do CPC).

Cabem embargos de declaração quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal (art. 535, incs. I, II, do CPC). A respeito da existência ou inexistência da repercussão geral, o cabimento dos embargos está adstrito à afirmação de obscuridade, contradição ou omissão, à medida que a súmula da decisão constará de ata e valerá como acórdão. “De outro lado, o não recebimento do recurso extraordinário pela ausência de repercussão geral de maneira equivocada pode desafiar, em tese, mandado de segurança (art. 5º, II, da Lei 1.533 de 1951, *a contrario sensu*), aí utilizado como sucedâneo recursal.”²⁹

Entretanto, há precedentes no Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se admite mandado de segurança contra atos de seus ministros.³⁰

O Supremo Tribunal Federal somente poderá recusar o recurso extraordinário pela manifestação de dois terços de seus membros. É nítido que se está diante de um *quorum qualificado*, que depara com situação análoga, no procedimento para aprovar a edição de súmula vinculante, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento. Na legislação infraconstitucional há um *quorum* idêntico, previsto no procedimento da propositura da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, na qual o Supremo Tribunal Federal poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir sobre o momento de sua eficácia e efeitos produzidos.

“Ao declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Repercussão geral no recurso extraordinário*, p. 60.

³⁰ “[...] 4. Passo a decidir. Ao fazê-lo, anoto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica em ter como inadmissível a impetração de mandado de segurança contra ministro da corte, no exercício da função jurisdicional. É como se vê, entre outros precedentes, do AgR MS n. 23.715, rel. ministro Celso de Mello e do AgR MS n. 21.734, rel. Min. Ilmar Galvão. 5. Dessa forma, sendo manifestamente improcedente o pedido, nego seguimento ao presente mandado de segurança, na forma do artigo 21, parágrafo 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 08 de setembro de 2005...”. (STF – MS n. 25.517/DF, rel. ministro Carlos Ayres Britto, *DJ*, de 16.09.2005. Disponível em: <[RESPGE - SP São Paulo v. 1 n. 1 jan./dez. 2010 p. 301 a 340](http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=179&dataPublicacaoDj=16/09/2005&numProcesso=25517&siglaClasse=MS&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=135&codMateria=2></p></div><div data-bbox=)

membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”³¹

O legislador, ao estabelecer um *quorum* elevado para as hipóteses mencionadas, o fez tendo como princípio a importância dos temas e o impacto produzido no seio da sociedade, se tais medidas viessem a ser adotadas por um *quorum* de maioria simples.

Ao exigir-se um *quorum* qualificado, fica claro que a *regra é a admissibilidade do recurso*, à medida que basta que a decisão pela existência da repercussão geral seja referendada por no mínimo quatro votos dos ministros, dispensando-se assim, a remessa ao plenário.

A exceção é a inadmissibilidade, que advirá quando pelo menos oito ministros constatarem que a questão constitucional suscitada é exclusivamente a irresignação da parte em face da decisão desfavorável, sem que haja qualquer probabilidade do resultado do julgamento ultrapassar os limites subjetivos dos envolvidos na lide. Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no *Diário Oficial* e valerá como acórdão.³²

3.8 Posição atual do Supremo Tribunal Federal

A Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu em nosso sistema processual mais um pressuposto de admissibilidade dos recursos extraordinários, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a repercussão geral.

A repercussão geral da questão constitucional suscitada deve estar presente em todos os recursos, sem exceção, também incidindo em matéria penal. Pode ser uma preliminar, item ou tópico no qual se constate arguição, sob pena de não ser admitido o recurso extraordinário.

³¹ Artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10.11.1999. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 18 nov. 2010.

³² Artigo 543-A, parágrafos 5º e 7º, do Código de Processo Civil.

As decisões irão proporcionar uma uniformização da interpretação constitucional e impedir que o Supremo Tribunal Federal julgue inúmeros feitos que tenham como pano de fundo a mesma questão constitucional.

A partir da Emenda Regimental n. 21/2007 ao RISTF (QO AI n. 664.567/RS), estabelecendo as normas necessárias para análise da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. Os recursos que foram interpostos antes, não têm seu seguimento denegado pela ausência do pressuposto.

Portanto, é negado seguimento aos recursos extraordinários e aos agravos de instrumento posteriores a essa emenda que não contenham a preliminar de repercussão geral. E na hipótese de vir a ser afastada a preliminar, os recursos não terão seguimento, tampouco serão distribuídos aos ministros.

Após a entrada em vigência da Emenda Regimental n. 21/2007, os recursos extraordinários múltiplos nos quais se discutiam a mesma questão constitucional foram devolvidos a origem, permanecendo sobrestados. No máximo três recursos extraordinários de cada matéria são analisados. Considera-se não admitido o recurso extraordinário e todos os que estavam sobrestados, se negada a presença da repercussão geral (art. 102, § 3º, da CF). Há a possibilidade de o relator determinar o sobrestamento de processos que versem sobre matéria constitucional com repercussão geral já reconhecida, mesmo que não tenha ocorrido a interposição do recurso extraordinário.

Decidido o mérito, pode o Supremo Tribunal Federal, nos termos do regimento interno, cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada.

Na hipótese de ser matéria isolada, deverão ser preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, incluindo-se a preliminar de repercussão geral.

O Supremo Tribunal Federal entende que quando forem interpostos recursos extraordinários múltiplos, devam ser selecionados e remetidos pelo tribunal pelo menos três que preencham todos os requisitos de admissibilidade, permanecendo os demais sobrestados, sem que haja necessidade de prévio juízo de admissibilidade.

Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal, ou o relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, para que observem o

disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em cinco dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do artigo 543-B do Código de Processo Civil. Nos casos previstos no artigo 543-B, *caput*, do Código de Processo Civil, o tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados. Nos casos anteriores, o tribunal de origem sobrestará os agravos de instrumento contra decisões que não tenham admitido os recursos extraordinários, julgando-os prejudicados nas hipóteses do artigo 543-B, parágrafo 2º e, quando coincidente o teor dos julgamentos, será com fundamento no parágrafo 3º desse artigo. Julgado o mérito do recurso extraordinário em sentido contrário ao dos acórdãos recorridos, o tribunal de origem remeterá ao Supremo Tribunal Federal os agravos em que não se retratar.³³

São autorizados os tribunais, turmas recursais e turmas de uniformização a adotarem, quanto aos recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados anteriormente a 03 de maio de 2007 e aos seus respectivos agravos de instrumento, os mecanismos de sobrestamento, retratação e declaração de prejuízo previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil (AI-QO n. 715.423, rel. ministro Gilmar Mendes). Os recursos extraordinários já distribuídos, interpostos de acórdãos publicados antes desta data, poderão ser devolvidos para sobrestamento, retratação ou reconhecimento de prejuízo na origem, desde que a questão constitucional neles suscitadas tenha repercussão geral reconhecida.³⁴

A apreciação da presença ou não da repercussão geral das questões constitucionais ainda não decididas ou sem jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal dar-se-á pelo Plenário Virtual, como preveem os artigos 323 e seguintes do RISTF.

³³ Artigos 328 e 328-A e parágrafos do RISTF, inseridos pela Emenda Regimental n. 23/2008.

³⁴ STF – RE QO n. 540.410, rel. ministro Cézar Peluso.

Em havendo necessidade, o relator do recurso poderá suscitar o exame da repercussão geral das matérias ainda não decididas, por questão de ordem, no Plenário presencial³⁵. Ainda que a matéria do recurso tenha sido considerada de repercussão geral em outro processo ou que a decisão na origem seja contrária à jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, situação em que a lei presume a existência de repercussão geral, não fica a parte dispensada de formular a preliminar formal correspondente, nem deve o tribunal de origem, à falta desse requisito objetivo, dar trânsito ao recurso, presumindo a respectiva presença. Cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal o exame material da repercussão geral.³⁶

Ainda que a lei presume a presença da repercussão geral, sempre que a decisão na origem for contrária a entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal, é conveniente que se submeta ao colegiado a análise de repercussão geral e a eventual reafirmação da jurisprudência, evitando-se que decisões monocráticas ou de Turma se sucedam indefinidamente sobre os mesmos temas e que ocorram eventuais interpretações divergentes sobre o que configura jurisprudência dominante. Assim, antes da utilização, pelo relator, da faculdade que decorre do artigo 557 do Código de Processo Civil (decisão monocrática), é importante que a matéria seja examinada, quanto à repercussão geral, pelo plenário, garantindo-se os efeitos objetivos que daí decorrem sobre o novo controle difuso de constitucionalidade, vale dizer, evitando que permaneçam sendo remetidas ao Supremo Tribunal Federal as mesmas questões constitucionais.³⁷

³⁵ STF – AI QO n. 664.567/RS, rel. Min. Gilmar Mendes; AI-QO n. 715.423, rel. Min. Ellen Gracie

³⁶ STF – RE AgR n. 569.476, rel. Min. Ellen Gracie.

³⁷ “Questões constitucionais com jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal: I - Matérias com jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal deverão ter análise de repercussão geral em decisão plenária, via questão de ordem, na qual se poderá propor a reafirmação da jurisprudência. A apreciação da presença ou não de repercussão geral de questões constitucionais já examinadas pela corte, em julgados anteriores que formam jurisprudência dominante, será feita através de questão de ordem, a ser suscitada pelo presidente, nos recursos não distribuídos, ou pelos relatores, nos já distribuídos. II - Da questão de ordem sobre matérias com jurisprudência dominante poderá resultar: a) reconhecimento da repercussão geral; b) reafirmação da jurisprudência da corte nos julgados anteriores; c) uma vez presente a repercussão geral e reafirmada a jurisprudência quanto ao mérito, ficarão desde logo autorizados os tribunais, turmas recursais e de uniformização, a adotar os procedimentos de retratação e inadmissibilidade (reconhecimento do prejuízo), aos recursos extraordinários e agravos de instrumento correspondentes, que versem sobre a mesma questão constitucional; d) negada a

Ainda que a matéria do recurso tenha sido considerada de repercussão geral em outro processo ou que decisão na origem seja contrária à jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, situação em que a lei presume a existência de repercussão geral, não fica a parte dispensada de formular a preliminar formal correspondente, nem deve o tribunal de origem, à falta desse requisito objetivo, dar trânsito ao recurso, presumindo a respectiva presença. Cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal o exame material da repercussão geral.³⁸

Ainda que a lei presuma a presença da repercussão geral sempre que a decisão na origem for contrária a entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal, é conveniente que se submeta, ao colegiado, a análise de repercussão geral e a eventual reafirmação da jurisprudência, evitando-se que decisões monocráticas ou de Turma se sucedam indefinidamente sobre os mesmos temas e que ocorram eventuais interpretações divergentes sobre o que configura jurisprudência dominante. Assim, antes da utilização, pelo relator, da faculdade que decorre do artigo 557 do Código de Processo Civil (decisão monocrática), é importante que a matéria seja examinada, quanto à repercussão geral, pelo Plenário, garantindo-se os efeitos objetivos que daí decorrem sobre o novo controle difuso de constitucionalidade, vale dizer, evitando que permaneçam sendo remetidas ao Supremo Tribunal Federal as mesmas questões constitucionais.³⁹

O Tribunal aprovou o enunciado da Súmula Vinculante 11 nestes termos:

“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

repercussão geral, nega-se admissibilidade aos recursos extraordinários e agravos de instrumento correspondentes, no Supremo Tribunal Federal na origem; e) não reafirmada a jurisprudência, segue-se pelo procedimento comum de tramitação, reconhecendo-se desde logo a repercussão geral e preparando-se o processo para julgamento, ouvindo-se o Ministério Público Federal, quando for o caso e solicitando-se oportunamente a inclusão em pauta do tema”. (RE QO n. 479.431; RE QO n. 582.650, RE QO n. 582.108, rel. ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=processamentoMultiplo>>. Acesso em: 18 nov. 2010).

³⁸ STF – RE AgR n. 569.476, rel. ministra Ellen Gracie.

³⁹ STF – RE QO n. 479.431; RE QO n. 582.650; RE QO n. 582.108, rel. ministra Ellen Gracie.

A edição do verbete ocorreu após o julgamento de *habeas corpus* impetrado em favor de condenado pela prática de crime doloso contra a vida que permanecera algemado durante toda a sessão do Júri (*Informativo 514*). O Tribunal reconheceu também que essa e as demais súmulas vinculantes passam a ser dotadas das características das súmulas impeditivas de recursos.⁴⁰

Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo relator à Presidência do Tribunal. A presidência do tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito.⁴¹

Verifica-se que, no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2009, foram distribuídos com preliminar de repercussão geral na justiça estadual de todo o país 9.721 processos, em que os Tribunais de Justiça de São Paulo (2.642), Minas Gerais (1.744), Rio Grande do Sul (1.674) e Rio de Janeiro (911) representaram 71,71% dos feitos encaminhados ao Supremo Tribunal.

No ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal recebeu só dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (3.140), São Paulo (2.916), Rio de Janeiro (1.944) e Minas Gerais (1.240) o total de 9.240 processos, o que representou 78,61% dos processos. Já no ano de 2007, a partir da exigência da repercussão geral, foram encaminhados somente 1.747 processos, sendo que os Tribunais de Justiça dos Estados de Alagoas, Paraíba, Pará e Roraima não remeteram nenhum feito.

Não entram nesse cálculo os feitos provenientes dos cinco Tribunais Regionais Federais, tampouco das turmas recursais dos juizados especiais federais, o que dá uma pequena noção do número de processos que é encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

Com a exigência da repercussão geral para análise do recurso extraordinário, não se está negando jurisdição, pois a parte já obteve o pronunciamento de no mínimo duas instâncias do Poder Judiciário. O conflito de interesses ou a lide deve passar sob o crivo do Poder Judiciário, mas nada determina que deva ser analisada por todos os Tribunais do país. O requisito da repercussão geral é mais um importante instrumento de que dispõe o Supremo Tribunal Federal para realizar sua função

⁴⁰ STF – HC n. 91.952/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.08.2008, *Informativo STF*, n. 515.

⁴¹ Artigos n. 326 e 328 do RISTF.

primordial, que é a de zelar pela Constituição e que os processos tenham um julgamento rápido na corte.

A ideia preponderante do instituto foi a de criar um mecanismo que reduza significativamente o número de processos remetidos ao Supremo Tribunal Federal. Tal fato irá possibilitar que essa corte dedique mais tempo ao julgamento das causas que lhe são inerentes e que todos os processos sejam julgados em um tempo razoável.

4 REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BALEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras*: 1891. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos (CEE/MCT), 1999. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 2).
- BALEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições Brasileiras*: 1946. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos (CEE/MCT), 1999. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 5).
- BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana*. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- BERMAN, José Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário: origens e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CALDEIRA, Jorge et al. *Viagem pela história do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- CAVALCANTI, Themístocles; BRITO, Luiz Navarro de; BALEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras*: 1967. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos (CEE/MCT), 1999. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 6).
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir; Editora Universidade de Brasília, 1982.

- CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2007.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DENNIS, Lloyd. *A ideia de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 3.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINIZ, Laura. Mais seletivo mais eficiente. *Veja*, São Paulo, Abril, edição 2.122, ano 42, n. 29, 22 jul. 2009.
- FARIA, Marco Aurélio Vieira de. *Due process of law*. Monografia (Especialização) – Curso de Especialização em Direito Constitucional da Escola Superior de Direito Constitucional, São Paulo, 2004.
- GARNER, Bryan A. (Ed.) *Black's law dictionary*. Pocket edition. St. Paul, Minn.: West Group, 1996.
- _____. *Black's law dictionary*. 8th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Luiza Ferreira de Souza. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., ampl. e atual. até a EC n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.417 e 11.418/2006 e a Emenda Regimental STF 21/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 4. ed. rev. e atual. de acordo com a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico = Law dictionary*: português-inglês - inglês-português. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 476 a 565. 12. ed. rev. e atual., inclusive de acordo com o novo Código Civil e com a Emenda Constitucional n. 45. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5.
- _____. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras*: 1824. Brasília, Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos (CEE/MCT), 1999. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 1).
- POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras*: 1934. Brasília, Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos (CEE/MCT), 1999. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 3).
- PORTE, Walter Costa. *Constituições Brasileiras*: 1937. Brasília, Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos (CEE/MCT), 1999. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 4).
- RILEY, Gail Blasser. *Miranda v. Arizona*: rights of the accused. Springfield, NJ: Enslow Publishers, 1994. (Landmark Supreme Court Cases).
- RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

- _____. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- SILVA, Hélio. Apresentação. In: 100 ANOS de República: um retrato ilustrado da história do Brasil. São Paulo: Abril Cultural, 1989. v. 1-10.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SLERCA, Eduardo. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SPAETH, Harold J.; SMITH, Edward Conrad. *The Constitution of the United States*. 13th. ed. New York, NY: HarperPerennial, 1991. (HarperCollins College Outline).
- TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras*: 1988. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos (CEE/MCT), 1999. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 7).
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

EM DIREÇÃO ÀS “COSMOLOGIAS VIOLENTAS”: UM GUIA À LEITURA DOS ATOS VIOLENTOS

Getting to “violent cosmologie”. A guide to read violent acts

Adolfo Ceretti¹

Lorenzo Natali²

RESUMO

Este trabalho tem como finalidade apresentar conceitos teóricos sobre os processos dinâmicos de homens e mulheres que decidem seguir linhas violentas de ação de maneira inesperada. Parte da teoria de *Lonnie Athens*, a qual tem como proposta levar o observador a aprofundar o conhecimento do caso em um longo e difícil processo interpretativo simbólico. A dimensão “cosmológica” trata do horizonte dentro do qual é construída cada ação humana, através de operações que utilizam os conceitos sensibilizadores: “solilóquio”, “comunidade fantasma” e “interpretações das situações”, para compreender como uma pessoa, a princípio não violenta, se torna um “perigoso criminoso”.

Palavras-chave: Constituição; Minorias Étnicas; Racismo; Tolerância.

ABSTRACT

This paper aims at presenting theoretical concepts about dynamic processes of men and women who decide to follow lines of violent action in unexpected ways. It starts with the theory of *Lonnie Athens*, which has a proposal to take the viewer to a deeper knowledge of the case in hard process of symbolic interpretation. The “cosmological” dimension approaches the horizon where human actions are built throughout processes that use concepts such as “soliloquy”, “ghost community” and “interpretations of situations”, to understand how a non-violent person becomes a “dangerous criminal”.

Keywords: Constitution; Ethnic Minorities; Racism; Tolerance.

¹ Professor da Universidade Estadual Milão; Criminólogo, Advogado e Psicólogo. Milão – Itália. E-mail: adolfo.ceretti@unimib.it. Texto recebido em 29.09.10.

² Ph.D. em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Milano – Bicocca. Milão – Itália.

1 UMA PREMISSA

O tema da violência, que sempre foi objeto de atenção dos pesquisadores oriundos das mais diferentes disciplinas, permanece – também na seara das ciências sociais – envolvido por uma áurea de “incompreensibilidade” que obstrui o reconhecimento e a compreensão das dimensões de sentido utilizadas pelo ator social, quando prepara, interpreta, decide e, por fim, executa um ato atroz.

Isso não surpreende. De fato, é exatamente quando o crime se faz mais abominável e a violência mais surpreendente que a questão do “sentido” que o agir violento pode ter para os indivíduos – sejam esses atores, vítimas ou simples espectadores – se faz particularmente árdua, capaz de requerer o máximo esforço interpretativo.

Para tentar responder a esse desafio, consideramos útil introduzir alguns aspectos da abordagem teórica elaborada pelo criminologista norte-americano *Lonnie Athens*, e por nós mesmos em *Cosmologie violente: percorsi di vite criminali*³, que devem ser vistos como guias para nortear as dinâmicas dos atos atrozes mais abomináveis.

2 ALÉM DA PSICOPATOLOGIA E DO DETERMINISMO SOCIAL

A finalidade dessa proposta teórica – que se coloca à margem da tradição filosófica conhecida pelo nome de “interacionismo simbólico”⁴ – é tentar compreender justamente os processos que animam as “experiências sociais violentas”, além de uma rígida distinção entre normalidade e psicopatologia, e entre indivíduo e sociedade.

Já chegando à metade do século passado, *Tamotsu Shibutani*, um dos mais ilustres intérpretes da tradição interacionista, fazia as seguintes reflexões acerca da relação entre crime abominável e doença mental:

“[...] há uma considerável discordância entre os psiquiatras sobre o que deveria definir o rótulo ‘psicopata’. De qualquer forma, o termo é sempre mais utilizado para indicar os criminosos depravados, aos quais

³ CERETTI, Adolfo; NATALI, Adolfo. *Cosmologie violente: percorsi di vite criminali*. Milano: Raffaello Cortina, 2009.

⁴ O interacionismo simbólico nasceu, como é sabido, na sequência das lições dos anos vinte do século passado de *George Herbert Mead*, do Departamento de Filosofia da Universidade de Chicago, e colocou suas raízes, até mesmo, nos primeiros anos desse século.

parece faltar uma ‘consciência’. Eles seriam capazes de cometer crimes brutais, dos quais a maioria dos outros criminosos se absteria”⁵.

De fato, apesar dos muitos avanços feitos no conhecimento da relação entre comportamento violento “normal” e comportamento violento “psicótico”, ainda hoje a sobreposição e a confusão desses dois fenômenos e das relativas categorias comporta – muito frequentemente – uma desenvolta “redução” da complexidade do agir violento somente à esfera psicopatológica. O estudo de *Athens* – e o nosso – busca, ao invés, compreender o ator violento, encontrando-o ao lado das dimensões psicopatológicas, evitando também de recair na imprudente simplificação que vê o ser humano, a sua consciência e suas ações, como o produto determinístico do ambiente em que vive – e, especificamente, o ato violento como produto necessário de um mundo social violento.

Amartya Sen, em *Identità e violenza*, usa a eficaz expressão “miniaturização do ser humano”⁶ para indicar a operação de “redução” do homem a um “microcosmo”, mero espelho do mundo social em que vive. Ainda quanto à relação entre indivíduo e ambiente “externo”, são incisivas as palavras de *Shibutani*:

“[...] normalmente pensamos no ambiente como algo que se encontra ‘lá fora’ e que esbarra em nós [...] mas o que nós experimentamos não é uma ‘cópia carbono’ daquilo que efetivamente constitui o ambiente externo. Isso é algo construído na sucessão de intercâmbios que constitui o processo da vida [...]. Os homens não são criaturas passivas à mercê dos estímulos externos; em grande parte eles criam o mundo no qual vivem e atuam.”⁷

São essas algumas das coordenadas significativas pelas quais começamos a nos mover dentro da perspectiva teórica de *Lonnie Athens*, e no sentido das “cosmologias violentas”.

3 A PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA DE LONNIE ATHENS

Athens é um criminólogo norte-americano que ensina atualmente na Seton Hall University, em New Jersey. Suas obras principais são *The*

⁵ SHIBUTANI, Tamotsu. *Society and personality: an interactionist approach to social psychology*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1961. p. 317.

⁶ SEN, Amartya. *Identità e violenza*. Roma; Bari: Laterza, 2006. p. 188.

⁷ SHIBUTANI, Tamotsu, *Society and personality: an interactionist approach to social psychology*, p. 65.

creation of dangerous violent criminals, de 1989, e *Violent criminal acts and actors revisited*, de 1997. Também importantes para a compreensão dos aspectos mais inovadores de seu pensamento são alguns artigos que marcaram seu trajeto de pesquisa e que colocam em destaque as passagens-chave de seu paradigma explicativo, dentre os quais o fundamental texto *The self as a soliloquy*, de 1994, que será mencionado ao longo desta contribuição.

Como já citamos, Athens fornece, sem se contrapor frontalmente, uma explicação alternativa à tradicional perspectiva que explica o “comportamento criminoso violento”, relacionando-o prevalentemente ao universo da “doença mental”. Na “lógica comum”, e também em muitas “lógicas científicas”, de fato, não se considera possível que uma pessoa dita “normal” possa cometer certos tipos de ações que, pela gravidade e falta de provação, parecem absolutamente “irracionais”, “insensatas”, “gratuitas”, incompreensíveis.

Athens, ao contrário, consegue – a nosso ver – identificar e descrever com sucesso os percursos psicossociais que levam um indivíduo a realizar atos violentos, como homicídios, lesões graves ou violências sexuais⁸, demonstrando como tais percursos não estão “marcados” por uma natureza “irracional” e “incontrolável” – que frequentemente são considerados base dos chamados *raptus*, mas, ao invés, construídos e colocados dentro de itinerários interpretativos passíveis de reconstrução, partindo da perspectiva de quem os vivenciou, devolvendo traços de “sentido” em certa medida “inteligíveis” e “comparáveis”. De tal maneira, o agir dos “criminosos violentos” é abordado e reconhecido como carregado de sentido, à luz de um método –interacionista – que, distanciando-se de uma explicação linear de causa-efeito, permite aprofundar o conhecimento de mundos sempre pouco comprehensíveis e comunicáveis. *Athens* utiliza, de fato, um modelo definido “processual”, com base no qual os fenômenos são entendidos como êxitos de processos de desenvolvimento, cujas fases iniciais não determinam automaticamente

⁸ A definição de “comportamento substancialmente violento” que *Athens* formula para moldar o próprio “objeto” de pesquisa compreende as situações nas quais: “(1) a vítima foi agredida fisicamente de forma grave, ou seja, ferida não accidentalmente ou por acaso com um tiro de arma de fogo, com uma punhalada, com um golpe de bastão ou por espancamentos, ensejando a intervenção de um médico; (2) violentada de forma grave com atos de penetração, sodomia, *fellatio* ou *cunnilingus*, sob a ameaça de outros danos físicos graves, ou sofrendo outros mais ou menos graves.”. (ATHENS, Lonnie. *Violent criminal acts and actors revisited*. Urbana: University of Illinois Press, 1997. p. 31).

as finais⁹: o evento final – em nosso caso a ação violenta – representa sempre o resultado nunca previsível de um longo e difícil processo interpretativo e simbólico desenvolvido e só eventualmente levado ao fim pelo seu ator. Cada passagem à fase seguinte, e o desenvolvimento sucessivo dos acontecimentos, é, nessa ótica, sempre exercida ativamente pelas escolhas interpretativas do ator, que nunca se limita a “reagir” a um estímulo externo sem opor nenhuma resistência, mas, ao contrário, interpõe (e em alguns casos opõe) a particular resistência “reflexiva” formada pelo *self*, compreendido como filtro simbólico da realidade.

Seguindo essas direções teóricas, antes de responder à interrogação referente ao “porquê” um indivíduo, em um momento preciso de sua vida, decide, “inesperadamente” e “surpreendentemente”, atacar fisicamente outro, seria preciso considerar que cada ato tem uma história e é necessário saber algo sobre essa história e sobre a de seu autor, antes de poder compreender seu “sentido”. É efetivamente por meio de entrevistas qualitativas semiestruturadas com detentos condenados por crimes mais hediondos, perguntando-lhes “o que pensavam” e “o que sentiam” no momento em que cometiam um homicídio ou uma violência sexual, que *Athens* – e nós – conseguimos capturar progressivamente os significados dos atos violentos, conseguindo evidenciar a fundamental “ambiguidade” que atravessa o “nossa” mundo e o dos “outros”. De um lado, de fato, o papel “ativo” e “reflexivo” do indivíduo na construção da ação violenta é o mesmo que preside e guia qualquer outra nossa ação (mesmo as não violentas). Por outro lado, registra-se uma dramática diferença entre “nós” e “eles”, no fato que os atores violentos escolhem uma ação violenta como meio de resolução de um conflito em andamento. O reconhecimento dessa ambiguidade em nível de significado entre mundos parecidos – mas não iguais – contribui para não esgotar o “problema da criminalidade violenta” com a questão da “doença mental” e motiva a focar com novo olhar a profundidade qualitativa do “porquê violento” de muitas ações humanas.

Familiarizar-se com as sequências de raciocínios que qualificam o trabalho dos interacionistas simbólicos ajuda a subverter muitas admissões dadas por algumas, a reorganizar conceitualmente questões cruciais. Falando, por exemplo, de “vontade”, de “objetivos”, de “motivos”, esses últimos são quase sempre considerados, em termos de sentido comum, como “causas” da conduta. Os interacionistas explicam esses processos de

⁹ ATHENS, Lonnie. Blumer’s method of naturalistic inquiry: a critical examination. *Studies in Symbolic Interaction*, v. 5, p. 244, 1984.

forma totalmente diferente: “um objetivo visualizado ajuda a coordenar os movimentos, e torna possível, ao menos em parte, controlar de forma consciente o próprio agir. Nessas circunstâncias, o comportamento voluntário é experimentado como animado por uma intenção; é percebido como dirigido, pois se desloca até um objetivo fundamentado por um projeto”¹⁰. O lema “motivos” deve ser aqui substituído pelo mais complexo, “intenções”, que são “imagens de um ato levado à sua realização com sucesso”. De outro modo, os “motivos” não devem ser confundidos, como acontece no sentido comum, com os “impulsos”, com a “exortação” que está atrás dos fatos, com os “desconfortos” que colocam em movimento o organismo, mas devem ser referidos aos “objetivos conscientemente declarados que fornecem direção, unidade e organização a uma sucessão de movimentos [...]. Os motivos não estão presentes no começo de um ato, mas emergem somente após a ocorrência de qualquer interferência”¹¹. Tornamo-nos, então, conscientes de nós mesmos, de nossas próprias “intenções” e dos “motivos” que estão na base daquele gesto, se é necessário operar um esforço, uma oposição, uma luta.

Em um horizonte cultural diferente desse interacionista, *Eugène Minkowski* chega paradoxalmente a declarar que o homem que realiza um movimento “voluntário” não está dando, na realidade, alguma prova de vontade, a qual somente ocorre quando se encontram ao longo do caminho obstáculos e resistências, quando “começamos a nos dizer” que uma tarefa não é possível, quando “se torna evidente a necessidade de um esforço complementar”: é nesse ponto que falamos de um esforço de vontade, ou seja, a faculdade de prolongar o nosso caminho, ir além do obstáculo que se ergue frente a nós e que tende momentaneamente a nos conter. A vontade “se coloca na vida, formando sua trama e condicionando seu constante avanço”¹². Acerca desse aspecto, também concorda totalmente *Alexander Lowen*, pai da bioenergética, quando relembra que

“cada ato de vontade é a afirmação de uma decisão. Por exemplo, a afirmação ‘quero fazer isto’ poderia também ser expressa por ‘eu estou decidido a fazer isto’. Ambas as afirmações implicam um obstáculo,

¹⁰ SHIBUTANI, Tamotsu, *Society and personality: an interactionist approach to social psychology*, p. 77.

¹¹ SHIBUTANI, Tamotsu, *Society and personality: an interactionist approach to social psychology*, p. 77-90.

¹² MINKOWSKI, Eugène. *Verso una cosmologia: frammenti filosofici*. Torino: Einaudi, 2005, p. 19-22 (Tradução de: MINKOWSKI, Eugène. *Vers une cosmologie: fragments philosophiques*. Paris: Aubier-Montaigne, 1936).

contra o qual a vontade é ativa. Onde não há nenhum obstáculo a um impulso, a vontade não é necessária. Não preciso de minha vontade para fazer algo que desejo fazer [...]. O fazer aquilo que acontece naturalmente não requer nenhum esforço consciente, nem ato de vontade”.¹³

4 O OLHAR DO CIENTISTA SOCIAL: A ÓTICA INTERACIONISTA

O método de pesquisa adotado por *Athens* no campo social coloca suas bases epistemológicas no pensamento de *Herbert Blumer* – o pesquisador que mais desenvolveu os aspectos metodológicos do interacionismo simbólico. Brevemente, para ambos os pesquisadores, ele consiste na afirmação de que o método das ciências sociais não pode ser importado indiscriminadamente do mundo técnico-científico, mas deve encontrar uma forma autônoma e adequada para o específico sujeito/objeto de estudo que é o ser humano¹⁴. Dessa afirmação derivam duas passagens-chave, que devem ser consideradas para compreender as potencialidades heurísticas da teoria do criminólogo norte-americano.

Antes de tudo, é necessário refletir sobre a peculiar relação de identidade e de troca recíproca que liga o cientista-observador ao sujeito/objeto-observado. Para o interacionismo simbólico, o homem habita um mundo de “objetos sociais”, em relação aos quais age na onda dos significados que lhe foram atribuídos ao longo da interação social, e em razão de suas experiências passadas.

Desse mundo “significativo”, “provisto de sentido”, participam tanto o sujeito/objeto estudado – no nosso caso, o “criminoso violento”–, como o pesquisador que, para indagar adequadamente sobre o fenômeno em observação, terá de adotar a perspectiva assumida pelo sujeito “objeto de estudo”, o qual se torna, assim, um sujeito/objeto-ator, ou seja, um indivíduo que antes de ser observado, já, por sua vez, observou. Essa atitude do cientista é necessária para não cair naquela que os interacionistas definem como a “pior forma de subjetivismo”, ou seja, a substituição dos significados “assim como interpretados pelo indivíduo observado” com os significados “assim como interpretados pelo cientista social”¹⁵. Trata-se,

¹³ LOWEN, Alexander. *Volontà di vivere e voglia di morire*. Milano; Roma, 2004. p. 4-5.

¹⁴ BLUMER, Herbert. *La metodologia dell'interazionismo simbolico*. Roma: Armando, 2006 (Tradução de: BRUMER, Herbert. *Symbolic interactionism: perspective and method*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1969).

¹⁵ ATHENS, Lonnie. Blumer's method of naturalistic inquiry: a critical examination, p. 241-257.

portanto, de assumir o ponto de vista de quem agiu violentamente para salvar o excesso de significado de suas experiências interiores, observadas em sua dimensão “cosmológica” – aquele amplo e estratificado horizonte dentro do qual é construída cada ação nossa, mesmo as mais atrozes. O observador, de qualquer modo, em seu esforço explorador do universo que pretende indagar, realiza sempre essas incursões – mesmo quando não está ciente – partindo de seu cosmo simbólico de adesão: e é somente nessa certa medida que ele pode se aproximar e observar o outro.

Para realizar essas operações, usaremos “conceitos sensibilizadores” que permitem observar um fenômeno por meio de lentes inéditas e capturar “elementos” “inesperados” e “imprevistos”.

5 DENTRO DE ALGUNS “CONCEITOS SENSIBILIZADORES”: ENTRE “SOLILÓQUIO”, “COMUNIDADE FANTASMA” E “INTERPRETAÇÃO DAS SITUAÇÕES”

Os “conceitos sensibilizadores” dos quais falaremos nesta breve contribuição devem ser entendidos – seguindo a tradição interacionista – como olhos mantidos continuamente e intencionalmente “arregalados” sobre o mundo, como instrumentos que direcionam o olhar abrindo perspectivas e evitando definir para sempre o próprio objeto de observação, salvando a complexidade e o excesso que caracteriza cada experiência social (no nosso caso, a violência exercida pelo homem sobre o homem).

Alguns dos conceitos que *Athens* extrai da matriz interacionista são os de *self*, de “reflexividade”¹⁶, de “imagem de si mesmo”, de “interpretação da situação”, de “assunção de comportamentos alheios” e de “interação social” – que acontecem em razão de repetidos processos de *role-taking*¹⁷. Não é possível aprofundar, nem esporadicamente, seu

¹⁶ Por “refletividade”, *Mead* entende a capacidade do *self* de ser sujeito e objeto ao mesmo tempo, de observar e observar-se e, mais importante, de instaurar um *diálogo entre si e em si mesmo*, durante o qual o sujeito se confronta com diversos pontos de vista. E é exatamente esse processo no qual se “toma nota” das variáveis da situação na qual se está envolvido que permite um agir “consciente”, ou seja, um agir que é o êxito de uma “comunicação interior”. E comunicar ou “conversar” consigo mesmo não significa somente selecionar as informações, mas torná-las disponíveis à consciência, partindo de diferentes pontos de vista.

¹⁷ O *role-taking* é para os interacionistas simbólicos o meio para tornar possível a “assunção de um comportamento alheio”, por meio de generalizações que permitem antecipar as respostas dos “outros” e moldar sobre elas nossos atos, tendo em vista o objetivo desejado.

conteúdo. Limitamo-nos em relembrar que segundo essa tradição de pensamento, o indivíduo entra em contato com o mundo social por meio de uma incessante “conversa interior”/“solilóquio”, que consiste em um fluxo constante entre dois “polos”: o *I* e o *Me* – onde *I* é o “impulso para agir”, ao passo que o *Me*, o conjunto generalizado das expectativas da sociedade que o indivíduo faz suas, interiorizando-as por meio de repetidas “assunções de comportamentos alheios”¹⁸. Assim como o *I* não predetermina o êxito da ação final, também o *Me*, ou seja, o polo “institucional” e de “autocontrole social” do *self*, não determina o agir do indivíduo sem “saídas”.

O *self*, nesse sentido, não se reduz nem a um só desses momentos, nem a uma mera interação entre os dois componentes: ele consiste, mais exatamente, naquele peculiar processo de comunicação durante o qual a pessoa dirige-se a si mesma e se dá respostas¹⁹ na forma de “conversa interior”/“solilóquio”²⁰. *Athens*, a respeito, destaca treze princípios que guiam o solilóquio. Ilustraremos somente alguns desses.

Antes de tudo, (1º princípio) “as pessoas conversam consigo mesmas como se estivessem falando com alguém, com a diferença que elas falam sinteticamente”²¹. Isso significa que quando falamos com nós mesmos, o fazemos de forma muito mais rápida e reduzida, por meio de “elipses” portanto, se comparada com a fala com os outros. Por essa razão, muito frequentemente resulta difícil traduzir em palavras nossos próprios pensamentos.

¹⁸ MEAD, George Herbert. *Mente, sé e società: dal punto di vista di uno psicologo comportamentista*. Firenze: Giunti Barbera, 1966. (Tradução de: MEAD, George Herbert. *Mind, self, and society: from the standpoint of a social behaviorist*. Chicago: The University of Chicago Press, 1934).

¹⁹ BLUMER, Herbert, *La metodologia dell'interazionismo simbolico*, p. 55.

²⁰ O conceito de solilóquio, mesmo se apresentado sob outras denominações, já está presente nos autores de referência de *Athens*, a saber, em Mead e Blumer. Mead, de fato, fala do *self* como de uma conversação entre *I* e *Me*. Ao passo que Blumer fala do chamado processo de *self-indication*, por meio do qual a pessoa, indicando a ela mesma uma variável de uma situação, a coloca no processo interpretativo. O que está na base dessas explicações é aquilo que Mead chama de princípio de “refletividade” do *self*, ou seja, a capacidade que o *self* tem de ser sujeito e objeto ao mesmo tempo, de observar e observar-se, e, mais importante, de instaurar um *dialogo entre si e si mesmo*, durante o qual o sujeito se depara com diferentes pontos de vista.

²¹ ATHENS, Lonnie. The self as a soliloquy. *The Sociological Quarterly*, v. 35, n. 3, p. 524, 1994.

Além do mais, (4º princípio) o solilóquio transforma as cotidianas sensações corpóreas – indefinidas, difundidas, amorfas, oriundas de fontes internas ou externas – em emoções que nós, depois, identificamos nos sentimentos de orgulho ou de vergonha, de felicidade ou de tristeza, de amor ou de ódio, de tranquilidade ou de raiva.²²

O 3º princípio afirma que quando alguém fala conosco, devemos simultaneamente nos contar o que ele está nos dizendo. “Assumir a perspectiva do outro”, ser ativa e “refletidamente” envolvidos na comunicação com os outros significa exatamente isso.²³

O solilóquio permite, assim, ao indivíduo se tornar e tornar compreensíveis as experiências interiores e as sociais que vive, de caráter cognitivo e ao mesmo tempo emocional, dando uma ordem e uma organização a um conjunto já indiscriminado e “amorfo” de impressões.

Por fim, (10º princípio) é o que *Athens* define como “comunidade fantasma” que assume o papel de “interlocutor principal” dos nossos solilóquios: ela é o extrato das nossas experiências passadas “significativas”, assim como formas por nós vividas, interpretadas e repercorridas no presente ao longo de um processo dialógico e dialogante com os nossos “outros significativos”. Podemos imaginá-la como um “parlamento interior” constituído por tantas opiniões quantos são os “outros significativos” que internalizamos no curso de nossa vida e que oferecem sugestões ou ditam ordens para nossas ações futuras.

O atributo “fantasma” deve-se ao fato que essa comunidade de opiniões existe “somente” e “sempre” sob a forma de representações mentais que o sujeito faz delas; ao mesmo tempo, porém, essa comunidade está bem longe de ser “fantasma” nas nossas vidas reais, ao passo que, através do solilóquio, age realmente nos mundos sociais e nas ações que os indivíduos decidem realizar. Além disso, considerando que o passado de cada um de nós é sempre algo “único”, também quem vive dentro das margens da própria “comunidade física” poderá formar diferentes “comunidades fantasmas”, nunca se reduzindo ao mero produto do próprio meio social.²⁴

²² ATHENS, Lonnie, *The self as a soliloquy*, p. 525.

²³ ATHENS, Lonnie, *The self as a soliloquy*, p. 524-525.

²⁴ ATHENS, Lonnie. Radical interactionism: going beyond Mead. *Journal for the Theory of Social Behaviour*, v. 37, n. 2, p. 139, 2007.

Analisando os “fluxos de consciência” revelados pelas entrevistas realizadas na onda desses “conceitos sensibilizadores”, *Athens* identifica quatro tipos de “interpretação da situação” que representam ulteriores “conceitos sensibilizadores” e demonstram como as pessoas violentas, antes de cometer atos criminosos violentos, constróem ativa e refletidamente as respectivas linhas de ação.²⁵

O processo interpretativo compõe-se de duas fases: “definição” e “juízo”. Durante a primeira fase, o ator violento, assumindo o comportamento da vítima, indica a si mesmo o significado dos gestos que aquela realiza. Na segunda fase, ele “assume o comportamento” da própria “comunidade fantasma” e decide que terá de agir violentamente.

As “interpretações da situação” destacadas por *Athens* são de quatro tipos: a interpretação “fisicamente defensiva”, a interpretação “frustrativa”, a interpretação “maléfica” e a interpretação “frustrativa-maléfica”²⁶. O momento que caracteriza cada tipo de interpretação é representado pela “definição da situação”, ao passo que a segunda fase, a do juízo favorável à ação violenta, opera como elemento unificador, frente à variedade interpretativa. Cada interpretação envolve dimensões sociais fundamentais, como a interpretação “cara a cara”, a “assunção de comportamentos alheios”, a “conversa consigo mesmo”, a “imagem que se tem de si mesmo” e a “que construímos do outro”, os pensamentos e as emoções emergentes.

6 UM ÉXITO NUNCA PREVISÍVEL

Em 1989, *Athens* publicou *The creation of dangerous violent criminals*, trabalho que se propõe a encontrar a origem das “comunidades fantasmas” violentas, dos interlocutores internos que pregam a utilização da violência para a resolução de conflitos, e que distinguem os “criminosos violentos” de todas as outras pessoas. Em outras palavras, a pergunta que se faz é a seguinte: de onde vem uma “comunidade fantasma” que reserva dentro de si um lugar privilegiado para uma resposta violenta ao mundo?

A explicação de *Athens* para essa ordem de perguntas, bem longe de qualquer pretensão etiológica, direciona-se a um paradigma “processual” que encontra no percurso de “violentização” o caminho que conduz uma

²⁵ ATHENS, Lonnie, *Violent criminal acts and actors revisited*, p. 32.

²⁶ Para as formulações específicas das “interpretações da situação”, ver: CERETTI, Adolfo; NATALI, Adolfo, *Cosmologie violente: percorsi di vite criminali*, cit.

pessoa, a princípio não violenta, a se tornar um “perigoso criminoso”. Suas fases podem ser imaginadas como uma série de quartos, cada um dos quais tem duas portas, uma de entrada e a outra de saída. Para chegar até a última, é necessário passar pelo quarto anterior, mas há também a possibilidade de que nunca se chegue²⁷. O final, mais uma vez, é aberto e problemático: o pressuposto dessa abordagem com “final aberto”, de fato, é sempre a capacidade que cada ser humano tem de “improvisar” e de “surpreender” a qualquer momento.

7 EM DIREÇÃO AOS NOVOS CONCEITOS SENSIBILIZADORES: AS “COSMOLOGIAS VIOLENTAS”

Mas de que forma os homens e as mulheres falam a si mesmos, o que eles se contam, quando decidem se comportar da forma como que se comportam, manifestando, por exemplo, atos violentos?

E quem filtra as ordens e mantém o comando dentro daquela cabine de direção que conduz um agir destrutivo?

A perspectiva proposta por *Athens* contém numerosos pontos para nos convencer de que a elaboração interior desses atos é conscientizada pelo processo simbólico por meio do qual o ator indica a si mesmo (*self-indication*) e avalia – mesmo se brevemente e de forma sempre “falível” – “se e como certos elementos – crenças, ideias, desejos ou estados de coisas – têm relação com ele” e o que “pensar, dizer e fazer em um determinado contexto”²⁸. É esse diálogo interior – que não tem uma natureza psicológica, mas relacional²⁹ – que dá um sentido aos atos em si.

Essa “atividade reflexiva” que precede e acompanha a “interpretação da situação”, a definição da “imagem de si mesmo”, fornece conselhos convidando a tomar posição, a agir ou a se abster de fazê-lo. Ela não discorre se referindo somente a imediatismo de um

²⁷ ATHENS, Lonnie. *The creation of dangerous violent criminals*. Urbana: University of Illinois Press, 1992. p. 21.

²⁸ ARCHER, M. S. *La conversazione interiore*: come nasce l’agire sociale. Gardolo, Trento: Erickson, 2006. p. 86. (Tradução de: ARCHER, M. S. *Structure, agency and the internal conversation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

²⁹ “A ‘conversação interior’ pode ser definida como uma ‘propriedade pessoal emergente’, mais que uma ‘faculdade’ psicológica dos indivíduos, que remeteria a uma sua disposição intrínseca. Em outros termos, a conversação interior é uma *propriedade relacional* e as relações em questão são as que se dão entre a mente e o mundo.” (ARCHER, M. S., *La conversazione interiore*: come nasce l’agire sociale, p. 178).

contexto³⁰, mas remete a algo mais enraizado, àquele ininterrupto sentido de si mesmo que opera dentro de circuitos neurais repetidamente utilizados por ter assumido os “comportamentos alheios” ao longo do tempo e extraído os “raciocínios morais”, as “máximas morais” e as indicações para empreender ações.

Além do mais, nem os estados de ânimo e as emoções que antecipam e acompanham atos violentos brutais mudam, na sua essência, se comparados aos que vivemos ao longo de nossas “normais” vidas cotidianas. A redefinição da paisagem interior que se faz cenário do desencadear das dinâmicas agressivas é causa, mais exatamente, das acelerações que os diálogos interiores/solilóquios dos atores violentos recebem quando eles interpretam dramaticamente a situação em que são jogados, “escutando” e “respondendo” às próprias experiências interiores que estão por vir no presente³¹ daquele gesto.

Considerando essa complexidade, se ao longo da vida o *self* – aquele “prisma”, aquele centro de convergência, refração e orientação alimentado pela “comunidade fantasma”, através do qual lemos refletidamente (mas nunca de forma totalmente “transparente”) nós mesmos e o mundo externo – não é deixado deslizar até uma composição valorativa e simbólica de caráter violento, o ator poderá continuar dizendo a si mesmo, de forma suficientemente harmônica, quando necessário, frases do tipo: “Não liga para gente como essa!”. Mas, após ter adentrado um percurso de “violentização”, ter internalizado “outros fantasmas” brutais e/ou ter interpretado dramaticamente uma certa situação, um indivíduo pode, sempre ligado com a própria “comunidade fantasma”, dizer a si mesmo frases do tipo: “Faz ele em pedaços sem piedade!”.

³⁰ Condutas altamente destrutivas podem, porém, ser realizadas quando as pessoas deparam-se, vivendo “coletivamente” (ou seja, junto a outros indivíduos), com drásticas, radicais e globais “mudanças dramáticas de si mesmas”, dentro de uma situação total. Valem como exemplos, a experiência carcerária de Stanford idealizada e guiada por Philip Zimbardo em 2007 e os recentes e dramáticos acontecimentos de Abu Ghraib (Cf. ZIMBARDO, Philip G. *L'effetto Luciferio: cattivi si diventa?* Milano: Raffaello Cortina, 2008 (Tradução de: ZIMBARDO, Philip G. *The Lucifer effect: understanding how good people turn evil*. New York: Random House, 2007).

³¹ “O presente é um ato particular que reúne a narrativa e a ação. E, como no presente há narração, isso implica necessariamente fenômenos de memória.” (MINKOWSKI, Eugène, *Il tempo vissuto. Fenomenologia e psicopatologia*. Torino: Einaudi, 2004. p. 32 – Tradução de: MINKOWSKI, Eugène. *Le temps vécu. Études phénoménologique et psychopathologiques*. Paris: J. L. L. d'Artrey, 1933).

Distanciamo-nos, assim, da ideia de que haja “variáveis” sociais e individuais que “condicionam” necessariamente no sentido de tomar “deliberações” que transcendam a “reflexividade” de um indivíduo: “O que move o agente/ator social é a sua reflexividade interna”³², frente à situação que ele está vivendo e aos sentimentos, às visões, aos projetos que nascem. É a “refletividade” que faz de nós “agentes ativos”, ou seja, pessoas que têm um certo domínio em determinar a própria vida, em se autoavaliar e em assumir responsabilidades pessoais.

Seguindo os ensinamentos do interacionismo simbólico e das tradições de pensamento inerentes a ele, concordamos com *Marco Inghilleri*, quando afirma que: “O mundo, como nós o conhecemos, é uma realidade construída socialmente que assim nos parece através dos nossos ‘acordos’ com as outras pessoas. De fato, nós formulamos gradativamente uma *cosmologia* total, no pano de fundo da qual os nossos acordos sociais acontecem e conforme à qual são legitimados.”³³

Ainda, é partindo dessa consciência e dessas premissas, que construímos – por meio da condução de algumas entrevistas “narrativas” com sujeitos condenados por crimes violentos³⁴ – o conceito de “cosmologia violenta”. Ele se tornou para nós um “conceito sensibilizador” com a finalidade de restituir um sentido às condutas humanas (violentas), além de qualquer rígida e formal distinção entre normalidade e sofrimento

³² DONATI, Pierpaolo. *La conversazione interiore: un nuovo paradigma (personalizzante) della socializzazione*. Introduzione all'edizione italiana. In: ARCHER, M. S. *La conversazione interiore: come nasce l'agire sociale*. Gardolo, Trento: Erickson, 2006. p. 16.

³³ O grifo é nosso. *Marco Inghilleri* desenvolve considerações muito significativas sobre o papel da “narração” e do “diálogo” na relação de cada um com a própria realidade: “Instaurar um diálogo com uma pessoa significa reconhecer e reconstruir o modo com que ela constrói o seu mundo e ela mesma, como estão as coisas sob seu ponto de vista, que experiência tem desse mundo, como o avalia e o julga, também por meio de suas emoções, como constrói o sentido de realidade, como atua nele e quais efeitos produz, como esse mundo responde ao que ela faz e quais efeitos isso produz refletidamente sobre a pessoa.” (INGHILLERI, Marco. *Il linguaggio come strumento del cambiamento nella psicoterapia interattivo-cognitiva*. 2005. Disponível em: <<http://psicologiaclinica.splinder.com/post/19799159/il-linguaggio-come-strumento-del-cambiamento-nella-psicoterapia-interattivo-cognitiva>>). Acesso em: 28 dez. 2010).

³⁴ As entrevistas – sete no total – tiveram uma duração média de quatro horas cada, foram todas conduzidas na Casa de Reclusão de Milano-Opera, e foram integralmente gravadas, reproduzidas e fielmente transcritas. Algumas passagens dos depoimentos colhidos estão presentes no livro *Cosmologie violente: percorsi di vite criminali*, cit.

psíquico³⁵, capaz de ajudar na compreensão e na narração das esferas simbólicas construídas pelos atores sociais no curso de suas interações e experiências nos mundos que habitam.

Não existe um gesto violento, uma “agressão física”, um “ataque corporal”³⁶, por mais “louco” e cruel que seja, que não implique em uma “cosmologia”. Repercorrendo a trajetória de *Athens*, temos a tendência a imaginar os “atores violentos” como orientados em direção a uma “individualidade” organizada ao redor de uma “comunidade fantasma”, que dispensa apoio moral para respostas violentas, e que nós chamamos “cosmologia violenta”. Para nós, ela envolve a dimensão “individual-universalizante”, “sensível-pensante”, “consciente-reflexiva” e pessoal, por meio da qual os homens idealizam o mundo e buscam fazer nele seu caminho, construindo ativamente o próprio agir.

Nessa perspectiva, o homem é um “cosmo” por ele criado, um cosmo que produz sentido, e as “deliberações reflexivas” são “atividades” das quais o ator é largamente consciente³⁷ e às quais participam os juízos, as opiniões, os elogios, as advertências dos “outros significativos” internalizados, que sugerem/ordenam como traduzir tudo isso em atos (violentos). É essa incessante conversa consigo mesmo que fornece a trama para a construção e a contínua atualização de uma “cosmologia” pessoal, concebida como um “conjunto organizado de perspectivas” pelo qual olhamos e interpretamos o mundo.

Quando dialogamos com nós mesmos, de fato, tentamos por em ordem, numa disposição, a pluralidade de vozes, de imagens e de representações – algumas depositadas e arquivadas há muito tempo – que pedem para ser recebidas, seguidas e, às vezes, rigidamente obedecidas. Então, a “cosmologia” é, além do mais, a construção de uma trama narrativa voltada sobretudo para nós mesmos: o agir que faz contraponto é harmônico e “retirado” das palavras que narram e dão sentido a esses encontros. Como assevera com grande clareza *Paolo Jedlowski*, “[s]e

³⁵ Esses conceitos baseiam-se nos percursos teóricos desenvolvidos por *Eugène Minkowski* em suas obras e, particularmente, em *Verso una cosmologia: frammenti filosofici*, cit.

³⁶ VIGANÒ, Francesco. *La tutela penale della libertà individuale: l'offesa mediante violenza*. Milano: Giuffrè, 2002.

³⁷ Archer afirma: “É uma perspectiva bem diferente, logo, de teorias como a da escolha racional (*rational choice*), que tende a contrapor os diversos desejos e convencimentos do agente, que parece extrair – dadas as relações de força entre uns e outros – a ordem de suas preferências individuais.” (ARCHER, M. S., *La conversazione interiore: come nasce l'agire sociale*, p. 86-87).

podemos exprimir a vida sob a forma de histórias é [...] porque a vida em si tem uma dimensão histórica: [...] a vida se coloca no tempo, e assim ela se oferece como um material descritível"³⁸. Essas “narrações” não são somente “resumos” e “racionalizações” por meio dos quais os atores sociais explicam as razões das próprias ações, mas também “práticas reflexivas [...] profundamente encarnadas no decorrer das ações dos indivíduos”.³⁹

8 COSMOLOGIA E DIMENSÕES PSICOPATOLÓGICAS

Se nossa missão é entender de onde vêm os comportamentos e as “vidas violentas”, “tentando captar e distinguir os diversos movimentos, as várias qualidades dinâmicas, para estudar, depois, as afinidades específicas e os diversos liames”⁴⁰, assim será o próprio reconhecimento dessas “dinâmicas” e dos “liames” impregnados em seus “mundos” de referência – que muitas vezes enveredam para relações de “domínio” – que afastará a pretensão dos “violentos” serem na maioria indivíduos “desorganizados”, cujos atos “brutais” e “distônicos” são reveladores de patologias.

Os principais estudos sobre o tema concordam em afirmar que, apesar de existir uma moderada, mas significativa associação entre violência e distúrbio mental, ela não é “criada” pela doença; porém, de qualquer forma, é uma característica temperamental ou de personalidade que preexiste à doença e, nessa condição, não é mais controlada.⁴¹

Outrossim, as cotas mais significativas da violência observada nas pessoas doentes mentais não envolvem pacientes psicóticos mais do que envolvem os portadores de distúrbios de personalidade, ou de patologia afetiva, ou orgânica cerebral, e, em todos esses casos, o que incide fortemente na alteração para o comportamento violento são fatores como

³⁸ JEDLOWSKI, Paolo. *Storie comuni: la narrazione nella vita quotidiana*. Milano: Bruno Mondadori, 2000. p. 34-35.

³⁹ POGGIO, Barbara. *Mi racconti una storia? Il metodo narrativo nelle scienze sociali*. Roma: Carocci, 2004. p. 24.

⁴⁰ MINKOWSKI, Eugène, *Verso una cosmologia: frammenti filosofici*, p. 150.

⁴¹ Ver em especial as conclusões às quais chega Massimo Biondi: “[...] em muitos distúrbios esquizofrênicos e maníacos, o comportamento agressivo e violento não é ‘criado’ pela doença, mas de qualquer forma é uma característica temperamental ou de personalidade que preexiste à doença e, nessa condição, não é mais controlada.” (BIONDI, Massimo. La dimensione aggressività-violenza. In: PANCHERI, P. (Org.). *Psicopatologia e terapia dei comportamenti aggressivi e violenti*. Firenze: Scientific Press, 2005. p. 118).

idade, gênero (masculino), escolaridade, uso de substâncias e condições sociais.

A “psicopatia”, por exemplo, é hoje definida como um “transtorno afetivo” que comporta, justamente, uma redução na capacidade de criar empatia e, na qualidade de recaída, um déficit na habilidade de formar “raciocínios morais”. Aos “psicopatas” é, via de regra, atribuída a capacidade de cometer crimes hediondos sem que deixem “sentimento de culpa”.

O que a nossa proposta permite sustentar é que as pessoas atingidas por essas patologias não necessariamente são incapazes de realizar atividade de *role-taking*: a execução de crimes hediondos requer sempre, em qualquer medida, uma habilidade para antecipar as ações da potencial vítima e para interpretar seus gestos. Comparados a outros “atores violentos”, eles observam suas vítimas com enorme afastamento, às vezes com evidente capacidade introspectiva, mas sempre sem se identificar com elas. Portanto, não está em jogo a grave anestesia emocional, a absoluta impossibilidade de “sentir” o que “sente” uma pessoa normal: essas características denotam sem dúvida os “psicopatas”. Mas, mesmo dentro do recinto definido por esse “distúrbio psíquico”, cada um deles pode dizer a si mesmo, e aos outros, palavras “significativas” que visem a “interpretar as situações”.

9 COSMOLOGIA E “MACROCOSMOS” SOCIAIS

O foco de nossa atenção recai, mais uma vez, sobre a “reflexividade” e sobre a “conversa interior”/“solilóquio” que, mesmo envolvidas em níveis estratificados de “opacidade”, permitem ao ator conscientizar-se do próprio “mundo interior”, capaz de provar o próprio “corpo vivente”, de reconhecer suas emoções e de dar forma ao próprio agir.

Para afastar, portanto, qualquer sedução reducionista referente à relação violência e doença mental, é necessário aceder sempre à “individualidade” de cada sujeito, cujo filtro irredutível permanece o “solilóquio”, o “movimento reflexivo” que se compõe também por meio do *role-taking*.

Mas, como antecipamos, é necessário evitar também outro perigoso reducionismo, o que induziria a considerar cada “mundo social”, cada “comunidade física” como o “macrocosmo”, o modelo que informa diretamente e com transparência a “comunidade fantasma” de quem ali habita.

Shibutani já alertava que “o mundo pessoal de cada indivíduo está centrado ao redor de si mesmo. Ao formular juízos e ao tomar decisões, falando de espaço e tempo, cada um de nós usa a si mesmo como ponto central de referencia”⁴². A biografia de cada um, de fato, opera em um “presente vivente” – que inclui passado, presente e futuro, lembranças e expectativas –, e define com que extensão e profundidade as obrigações, as normas, os *status* e os papéis sociais são internalizados pelo ator social individualmente. Cada pessoa é orientada unicamente para o seu “mundo” social e a chave para resolver o problema da relação entre *agency* e estrutura se sustenta nessa relação “cosmológica”.

É a “reflexividade” que constitui o *missing link* que opera a mediação entre as estruturas de “domínio” e o modo como, com nossas deliberações, nos colocamos frente a elas. *Pierpaolo Donati* nos relembra magistralmente: “As estruturas socioculturais influenciam o agir humano somente através da reflexividade interna da pessoa, a qual deve introduzir os dados do contexto externo nas suas estratégias e com elas se deparar [...] [N]ão se trata de um condicionamento externo que causa diretamente o ‘agir humano’.”⁴³

A “cosmologia” de cada ator social permanece, também por essas razões, potencialmente aberta a qualquer diálogo e a qualquer decisão.

Obviamente, ninguém pode se autodefinir, por via discursiva, nas formas que lhe são mais adequadas, e o conhecimento de si derivante é o êxito de um processo que vive das negociações reflexivas com os outros atores sociais, no âmbito de contextos situacionais estruturados, também em termos de “domínio”. Em outras palavras, somos artífices de nós mesmos e de nossa história, mas em um fluxo de eventos e de circunstâncias que nos transcendem e que não podemos escolher e controlar plenamente.⁴⁴

⁴² SHIBUTANI, Tamotsu, *Society and personality: an interactionist approach to social psychology*, p. 216.

⁴³ DONATI, Pierpaolo, La conversazione interiore: un nuovo paradigma (personalizzante) della socializzazione, p. 12.

⁴⁴ Ver: CERETTI, Adolfo; NATALI, Adolfo, *Cosmologie violente: percorsi di vite criminali*, cit.

10 O QUE PRETENDEMOS FAZER?

Perguntamo-nos, no início dessas reflexões, como acontece – e que etapas percorre – o “processo dinâmico” por meio do qual homens e mulheres, em um determinado momento de sua vida, decidem, “inesperadamente” e “surpreendentemente”, seguir linhas violentas de ação e agredir fisicamente outros indivíduos.

Segundo nossa proposta – como tentamos explicar, apesar da economia destas páginas – cada movimento da atividade reflexiva que se exprime e se compenetra no fluxo do “solilóquio”/“conversa interior” de cada um medeia sempre a interação “eu-mundo”⁴⁵, fazendo convergir e concentrando a pluralidade que constitui cada indivíduo, no ponto ao redor do qual toma forma a resposta à pergunta: “o que pretendemos fazer?”. Uma resposta que, em certos casos, ativará linhas de ação brutalmente destrutivas.

É à margem desse “ponto”, desse instante – que sempre traz consigo uma duração qualitativa e não somente quantitativa – que se abrem os espaços de liberdade para o agir e é exatamente a possibilidade que há de se “comunicar consigo mesmo” – escutando-se e dando-se respostas – que permite fundar o imediato, suspender-se, imaginar possíveis alternativas e direcionar o “ímpeto” para uma sucessão de imagens e de representações simbólicas – “em sintonia” com a própria “cosmologia” – que poderão, por sua vez, abrir espaço e ensejar condutas violentas.

A nossa oferta teórica – junto com a de *Athens* – propõe-se, portanto, como uma linguagem sobre o possível sentido dos atos violentos, capaz de abrir “horizontes de visualização” sobre um fenômeno que muitas vezes permanece opaco e “incompreensível”, sob o ponto de vista de um observador “externo”. Como cada linguagem, uma vez treinada e apreendida corretamente, poderá servir para ler, interpretar e “compreender” as palavras e os mundos de onde provêm esses atos, que acompanham os percursos biográficos de seus autores. Nossa interpretação – e a que cada um de nós, por ser leitor, elaborará “reflexivamente” – poderá se apoiar nessa linguagem, nessa “nova” gramática, para “dizer” do agir violento, relembrando que isso só será possível na medida que

⁴⁵ Essa atividade reflexiva especialmente medeia sempre, e de forma seletiva, (a) o indivíduo biológico, o “ímpeto vital” e o “I”, (b) as “percepções” e as “perspectivas”, (c) as “interpretações da situação”, (d) as “emoções”, (e) os “desejos”, (f) os “mundos sociais” e (g) o “tempo”. Ver: CERETTI, Adolfo; NATALI, Adolfo, *Cosmologie violente: percorsi di vite criminali*, cit.

decidirmos “aproximar” e “compreender” o “outro violento” – não sempre e necessariamente o “outro” comparado a nós.

Remetemos, para o leitor interessado e estimulado por esses últimos questionamentos, ao livro *Cosmologie violente: percorsi di vite criminali*⁴⁶, no qual tentamos “explicar” um “inesperado”, um “insensato” – aquele que irrompe na normalidade das interações sociais com a força desarmante do delito hediondo – ainda tão difícil de ser escutado, interpretado e compreendido em todas as suas múltiplas dimensões de “sentido”.

REFERÊNCIAS

- ARCHER, M. S. *La conversazione interiore: come nasce l'agire sociale*. Gardolo, Trento: Erickson, 2006. (Tradução de: ARCHER, M. S. *Structure, agency and the internal conversation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003).
- ATHENS, Lonnie. Blumer's method of naturalistic inquiry: a critical examination. *Studies in Symbolic Interaction*, v. 5, p. 221-257, 1984.
- _____. Radical interactionism: going beyond Mead. *Journal for the Theory of Social Behaviour*, v. 37, n. 2, p. 137–165, 2007.
- _____. *The creation of dangerous violent criminals*. Urbana: University of Illinois Press, 1992.
- _____. The self as a soliloquy. *The Sociological Quarterly*, v. 35, n. 3, p. 521-532, 1994.
- _____. *Violent criminal acts and actors revisited*. Urbana: University of Illinois Press, 1997.
- BIONDI, Massimo. La dimensione aggressività-violenza. In: PANCHERI, P. (Org.). *Psicopatologia e terapia dei comportamenti aggressivi e violenti*. Firenze: Scientific Press, 2005.
- BLUMER, Herbert. *La metodologia dell'interazionismo simbolico*. Roma: Armando, 2006 (Tradução de: BRUMER, Herbert. *Symbolic interactionism: perspective and method*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1969).
- CERETTI, Adolfo; NATALI, Adolfo. *Cosmologie violente: percorsi di vite criminali*. Milano: Raffaello Cortina, 2009.

⁴⁶ CERETTI, Adolfo; NATALI, Adolfo, *Cosmologie violente: percorsi di vite criminali*, cit.

- DONATI, Pierpaolo. *La conversazione interiore: un nuovo paradigma (personalizzante) della socializzazione. Introduzione all’edizione italiana.* In: ARCHER, M. S. *La conversazione interiore: come nasce l’agire sociale.* Gardolo, Trento: Erickson, 2006. p. 9-42.
- INGHILLERI, Marco. *Il linguaggio come strumento del cambiamento nella psicoterapia interattivo-cognitiva.* 2005. Disponível em: <<http://psicologi clinica.splinder.com/post/19799159/il-linguaggio-come-strumento-del-cambiamento-nella-psicoterapia-interattivo-cognitiva>>. Acesso em: 28 dez. 2010.
- JEDLOWSKI, Paolo. *Storie comuni: la narrazione nella vita quotidiana.* Milano: Bruno Mondadori, 2000.
- LOWEN, Alexander. *Volontà di vivere e voglia di morire.* Milano; Roma, 2004. p. 4-5.
- MEAD, George Herbert. *Mente, sé e sociedade:* dal punto di vista di uno psicólogo comportamentista. Firenze: Giunti Barbera, 1966. (Tradução de: MEAD, George Herbert. *Mind, self, and society: from the standpoint of a social behaviorist.* Chicago: The University of Chicago Press, 1934).
- MINKOWSKI, Eugène. *Il tempo vissuto. Fenomenologia e psicopatologia.* Torino: Einaudi, 2004. (Tradução de: MINKOWSKI, Eugène. *Le temps vécu. Études phénoménologique et psychopathologiques.* Paris: J. L. L. d'Artrey, 1933).
- _____. *Verso una cosmologia: frammenti filosofici.* Torino: Einaudi, 2005. (Tradução de: MINKOWSKI, Eugène. *Vers une cosmologie: fragments philosophiques.* Paris: Aubier-Montaigne, 1936).
- POGGIO, Barbara. *Mi racconti una storia? Il metodo narrativo nelle scienze sociali.* Roma: Carocci, 2004.
- SEN, Amartya. *Identità e violenza.* Roma; Bari: Laterza, 2006.
- SHIBUTANI, Tamotsu. *Society and personality: an interactionist approach to social psychology.* Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1961.
- VIGANÒ, Francesco. *La tutela penale della libertà individuale: l’offesa mediante violenza.* Milano: Giuffrè, 2002.
- ZIMBARDO, Philip G. *L’effetto Lucifero: cattivi si diventa?* Milano: Raffaello Cortina, 2008 (Tradução de: ZIMBARDO, Philip G. *The Lucifer effect: understanding how good people turn evil.* New York: Random House, 2007).

VERSAO ORIGINAL

VERSO LE “COSMOLOGIE VIOLENTE”.

Per una guida alla lettura degli atti violenti

Adolfo Ceretti¹

Lorenzo Natali²

1 UNA PREMESSA

Il tema della violenza, da sempre oggetto dell’attenzione di studiosi provenienti dalle più svariate discipline, rimane – anche nel campo delle scienze sociali – avvolto da un’aurea di “incomprensibilità” che ostacola il riconoscimento e la comprensione delle dimensioni di senso alle quali accede l’attore sociale quando prepara, interpreta, decide e, infine, esegue un atto atroce.

Ciò non stupisce. Difatti, è proprio quando il crimine si fa più efferato e la violenza più eclatante che la questione del “senso” che l’agire violento può avere per gli individui – siano essi attori, vittime o semplici spettatori – si fa particolarmente ardua, tale da richiedere il massimo impegno interpretativo.

Per provare a rispondere a questa sfida, riteniamo utile introdurre alcuni aspetti dell’approccio teorico elaborato dal criminologo statunitense *Lonnie Athens* e da noi stessi in *Cosmologie violente*: percorsi di vite criminali³, da intendersi come bussole per orientarsi nelle dinamiche degli atti atroci più efferati.

2 OLTRE LA PSICOPATOLOGIA E IL DETERMINISMO SOCIALE

La finalità di questa proposta teorica – che si colloca nel solco di quella tradizione filosofica nota con il nome di “interazionismo

¹ Professore Associato in Criminologia, da Facoltà di Giurisprudenza, Università di Milano-Bicocca.

² Ph.D. in Diretto Penale e Criminologia, Università di Milano – Bicocca.

³ CERETTI, Adolfo; NATALI, Adolfo. *Cosmologie violente*: percorsi di vite criminali. Milano: Raffaello Cortina, 2009.

simbolico”⁴ – è quella di provare a comprendere, appunto, quei *processi* che animano le “esperienze sociali violente”, *al di là* di una rigida distinzione fra normalità e psicopatologia, e tra individuo e società.

Già verso la metà del secolo scorso *Tamotsu Shibutani*, uno dei più autorevoli interpreti della tradizione interazionista, svolgeva le seguenti riflessioni sul rapporto tra crimine efferato e malattia mentale: “[...] c’è un considerevole disaccordo tra gli psichiatri in riferimento a ciò che dovrebbe designare l’etichetta ‘psicopatico’. Ad ogni modo il termine viene usato sempre più per riferirsi a criminali depravati a cui sembra mancare una ‘coscienza’. Essi sarebbero in grado di commettere crimini brutali dai quali la maggior parte degli altri criminali si asterrebbero”⁵. In effetti, nonostante siano stati fatti molti avanzamenti nella conoscenza del rapporto tra comportamento violento “normale” e comportamento violento “psicopatico”, ancora oggi la sovrapposizione e la con-fusione di questi due fenomeni e delle relative categorie comporta – troppo spesso – una disinvolta “riduzione” della complessità dell’agire violento alla sola sfera psicopatologica. L’intero studio di *Athens* – e il nostro – cerca, invece, di comprendere l’attore violento incontrandolo *a latere* delle dimensioni psicopatologiche, evitando anche di cadere in quell’altrettanto imprudente semplificazione che vede l’essere umano, la sua “coscienza” e le sue azioni come il prodotto deterministico dell’ambiente in cui vive – e, nello specifico, l’atto violento quale prodotto *necessario* di un mondo sociale violento.

Amartya Sen, in *Identità e violenza*, usa l’efficace espressione “miniaturizzazione dell’essere umano”⁶ per indicare quell’operazione di “riduzione” dell’uomo a un “microcosmo”, mero specchio del mondo sociale in cui vive. Anche in riferimento al rapporto tra individuo e ambiente “esterno” sono incisive le parole di *Shibutani*: “[...] normalmente pensiamo all’ambiente come qualcosa che si trova ‘là fuori’ e che viene in urto con noi [...] ma ciò che noi sperimentiamo non è una ‘copia carbone’ di ciò che effettivamente costituisce l’ambiente circostante. Quest’ultimo è qualcosa che viene costruito nella successione di interscambi che

⁴ L’interazionismo simbolico nasce, come è noto, sull’onda lunga delle lezioni tenute negli anni Venti del secolo scorso da *George Herbert Mead* presso il Dipartimento di Filosofia dell’Università di Chicago, e affonda le proprie radici addirittura nei primi anni di quel secolo.

⁵ SHIBUTANI, Tamotsu. *Society and personality: an interactionist approach to social psychology*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1961. p. 317.

⁶ SEN, Amartya. *Identità e violenza*. Roma; Bari: Laterza, 2006. p. 188.

costituisce il processo della vita. [...]. Gli uomini non sono creature passive alla mercé degli stimoli esterni; in gran parte essi creano il mondo del quale vivono e agiscono.”⁷

Sono queste alcune delle coordinate significative da cui prendere le mosse per muoversi all'interno della prospettiva teorica di *Lonnie Athens*, e nel senso delle “cosmologie violente”.

3 LA PROSPETTIVA CRIMINOLOGICA DI *LONGIE ATHENS*

Athens è un criminologo statunitense che insegna attualmente alla Seton Hall University, nel New Jersey. Le sue opere principali sono *The creation of dangerous violent criminals* del 1989 e *Violent criminal acts and actors revisited* del 1997. Altrettanto importanti per la comprensione degli aspetti più innovativi del suo pensiero sono alcuni articoli che hanno scandito il suo percorso di ricerca, e che mettono a fuoco i passaggi-chiave del suo paradigma esplicativo, tra i quali il fondamentale scritto *The self as a soliloquy*, apparso nel 1994 – al quale faremo riferimento nel corso di questa contributo.

Come già accennato, *Athens* fornisce, senza contrapporsi frontalmente, una spiegazione alternativa alla tradizionale prospettiva che spiega il “comportamento criminale violento” prevalentemente assegnandolo all'universo della “malattia mentale”. Nella “logica comune”, ma anche in molte “logiche scientifiche”, infatti, non si ritiene possibile che una persona cosiddetta “normale” possa commettere certi tipi di azioni che per gravità e mancanza di provocazione appaiono assolutamente “irrazionali”, “insensate”, “gratuite”, incomprensibili.

Athens, invece, riesce – a nostro avviso – a rintracciare e a descrivere con successo quei percorsi psico-sociali che conducono un individuo a realizzare atti violenti, quali omicidi, lesioni gravi o violenze sessuali⁸, mostrando come tali percorsi non siano “segnati” da una natura

⁷ SHIBUTANI, Tamotsu, *Society and personality: an interactionist approach to social psychology*, p. 65.

⁸ La definizione di “comportamento sostanzialmente violento” che *Athens* formula per “ritagliare” il proprio “oggetto” di ricerca comprende quelle situazioni nelle quali “(1) la vittima è stata aggredita fisicamente in modo grave, ossia ferita non in modo accidentale o per caso con un colpo d'arma da fuoco, con una pugnalata, con una bastonata o con percosse, così da richiedere l'intervento di un medico; (2) violentata in modo grave con atti di penetrazione, sodomia, *fellatio* o *cunnilingus*, sotto la minaccia di ulteriori danni fisici gravi, o subendone altri più o meno gravi” (ATHENS, Lonnie. *Violent criminal acts*

“irrazionale” e “incontrollabile” – che si suppone spesso alla base dei cosiddetti “raptus” –, ma piuttosto costruiti e collocati dentro itinerari interpretativi che è possibile ricostruire a partire dalla prospettiva di chi li ha vissuti, restituendo dei tracciati di “senso” *in una certa misura* “intelligibili” e “avvicinabili”. In tal modo, l’agire dei “criminali violenti” viene approcciato e riconosciuto come dotato di senso alla luce di un metodo – quello interazionista – che, smarcandosi da una spiegazione lineare di causa-effetto, consente di approfondire la conoscenza di mondi da sempre poco comprensibili e comunicabili. *Athens* si avvale, infatti, di un modello c.d. “processuale”, in base al quale i fenomeni sono intesi quali esiti di processi di sviluppo le cui fasi iniziali non determinano automaticamente le ultime⁹: l’evento finale – nel nostro caso l’azione violenta – rappresenta sempre il risultato *mai scontato* di un lungo e difficolto processo interpretativo e simbolico sviluppato, e *solo eventualmente* portato a conclusione, dal suo attore. Ogni passaggio a fasi ulteriori e a snodi successivi della vicenda è, in quest’ottica, sempre svolto attivamente dalle *scelte* interpretative dell’attore, il quale non si limita mai a “reagire” a uno stimolo esterno senza opporre alcuna resistenza, ma, al contrario, *interpone* (e in alcuni casi *oppone*) quella particolare resistenza “riflessiva” costituita dal *self*, inteso quale filtro simbolico della realtà.

Seguendo queste direzioni teoriche, prima di rispondere all’interrogativo relativo al “perché” un individuo, in un momento preciso della sua vita, *decida*, “inaspettatamente” e “sorprendentemente”, di attaccarne fisicamente un altro, bisognerebbe considerare che ogni atto ha una storia e che occorrerebbe sapere qualcosa di questa storia e di quella del suo autore prima di poterne comprendere il “senso”. Ed è proprio attraverso interviste qualitative semi-strutturate a detenuti condannati per i crimini più efferati, domandando loro “cosa pensavano” e “cosa provavano” nel *momento* in cui commettevano un omicidio o una violenza sessuale, che *Athens* – e noi – abbiamo potuto catturare progressivamente i significati degli atti violenti, giungendo a mettere in luce la fondamentale “ambiguità” che attraversa il “nostro” mondo e quello degli “altri”. Da un lato, infatti, il ruolo “attivo” e “riflessivo” dell’individuo nella costruzione dell’azione violenta è lo stesso che presiede e guida qualsiasi altra nostra azione (anche quelle non-violente). Per altro verso, si registra

and actors revisited. Urbana: University of Illinois Press, 1997. p. 31).

⁹ ATHENS, Lonnie. Blumer’s method of naturalistic inquiry: a critical examination. *Studies in Symbolic Interaction*, v. 5, p. 244, 1984.

un *drammatico* scarto fra “noi” e “loro” nel fatto che gli attori violenti *scelgono* un’azione violenta come mezzo di risoluzione di un conflitto in atto. Il riconoscimento di quest’ambiguità di significato fra mondi simili – ma non eguali – contribuisce a non esaurire il “problema della criminalità violenta” con la questione della “malattia mentale”, e motiva a guardare con occhi nuovi la profondità *qualitativa* del “perché violento” di molte azioni umane.

Familiarizzare con le catene di ragionamenti che qualificano il lavoro degli interazionisti simbolici aiuta a sovvertire moltissime assunzioni date per scontate, a riorganizzare concettualmente questioni cruciali. Parlando, per esempio, di “volontà”, di “obiettivi”, di “motivi”, questi ultimi sono quasi sempre considerati, in termini di senso comune, come le “cause” della condotta. Gli interazionisti spiegano questi processi in modo affatto differente: “un obiettivo visualizzato aiuta a coordinare i movimenti, e rende possibile almeno in parte controllare in modo consapevole il proprio agire. In tali circostanze, il comportamento volontario è sperimentato come animato da un’intenzione; è percepito come orientato, poiché si muove verso un obiettivo sostenuto da un progetto”¹⁰. Il lemma “motivi” va qui sostituito con quello, più complesso, di “intenzioni”, che sono “immagini di un atto portato a compimento con successo”. Detto altrimenti, i “motivi” non vanno confusi, come avviene nel senso comune, con gli “impulsi”, con la “spinta” che sta dietro ai fatti, con i “disagi” che mettono in movimento l’organismo, ma vanno riferiti agli “obiettivi consapevolmente dichiarati che forniscono direzione, unità e organizzazione a una successione di movimenti. [...] I motivi non sono presenti all’inizio di un atto, bensì emergono solo dopo che si è verificata qualche interferenza”¹¹. Si diventa, allora, consapevoli di sé, delle proprie “intenzioni” e dei “motivi” alla base di *quel* gesto, se vi è da operare uno sforzo, un’opposizione, una lotta.

In un orizzonte culturale diverso da quello interazionista, *Eugène Minkowski* giunge paradossalmente ad affermare che l’uomo che compie un movimento “volontario” non sta dando in realtà alcuna prova di volontà, la quale interviene solo laddove si incontrano sulla propria strada ostacoli e resistenze, quando “iniziamo a dirci” che un’impresa non è possibile, quando “diventa udibile il richiamo a uno sforzo supplementare”: è allora

¹⁰ SHIBUTANI, Tamotsu, *Society and personality: an interactionist approach to social psychology*, p. 77.

¹¹ SHIBUTANI, Tamotsu, *Society and personality: an interactionist approach to social psychology*, p. 77-90.

che parliamo di uno sforzo di volontà, cioè la facoltà di prolungare il nostro cammino, andare *al di là* dell'ostacolo che si erge di fronte a noi e che tende momentaneamente ad arrestarci. La volontà “si situa *nella* vita, formandone la trama e condizionandone il costante cammino in avanti”¹². Su questo aspetto concorda totalmente anche *Alexander Lowen*, padre della bioenergetica, laddove ricorda che “ogni atto di volontà è l'affermazione di una decisione. Per esempio l'affermazione ‘voglio farlo’ potrebbe anche essere resa con ‘io sono deciso a farlo’. Entrambe le affermazioni implicano un ostacolo contro cui la volontà è attiva. Dove non c’è nessun ostacolo a un impulso, la volontà non è necessaria. Non ho bisogno della mia volontà per fare qualcosa che desidero fare. [...]. Il fare ciò che accade naturalmente, non richiede nessuno sforzo consci né atto di volontà”¹³.

4 LO SGUARDO DELLO SCIENZIATO SOCIALE: L'OTTICA INTERAZIONISTA

Il metodo di ricerca adottato da *Athens* in campo sociale affonda le sue premesse epistemologiche nel pensiero di *Herbert Blumer* – lo studioso che maggiormente ha sviluppato gli aspetti metodologici dell'interazionismo simbolico. In breve, per entrambi gli studiosi, esso consiste nell'affermazione che il metodo delle scienze sociali non può essere importato acriticamente dal mondo tecnico-scientifico, ma debba trovare una forma autonoma e adeguata a quello specifico (s)oggetto di studio che è l'essere umano¹⁴. Da questa affermazione discendono due passaggi chiave, che è necessario tener presente per comprendere le potenzialità euristiche della teoria del criminologo statunitense.

Innanzitutto, occorre soffermarsi sul peculiare rapporto di identità e di reciproco scambio che lega lo scienziato-osservatore al (s) oggetto-osservato. Per l'interazionismo simbolico l'uomo abita un mondo di “oggetti sociali”, nei confronti dei quali agisce sulla scorta dei significati

¹² MINKOWSKI, Eugène. *Verso una cosmologia*: frammenti filosofici. Torino: Einaudi, 2005, p. 19-22 (Traduzione di: MINKOWSKI, Eugène. *Vers une cosmologie*: fragments philosophiques. Paris: Aubier-Montaigne, 1936).

¹³ LOWEN, Alexander. *Volontà di vivere e voglia di morire*. Milano; Roma, 2004. p. 4-5.

¹⁴ BLUMER, Herbert. *La metodologia dell'interazionismo simbolico*. Roma: Armando, 2006 (Traduzione di: BRUMER, Herbert. *Symbolic interactionism: perspective and method*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1969).

che ha attribuito loro nel corso dell’interazione sociale, e in ragione delle sue esperienze passate.

A questo mondo “significativo”, “dotato di senso”, partecipano sia il (s)oggetto studiato – nel nostro caso il “criminale violento” –, sia il ricercatore il quale, per indagare adeguatamente il fenomeno sotto osservazione, dovrà adottare la prospettiva assunta dal soggetto “oggetto di studio”, che diventa così un (s)oggetto-attore, ossia un individuo che prima di essere osservato ha, a sua volta, osservato. Questo atteggiamento dello scienziato risulta necessario per non ricadere in quella che gli interazionisti definiscono la “peggiore forma di soggettivismo”, ossia la sostituzione dei significati “così come interpretati dall’individuo osservato” con i significati “così come interpretati dallo scienziato sociale”¹⁵. Si tratta, pertanto, di assumere il punto di vista di chi ha agito violentemente per salvare l’*eccedenza* di significato delle sue esperienze interiori, osservate nella loro dimensione “cosmologica” – quell’ampio e stratificato orizzonte all’interno del quale viene costruita ogni nostra azione, anche quelle più atroci. L’osservatore, comunque, nel suo impegno esplorativo dell’universo che intende indagare, compie sempre queste incursioni – anche quando non ne tiene conto – a partire dal suo cosmo simbolico di appartenenza: ed è solo *in questa certa misura* che egli può avvicinare e osservare l’altro.

Per compiere queste operazioni si farà ricorso, come vedremo, a “concetti sensibilizzanti” che consentono di osservare un fenomeno attraverso lenti inedite e di coglierne “elementi” “inaspettati” e “imprevisti”.

5 DENTRO ALCUNI “CONCETTI SENSIBILIZZANTI”: TRA “SOLIQUO”, “COMUNITÀ-FANTASMA” E “INTERPRETAZIONI DELLE SITUAZIONI”

I “concetti sensibilizzanti” a cui accenneremo in questo breve contributo sono da intendere – seguendo la tradizione interazionista – come occhi tenuti continuamente e intenzionalmente “spalancati” sul mondo, come strumenti che dirigono lo sguardo aprendo prospettive ed evitando di definire *una volta per sempre* il proprio oggetto di osservazione, salvando la *complessità* e l’*eccedenza* che caratterizza ogni esperienza sociale (nel nostro caso la violenza esercita dall’uomo sull’uomo).

¹⁵ ATHENS, Lonnie, Blumer’s method of naturalistic inquiry: a critical examination, p. 241-257.

Alcuni dei concetti che *Athens* trae dalla matrice interazionista sono quelli di *self*, di “riflessività”¹⁶, di “immagine di sé”, di “interpretazione della situazione”, di “assunzione dell’atteggiamento altrui” e di “interazione sociale” – che avviene in forza di ripetuti processi di *role-taking*¹⁷. Non è possibile approfondire nemmeno rapsodicamente il loro contenuto. Ci limitiamo a ricordare che secondo questa tradizione di pensiero l’individuo entra in relazione con il mondo sociale attraverso un’incessante “conversazione interiore”/“soliloquio” che consiste in un flusso costante tra due “sponde”: l’*I* e il *Me* – laddove l’*I* costituisce l’“impulso ad agire”, mentre il *Me* rappresenta quell’insieme generalissimo delle aspettative della società che l’individuo ha fatto proprie internalizzandole mediante ripetute “assunzioni di atteggiamenti altrui”¹⁸. Così come l’*I* non predetermina l’esito dell’azione finale anche il *Me*, ossia il polo “istituzionale” e di “(auto)controllo sociale” del *self*, non determina l’agire dell’individuo senza “vie di scampo”.

Il *self*, in tal senso, non si *riduce* né a uno solo di questi momenti, né a una mera interazione tra le due componenti: esso consiste, piuttosto, in quel peculiare *processo* di comunicazione durante il quale la persona si rivolge a se stessa e si dà delle risposte¹⁹ nelle forme della “conversazione interiore”/“soliloquio”²⁰. *Athens*, al riguardo, scandisce 13 principi che guidano il soliloquio. Ne illustreremo solo alcuni.

¹⁶ Per “riflessività” *Mead* intende la capacità del *self* di essere soggetto e oggetto insieme, di osservare e osservarsi, e cosa più importante di instaurare un *dialogo* fra sé e sé, durante il quale il soggetto si confronta con più punti di vista. Ed è proprio questo processo con cui si “prende nota” delle variabili della situazione in cui si trova immersi che consente un agire “consapevole”, ossia un agire che è l’esito di una “comunicazione interiore”. E comunicare o “conversare” con se stessi non significa solo selezionare le informazioni, ma renderle disponibili alla coscienza a partire da differenti punti di vista.

¹⁷ Il *role-taking* è per gli interazionisti simbolici il mezzo per rendere possibile l’“assunzione di un atteggiamento altrui”, mediante generalizzazioni che consentono di anticipare le risposte degli “altri” e di modulare su di esse i nostri atti, in vista dell’obiettivo desiderato.

¹⁸ MEAD, George Herbert. *Mente, sé e società*: dal punto di vista di uno psicologo comportamentista. Firenze: Giunti Barbera, 1966. (Traduzione di: MEAD, George Herbert. *Mind, self, and society*: from the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1934).

¹⁹ BLUMER, Herbert, *La metodologia dell’interazionismo simbolico*, p. 55.

²⁰ Il concetto di soliloquio, anche se presentato sotto altri nomi, è già presente negli *auctores* di riferimento di *Athens*, e cioè in *Mead* e *Blumer*. *Mead*, infatti, parla del *self* come di una conversazione fra *I* e *Me*. *Blumer*, invece, parla del cosiddetto processo di *self-indication*, mediante il quale una persona, indicando a sé stessa una variabile di una situazione, la immette nel processo interpretativo. Ciò che sta alla base di queste

Innanzitutto (I principio) “le persone conversano con se stesse come se stessero parlando con qualcun altro, con la differenza che parlano ellitticamente”²¹. Ciò significa che quando parliamo con noi stessi lo facciamo in modo molto più rapido e abbreviato, mediante “ellissi” appunto, rispetto a quando parliamo con gli altri. Per questa ragione molto spesso risulta difficile tradurre in parole i nostri stessi pensieri.

Inoltre (IV principio) il soliloquio trasforma le quotidiane sensazioni corporee – indefinite, diffuse, amorfie, originate da fonti interne o esterne – in emozioni che noi poi identifichiamo nei sentimenti dell’orgoglio o della vergogna, della felicità o della tristezza, dell’amore o dell’odio, della tranquillità o della rabbia.²²

Il III principio afferma che quando qualcuno si rivolge a noi dobbiamo simultaneamente raccontarci ciò che ci sta dicendo. “Assumere la prospettiva dell’altro” ed essere attivamente e “riflessivamente” coinvolti nella comunicazione con gli altri significa esattamente questo.²³

Il soliloquio consente così all’individuo di rendere e rendersi comprensibili le esperienze interiori e quelle sociali che vive, di carattere cognitivo e insieme emozionale, donando un ordine e un’organizzazione a un insieme di per sé indiscriminato e “amorfo” di impressioni.

Infine (X principio), è ciò che *Athens* definisce come “comunità-fantasma” a rivestere il ruolo di “interlocutore principale” dei nostri soliloqui: essa non è altro che il distillato delle nostre esperienze passate “significative” così come da noi vissute, interpretate e rivisitate nel presente nel corso di un processo dialogico e dialogante con i nostri “altri significativi”. Possiamo immaginarla come un “parlamento interiore” costituito da tante opinioni quanti sono gli “altri significativi” che abbiamo internalizzato nel corso della nostra vita e che offrono suggerimenti o dettano ordini per le nostre azioni future.

L’attributo “fantasma” è dovuto al fatto che questa comunità di opinioni esiste “solo” e “sempre” nella forma delle rappresentazioni

spiegazioni è quello che *Mead* chiama il principio di “riflessività” del *self*, ossia la capacità che il *self* ha, di essere soggetto e oggetto insieme, di osservare e osservarsi, e cosa più importante di instaurare un *dialogo fra sé e sé*, durante il quale il soggetto si confronta con più punti di vista.

²¹ ATHENS, Lonnie. The self as a soliloquy. *The Sociological Quarterly*, v. 35, n. 3, p. 524, 1994.

²² ATHENS, Lonnie, The self as a soliloquy, p. 525.

²³ ATHENS, Lonnie, The self as a soliloquy, p. 524-525.

mentali che il soggetto se ne fa; al tempo stesso, però, tale comunità è ben lontana dall'essere “fantasma” nelle nostre vite reali, in quanto attraverso il soliloquio agisce *realmente* nei mondi sociali e nelle azioni che gli individui decidono di intraprendere. Considerato poi che il passato di ognuno di noi è sempre qualcosa di “unico”, anche chi vive all’interno dei confini della stessa “comunità fisica” potrà formare “comunità-fantasma” differenti, non riducendosi mai al mero prodotto del proprio ambiente sociale.²⁴

Analizzando i “flussi di coscienza” ricavati dalle interviste realizzate sulla scorta di questi “concetti sensibilizzanti”, *Athens* identifica quattro tipi di “interpretazione della situazione” che rappresentano ulteriori “concetti sensibilizzanti” e (di)mostrano come le persone violente, prima di commettere atti criminali violenti, costruiscano *attivamente* e *riflessivamente* le rispettive linee di azione.²⁵

Il processo interpretativo si scompone in due fasi: “definizione” e “giudizio”. Durante la prima fase l’attore violento, assumendo l’atteggiamento della vittima, indica a se stesso il significato dei gesti che quest’ultima pone in essere. Nella seconda fase egli “assume l’atteggiamento” della propria “comunità-fantasma” e *decide* che dovrà agire violentemente.

Le “interpretazioni della situazione” messe a fuoco da *Athens* sono di quattro tipi: l’interpretazione “fisicamente difensiva”, l’interpretazione “frustrativa”, l’interpretazione “malefica” e l’interpretazione “frustrativamente malefica”²⁶. Il momento che caratterizza ciascun tipo di interpretazione è rappresentato dalla “definizione della situazione” mentre la seconda fase, quella del giudizio favorevole all’azione violenta, opera come elemento unificante rispetto alla varietà interpretativa. Ciascuna interpretazione coinvolge dimensioni sociali fondamentali quali l’interazione “faccia a faccia”, l’“assunzione di atteggiamento altrui”, la “conversazione con se stessi”, l’“immagine che si ha di sé” e quella che ci si costruisce dell’altro, i pensieri e le emozioni emergenti.

²⁴ ATHENS, Lonnie. Radical interactionism: going beyond Mead. *Journal for the Theory of Social Behaviour*, v. 37, n. 2, p. 139, 2007.

²⁵ ATHENS, Lonnie, *Violent criminal acts and actors revisited*, p. 32.

²⁶ Per le specifiche formulazioni delle “interpretazioni della situazione” vedi: CERETTI, Adolfo; NATALI, Adolfo, *Cosmologie violente: percorsi di vite criminali*, cit.

6 UN ESITO MAI SCONTATO

Nel 1989 *Athens* pubblica *The Creation of Dangerous Violent Criminals*, lavoro che si propone di rintracciare l'origine delle “comunità-fantasma” violente, di quegli interlocutori interiori che sostengono l'utilizzo della violenza per la risoluzione dei conflitti e che distinguono i “criminali violenti” da tutte le altre persone. In altri termini, l'interrogativo che si pone è il seguente: da dove proviene una “comunità-fantasma” che riserva al suo interno un posto privilegiato per una risposta violenta al mondo?

La spiegazione di *Athens* a questi ordini di domande, ben lontana da ogni pretesa “eziologia”, si dirige verso un paradigma “processuale” che individua nel percorso di “violentizzazione” quel cammino che conduce una persona inizialmente non violenta a diventare un “pericoloso criminale”. Le sue fasi possono essere immaginate come una serie di stanze ognuna delle quali ha due porte, una di entrata e l'altra di uscita. Per arrivare all'ultima bisogna passare attraverso ciascuna delle precedenti, ma vi è anche la possibilità che non vi si giunga mai²⁷. Il finale, ancora una volta, è aperto e problematico: il presupposto di questo approccio a “finale aperto”, infatti, è sempre la capacità, che ogni essere umano possiede, di “improvvisare” e di “stupirci” in qualsiasi momento.

7 VERSO NUOVI CONCETTI SENSIBILIZZANTI: LE “COSMOLOGIE VIOLENTE”

Ma in che modo gli uomini e le donne parlano a se stessi, che cosa si raccontano, quando decidono di comportarsi così come si comportano, manifestando per esempio atti violenti?

E chi filtra gli ordini e tiene i comandi dentro quella cabina di regia che dirige un agire distruttivo?

La prospettiva avanzata da *Athens* contiene innumerevoli appigli per convincersi che l'elaborazione interiore di questi atti è resa consapevole da quel processo simbolico con cui l'attore indica a se stesso (*self-indication*) e valuta – per quanto brevemente e in maniera sempre “fallibile” – “se e come certi elementi – credenze, idee, desideri o stati di cose – abbiano a che fare con lui” e cosa pensare, dire e fare in un

²⁷ ATHENS, Lonnie. *The creation of dangerous violent criminals*. Urbana: University of Illinois Press, 1992. p. 21.

determinato contesto”²⁸. E’ questo dialogo interiore – che non ha una natura psicologica ma relazionale²⁹ – a conferire senso ai propri atti.

Quest’“attività riflessiva” che precede e affianca l’“interpretazione della situazione”, la definizione dell’“immagine di sé”, fornisce consigli invitando a prendere posizione, ad agire o ad astenersi dal farlo. Essa non discorre riferendosi solo all’immediatezza di un contesto³⁰, ma rimanda a qualcosa di più radicato, a quell’ininterrotto senso di sé che opera all’interno di circuiti neurali ripetutamente utilizzati per aver assunto gli “atteggiamenti altrui” nel corso del tempo, e distillato i “ragionamenti morali”, le “massime morali” e le indicazioni per intraprendere azioni.

Inoltre, nemmeno gli stati d’animo e le emozioni che anticipano e affiancano atti violenti brutali mutano, nella loro essenza, rispetto a quelli sperimentiamo nel corso delle nostre “normali” vite quotidiane. La ridefinizione del paesaggio interiore che fa da sfondo allo scatenarsi delle dinamiche aggressive è data, piuttosto, dalle accelerazioni che i dialoghi interiori/i soliloqui degli attori violenti ricevono quando costoro interpretano *drammaticamente* la situazione in cui sono gettati, “ascoltando” e “rispondendo” alle proprie esperienze interiori che stanno per precipitare nel *presente*³¹ di quel gesto.

²⁸ ARCHER, M. S. *La conversazione interiore*: come nasce l’agire sociale. Gardolo, Trento: Erickson, 2006. p. 86. (Traduzione di: ARCHER, M. S. *Structure, agency and the internal conversation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

²⁹ “La ‘conversazione interiore’ si può definire alla stregua di una ‘proprietà personale emergente’, più che di una ‘facoltà’ psicologica degli individui, che rimanderebbe a una loro disposizione intrinseca. In altri termini, la conversazione interiore è una *proprietà relazionale* e le relazioni in questione sono quelle che si danno tra la mente e il mondo.” (ARCHER, M. S., *La conversazione interiore*: come nasce l’agire sociale, p. 178).

³⁰ Condotte altamente distruttive possono però essere realizzate quando le persone si trovano a vivere “collettivamente” (cioè a dire insieme ad altri individui) drastici, radicali e globali “cambiamenti drammatici di sé”, all’interno di una situazione totale. Valgano quali esempi l’esperimento carcerario di Stanford ideato e guidato da Philip Zimbardo (2007) e le recenti e drammatiche vicende di Abu Ghraib. (Cf. ZIMBARDO, Philip G. *L’effetto Lucifer*: cattivi si diventa? Milano: Raffaello Cortina, 2008 (Traduzione di: ZIMBARDO, Philip G. *The Lucifer effect: understanding how good people turn evil*. New York: Random House, 2007)).

³¹ “Il presente è un atto particolare che riunisce la narrazione e l’azione. E siccome nel presente c’è narrazione, ciò implica necessariamente fenomeni di memoria.” (MINKOWSKI, Eugène. *Il tempo vissuto. Fenomenologia e psicopatologia*, Torino, 2004, p. 32 – Traduzione di: MINKOWSKI, Eugène. *Le temps vécu. Études phénoménologique et psychopathologiques*. Paris: J. L. L. d’Artrey, 1933).

Tenendo conto di questa complessità, se nel corso della vita il *self* – quel “prisma”, quel centro di convergenza, rifrazione e orientamento alimentato dalla “comunità-fantasma” attraverso il quale leggiamo riflessivamente (ma mai in modo del tutto “trasparente”) noi stesse e il mondo esterno – non è fatto “slittare drammaticamente” verso una composizione valoriale e simbolica di segno violento, l’attore potrà continuare a rivolgersi in modo sufficientemente consonante, all’occorrenza, frasi del tipo: “Lascia perdere gente come questa!”. Ma dopo essersi inoltrato in un percorso di “violentizzazione”, aver internalizzato “altri-fantasma” brutali e/o aver interpretato *drammaticamente* una certa situazione un individuo può, rimanendo sempre in ascolto della propria “comunità-fantasma”, offrirsi frasi del tipo: “Falllo a pezzi senza pietà!”.

Prendiamo così le distanze dall’idea che vi siano “variabili” sociali e individuali che “condizionano” *necessariamente* a prendere “deliberazioni” che trascendono la “riflessività” di *un* individuo: “Ciò che muove l’agente/attore sociale è la sua riflessività interna”³² rispetto alla situazione che si trova a vivere, e ai sentimenti, alle visioni, ai progetti che nascono. E’ la “riflessività” che fa di noi degli “agenti attivi”, ossia persone che hanno una certa padronanza nel determinare la propria vita, nell’autovalutarsi e nell’assumere responsabilità personali.

Seguendo gli insegnamenti dell’interazionismo simbolico e di tradizioni di pensiero a esso affini, concordiamo con *Marco Inghilleri* quando afferma che: “Il mondo, quale è noto a noi, è una realtà costruita socialmente che ci appare tale attraverso i nostri ‘negoziati’ con le altre persone. Infatti, noi formuliamo gradualmente un’intera *cosmologia*, contro lo sfondo della quale i nostri negoziati sociali hanno luogo e in accordo con la quale sono legittimati”³³.

³² DONATI, Pierpaolo. La conversazione interiore: un nuovo paradigma (personalizzante) della socializzazione. Introduzione all’edizione italiana. In: ARCHER, M. S. *La conversazione interiore: come nasce l’agire sociale*. Gardolo, Trento: Erickson, 2006. p. 16.

³³ Il corsivo è nostro. *Marco Inghilleri* svolge considerazioni assai significative relative al ruolo della “narrazione” e del “dialogo” nel rapporto di ciascuno con la propria realtà: “Entrare in dialogo con una persona significa riconoscere e ricostruire il modo in cui essa costruisce il suo mondo e se stessa, come stanno le cose dal suo punto di vista, che esperienza fa di questo mondo, come lo valuta e lo giudica, anche attraverso le sue emozioni, come ne costruisce il senso di realtà, come agisce in esso e quali effetti produce, come questo mondo risponde a ciò che essa fa e quali effetti ciò produce circolarmente sulla persona stessa”. (INGHILLERI, Marco. *Il linguaggio come strumento del cambiamento nella psicoterapia interattivo-cognitiva*. 2005. Disponível em: <<http://psicologiaclinica.splinder.com/post/19799159/il-linguaggio-come-strumento-del-cambiamento-nella-psicoterapia-interattivo-cognitiva>>. Acesso em: 28 dez. 2010).

E’ anche a partire da questa consapevolezza, e da queste premesse, che abbiamo messo a punto – attraverso la conduzione di alcune interviste “narrative” con individui condannati per reati violenti³⁴ – il concetto di “cosmologia violenta”. Esso è diventato, per noi, un “concetto sensibilizzante” finalizzato a restituire senso alle condotte umane (violentate) al di là di ogni rigida e formale distinzione fra normalità e sofferenza psichica³⁵, capace di aiutare a comprendere e a raccontare le sfere simboliche costruite dagli attori sociali nel corso delle loro interazioni ed esperienze nei mondi che abitano.

Non esiste un gesto violento, un “aggressione fisica”, un “attacco al corpo”³⁶ per quanto “folle” e cruento che non implichi una “cosmologia”. Risalendo la traiettoria di *Athens*, tendiamo a figurarci gli “attori violenti” come orientati *verso* una “ciascunità” organizzata intorno a una “comunità-fantasma” che dispensa sostegno morale per risposte violente, e che noi denominiamo “cosmologia violenta”. Per noi essa riguarda la dimensione “individuale-universalizzante”, “sensibile-pensante”, “cosciente-riflessiva” e *personale* mediante la quale gli uomini si rappresentano il mondo e cercano di farsi strada in esso, costruendo attivamente il proprio agire.

In tale prospettiva, l’uomo è un “cosmo”, da lui stesso creato, un cosmo che produce senso, e le “deliberazioni riflessive” sono “attività” di cui l’attore è in larga parte consapevole³⁷ e alle quali partecipano i giudizi, le opinioni, le lodi, gli ammonimenti degli “altri significativi” internalizzati, i quali suggeriscono/ordinano come tradurre tutto ciò in atti (violentati). E’ questa incessante conversazione con se stessi che fornisce la trama per la

³⁴ Le interviste – per un totale di sette – hanno avuto una durata media di quattro ore ciascuna, sono state tutte condotte presso la Casa di Reclusione di Milano-Opera, e sono state interamente registrate, sbobinate e fedelmente trascritte. Alcuni passaggi dei racconti raccolti sono contenuti nel volume *Cosmologie violente: percorsi di vite criminali*, cit.

³⁵ Questi concetti poggiano sui percorsi teorici sviluppati da *Eugène Minkowski* nelle sue opere, e in particolare, nel volume *Verso una cosmologia: frammenti filosofici*, cit.

³⁶ VIGANÒ, Francesco. *La tutela penale della libertà individuale*: l’offesa mediante violenza. Milano: Giuffrè, 2002.

³⁷ Archer puntualizza: “E’ una prospettiva ben diversa, quindi, da teorie come quella della scelta razionale (*Rational Choice*), che tende a contrapporre i diversi desideri e convincimenti dell’agente, sembra ricavarne – dati i rapporti di forza tra gli uni e gli altri – l’ordine delle sue preferenze individuali”. (ARCHER, M. S., *La conversazione interiore*: come nasce l’agire sociale, cit., p. 86-87).

costruzione e il continuo aggiornamento di una “cosmologia” *personale*, intesa come “insieme organizzato di prospettive” con cui guardiamo e interpretiamo il mondo.

Quando dialoghiamo con noi stessi, infatti, proviamo a mettere ordine, in assetto, quel pluriverso di voci, di immagini e di rappresentazioni – alcune depositate e archiviate da tempo – che chiedono di essere recepite, seguite e, talvolta, rigidamente obbedite. La “cosmologia” è, allora, anche la costruzione di una trama *narrativa* rivolta innanzitutto a noi stessi: l’agire che le fa da contrappunto è consonante e “preso” dentro le parole che narrano e danno senso a questi “incontri”. Come scandisce con grande chiarezza *Paolo Jedlowski*, “[s]e possiamo rendere conto della vita nella forma di storie è [...] perché la vita stessa ha in sé una dimensione *storica*: [...] la vita si dispone nel tempo, e con ciò ci si offre come un materiale *narrabile*”³⁸. Queste “narrazioni” non sono solo “resoconti” e “razionalizzazioni” con cui gli attori sociali spiegano le ragioni delle proprie azioni, ma anche “pratiche riflessive [...] profondamente incarnate nei corsi di azione degli individui”³⁹.

8 COSMOLOGIA E DIMENSIONI PSICOPATOLOGICHE

Se il nostro intento è comprendere da dove vengono i comportamenti e le “vite violente” [...] cercando di coglierne e distinguerne i diversi movimenti, le diverse qualità dinamiche, per studiarne poi le particolari affinità e i molteplici legami”⁴⁰, allora sarà proprio il riconoscimento di tali “dinamiche” e dei “legami” intessuti nei loro “mondi” di riferimento – che spesso si saldano in relazioni di “dominio” – ad allontanare la pretesa che i “violentì” siano *per lo più* individui “disorganizzati”, i cui atti “efferati” e “distonici” risulterebbero rivelatori di patologie.

I principali studi sul tema convergono nell'affermare che pur esistendo una moderata ma significativa associazione tra violenza e disturbo mentale, essa non è “creata” dalla malattia ma in qualche modo è una caratteristica temperamentale o di personalità che pre-esiste alla

³⁸ JEDLOWSKI, Paolo. *Storie comuni*: la narrazione nella vita quotidiana. Milano: Bruno Mondadori, 2000. p. 34-35.

³⁹ POGGIO, Barbara. *Mi racconti una storia? Il metodo narrativo nelle scienze sociali*. Roma: Carocci, 2004. p. 24.

⁴⁰ MINKOWSKI, Eugène. *Verso una cosmologia*: frammenti filosofici, p. 150.

malattia stessa e, in tale condizione, non è più controllata.⁴¹ Inoltre, le quote più significative della violenza osservata nelle persone mentalmente malate non riguardano i pazienti psicotici più di quanto riguardino quelli portatori di Disturbi di Personalità, o affetti da patologia affettiva, od organica cerebrale, e in tutti questi casi a incidere pesantemente sul viraggio verso il comportamento violento sono fattori quali l'età, il genere (maschile), la scolarità, l'abuso di sostanze, le condizioni sociali.

La “psicopatia”, per esempio, è oggi definita come un “disordine affettivo” che comporta, per l'appunto, una riduzione della capacità di empatizzare e, quale ricaduta, un *deficit* nell'abilità a formare “ragionamenti morali”. Agli “psicopatici” viene generalmente attribuita la capacità di commettere crimini brutali senza che essi comportino “sensi di colpa”.

Ciò che la nostra proposta consente di ipotizzare è che le persone affette da queste patologie non necessariamente sono incapaci di compiere attività di *role-taking*: l'esecuzione di crimini efferati richiede sempre, in qualche misura, un'abilità nell'anticipare le mosse della potenziale vittima e interpretarne i gesti. Rispetto ad altri “attori violenti” costoro osservano le loro vittime con profondo distacco, talvolta con spiccate capacità introspettive, ma sempre senza identificarsi emotivamente con esse. Non è dunque in gioco la grave anestesia emozionale, l'assoluta impossibilità a “sentire” ciò che “sente” una persona *normale*: queste caratteristiche connotano indubbiamente gli “psicopatici”. Ma anche dall'interno del recinto definito da questo “disturbo psichico” ciascuno di loro può rivolgere a se stesso, e agli altri, parole “significative” volte a “interpretare le situazioni”.

9 COSMOLOGIA E “MACROCOSMI” SOCIALI

Il *focus* della nostra attenzione ricade, ancora una volta, sulla “riflessività” e sulla “conversazione interiore”/“soliloquio” che, pur *intramate* con stratificati livelli di “opacità”, fanno sì che l'attore si renda in buona parte consapevole del proprio “mondo interiore”, capace di

⁴¹ Vedi in particolare le conclusioni a cui giunge *Massimo Biondi*: “[...] in molti disturbi schizofrenici e maniacali il comportamento aggressivo e violento non è ‘creato’ dalla malattia ma in qualche modo è una caratteristica temperamentale o di personalità che pre-esiste alla malattia e, in tale condizione, non è più controllato”. (BIONDI, Massimo. La dimensione aggressività-violenza. In: PANCHERI, P. (Org.). *Psicopatologia e terapia dei comportamenti aggressivi e violenti*. Firenze: Scientific Press, 2005. p. 118).

esperire il proprio “corpo vivente”, di *riconoscere* le sue emozioni e dare forma al proprio agire.

Per respingere dunque ogni seduzione riduzionista relativa al rapporto violenza e malattia mentale occorre accedere, sempre, alla “ciascunità” di ogni individuo, il cui filtro irriducibile rimane il “soliloquio”, quel “movimento riflessivo” che si compone anche attraverso il *role-taking*.

Ma come abbiamo anticipato, occorre evitare anche un altro pericoloso riduzionismo, quello che porterebbe a considerare ogni “mondo sociale”, ogni “comunità fisica” come il “macro-cosmo”, il *modello* che informa direttamente e con trasparenza la “comunità-fantasma” di chi li abita.

Già *Shibutani* avvertiva che “Il mondo personale di ogni individuo è centrato attorno a sé. Nel formulare giudizi e nel prendere decisioni, nel parlare dello spazio e del tempo, ognuno utilizza se stesso quale punto centrale di riferimento”⁴². La biografia di ciascuno, infatti, opera in un “presente vivente” – che include passato, presente e futuro, ricordi e aspettative –, e definire come, con quale estensione e profondità i doveri, le norme, gli *status* e i ruoli sociali sono internalizzati dal singolo attore sociale. Ogni individuo è orientato *unicamente* verso il suo “mondo” sociale, e la chiave per risolvere il problema del rapporto tra *agency* e struttura si rinviene in tale relazione “cosmologica”.

E’ la “riflessività” a costituire il *missing link* che opera la mediazione fra le strutture di “dominio” e il modo in cui, con le nostre deliberazioni, ci collochiamo rispetto a esse. Lo ricorda magistralmente *Pierpaolo Donati*: “Le strutture socioculturali influenzano l’agire umano solo attraverso la riflessività interna della persona, la quale deve introdurre i dati del contesto esterno nelle sue strategie e fare i conti con esse [...] [N]on si tratta di un condizionamento dall’esterno che causi *direttamente* l’agire umano.”⁴³

La “cosmologia” di ogni attore sociale rimane, anche per tali ragioni, *potenzialmente* aperta a ogni dialogo e a ogni decisione.

Ovviamente nessuno può autodefinirsi, per via discorsiva, nelle forme che gli sono più congeniali e la conoscenza di sé che ne deriva è l’esito di un processo che vive delle negoziazioni riflessive con gli altri

⁴² SHIBUTANI, Tamotsu, *Society and personality: an interactionist approach to social psychology*, p. 216.

⁴³ DONATI, Pierpaolo, La conversazione interiore: un nuovo paradigma (personalizzante) della socializzazione, p. 12.

attori sociali, all'interno di contesti situazionali strutturati anche in chiave di "dominio". In altre parole, siamo sì artefici di noi stessi e della nostra storia, ma in un flusso di eventi e di circostanze che ci trascendono, e che non possiamo scegliere e controllare del tutto.⁴⁴

10 COSA INTENDIAMO FARE?

Ci siamo domandati, all'inizio di queste riflessioni, come avvenga – e quali tappe percorra – quel "processo dinamico" attraverso il quale uomini e donne, in un determinato momento della loro vita, *decidano*, "inaspettatamente" e "sorprendetemente", di seguire linee violente d'azionee e aggredire fisicamente altri individui.

Secondo la nostra proposta – come abbiamo provato a spiegare pur nell'economia di queste pagine – ogni movimento di quell'attività riflessiva che si esprime e si compenetra nel flusso del "soliloquio"/"conversazione interiore" di ciascuno *medi* sempre l'interazione "io-mondo"⁴⁵, facendo convergere e concentrando quel pluriverso che costituisce ogni individuo nel *punto* attorno al quale prende forma la risposta all'impellente interrogativo: "Che cosa intendiamo fare?". Una risposta che, in certi casi, attiverà linee d'azione brutalmente distruttive.

E' nel margine di questo "punto", di questo istante – che ha sempre in sé una durata qualitativa e non solo quantitativa – che si dispiegano gli spazi di libertà per l'agire, ed è proprio la possibilità che si ha di "comunicare con se stessi" – ascoltandosi e dandosi risposte – che permette di (s)fondare l'immediato, sospendersi, immaginare possibili alternative e direzionare lo "slancio" verso una successione di immagini e di rappresentazioni simboliche – "sintoniche" con la propria "cosmologia" – che *potranno*, a loro volta, fare spazio e dare luogo a condotte violente.

La nostra offerta teorica – assieme a quella di Athens – si propone pertanto come *un* linguaggio sul senso *possibile* degli atti violenti, in grado di aprire "orizzonti di visualizzazione" su un fenomeno che spesso rimane

⁴⁴ Vedi CERETTI, Adolfo; NATALI, Adolfo, *Cosmologie violente*: percorsi di vite criminali, cit.

⁴⁵ In particolare questa attività riflessiva media sempre, e in modo selettivo, (a) l'"individuo biologico", lo "slancio vitale" e l'"I", (b) le "percezioni" e gli "sfondi prospettici", (c) le "interpretazioni della situazione", (d) le "emozioni", (e) i "desideri", (f) i "mondi sociali" e (g) il "tempo". Vedi CERETTI, Adolfo; NATALI, Adolfo, *Cosmologie violente*: percorsi di vite criminali, cit.

opaco e “*incomprensibile*” dal punto di vista di un osservatore “esterno”. Come *ogni* linguaggio, una volta messo a punto e appreso correttamente, potrà servire per leggere, interpretare e “comprendere” le parole e i mondi da cui provengono tali atti e che hanno accompagnati i percorsi biografici dei loro autori. La *nostra* interpretazione – e quella che ognuno di noi, in quanto lettore, elaborerà “riflessivamente” – potrà appoggiarsi a questo linguaggio, a questa “nuova” grammatica, per “dire” dell’agire violento, ricordando che ciò sarà possibile solo in *quella certa misura* in cui *decideremo* di “avvicinare” e “comprendere” l’“altro violento” – non sempre e necessariamente “altro” rispetto a “noi”.

Rimandiamo, per il lettore interessato e incuriosito da questi ardui interrogativi, al volume *Cosmologie violente*: percorsi di vite criminali⁴⁶, nel quale proviamo a “spiegare” un “inaspettato”, un “insensato” – quello che irrompe nella normalità delle interazioni sociali con la forza disarmante del delitto atroce – ancora così difficile da ascoltare, interpretare e comprendere in tutte le sue molteplici dimensioni di “senso”.

ARCHER, M. S. *La conversazione interiore*: come nasce l’agire sociale. Gardolo, Trento: Erickson, 2006. (Traduzione di: ARCHER, M. S. *Structure, agency and the internal conversation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

ATHENS, Lonnie. Blumer’s method of naturalistic inquiry: a critical examination. *Studies in Symbolic Interaction*, v. 5, p. 221-257, 1984.

_____. Radical interactionism: going beyond Mead. *Journal for the Theory of Social Behaviour*, v. 37, n. 2, p. 137–165, 2007.

_____. *The creation of dangerous violent criminals*. Urbana: University of Illinois Press, 1992.

_____. The self as a soliloquy. *The Sociological Quarterly*, v. 35, n. 3, p. 521-532, 1994.

_____. *Violent criminal acts and actors revisited*. Urbana: University of Illinois Press, 1997.

⁴⁶ CERETTI, Adolfo; NATALI, Adolfo, *Cosmologie violente*: percorsi di vite criminali, cit.

- BIONDI, Massimo. La dimensione aggressività-violenza. In: PANCHERI, P. (Org.). *Psicopatologia e terapia dei comportamenti aggressivi e violenti*. Firenze: Scientific Press, 2005.
- BLUMER, Herbert. *La metodologia dell'interazionismo simbolico*. Roma: Armando, 2006 (Traduzione di: BRUMER, Herbert. *Symbolic interactionism: perspective and method*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1969).
- CERETTI, Adolfo; NATALI, Adolfo. *Cosmologie violente: percorsi di vite criminali*. Milano: Raffaello Cortina, 2009.
- DONATI, Pierpaolo. La conversazione interiore: un nuovo paradigma (personalizzante) della socializzazione. Introduzione all'edizione italiana. In: ARCHER, M. S. *La conversazione interiore: come nasce l'agire sociale*. Gardolo, Trento: Erickson, 2006. p. 9-42.
- INGHILLERI, Marco. *Il linguaggio come strumento del cambiamento nella psicoterapia interattivo-cognitiva*. 2005. Disponível em: <<http://psicologiaclinica.splinder.com/post/19799159/il-linguaggio-come-strumento-del-cambiamento-nella-psicoterapia-interattivo-cognitiva>>. Acesso em: 28 dez. 2010.
- JEDLOWSKI, Paolo. *Storie comuni: la narrazione nella vita quotidiana*. Milano: Bruno Mondadori, 2000.
- LOWEN, Alexander. *Volontà di vivere e voglia di morire*. Milano; Roma, 2004. p. 4-5.
- MEAD, George Herbert. *Mente, sé e società: dal punto di vista di uno psicologo comportamentista*. Firenze: Giunti Barbera, 1966. (Traduzione di: MEAD, George Herbert. *Mind, self, and society: from the standpoint of a social behaviorist*. Chicago: The University of Chicago Press, 1934).
- MINKOWSKI, Eugène. *Il tempo vissuto. Fenomenologia e psicopatologia*. Torino: Einaudi, 2004. (Traduzione di: MINKOWSKI, Eugène. *Le temps vécu. Études phénoménologique et psychopathologiques*. Paris: J. L. L. d'Artrey, 1933).
- _____. *Verso una cosmologia: frammenti filosofici*. Torino: Einaudi, 2005. (Traduzione di: MINKOWSKI, Eugène. *Vers une cosmologie: fragments philosophiques*. Paris: Aubier-Montaigne, 1936).
- POGGIO, Barbara. *Mi racconti una storia? Il metodo narrativo nelle scienze sociali*. Roma: Carocci, 2004.
- SEN, Amartya. *Identità e violenza*. Roma; Bari: Laterza, 2006.

SHIBUTANI, Tamotsu. *Society and personality*: an interactionist approach to social psychology. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1961.

VIGANÒ, Francesco. *La tutela penale della libertà individuale*: l'offesa mediante violenza. Milano: Giuffrè, 2002.

ZIMBARDO, Philip G. *L'effetto Lucifer*: cattivi si diventa? Milano: Raffaello Cortina, 2008 (Traduzione di: ZIMBARDO, Philip G. *The Lucifer effect: understanding how good people turn evil*. New York: Random House, 2007).

O CONTEÚDO POSSÍVEL DAS SENTENÇAS ADITIVAS CONSTITUCIONALMENTE OBRIGATÓRIAS NO CONTEXTO DAS DECISÕES COM EFEITOS ADITIVOS

Possible contents of additive sentences constitutionally required in the context of legal decisions with additive effects

Carlos Blanco de Morais¹

RESUMO

Este artigo visa a analisar o conteúdo possível de uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória, em especial em uma área de penumbra entre as sentenças constitucionalmente obrigatórias de carácter estrito (ou de *rime obligatissime*) e as sentenças aditivas de princípio. Segundo a interpretação, conforme à Constituição, ante a escolha de várias soluções interpretativas constitucionais, não cabe ao Tribunal Constitucional optar livremente por uma delas e impô-la ao legislador ou ao tribunal *a quo*, já que não lhe compete escolher o melhor direito infraconstitucional, mas sim utilizar como parâmetros critérios seletivos negativos.

Palavras-chave: Justiça Constitucional de Portugal; Sentença aditiva.

ABSTRACT

This article aims at analysing the possible content of a constitutionally mandatory additive sentence, especially in an area of darkness between constitutionally mandatory sentence of strict nature (or *rime obligatissime*) and the principle additive sentences. According to the interpretation, under the Constitution, in face of several constitutional interpretative solutions, it is not up to the Constitutional Court to choose freely one of them and enforce it to the legislator or to the court *a quo*, as it is not competence of the Constitutional Court to choose the most indicated infraconstitutional law but utilize negative selective criteria as parameters.

Keywords: Aditive Sentence; Portugal Constitutional Court.

¹ Professor da Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor pela Faculdade de Lisboa. Consultor para Assuntos Constitucionais da Presidência da República de Portugal. Lisboa – Portugal. E-mail: cbm@meo.pt. Texto recebido em 19.05.09.

1 SENTENÇAS MANIPULATIVAS

O tema que nos propomos abordar não resulta de qualquer fluxo problemático de sentenças aditivas na Justiça Constitucional Portuguesa, que tem actuado com *self-restraint* na presente década, por contraste com a década de noventa, durante a qual fez um uso mais acentuado, embora relativamente comedido, deste tipo de decisões. Contudo, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem descoberto as sentenças aditivas nos últimos seis anos e é a estreita ligação entre as comunidades constitucionais portuguesa e brasileira e o conhecimento dos fortes debates que decorrem no Brasil a propósito do activismo do Supremo Tribunal Federal, e que recorda as polémicas travadas na Itália dos anos 70 e 80, que nos estimularam a abordar o tema.

As sentenças aditivas constituem uma variante de sentença manipulativa ou intermédia.

As sentenças manipulativas consistem em *decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento*.

São sentenças manipulativas, na ordem constitucional portuguesa, as:

i) *Decisões que modulam a sua eficácia temporal bem como a do direito que é objecto do respectivo julgamento* (n.º 4 do art. 282º da CRP);

ii) *Decisões interpretativas condicionais* (sentenças interpretativas de acolhimento e, até certo ponto, as de rejeição);

iii) *Decisões com efeitos aditivos*.

É, há muito, conhecida a razão de ser deste tipo de decisões.

A rigidez subjacente à seca alternativa entre sentenças de acolhimento e sentenças de rejeição revelava expressivas lacunas no respeitante à salvaguarda de importantes princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica, a proporcionalidade, a igualdade e a conservação dos actos normativos produzidos pelo decisor democrático.

De sorte que, a génese das sentenças manipulativas e o respectivo desenvolvimento tenham surgido de algum modo, como consequência do interesse crescente dos Tribunais Constitucionais pelos “efeitos colaterais” das suas decisões.

No que concerne, em particular, às sentenças com efeitos aditivos, o Tribunal Constitucional não se contentou em sancionar certo tipo de inconstitucionalidades sempre que estimou que as mesmas pudessem

ser directamente “reparáveis” sem necessidade de intervenção de um legislador lento e incerto.

Imperativos de aproveitamento dos actos e, sobretudo, de tutela dos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade conduziram a operações interpretativas e integrativas da Justiça Constitucional, destinadas não apenas a declarar uma inconstitucionalidade, mas também a “consertá-la” no tecido normativo, através de uma decisão aditiva. Neste ponto o Tribunal Constitucional afirmou-se como titular de um poder “correctivo” ou “reparador” *ad futurum* de deformidades das normas inconstitucionais.

2 SENTENÇAS COM EFEITOS ADITIVOS

Estas decisões são proferidas, em regra, quando a Justiça Constitucional pretende censurar silêncios inconstitucionais do decisor normativo, criadores de desigualdades intoleráveis ou quando se intenta eliminar certas restrições ou onerações, inadmissíveis e desproporcionadas, a direitos e garantias fundamentais. Assim, sempre que seja possível, em simultâneo, julgar a inconstitucionalidade parcial de uma norma e reparar o vício através da junção de um segmento normativo que em regra já deve estar presente no ordenamento, o Tribunal Constitucional profere sentenças com efeitos aditivos.

Tal como os antigos soberanos “taumaturgos”, o Tribunal Constitucional “impõe as mãos” para curar as feridas geradas pela norma parcialmente inconstitucional ou para cicatrizar o tecido do ordenamento afectado pelas suas próprias decisões de inconstitucionalidade. Segundo a doutrina, às clássicas funções de *valoração* (declaração do valor negativo do acto inconstitucional), *pacificação* (força de caso julgado da decisão de inconstitucionalidade) e *ordenação* (força *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade) juntar-se-ia, também, a função de *reparação*, ou de restauração correctiva da ordem jurídica.

São, em sentido muito lato, *sentenças com efeitos aditivos, as decisões positivas de inconstitucionalidade de cujo conteúdo resulte, tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito que conformou o objecto da mesma sentença se compatibilize ou harmonize futuramente com a Constituição.*

São sentenças desta natureza, as:

- i) sentenças “demolitorias” com efeitos necessariamente aditivos;
- ii) sentenças aditivas em *sentido estrito*;

- iii) sentenças aditivas de princípio;
- iv) sentenças de revisão constitucional;
- v) sentenças substitutivas;
- vi) sentenças aditivas positivadoras de “necessidade legislativa”

2.1 Demolitórias

As sentenças “demolitórias” assumem um conjunto de características próprias, a saber:

i) definem-se como *sentenças redutivas com efeitos aditivos*, dado que, ao eliminarem uma norma presente numa dada disposição ou preceito normativo, ampliam o âmbito aplicativo de outra norma (que pode ou não encontrar-se presente na referida disposição), cujo conteúdo se encontrava restringido pela primeira;

ii) a sua *componente ablativa* pressupõe tanto a possibilidade de redução do texto de uma norma, como a da eliminação de um segmento normativo ideal de um dado preceito;

iii) o preceito eliminado constitui, por regra, *uma norma que restringe inconstitucionalmente a titularidade ou o exercício de um direito*, ou então uma norma que subtrai explícita ou implicitamente, sem fundamento material atendível, um grupo de pessoas do exercício de um direito ou da sujeição a uma obrigação que tenham sido determinados a um outro grupo de pessoas posicionadas numa situação homóloga, em violação do *princípio da igualdade*;

iv) a componente aditiva da sentença *não é conformada por uma regra adicionada criativamente pelo Tribunal*, mas sim a consequência directa da ampliação automática do âmbito de aplicação de uma norma, como efeito da eliminação de outra norma inconstitucional que a restringia ou excepcionava;

v) *não é uma sentença de natureza necessariamente interpretativa*, já que a regra de direito que passa a ser aplicada a um grupo de destinatários que dela se encontravam subtraídos não resulta, muitas vezes, de uma operação hermenêutica “criadora” ou “integrativa” do Tribunal Constitucional, mas sim da dilatação lógica do campo aplicativo de uma norma de conteúdo mais geral que deixou de estar limitada no seu potencial poder de alcance.

Veja-se o caso da norma A especial ou excepcional em relação à norma B e que restringe ilegitimamente direitos fundamentais, sendo julgada inconstitucional. Não havendo direito a reprimir, a norma B, geral, passa a reger automaticamente a situação jurídica dos destinatários da norma A.

Estamos perante um tipo de decisão particularmente comum na ordem jurídica portuguesa, podendo mesmo considerar-se que são sentenças desta natureza, mesmo que em versões impuras, que consomem a maioria dos arrestos com efeitos aditivos, sendo entendível a razão de ser desta opção jurisprudencial.

2.2 Aditivas em sentido estrito e aditivas de princípio

Serão o tema principal desta intervenção. Remetemo-las para diante.

2.3 Sentenças de revisão constitucional

Importa relembrar, desde logo, que *as decisões concretizadoras de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados* integram uma variante meramente “aparente” e não dogmática de decisões de conteúdo aditivo. Por projectarem um efeito adjuntivo de indiscutível força persuasiva no ordenamento jurídico, têm algumas semelhanças no plano da respectiva consequencialidade.

A hipertrofia patológica das sentenças concretizadoras de princípios constitucionais pode gerar as chamadas *decisões de revisão constitucional*, as quais, têm estado até agora ausentes no ordenamento português.

Trata-se das sentenças que alargam, por força de uma operação interpretativa, o objecto da norma constitucional existente, à margem do texto e da vontade expressa ou implícita do legislador constitucional, acabando por gerar, de facto, “novas” normas, com pretenso valor constitucional.

Veja-se, no ordenamento italiano, o caso da Sentença n. 16, de 1978, que fixou, orientativamente, novos limites de admissibilidade do referendo; das Sentenças ns. 29, de 1979, e 15, de 1982, que introduziram no ordenamento italiano o conceito de *suspensão de garantias constitucionais*; e da Sentença n. 170/1984 que criou o juízo difuso de desaplicação de leis que colidam com normas auto-aplicativas da Comunidade Europeia.

Há quem entenda que, no Brasil a sentença interpretativa que determinou a perda de mandato por desfiliação partidária (Mandato de Segurança n. 23.204-9/GO), tomada criativamente através da densificação de princípios constitucionais, criou um regime jurídico que não teria arrimo nas normas constitucionais, podendo constituir uma sentença de revisão.

Sem entrar neste último caso, não se considera como juridicamente legítimas as *sentenças aditivas de revisão constitucional* as quais, sem credencial habilitante e sem amparo em qualquer raciocínio logicamente extensivo necessariamente derivado da própria Constituição, criam novos parâmetros constitucionais marcados pelo seu caráter inovatório.

Acompanhando o pensamento de *John Hart Ely*, é inaceitável transformar o intérprete jurisdicional numa *câmara de revisão constitucional* ou num *oráculo* supostamente mais apto do que o legislador constitucional para predizer o futuro ou contradizer a maioria de hoje com os supostos valores que, no seu entender, devem ser adoptados pela maioria de amanhã.

A soberania constituinte, que não se encontra na disponibilidade de qualquer tribunal, impõe que toda a mutação inovatória e transformadora do sentido das normas constitucionais deva ser decidida no respeito pelos limites materiais, por via de um itinerário de revisão constitucional, e não através de um intérprete jurisdicional.

2.4 Sentenças substitutivas

Pressupondo que o legislador deva prever uma coisa e acabe por prever outra diversa que se mostra desconforme com a Constituição, estas sentenças procedem à substituição do segmento normativo contrário à Lei Fundamental por outro que lhe seja afeiçoadoo.

Segundo alguma doutrina, a fórmula mais comum deste tipo de sentenças é a declaração de inconstitucionalidade do preceito *na parte em que* dispõe algo, *ao invés* de dispor outra coisa, operando a própria sentença a junção, explícita ou implícita, desse *quid* que o preceito não acolheu. Assim, o referido tipo de sentença declara, por um lado, a inconstitucionalidade da norma na parte desta em que o Tribunal considera ser ilegítima e, por outro lado, acrescenta, em sua substituição, um critério de decisão diverso que deve ser conjugado com o segmento da norma não julgado inconstitucional.

Em suma, a norma é inconstitucional por aquilo que dispõe, sendo também inconstitucional por aquilo que não dispõe ou que passou a não dispor em consequência da referida ablação, fixando o Tribunal Constitucional um critério de decisão destinado a colmatar esse vazio prescritivo.

Na ordem jurídica portuguesa, estes tipos de sentenças, altamente perturbadoras do princípio da separação de poderes, tem inexistido fiscalização abstracta sucessiva, se bem exista, pelo menos, um caso marcante de sentença de natureza substitutiva ditada em controlo concreto.

Não se consideram legítimas as *sentenças substitutivas*, em razão do seu sentido positivador que excede a composição independente, imparcial, e passiva de um conflito entre normas, cometida aos tribunais no exercício da função jurisdicional, para redundar na produção primária de regras de direito com força de lei, tarefa reservada ao legislador.

O que se encontra verdadeiramente em causa é a transformação, ou o desvio, de um processo que tem por fim o controlo da constitucionalidade de uma norma para um processo normativo, através do qual o Tribunal Constitucional elimina as opções políticas, sociais ou técnicas do decisor normativo, substituindo-as pelas suas próprias opções. Opções que raramente derivam de uma operação estritamente analógica, de uma interpretação extensiva ou da aplicação de um princípio ou uma regra constitucional auto-exequível que guarde um sentido lógico com a disposição remanescente do texto normativo.

Existindo uma opção do legislador tida como ilegítima e que é parcialmente eliminada, criando-se um vazio, verifica-se que o seu preenchimento através da *reconstrução da regra devida* é feito mediante uma escolha política do Tribunal, a qual não deriva nem da disposição invalidada (que diz algo de diferente da componente aditiva) nem da componente mutilada e subsistente da norma (já que dela não se extrai sentido gramatical ou lógico para uma operação reconstrutiva). E, não derivando nem de uma, nem de outra, não existe norma habilitante para a opção inovadora de reconstrução comportada pela componente positiva da decisão do Tribunal Constitucional.

2.5 Sentenças aditivas positivadoras de “necessidade legislativa”

Trata-se da figura singular das medidas de necessidade legislativa editadas pela Justiça constitucional em complemento a uma sentença de acolhimento.

Estamos diante de uma figura prevista no § 32, alínea 1, da Lei do Tribunal Constitucional alemão.

Reza este preceito que “Em caso de controvérsia, o Tribunal Constitucional Federal pode regular transitoriamente uma situação mediante medida provisória, quando tal seja requerido com urgência, tendo por fim evitar graves prejuízos, fazer face a um perigo iminente ou em razão de outros factores importantes respeitantes ao bem comum”.

As medidas normativas adoptadas têm um período de vigência de seis meses, mas podem ser renovadas por uma deliberação tomada por uma maioria de dois terços dos votos (§ 32, alínea 6, da referida lei).

Em caso de particular urgência outras medidas podem ser adoptadas, mediante iniciativa de três juízes, por unanimidade dos membros de uma Secção em caso de inexistência de *quorum*, assumindo o período de vigência de um mês (§ 32, alínea 7, da LTC).

O legislador é competente para “revogar” substitutivamente as referidas medidas, as quais são emitidas tão só com o objectivo de evitar vazios causadores de efeitos prejudiciais, na sequência de uma decisão de inconstitucionalidade.

Sei que recentemente no Brasil, no Mandado de Injunção n. 712-8/PA, relatado pelo ex-Ministro Eros Grau, votado no Supremo Tribunal Federal, evoluiu no sentido de, ante uma omissão absoluta, poder editar com efeitos *erga omnes* uma norma substitutiva da regra em falta, considerando-se o mesmo Tribunal competente para “enunciar o texto normativo que faltava, para no caso, tornar viável o exercício do direito de greve pelos servidores públicos”.

Este poder substitutivo do legislador para emitir normação primária levou *Levi do Amaral Júnior* a qualificar a norma aditada como “medida provisória do Poder Judiciário”. E *Elival da Silva Ramos* entende que, embora não seja uma medida provisória, porque estaria dependente de provocação e da existência de uma omissão, não parece muito consentânea com o princípio da separação de poderes.

Sem querer entrar no debate, pondero se resulta do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal a faculdade de o Supremo Tribunal Federal legislar substitutivamente ao legislador omissivo.

A ordem jurídica portuguesa não prevê uma figura idêntica, a qual, mesmo na ordem jurídica alemã, não deixa de chocar em razão da relativa “subversão” que opera em relação ao princípio da separação de poderes que logra potenciar. Não existe, pois, margem constitucional para

a Justiça Constitucional portuguesa prolatar uma sentença acompanhada de medidas desta natureza, medidas que seriam juridicamente inexistentes, com fundamento em usurpação de poderes. Exceptuar-se-ia, eventualmente, a reprise da norma revogada por um acto julgado inconstitucional, associada a uma cláusula de transitoriedade fixada pelo próprio Tribunal Constitucional.

3 SENTENÇAS ADITIVAS

3.1 Conceito e estrutura

Podemos defini-las como as decisões positivas de inconstitucionalidade de cujo conteúdo resulte tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito objecto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição.

Da caracterização dada de sentença com efeitos aditivos é possível identificar, no conteúdo de uma sentença dessa natureza, duas componentes dominantes:

- uma *componente ablativa*, que supõe a eliminação ou desaplicação, em regra parcial, de uma norma jurídica, com fundamento na sua inconstitucionalidade;

- e uma *componente reconstrutiva*, que consiste na identificação de um critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao segmento remanescente de um regime normativo, de forma a que sejam criadas condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição.

A introdução, por via interpretativa, de um *critério de decisão positivo* através da sentença, destinar-se-ia a suprir a vontade inadmissivelmente restritiva ou omissiva do decisor normativo. O *princípio da igualdade*, com ou sem associação à tutela de outros direitos, tem sido, inequivocamente, o valor constitucional dominante, tutelado por este tipo de decisões, consumindo a larga maioria das sentenças aditivas de garantia e, sobretudo, as de prestação.

Nesse caso o Tribunal fere com nulidade a norma ideal de um regime jurídico que não estendeu às categoria B, um benefício ou um sacrifício que fixou à categoria A, que assume natureza homóloga, considerando-se que esse silêncio não inclusivo equivale à existência de uma norma ideal de exclusão implícita com carácter inconstitucional. Em consequência, o

tribunal junta na sentença uma concretização do princípio da igualdade, de forma a alargar para o futuro o regime jurídico também à categoria B.

A “criatividade” da componente *adjuntiva* da sentença é limitada, com especial relevo para o controlo abstracto.

De um modo geral, a doutrina coincide no entendimento de que as operações correctivas e integrativas das sentenças aditivas não implicam a criação inovatória de norma *ex nihilo* pelo Tribunal Constitucional para colmatar um vazio jurídico, mas antes, o recurso a normas jurídicas já constantes do ordenamento (*Crisafulli*). Na verdade, se o Tribunal “inventa uma disciplina que não existe”, viola claramente o campo reservado ao legislador e a decisão aditiva é inválida (*Mazzaroli*).

Assim, a solução adequada ao preenchimento de uma omissão ou lacuna não poderia ser fruto de uma valoração discricionária, mas sim, a consequência necessária de um juízo de inconstitucionalidade, por força do qual o Tribunal Constitucional deva proceder a uma *extensão necessária por razões lógicas*.

3.2 As sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias e as sentenças aditivas de princípio

Procurar-se-ia, deste modo, preencher omissões relativas e também colmatar “*lacunas técnicas*” geradas pela própria sentença de *inconstitucionalidade*, não usurpando, nessa tarefa eminentemente jurisdicional, a função do legislador ou dos tribunais. É neste contexto que emerge, na expressão de *Crisafulli*, a figura nuclear das sentenças aditivas “*a rime obligate*”, ou, no léxico português, *sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias*.

Existe, desde os anos noventa, um largo consenso em torno da ideia segundo a qual as sentenças aditivas ou são *constitucionalmente obrigatórias*, ou são juridicamente ilegítimas (*Mazzaroli*).

Tal ocorreu com a sedimentação em Itália da construção de *Crisafulli*, na doutrina e, especificamente, a partir do momento em que a jurisprudência liderante assumiu que as decisões aditivas deveriam ser sempre a *rime obligate* (*Granata*). De acordo com os pressupostos deste tipo de decisões, uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória, pressupõe:

i) que exista um vazio normativo presente numa norma julgada inconstitucional que careça de ser preenchido ou integrado pelo Tribunal Constitucional;

ii) que a reparação seja feita através da decisão de inconstitucionalidade, mediante uma operação reconstrutiva com eficácia *self executing*;

iii) que a norma que irá preencher o vazio jurídico constitua a extensão lógica de um princípio ou norma constitucional preceptiva e exequível por si própria;

iv) que a operação concretizadora realizada pelo Tribunal Constitucional a partir desse princípio ou norma constitucional seja a única determinada pela Constituição, não podendo existir outras opções alternativas, também elas conformes com a Constituição, aptas para o preenchimento do vazio jurídico.

A natureza constitucionalmente obrigatória da operação reconstrutiva deriva do facto de a solução correctiva ou integrativa que comporta, ser a única possível. Certo é que este importante *limite estrutural* às sentenças aditivas gerou um maior *self restraint* da Justiça Constitucional, gerando a prolação das chamadas sentenças aditivas de princípio.

Trata-se pois de um tipo de decisão:

i) que pressupõe a eliminação, em regra parcial, de uma norma inconstitucional;

ii) que enuncia através de um princípio constitucional os limites da operação reparadora de uma omissão relativa ou de uma lacuna técnica;

iii) mas que se abstém de proceder directamente a essa reparação.

A razão de ser da reticência do Tribunal Constitucional em integrar directamente uma lacuna técnica ou axiológica prende-se ao facto desse vazio poder ser passível de integração *por mais do que uma solução normativa conforme à Constituição*.

Não estando reunidos os requisitos para o Tribunal Constitucional proferir uma sentença constitucionalmente obrigatória, o mesmo órgão prefere enunciar um princípio constitucional que deverá ser respeitado no acto de integração da lacuna.

Alguns negam carácter aditivo às sentenças “aditivas de princípio”. Consideram que as mesmas são, sobretudo, decisões de inconstitucionalidade que procedem à indicação de princípios, o que, ao cabo e ao resto, as transformaria em sentenças de acolhimento “mascaradas de algo diverso” (*Mazarolli*).

Faltar-lhes-ia a componente reconstrutiva das decisões aditivas, já que deixariam subsistir um vazio ou lacuna sem procederem à sua reparação directa.

Consideramos, pelo nosso lado, que as chamadas decisões aditivas de princípio não são sentenças aditivas em sentido estrito, já que carecem de uma componente reconstrutiva plena. Ainda assim, integram-se no tipo mais amplo das *decisões com efeitos aditivos*, já que nestas, de acordo com a definição dada, as decisões de inconstitucionalidade ou reparam directamente ou *criam condições para a reparação* de um cenário de inconstitucionalidade entretanto declarada.

No caso presente, a componente reconstrutiva da sentença não se reduz a um enunciado discursivo, mas supõe a revelação de um *princípio cogente*, que, caso não seja observado, fundamentará futuras decisões de inconstitucionalidade. Neste sentido não deixam de ter certas semelhanças com as sentenças interpretativas condicionais. Também neste sentido se produzem efeitos aditivos, ainda que com eficácia indirecta. E, finalmente, não podem ser reconduzidas a uma variante “inofensiva” de sentenças apelativas, dado que se trata, *em primeiro lugar de decisões de acolhimento* e a sua força principal reside na circunstância de exprimirem um *juízo de inconstitucionalidade*, realidade que pode não estar presente nas sentenças apelativas que tiverem a natureza de decisões de rejeição.

Este expediente das sentenças aditivas de princípio não logrou terminar por completo com a prolação de sentenças aditivas pautadas por alguma criatividade, mesmo que algumas delas tenham *reclamado um status de decisões constitucionalmente obrigatórias*.

Daí que alguns autores, da linha mais céptica relativamente à admissibilidade das sentenças aditivas, tenham passado a considerar o carácter insatisfatório de muitas sentenças crismadas como *a rime obligate* e a reforçar a ideia de que as sentenças constitucionalmente obrigatórias não poderão ser um mero “chavão” que permita a legitimação encapotada de decisões genuinamente discricionárias (*Mazzarolli; Politi*).

Coloca-se, contudo, uma dúvida, assaz discutida na doutrina estrangeira sobre o *conteúdo necessário de uma sentença constitucionalmente obrigatória*.

É o facto de apenas ser concebível uma única solução de ordem positiva para a reparação *ad futurum* de omissões relativas, ditada pelo Tribunal Constitucional a partir da Constituição, que converte a correspondente sentença numa decisão tornada obrigatória, por força da Constituição que por ela é concretizada. Isto porque, caso se obtivesse, a

partir da concretização de um princípio ou de uma norma constitucional vários critérios políticos de decisão verossímeis e conformes à Constituição e o Tribunal Constitucional decidisse optar por um deles, essa solução não só não seria constitucionalmente obrigatória como também o Tribunal Constitucional estaria, indevidamente, a proferir juízos de optimização do direito ordinário (tarefa do legislador ou dos tribunais comuns) e não a aplicar a administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (art. 221º da CRP).

O que sucederá, pois, se Tribunal Constitucional prolatar uma sentença aditiva puramente discricionária, que resulte de um juízo integrativo ou correctivo de optimização jurídica de entre várias soluções normativas não constitucionais? A resposta, em abstracto, é a de que essa componente reconstrutiva da sentença não vincula, nem o legislador, nem a Administração, nem o tribunal *a quo*.

Em sede de fiscalização abstracta, no que concerne ao legislador, este poderá substituir livremente a norma reconstruída através da sentença aditiva por qualquer outra solução não constitucional. E quanto à Administração pública, esta tem competência para inaplicar a componente reconstrutiva da sentença, invocando a inexistência da norma aditada jurisprudencialmente com fundamento em usurpação de poderes, seguindo-se neste ponto a solução que foi dada às sentenças substitutivas.

No caso dos tribunais comuns, em sede de fiscalização concreta, estes podem invocar a natureza não constitucionalmente obrigatória da componente adjuntiva da decisão e procederem à integração da lacuna axiológica, com outra solução normativa não constitucional. No fundo, estas instâncias seguiriam o rumo dos tribunais comuns italianos no final dos anos oitenta, quando confrontados com decisões aditivas de conteúdo discricionário.

Em suma, sempre que da concretização da Constituição decorra uma pluralidade de soluções conformes à Constituição, integrativas de um vazio normativo derivado de uma omissão relativa, deverá ser ditada uma *sentença aditiva de princípio*.

3.3 O conteúdo possível de uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória

Existe, contudo, uma área de *penumbra* entre as *sentenças constitucionalmente obrigatórias de carácter estrito (ou de rime obligatissime)* e as *sentenças aditivas de princípio*, a qual pode vir ter lugar

não infrequentemente e que carece de resposta quanto a algumas questões que levanta.

Na verdade, não poucas vezes, a propósito da tutela das omissões relativas, se verifica que a concretização de um princípio ou de uma norma constitucionais dotados de preceptividade podem consentir *mais do que uma solução normativa possível*, não claramente desconforme com a Constituição, podendo em certos casos justificar-se, à luz da realização concreta da justiça mediante a aplicação directa de princípios e normas constitucionais e no estrito respeito pelo princípio da separação de poderes, que o Tribunal Constitucional possa proferir uma sentença aditiva e não uma sentença aditiva de princípio.

Entendemos no que tange à interpretação conforme à Constituição que ante a escolha de várias soluções interpretativas constitucionais, não cabe ao Tribunal Constitucional optar livremente por uma delas e impô-la ao legislador ou ao tribunal *a quo*, já que não lhe compete escolher o melhor direito infraconstitucional. Ainda assim, aceita-se que a Justiça Constitucional, em controlo concreto, ante uma pluralidade de opções interpretativas, possa optar por uma delas e impô-la como solução única e obrigatória, se as restantes forem juridicamente pouco verossímeis em termos de novidade e aceitação jurisprudencial e doutrinária.

Julga-se que uma solução idêntica pode ser aplicada às sentenças aditivas que reparam lacunas axiológicas e outras lacunas derivadas da própria decisão de inconstitucionalidade, quando ao Tribunal Constitucional se coloquem, num espectro reduzido, várias soluções normativas constitucionais de integração dessas lacunas em que algumas delas não sejam juridicamente verossímeis.

Importará, pois, densificar o conceito que respeita ao carácter não verossímil das soluções alternativas à solução integrativa adoptada, o qual deve resultar da aplicação de princípios constitucionais passíveis de, conjugadamente, poderem operar como parâmetro selectivo negativo das mesmas.

Poderá, pois, o Tribunal, diante de um espectro limitado de opções normativas de carácter alternativo, resultantes da concretização de normas e princípios constitucionais, optar por uma delas e excluir legitimamente as que não assumirem carácter juridicamente verossímil, na medida que observem os seguintes critérios selectivos negativos:

1º - Inutilidade e escassa aceitação na comunidade jurídica: o Tribunal Constitucional deve abster-se de optar por uma solução integrativa-reconstrutiva que seja juridicamente inútil ou de escassa utilidade para

os Poderes Públicos e para os destinatários da norma ou, ainda, que careça de aceitação na doutrina de referência, ou amparo jurisprudencial consistente nos supremos tribunais ou tribunais superiores. Uma opção diversa consistiria numa manifestação espúria e pretextuosa de inovação normativa do Tribunal Constitucional intrusiva da esfera do legislativo e incompatível com o *princípio da separação de poderes*.

2º - *Desrespeito pelo Poder Legislativo*: o sentido da componente reconstrutiva da sentença aditiva não pode contrariar, manifestamente, o programa do legislador que editou a norma julgada parcialmente inconstitucional, criando uma solução inovatória que o decisor legislativo não poderia, objectivamente, ter querido tomar. Qualquer integração de lacuna que não resulte inequivocamente de um mandato constitucional único e que revele um sentido ab-rogante do direito preexistente em desrespeito manifesto pelo pensamento do órgão legislativo, erige o Tribunal Constitucional a legislador substitutivo, fazendo-o extrapolar os limites das suas competências constitucionais à luz do princípio da separação de poderes.

3º - *Tendência da opção normativa para a inconstitucionalidade*: no Direito Constitucional alemão resulta ser comum a prolação de sentenças de rejeição que, todavia, agregam uma componente apelativa ou de advertência ao legislador no sentido de se fazer notar que a norma pode tender no futuro para a inconstitucionalidade. Ora, se uma das opções integrativas do Tribunal Constitucional, sem que seja objectivamente inconstitucional, tenda para a inconstitucionalidade ou suscite dúvidas de constitucionalidade, mesmo que de baixo perfil, ela deve ser necessariamente excluída pelo mesmo órgão.

4º - *Afrontamento de princípios e interesses constantes no n.º 4 do artigo 282º*: o preceito em epígrafe permite a não retroactividade dos efeitos sancionatórios emergentes de uma decisão de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, se estiverem em causa os princípios da segurança jurídica, equidade e interesse público de excepcional relevo. Julga-se que, num quadro paralelo, o Tribunal Constitucional não deve optar por uma solução integrativa que represente um *quid minus* em termos de segurança jurídica (mesmo que a mesma solução não seja inconstitucional por afronta directa ao núcleo do mesmo princípio), que seja fundamentalmente e ostensivamente iníqua ou que prejudique interesses públicos de excepcional relevo, constitucionalmente previstos na Constituição.

5º - *Obstáculo à resolução de uma situação de necessidade à luz da dignidade da pessoa humana*: na esfera das sentenças aditivas de prestação coloca-se o problema das consequências prejudiciais de certas

decisões de inconstitucionalidade cujos efeitos colaterais podem implicar uma desproteção grave de certos beneficiários das mesmas prestações. Ora, de entre duas opções normativas que concretizem uma disposição constitucional, se uma delas inviabilizar a resolução de uma evidente situação de necessidade e urgência que careça de uma resposta imediata, à luz da salvaguarda do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, deve a mesma ser lateralizada.

6º. *Desequilibrio negativo do Orçamento de Estado*: se uma das opções implicar custos financeiros adicionais de magnitude relevante, não antecipados pelo legislador, que se mostrem susceptíveis de afectar negativamente o valor constitucional do equilíbrio orçamental, deverá ser excluída. O equilíbrio orçamental não é um vínculo jurídico para o Tribunal Constitucional, mas é um valor constitucional expresso que deve ser ponderado por todos os órgãos de soberania. Trata-se de um critério, fundamentalmente, cumulativo com qualquer um dos precedentes.

Haverá deste modo, em conclusão, alguma margem para a fixação de critérios que fundem um juízo de ponderação, de que resulte a fixação de uma solução constitucionalmente obrigatória, como efeito de uma prévia operação hermenêutica de selecção negativa, pela qual se excluem outras soluções contrárias a critérios objectivos de justiça, equidade, equilíbrio orçamental e harmonia com os princípios reitores do sistema de direitos fundamentais (tais como a proporcionalidade e a proteção de confiança).

A título de exemplo, examinemos o Acórdão n. 191/88 sobre a querela das pensões diferenciadas, atribuídas aos viúvos e viúvas de cônjuges mortos em acidentes de trabalho.

O Tribunal Constitucional optou por não acolher o pedido do Ministério Público, na parte em que o mesmo solicitava, a par da declaração de inconstitucionalidade do preceito que discriminava negativamente os viúvos, que procedesse igualmente a uma operação correctiva que estendesse a estes, a norma mais favorável relativa ao cálculo das pensões das viúvas. O Tribunal Constitucional limitou-se a julgar a inconstitucionalidade do preceito impugnado e a advertir que os viúvos conservariam direito à pensão, devendo o legislador ou os tribunais comuns preencherem a lacuna à luz do princípio da igualdade.

Será, contudo, que o Tribunal Constitucional não teria tido, neste mesmo caso, margem para proferir uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória, através de um juízo de ponderação jurídico-axiológica, ao invés da envergonhada decisão aditiva de princípio que aprovou? A resposta é, cautelosamente, afirmativa.

Em termos das alternativas de prolação de uma eventual componente reconstrutiva do Acórdão, e à luz do princípio do pedido (que limita o conhecimento do Tribunal à apreciação da validade da norma mais desfavorável), o Tribunal Constitucional teria apenas à disposição dois cenários:

- o de, à luz do princípio da igualdade, mandar aplicar ou estender aos viúvos o regime prestacional mais favorável em vigor (que era o regime de cálculo da pensão das viúvas);

- o de editar uma sentença aditiva de princípio (como, de algum modo o fez) a qual, todavia, não deixa grande margem conformadora ao legislador, dado que este só poderia optar entre proceder ele próprio a essa equiparação no respeito do regime mais favorável, ou tomar outras decisões inconstitucionais, com fundamento em violação do princípio da protecção de confiança, tais como reduzir as pensões das viúvas ao patamar menos favorável do antigo regime fixado para os viúvos ou suprimir os dois tipos de pensões.

Calculando os limites constitucionais que no caso em apreço vinculariam a discricionariedade do legislador, o Tribunal poderia, ou deveria, ter concluído que a equiparação de pensões pelo regime mais favorável era a única solução constitucionalmente verossímil e, como tal, obrigatória, tendo, portanto, competência para a ter determinado, mesmo em sede de fiscalização abstracta, tal como lhe fora requerido pelo Ministério Público.

Haverá, pois, e aqui alteramos ligeiramente o nosso entendimento mais restringente no segundo volume da *Justiça constitucional*, a considerar a existência de uma “fresta” de admissibilidade (mais extensa em controlo concreto do que em controlo abstracto) para que o Tribunal Constitucional, a par das *decisões aditivas constitucionalmente obrigatórias com carácter estrito* (que supõem uma solução única, inequívoca e imediata a partir da Constituição), possa prolatar também *decisões constitucionalmente obrigatórias de natureza conformadora*. Sentenças onde possa legitimamente gizar juízos axiológicos de ponderação entre um número muito restrito de soluções normativas alternativas e hipotéticas, de que resulte a exclusão das que se revelarem juridicamente inverossímeis, porque inúteis ou pouco afeiçoadas aos princípios constitucionais.

O REGIME DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL

Portugal's system of constitutionality positive control

Jorge Miranda¹

RESUMO

A fiscalização da constitucionalidade das leis pelos tribunais foi consagrada em Portugal pela Constituição de 1911, a primeira Constituição republicana portuguesa, e, em larga medida, sob direta influência da Constituição republicana brasileira de 1891 e do pensamento de Rui Barbosa. Dessa Constituição passaria para a Constituição de 1933, mas, tanto na vigência de uma quanto de outra, teria escassíssima prática, embora por causas diferentes: a turbulência da I República e o carácter autoritário do regime de Salazar. Seria apenas com a Constituição de 1976, com um Estado de Direito democrático, que viria a ter pleno desenvolvimento. E seria com esta que adquiriria contornos de singularidade, pela conjugação dos poderes de todos os tribunais (art. 204) – aos quais cabe a *primeira palavra* em questões de inconstitucionalidade – e do Tribunal Constitucional (art. 280) – ao qual pertence sempre a *última palavra*. É sobre este regime complexo de fiscalização (de resto, não sem parecenças com o que existe no Brasil) que vão versar as palavras que se seguem.

Palavras-chave: Constituição; Fiscalização; Inconstitucionalidade; Portugal.

ABSTRACT

Courts' positive control of the constitutionality of laws, in Portugal, was assumed by 1911 Constitution, the first Portuguese republican constitution, elaborated under the influence of the Brazilian Republican Constitution of 1891 and Rui Barbosa's ideas. This control also had presence at 1933 Constitution. In both constitutions it had no practical effects, due to different reasons: the turbulence of the First Republic and the authoritarian character of the Salazar regime. It would be only at 1976 Constitution, with a democratic rule of law, that this positive control would reach full development. Also, under this last Constitution it would

¹ Professor da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa – Portugal. Texto recebido em 17.03.11.

acquire a singularity by putting together all courts (art. 204) – the first one to judge constitutionality questions - and the Constitutional Court (art. 280) – the last judgement instance. This article approaches this complex system of enforcement (very similar to Brazil's system).

Keywords: Constitution; Inconstitutionality; Portugal; Positive Control.

1.1 Como se sabe, há quatro estatutos possíveis dos tribunais frente às questões de inconstitucionalidade:

a) incompetência para conhecer e, portanto, para decidir – é o estatuto típico do modelo de matriz francesa;

b) competência para conhecer e para decidir (naturalmente com recurso para tribunal superior) – é, inversamente, o essencial do modelo norte-americano;

c) competência para conhecer, mas não para decidir, salvo (com diferentes graduações) sobre a viabilidade da questão (por isso caber a um tribunal situado fora da ordem judicial, o Tribunal Constitucional) – é o regime resultante da atenuação ou modificação do modelo austriaco feita em 1929 e comum à generalidade de países com tribunal constitucional;

d) competência para conhecer e para decidir, com recurso possível ou necessário (conforme os casos) para um tribunal situado fora da ordem judicial – é o sistema introduzido em Portugal, em 1976, com a Comissão Constitucional e confirmado e ampliado, em 1982, com o Tribunal Constitucional.

1.2 Entre o terceiro e o quarto sistemas, não se trata apenas de o tribunal da causa receber ou não o poder de decidir a questão da inconstitucionalidade e de, através dele, o de influir na própria questão principal, com a consequente distinta natureza da figura processual que corre diante do Tribunal Constitucional. Trata-se ainda do sentido da intervenção deste na perspetiva geral da fiscalização.

No terceiro sistema, com efeito, o incidente de inconstitucionalidade, ou reenvio prejudicial, é um pressuposto da fiscalização abstrata: o seu escopo tanto abarca a fiscalização concreta como a abstrata.

Já no quarto sistema é da inconstitucionalidade no caso concreto que exclusivamente se cura: quer o tribunal *a quo* quer o Tribunal Constitucional apenas conhecem da inconstitucionalidade da norma na sua aplicação ao caso *sub judice*, e é aí que apreciam a sua existência e a sua procedência; nunca da inconstitucionalidade em abstrato ou em tese.

Em contrapartida, o acesso ao Tribunal Constitucional acha-se mais facilitado no quarto sistema do que no terceiro: neste, é ao tribunal da causa que compete deferir ao Tribunal Constitucional a questão de inconstitucionalidade, ao passo que no quarto as partes recebem o direito de interpor recurso – verdadeiro direito fundamental – e, inclusive, por força de lei, o direito de reclamação perante o próprio Tribunal Constitucional.

Observe-se, no entanto, desde já, que o cunho muito peculiar do atual sistema português não obsta à relevância da decisão do Tribunal Constitucional (tal como, antes, da Comissão Constitucional, que o antecedeu e funcionou de 1976 a 1983) para além do caso concreto. Ela é dupla: 1.º porque cabe recurso da decisão de qualquer tribunal que aplique norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional (art. 280, n. 5); 2.º porque, quando o Tribunal julga três vezes inconstitucional ou ilegal a mesma norma, pode, de seguida, ser desencadeado um processo (de fiscalização abstrata) com vista à declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral (art. 281, n. 3).

2.1 O art. 204 da Constituição é, pois, o ponto de partida necessário da fiscalização concreta da constitucionalidade (e da legalidade) e significa, antes de mais, que:

- a) todos os tribunais, seja qual for a sua categoria (art. 209), exercem fiscalização – a qual implica “apreciação”, e não simplesmente “não aplicação”;
- b) a fiscalização dá-se nos “feitos submetidos a julgamento”, nos processos em curso em tribunal, incidentalmente, não a título principal;
- c) ninguém pode dirigir-se a tribunal a pedir a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, mas é admissível que alguém se lhe dirija propondo uma ação tendente à declaração ou à realização de um seu direito ou interesse, cuja procedência depende de uma decisão positiva de inconstitucionalidade – é o que sucede hoje, muito especialmente, nas ações para efetivação de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, segundo a Lei n. 67/2007, de 31 de dezembro de 2007;
- d) a questão de inconstitucionalidade só pode e só deve ser conhecida e decidida na medida em que haja um nexo incindível entre ela e a questão principal objeto do processo, entre ela e o feito submetido a julgamento;
- e) trata-se de questão prejudicial *imprópria*, porque questão que se cumula com a questão objeto do processo e cujo julgamento cabe ao mesmo tribunal, não se devolve para outro processo ou para outro

tribunal. Questão prejudicial própria só se verifica, quando haja recurso para o Tribunal Constitucional;

f) o juiz conhece da questão em qualquer fase do processo e, por conseguinte, a sua decisão pode não ser uma decisão final (pode ser o despacho saneador ou a decisão sobre reclamação);

g) a questão tanto pode ser suscitada na primeira instância como em recurso;

h) suscitada a questão de constitucionalidade em tribunal de primeira instância, tem também ela de ser suscitada em tribunal de recurso, em termos de este saber que tem de apreciar e decidir essa questão;

i) de todo o modo, a questão tem de ser suscitada antes de esgotado o poder jurisdicional do juiz sobre a matéria em causa (antes de esgotado o poder jurisdicional sobre a matéria a que tal questão de constitucionalidade respeita); não pode sé-lo apenas nas alegações de eventual recurso para o Tribunal Constitucional.

2.2 A fiscalização concreta da constitucionalidade revela-se indissociável da função jurisdicional – pela natureza das coisas e porque o art. 204 a refere (como acaba de se ver) expressamente a “feitos submetidos a julgamento”.

Contudo, o que seja função jurisdicional pode ser tomado em sentido *lato* considerando os elementos formais característicos dos seus atos; e por isso pode compreender os processos de jurisdição voluntária e, seguramente, a fiscalização jurídico-financeira a cargo do Tribunal de Contas; já não meros atos administrativos, de gestão de pessoal ou outros, que qualquer tribunal possa ser chamado por lei a praticar.

2.3 O Tribunal Constitucional entra também no âmbito do art. 204 Pode conhecer incidentalmente da constitucionalidade quando tiver de exercer qualquer das suas competências jurisdicionais (fora da fiscalização da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas) previstas na Constituição e na lei, como são as relativas a tribunal eleitoral e de contencioso partidário; e pode conhecê-la no próprio exercício de competências de fiscalização, quanto às respetivas normas processuais e quando arguida apenas a ilegalidade da norma *sub judice*.

3 A apreciação oficiosa – ligue-se ou não ao princípio *jura novit curia* – implica o seguinte:

a) o juiz, dado que não está sujeito à invocação da constitucionalidade por uma das partes, não tem de aplicar normas que reputa constitucionais;

b) a inconstitucionalidade não fica à mercê das partes, porquanto, embora com pretensões opostas, ambas as partes se podem amparar numa lei inconstitucional, dando-lhe ou não interpretações diferentes;

c) o juiz não fica na situação de, no decorrer de um processo, até certa altura estar a aplicar uma lei, porque nenhuma das partes a arguiu de inconstitucionalidade, e, a partir de certa altura e porque a uma ocorreu argui-la, deixar de a aplicar;

d) o juiz não fica na situação de, em certo processo, aplicar uma lei e noutro não, reconhecendo-a sempre inconstitucional e, apenas porque no primeiro, nenhuma das partes a impugnou e, no segundo, houve uma que o fez;

e) na hipótese de uma das partes invocar a inconstitucionalidade, sem especificar qualquer norma, o juiz não tem de rejeitar a pretensão e declarar-se incompetente, pois está habilitado a averiguar qual a norma que possa ter sido violada;

f) o juiz não tem de se confinar à norma constitucional invocada como parâmetro; bem pode julgar à luz de outra norma constitucional que tenha por mais adequada ao caso;

g) tão pouco tem de se confinar ao vício alegado, pode conhecer de qualquer outro vício ou tipo de inconstitucionalidade;

h) a não aplicação da norma (ou do segmento de norma) julgada inconstitucional implica a aplicação de norma anterior que aquela haja revogado; e, na sua falta, ou por ela se mostrar também inconstitucional ou por se tratar de inconstitucionalidade superveniente, a necessidade de integrar a lacuna de acordo com os critérios gerais (cfr. arts. 8.º, n. 1, e 10 do Código Civil).

4.1 Somente há recurso para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais – é o que diz o art. 280.

E não de quaisquer decisões dos tribunais: não apenas de decisões não jurisdicionais, mas também de decisões não previstas no art. 280 e no art. 70.º da lei orgânica do Tribunal, assim como das decisões incidentais do próprio Tribunal Constitucional há pouco referidas (ainda que, quanto a estas, pudesse *de jure condendo* alvitrar-se recurso das secções para o plenário).

4.2 São três os tipos de decisões de que cabe recurso:

a) decisões que recusem a aplicação, de certa norma com fundamento em inconstitucionalidade ou em ilegalidade [art. 280, n. 1, alínea a, e n. 2, alíneas a, b e c, da Constituição] ou em contradição

com uma convenção internacional [art. 70, n. 1, alínea i, da lei orgânica após 1989];

b) decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo [art. 280, n. 1, alínea b, e n. 2, alínea d];

c) decisões que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional (art. 280, n. 5), ou anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional [art. 70, n. 1, alínea b, da lei orgânica] ou que apliquem norma legislativa em desconformidade com o anteriormente decidido pelo Tribunal [art. 70, n. 1, alínea i, 2.^a parte, da lei orgânica, após 1989].

4.3 Quanto ao primeiro tipo, a recusa de aplicação relevante não tem de ser sempre expressa; pode ser uma recusa implícita, como ocorre quando a decisão do tribunal extrai consequências correspondentes ao julgamento da norma como inconstitucional ou ilegal.

Os recursos de decisões do segundo tipo não se reconduzem a recursos de amparo. O direito de os interpor pode ser considerado um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, mas os recursos não se configuram em si mesmos como meios específicos de defesa de direitos, liberdades e garantias.

A inclusão no terceiro tipo das decisões da Comissão Constitucional funda-se na identidade e continuidade da ordem constitucional de 1976 e serve de confirmação *a posteriori* da sua natureza jurisdicional quando intervindo na fiscalização concreta.

Em todas estas hipóteses está patente o postulado da supremacia do Tribunal Constitucional, o qual, por sua vez, decorre da ideia de garantia da Constituição, por o Tribunal Constitucional ser o órgão especificamente legitimado para esse efeito.

A mesma ideia – e não a de uma pretensa defesa contra o governo dos juízes – manifesta-se, outrossim, no art. 280, n. 3.

5.1 As decisões recorríveis do terceiro tipo relativas a normas anteriormente julgadas inconstitucionais ou ilegais pelo Tribunal Constitucional são apenas decisões em fiscalização concreta, não em fiscalização abstrata.

Não se justifica recurso de uma decisão judicial contrária à pronúncia no sentido da inconstitucionalidade, em fiscalização preventiva. E isso por três razões:

– em primeiro lugar, porque o Tribunal Constitucional, na fiscalização preventiva, não interfere no julgamento de casos concretos e uma decisão de outro tribunal divergente dessa pronúncia não põe em causa o exercício da sua autoridade nesses casos;

– em segundo lugar, porque a fiscalização preventiva é um processo de carácter interlocutório enxertado num procedimento de decisão política;

– em terceiro lugar, porque tal pronúncia, na perspectiva do Estado de Direito democrático, não prevalece sobre a vontade concordante do Parlamento e do Presidente da República (art. 279, n. 2) e deve ficar aberta aos tribunais em geral a plenitude do seu poder de apreciação, seja para concluírem pela inconstitucionalidade, seja para não concluírem (art. 204).

Por motivos opostos, tão pouco cabe recurso, com base no art. 280, n. 5, da decisão de um tribunal contrária à declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de uma norma com força obrigatória geral (art. 282) ou à declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral acompanhada de fixação de efeitos (art. 282, ns. 3 e 4).

Na fiscalização preventiva, dir-se-ia configurar-se a decisão positiva do Tribunal Constitucional como provisória; na fiscalização sucessiva abstrata sucessiva, ela é não só definitiva como intocável e imodificável pelo próprio Tribunal. Ora, recurso, pela natureza das coisas, pressupõe reapreciação, possibilidade de reponderação de uma questão jurídica e, ao Tribunal, está vedado voltar a examinar uma norma que já tenha declarado inconstitucional ou ilegal com força obrigatória geral ou cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade tenha conformado de certa maneira.

5.2 De todo o modo, que acontece se um tribunal qualquer aplica uma norma que o Tribunal Constitucional haja declarado inconstitucional ou ilegal com força obrigatória geral?

De um prisma puramente lógico-processual, talvez a solução pudesse encontrar-se nos mecanismos próprios de cada ordem de jurisdição.

De um prisma de garantia da Constituição e da reforçada defesa da autoridade do Tribunal, o caminho mais seguro e mais adequado consiste em admitir algo parecido com um recurso – um recurso atípico (ou, se se preferir, uma figura processual distinta, embora sob esse nome ou, eventualmente, sob o nome de reclamação) – para o Tribunal Constitucional, não para que este vá reapreciar a questão, mas para

que verifique que a sua declaração com força obrigatória geral não foi respeitada e mande, portanto, que o seja, revogando-se ou reformando-se a decisão do tribunal *a quo*.

É esta a linha de orientação que o Tribunal Constitucional tem vindo a adotar em jurisprudência constante, insistindo em que lhe compete fazer a determinação do sentido da declaração de inconstitucionalidade.

6.1 Objeto do recurso é sempre a constitucionalidade ou a legalidade de uma norma, não a constitucionalidade ou a legalidade de uma decisão judicial. Não abrange, obviamente, a questão principal discutida no tribunal *a quo*.

O recurso é restrito à questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, conforme os casos (art. 280, n. 6, da Constituição) ou, tratando-se de contrariedade de ato legislativo com convenção internacional, às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional implicadas na decisão recorrida (art. 71, n. 2, da lei orgânica). E reporta-se apenas à norma *aplicada* ou *não-aplicada* no processo.

O Tribunal Constitucional não está, contudo, vinculado à qualificação feita por esse tribunal: aí, pelo contrário, a sua faculdade de apreciação é plena.

6.2 O Tribunal só pode julgar inconstitucional ou ilegal a norma que a decisão recorrida, conforme os casos, tenha aplicado ou a que haja recusado aplicação (art. 79-C, 1^a parte, da lei orgânica) – o que é, simultaneamente, expressão ainda de prejudicialidade e do princípio processual do pedido.

Pode, todavia, o Tribunal Constitucional fazê-lo com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionais ou legais diversos daqueles cuja violação foi invocada (art. 79-C, 2^a parte) – o que é, por sua banda, manifestação do princípio *jura novit curia*. Assim como pode dar à norma infraconstitucional um sentido diferente do que lhe foi dado pelo tribunal recorrido e chegar mesmo a uma interpretação conforme com a Constituição que depois se impõe àquele (art. 80, n. 3).

Por outro lado, nada impede o Tribunal Constitucional de conhecer de incidentes conexos com a questão assim definida que afetem a marcha normal do recurso, de acordo com o princípio geral do art. 96, n. 1, do Código de Processo Civil, segundo o qual o tribunal competente para a ação é também competente para conhecer dos incidentes que nela se levantem.

6.3 Pode também o recorrente, no requerimento de interposição do recurso, invocar como infringida pela norma impugnada norma constitucional diversa da que invocara no processo perante o tribunal *a quo*? Inclino-me para uma resposta positiva, em nome do máximo acesso possível dos cidadãos ao Tribunal Constitucional, mesmo se, naturalmente, não confundimos essa faculdade com os poderes do Tribunal.

6.4 Quando uma norma estiver arguida de inconstitucionalidade por infração de mais de um princípio ou de uma regra constitucional (por exemplo, por infração de uma regra de competência ou de forma e por infração de uma regra de fundo) e bastando uma dessas infrações para ser julgada inconstitucional a norma, poderá o Tribunal Constitucional deixar de conhecer das demais? Ou não estará obrigado a conhecer de todas as que tiverem sido invocadas ou que ele, frente à norma impugnada, *ex officio* vier a discernir?

O Tribunal Constitucional tem seguido o primeiro entendimento por razões de economia processual. Mas, o segundo afigura-se mais adequado à sua função de garantia da Constituição.

6.5 Se o tribunal *a quo* fizer interpretação conforme com a Constituição, nem por isso ficará vedado o recurso para o Tribunal Constitucional, porque tal interpretação traduz a escolha de um sentido em detrimento de outro tido como inconstitucional e, portanto, nessa medida, envolve a recusa de aplicação da norma com este último sentido.

De resto, como fazendo interpretação conforme com a Constituição, o tribunal *a quo* acaba por aplicar a norma em causa, sempre seria de conceber o recurso desde que verificados os requisitos do segundo tipo de recursos do art. 280.

6.6 O Tribunal Constitucional só pode conhecer da norma julgada inconstitucional ou ilegal pelo tribunal recorrido (art. 79-C da lei orgânica), não da norma anterior eventualmente repristinada. Como consta de um seu aresto, não se pode proceder ao alargamento da questão da constitucionalidade a mais normas do que àquelas que foram questionadas na decisão recorrida; os recursos destinam-se a reapreciar as questões decididas na decisão recorrida; o Tribunal Constitucional não pode censurar ao tribunal recorrido a decisão sobre a norma repristinada que este tenha aplicado; apenas lhe compete decidir sobre a constitucionalidade da *norma não aplicada*.

Coisa diferente se passa, porém, na fiscalização abstrata.

7.1 Os recursos de decisões do primeiro e do terceiro tipo podem ser recursos diretos para o Tribunal Constitucional e o são, necessariamente ,quando o recurso é obrigatório para o Tribunal Constitucional.

Não é, contudo, admitido recurso para o Tribunal Constitucional de decisões sujeitas a recurso ordinário obrigatório nos termos da respetiva lei processual (art. 70, n. 5, da lei orgânica); e, se a decisão admitir recurso ordinário, a não interposição de recurso para o Tribunal Constitucional não faz precludir o direito de interpô-lo de ulterior decisão que confirme a primeira (art. 70, n. 6).

Os recursos de decisões do segundo tipo postulam a exaustão dos recursos ordinários – por necessidade de filtragem e para se evitar a sobrecarga do Tribunal Constitucional. Apenas cabem de decisões que não admitam recurso ordinário, por a lei não o prever ou por já haverem sido esgotados os que no caso cabiam, salvo os destinados à uniformização (art. 70, n. 2), ou por a utilização estar precludida pelo decurso dos prazos. Podem não ser decisões finais, mas têm de ser decisões definitivas; e são rejeitados quando manifestamente infundados (art. 76, n. 2, *in fine*), o que parece exigir um juízo de viabilidade ou de razoabilidade pelo tribunal *a quo* de grau diferente do que ele faz na admissão dos demais recursos.

7.2 A exigência do art. 280, n. 1, alínea b, da Constituição, relativa à invocação da inconstitucionalidade “durante o processo”, deve entender-se, como se lê em sucessivos acórdãos, não num sentido puramente *formal* (tal que a inconstitucionalidade pudesse ser suscitada até à extinção da instância), mas no sentido funcional (tal que essa invocação seja feita em momento em que o tribunal *a quo* ainda possa conhecer da questão).

E daqui advém que o pedido de aclaração de uma sentença ou acórdão ou a arguição da sua nulidade não são meios idóneos para suscitar – em vista do ulterior recurso para o Tribunal Constitucional – uma questão de inconstitucionalidade; são meios extemporâneos para esse efeito.

7.3 Pode, contudo, suceder que o interessado não disponha de oportunidade processual de arguir a inconstitucionalidade, por não poder ou não lhe ser exigível prever a aplicação da norma. São os casos excepcionais das chamadas decisões-surpresa. E, em tais casos, o Tribunal Constitucional, em jurisprudência constante – esteada na própria razão de ser do sistema – tem admitido, com mais ou menos latide, o recurso, dispensando o recorrente do ónus da suscitação prévia.

7.4 Quando o recurso se tenha tornado inútil ou desnecessário, não há que tomar dele conhecimento. Na senda da Comissão Constitucional, o Tribunal tem vindo a decidir uniformemente que não deve proferir decisões insuscetíveis de terem relevo ou influência sobre o julgamento da situação concreta de que emerge o recurso.

E isso porque o recurso, embora restrito à questão de inconstitucionalidade, só relativamente se autonomiza do processo em que é interposto – da questão principal (*hoc sensu*) substantiva ou processual, que ao tribunal *a quo* cumpre decidir. A decisão em recurso da questão da inconstitucionalidade é sempre “instrumental” relativamente à decisão dessa outra questão.

8.1 Podem recorrer para o Tribunal Constitucional o Ministério Público e as pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso (art. 72, n. 1, da lei orgânica), entendendo-se, como tais, as partes que tenham ficado vencidas (art. 680, n. 1, do Código de Processo Civil).

A legitimidade para recorrer, como assinala *Miguel Teixeira de Sousa*, não assenta numa relação da parte com o objeto da causa, mas antes, nas consequências que uma decisão pode produzir na esfera jurídica de um sujeito e este poderá recorrer se a decisão lhe for prejudicial e pretender, portanto, afastar esse prejuízo através da revogação da decisão pelo tribunal de recurso.

8.2 Para lá do poder oficioso de cada juiz de apreciar a inconstitucionalidade, a atribuição ao Ministério Público de legitimidade confere ao recurso para o Tribunal Constitucional um carácter misto. O recurso não tem somente uma finalidade subjetiva de defesa de direitos e interesses das pessoas, tem também uma finalidade objetiva de defesa da integridade da ordem jurídica e tal fica ainda reforçado quando se torna obrigatório (art. 280, n. 3, da Constituição).

Pelo contrário, o pendor subjectivista fica realçado quando se trate de recursos de decisões que apliquem normas cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo. Aqui só pode recorrer a parte que a haja suscitado (art. 280, n. 4, da Constituição e art. 72, n. 2, da lei orgânica).

8.3 Após ter julgado inconstitucional ou ilegal uma norma, o Tribunal Constitucional – salvo declaração com força obrigatória geral – pode decidir em sentido diverso; ou pode haver divergência entre as duas secções. Nem por isso fica afastado o pressuposto do art. 280, n. 5.

Em contrapartida, como já decidiu o Tribunal, a obrigatoriedade de recurso para o Ministério Público perde a sua razão de ser ou torna-se admissível a desistência de recurso já interposto, quando, julgando inicialmente inconstitucional certa norma, o Tribunal Constitucional vem depois a alterar essa orientação e passa a julgá-la uniformemente como não contrária à Constituição.

9.1 O recurso é obrigatório para o Ministério Público:

a) quando a norma cuja aplicação tenha sido recusada conste de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar (art. 280, n. 3, da Constituição e art. 72, n. 3, da lei orgânica).

b) quando seja aplicada norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional (art. 280, n. 5), norma anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional (art. 72, n. 3) ou norma anteriormente julgada contrária a convenção internacional pelo Tribunal Constitucional (mesmo art. 72, n. 3, após 1989). Mas, o Ministério Pùblico pode abster-se de interpor recurso de decisões conformes com a orientação que se encontre já estabelecida, a respeito da questão em causa, na jurisprudência do Tribunal Constitucional (art. 72, n. 4).

c) por maioria de razão, quando seja aplicada norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional – aqui, recurso atípico, como já disse.

9.2 Na alínea a, não estão referidas as leis de revisão constitucional, embora elas devam considerar-se abrangidas pela *ratio* do preceito.

A obrigatoriedade do recurso destina-se a que o julgamento acerca da constitucionalidade dessas normas – as mais importantes vigentes na ordem jurídica portuguesa, após as da Constituição – caiba não só a tribunais formados por juízes de carreira (apesar de a administração da justiça ser “em nome do povo”, como diz o art. 202) mas também, necessariamente, ao Tribunal Constitucional. Visa a que normas provindas de órgãos com legitimidade democrática sejam sindicadas, em definitivo, por um órgão também dotado (por via indireta) dessa mesma legitimidade.

10.1 Compete ao tribunal que tenha proferido a decisão recorrida apreciar a admissão do recurso (art. 76, n. 1, da lei orgânica).

Mas a decisão que admite o recurso ou que lhe determine o efeito não vincula o Tribunal Constitucional e as partes só podem impugná-la nas suas alegações (art. 76, n. 3).

Do despacho que indefira o requerimento de interposição do recurso cabe reclamação para o Tribunal Constitucional (arts. 76, n. 4, e 77, n. 1).

A decisão do Tribunal Constitucional não pode ser impugnada e, se revogar o despacho de indeferimento, fará caso julgado quanto à admissibilidade do recurso (art. 77, n. 4).

10.2 Como se lê num acórdão, é o Tribunal Constitucional quem decide sobre a sua própria competência, dizendo – e dizendo-o

definitivamente – se as questões que sobem até ele para serem julgadas são ou não questões de inconstitucionalidade ou de ilegalidade que se increvem no seu poder jurisdicional.

Ou, como escreve *Miguel Galvão Teles*, o Tribunal Constitucional, tal como foi configurado pela nossa ordem jurídica, é não só um tribunal supremo – no sentido de que das suas decisões não cabe recurso – mas, de igual modo, e até mais do que o Tribunal de Conflitos, um tribunal supremo dos supremos, ainda que de competência especializada e situado fora das várias ordens de tribunais.

11.1 À tramitação dos recursos para o Tribunal Constitucional são subsidiariamente aplicáveis as normas do Código de Processo Civil, em especial as respeitantes ao recurso de apelação (art. 69 da lei orgânica).

11.2 O prazo de interposição do recurso é de dez dias e interrompe os prazos para a interposição de outros que, porventura, caibam da decisão, os quais só podem ser interpostos depois de cessada a interrupção (art. 75, n. 1).

Interposto recurso ordinário, mesmo que para uniformização de jurisprudência, que não seja admitido com fundamento em irrecorribilidade da decisão, o prazo para recorrer para o Tribunal conta-se do momento em que se torne definitiva a decisão que não admite o recurso (art. 75, n. 2).

11.3 O recurso interpõe-se por meio de requerimento (art. 75-A da lei orgânica); e, quando interposto de decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade, haja sido suscitada durante o processo, o requerimento deve indicar também a peça processual em que foi suscitada esta questão (art. 75, ns. 1 e 2).

a falta de qualquer dos elementos exigidos pela lei, o requerente é convidado a prestar essas indicações, no prazo de dez dias e, se ele o não fizer, o recurso será julgado deserto (art. 75-A, ns. 5, 6 e 7).

12.1 Os recursos para o Tribunal Constitucional são decididos por uma das três câmaras em que ele se organiza – para este efeito, secções sempre não especializadas (arts. 41 e 70 da lei orgânica).

Cada secção é constituída pelo presidente ou pelo vice-presidente e por mais quatro juízes.

12.2 O presidente fica adstrito a dar prioridade, na tabela dos recursos e demais processos preparados para julgamento, aos recursos proferidos em matéria penal em que algum dos interessados esteja detido ou preso ainda sem condenação definitiva, aos recursos de constitucionalidade interpostos de decisões proferidas em processos

qualificados como urgentes pela respetiva lei processual e aos processos em que estejam em causa direitos, liberdades e garantias pessoais [arts. 39, n. 1, alínea h, e 43, ns. 3 e 5, da lei orgânica].

12.3 Se entender que não pode conhecer-se do objeto do recurso ou que a questão a decidir é simples, designadamente por já ter sido objeto de decisão anterior do Tribunal ou por ser manifestamente infundada, o relator proferirá decisão sumária, que poderá consistir em simples remissão para anterior jurisprudência do Tribunal (art. 78-A, n. 1).

12.4 O presidente pode, com a concordância do Tribunal, determinar que o julgamento se faça com intervenção do plenário, quando o considerar necessário para evitar divergências jurisprudenciais ou quando tal se justifique em razão da natureza da questão a decidir (art. 79-A, n. 1).

12.5 Se o Tribunal vier a julgar a questão da constitucionalidade ou ilegalidade em sentido divergente do anteriormente adotado quanto à mesma norma por qualquer das suas secções, dessa decisão caberá recurso para o plenário, obrigatório para o Ministério Público quando intervier no processo como recorrente ou recorrido (art. 79-D, n. 1).

A decisão não adquire, no entanto, força obrigatória geral, porquanto continua a situar-se no terreno da fiscalização concreta.

13.1 A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão de constitucionalidade ou de ilegalidade suscitada (art. 80, n. 1, da lei orgânica).

13.2 Se for dado provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixarão ao tribunal de onde provieram a fim de que este, consoante o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento da questão de constitucionalidade ou de ilegalidade (art. 80, n. 2, da lei orgânica).

O Tribunal Constitucional não substitui, portanto, a decisão recorrida por aquela que deveria ser emitida e tão-pouco a anula. É um sistema intermédio de recurso o adotado, um sistema em que o Tribunal Constitucional ordena ao tribunal recorrido que profira nova decisão com o conteúdo por ele prefixado; um sistema de cassação mitigado.

13.3 Que sucede, entretanto, se o tribunal *a quo* não respeita o decidido em acórdão de provimento do Tribunal Constitucional?

A verificar-se tal hipótese, ela corresponde à violação de caso julgado e deve admitir-se a possibilidade de uma reação da parte afetada por esse incumprimento para o Tribunal Constitucional – ainda uma forma de recurso atípico, paralela (e, ao fim e ao resto, com fundamento idêntico)

ao recurso em caso de aplicação de norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral.

Só assim se garante o princípio da prevalência das decisões do Tribunal Constitucional sobre as dos demais tribunais (art. 2 da lei orgânica).

14.1 Mal recebido, nos primeiros tempos, pelos juízes dos tribunais comuns, especialmente os do Supremo Tribunal de Justiça – desapossado que este ficou do último grau na hierarquia dos tribunais judiciais (por haver recursos de decisões deste para o Tribunal Constitucional, mas não o contrário) – e não sem algumas tensões na prática, o sistema de fiscalização concreta tem vindo a funcionar há mais de trinta anos em termos globalmente satisfatórios.

Pelo menos, ninguém negará o enorme progresso que representou no confronto com o que se havia passado, quer na vigência da Constituição de 1911 quer na vigência da Constituição de 1933. Sem esquecer o peso dos elementos políticos desviantes atrás mencionados e o carácter *normativo* finalmente alcançado pela Constituição de 1976, certo é que também só agora os juízes e os advogados conscientizaram o significado dos poderes e direitos ligados à fiscalização; assim como, ao mesmo tempo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional (e não só a emitida em fiscalização abstrata) ganhou um crescente impacto na vida jurídica do País.

Afastada *in limine* a hipótese (defendida por alguns poucos) de entrega da decisão sobre recursos a uma secção do Supremo Tribunal de Justiça – contrária à experiência histórica e propiciadora de desarmónias de julgados e de mais conflitos – as únicas opções que, razoavelmente, existem são a substituição do atual sistema pelo sistema de reenvio prejudicial ou a sua conservação, com mais ou menos aperfeiçoamento.

E, justamente, nos últimos anos, tem-se travado um significativo debate acerca do assunto.

14.2 Uma das vozes adversárias do atual sistema é a de *Maria Lúcia Amaral*, para quem o modelo comum europeu favorece, em maior grau do que o nosso, a “pacificação” das relações entre jurisdição constitucional e jurisdição comum. No modelo português de recurso, a sentença do Tribunal Constitucional, quando contrária à sentença do tribunal *a quo*, obriga à reforma de decisão que já *fora tomada*. No modelo comum de suspensão da instância, a sentença do Tribunal Constitucional, mais nitidamente restrita à questão da constitucionalidade, é sempre emitida antes que tenha sido proferida sobre o mérito da causa qualquer decisão.

Depois, o modelo de suspensão de instância tende a impedir que haja processos de controlo da constitucionalidade ditados *sobretudo* por uma lógica de interesse de partes. A decisão do juiz, que suspende a instância e coloca a questão de *direito* (relativa à interpretação da Constituição) ao Tribunal Constitucional, permite que sejam filtradas e decantadas questões em que a arguição da inconstitucionalidade mais não é do que uma “gestão processual” dos interesses em litígio.

Mais ainda, acrescenta *Maria Lúcia Amaral*, dado que o nosso Tribunal é, em fiscalização concreta, tribunal de recurso, as suas decisões – caso confirmam provimento à questão da inconstitucionalidade – ferem de morte a norma legal, mas não a eliminam imediatamente. Abalam, fragilizam o sistema de fontes, mas não o reconstroem logo. Alteram o ordenamento jurídico adiando a sua plena reconstituição.

Não menos acutilante são as críticas que *Jorge Reis Novais* dirige ao sistema, apodando-o de ser:

- um sistema com um défice significativo de proteção dos direitos fundamentais (pois, o Tribunal Constitucional só pode fiscalizar as normas restritivas desses direitos, não já intervenções ablativas praticadas pela Administração e pelo poder judicial);
- um sistema de fiscalização concreta, que institucionaliza a sua manipulação como instrumento dilatório;
- um sistema deficitário na proteção jusfundamental, mas com garantias de recurso excessivas ou inadequadas;
- um sistema de fronteiras móveis, difusas e manipuláveis.

É certo, diz ainda *Jorge Reis Novais*, que, a ser adotado o sistema do reenvio prejudicial, formalmente, os juízes deixariam de decidir questões de constitucionalidade, mas, aquilo que hoje sucede é, se se quiser, um presente envenenado para os juízes comuns, já que todas as suas decisões no domínio da constitucionalidade são recorríveis – ou obrigatoriamente ou por vontade das partes – para o Tribunal Constitucional.

Mais: os juízes comuns sujeitam-se, dessa forma, à situação frequente e comum de, vendo as suas decisões revogadas pelo Tribunal Constitucional, serem posteriormente obrigados a reformá-las, sem outro sentido útil que não seja a diliação do processo e a erosão da imagem dos tribunais. Por outro lado, como resulta de outras experiências e depende do concreto regime de reenvio prejudicial instituído, o acesso dos juízes à Constituição, embora não se traduza em decisões próprias de

inconstitucionalidade, continua a poder constituir, aí, um poder real e de importantes consequências práticas no processo em causa.

14.3 Em sentido oposto pronuncia-se *Maria Fernanda Palma*, para quem a substituição do atual sistema (misto) pelo sistema de fiscalização concentrada, mesmo que acompanhada de um eventual sistema de reenvio, seria uma amputação do poder de decidir o direito dado a cada juiz, postulando uma distinção inaceitável entre juridicidade e constitucionalidade.

O princípio de que nenhuma lei inconstitucional deve ser aplicada pelo julgador reduz-se a uma suspensão do juízo, limitando o poder do julgador ao poder de questionar. Tornando-se a questão de constitucionalidade um mero incidente na aplicação do direito, reduz-se uma dimensão da juridicidade na interpretação do direito.

Mas, a defesa mais completa e vigorosa do modelo vigente entre nós contra “tentativas emigratórias” para um sistema concentrado pertence a *Carlos Blanco de Moraes*, que conclui assim a sua análise:

i) O modelo “misto” português não só não padece de qualquer singularidade alienígena ou isolamento fora do espaço europeu (*vide* o caso dos principais Estados do universo de língua portuguesa), ou na própria Europa (onde coexiste com mais três sistemas afins), nem se destaca como contraponto a um hipotético modelo europeu de tipo concentrado, o qual não existe como tal, na medida em que o mesmo não é adotado por quase metade dos 25 Estados da União Europeia.

ii) Quer a doutrina portuguesa que mais reparos fez ao sistema, quer a generalidade da doutrina comparada que se debruça sobre o sistema português, anuem que o seu balanço é positivo, chegando a segunda a anotar com interesse a sua capacidade de fazer coincidir um sistema concentrado com uma componente difusa, pelo que não parece fazer sentido alterar institutos que, pelos vistos, funcionam por outros diversos e que não se sabe como funcionarão.

iii) Se em tese, um sistema de controlo concreto concentrado, desassociado de um recurso de amparo, resulta ser mais “pacificador” das relações entre jurisdições, o facto é que a eventual introdução desse recurso desfaz essa asserção, e a almejada pacificação acaba por ser tudo menos líquida (*vide* o uso crescente de sentenças manipulativas pelo Tribunal Constitucional italiano, os efeitos *erga omnes* da interpretação conforme produzida pelo Tribunal Constitucional alemão e o poder corretivo da jurisprudência comum pelo Tribunal Constitucional espanhol).

iv) A supressão da componente difusa do controlo de constitucionalidade reduziria instrumentalmente o alcance da garantia

da Lei Fundamental, abalaria a solidariedade institucional entre órgãos de soberania, diminuiria a taxa de confiança pública na garantia da Constituição; alongaria a distância entre a Constituição, os tribunais ordinários e os cidadãos e eliminaria, sem alternativa, uma dimensão importante da tutela subjetiva dos direitos e interesses dos cidadãos através do recurso ao Direito Constitucional.

v) Num momento em que nos sistemas concentrados se discutem e valorizam os seus reais ou hipotéticos elementos difusos que permitiriam uma aproximação da jurisdição comum à tutela dos direitos das pessoas, mediante a aplicação direta da Constituição ao caso singular, não parece fazer sentido que o ordenamento português trilhe o percurso inverso, depreciando o meio processual mais importante que permite atingir esse objetivo em fiscalização concreta.

14.4 Quanto a mim, desde a dissertação *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade* (publicada em 1968), passando por projetos constitucionais apresentados em 1975 e em 1980 e por várias intervenções parlamentares e acadêmicas, tenho propendido para o sistema europeu de reenvio prejudicial.

De resto, a observação mostra que não se tem conseguido vencer disfunções e abusos nos recursos para o Tribunal Constitucional, tornando a justiça portuguesa ainda mais lenta do que é: poderiam ser citados não poucos casos. Assim como haveria de indagar se, nas hipóteses de decisões negativas [art. 280, n 1, alínea b, e nº 2, alínea d], a necessidade de esgotamento dos recursos ordinários que caibam (art. 70, n. 2 da Lei n. 28/82) não importa numa dilatação da decisão do Tribunal Constitucional superior à que se verificaría em sistema de incidente ou reenvio.

Em contrapartida, impressionam-me, hoje, em rumo diverso, o esquema engenhoso da passagem de fiscalização concreta à fiscalização abstrata, o enraizamento do atual sistema e, como salienta *Carlos Blanco de Moraes*, ele ter-se tornado paradigmático dos principais Estados de língua portuguesa. Nem há a urgência da reforma (mais significativo seria introduzir um incidente de inconstitucionalidade por omissão na fiscalização concreta).

O debate deve, pois, prosseguir, apoiado em estudos de avaliação legislativa e de avaliação jurisprudencial.

NORMAS EDITORIAIS

1 APRESENTAÇÃO

Publicada e organizada pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, a *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP)* tem como missão divulgar o conhecimento produzido no campo das Ciências Jurídicas, em especial, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Processual Civil, Direito Tributário, Direitos Humanos, Direito Ambiental, Filosofia e Teoria Geral do Direito.

Tem periodicidade anual e é dirigida para pesquisadores e estudantes das Ciências Jurídicas, operadores do Direito e gestores de políticas públicas.

2 PRÉ-REQUISITOS PARA ACEITAÇÃO DE ARTIGOS

A *RESPGE-SP* publica trabalhos inéditos de autoria de pesquisadores brasileiros e estrangeiros.

Os artigos devem destinar-se exclusivamente à *RESPGE-SP* e sua aceitação depende da adequação aos objetivos da publicação e do respeito às normas definidas para apresentação dos mesmos.

3 DIREITOS AUTORAIS

Os trabalhos publicados são de propriedade da *RESPGE-SP*, sendo vedada a reprodução total em outros periódicos, bem como a tradução para outros idiomas sem a autorização do Conselho Editorial da publicação.

Os autores de trabalhos publicados têm direito de reutilizar o material em outras publicações futuras, desde que autorizados pelo Conselho Editorial da *RESPGE-SP*. Nesse caso, deve-se mencionar a publicação anterior na *RESPGE-SP*, utilizando-se da seguinte referência bibliográfica:

SOBRENOME DO AUTOR EM MAIÚSCULA, Nome do autor. Título do artigo. *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 1, n.1, p. 5-25, 2010. (ABNT - NBR 10520).

Os autores também estão autorizados a utilizar os trabalhos para fins pedagógicos e de pesquisa, sob as seguintes condições: (a) em caso de photocópias, os documentos não podem ser comercializados e (b) sempre realizar a devida referência à fonte original da publicação, com a indicação do nome da *RESPGE-SP*.

Todos os artigos submetidos à apreciação do Conselho Editorial deverão ser acompanhados dos documentos *Declaração de Responsabilidade e Transferência de Direitos Autorais* (disponíveis na página eletrônica da *RESPGE-SP*), assinados pelos autores.

Os conceitos e opiniões emitidos nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

4 APRECIAÇÃO DOS ORIGINAIS

Os originais recebidos são submetidos à apreciação do Editor Científico, que os avalia com relação à adequação à política editorial da publicação definida em seu Estatuto.

Os trabalhos aceitos pelo Editor Científico são encaminhados a especialistas responsáveis pela avaliação científica dos documentos, em um processo duplo-cego, no qual os autores dos artigos enviados não tomam conhecimento dos pareceristas e vice-versa.

A *RESPGE-SP* reserva-se o direito de realizar adaptações nos artigos, de acordo com seu estilo editorial, situação em que os autores são devidamente comunicados das alterações.

Os trabalhos são revisados de acordo com as regras vigentes do *Novo Acordo Ortográfico dos Países de Língua Portuguesa*, para a correção de eventuais erros gramaticais, de grafia e digitação. Os manuscritos também são revisados quanto à normalização bibliográfica.

Caso o artigo não seja aprovado pelo Editor Científico, os autores serão comunicados da decisão.

5 NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

5.1. Formato

Os artigos submetidos à *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* devem ter até 35 laudas, com 2.100 caracteres

cada uma (incluindo os espaços), em folha A4, sendo que esse total de páginas inclui as referências bibliográficas.

Os textos devem ser escritos em editor de texto *Word*, em fonte *Times New Roman*, tamanho 12, com espaçamento entre as linhas de 1,5 e espaçamento entre os parágrafos na opção “Automático” (antes e depois).

O alinhamento de todo o texto deve estar com recuo “0” da margem esquerda, inclusive os parágrafos.

5.2. Itens essenciais

Os manuscritos devem necessariamente apresentar:

A. FOLHA DE ROSTO (PÁGINA 1)

- a. Nome(s) do(s) autor(es);
- b. Qualificação profissional e acadêmica do(s) autor(es) - títulos, instituições de vínculo (incluindo cidade e país) etc.;
- c. Endereços completos, incluindo endereços de correio eletrônico e telefones.

B. PÁGINA DE APRESENTAÇÃO (PÁGINA 2)

- a. Título do manuscrito nos idiomas Português e Inglês;
- b. Tratando-se de trabalho apresentado em evento, indicar o nome do evento, principal organizador, local e data de realização;
- c. Resumo nos idiomas Português e Inglês;
- d. Palavras-chave nos idiomas Português e Inglês.

5.2.1. Resumo (Português e Inglês)

Deve ser constituído de uma sequência de frases completas e objetivas e não de uma simples enumeração de tópicos e não deve ultrapassar 150 palavras. Para sua redação, devem ser observadas as recomendações da ABNT - NBR 14724:

- a. Apresentação do objeto do trabalho;
- b. Descrição dos métodos de forma concisa;
- c. Relação dos resultados em ordem lógica;
- d. Sem uso de adjetivos;
- e. Uso de termos geralmente aceitos e não apenas os de uso particular;
- f. Redação em um único parágrafo, em espaço simples.

5.2.2. Palavras-chave

Devem ser incluídas logo abaixo do Resumo, sendo no máximo 5 (cinco).

Os descritores devem ser constituídos de palavras representativas do conteúdo do trabalho e apresentados nos idiomas Português e Inglês (NBR 6028).

A RESPGE-SP recomenda o uso <<http://www.stj.jus.br/SCON/thesaurus/>>

5.3. Citações, notas e referências bibliográficas

5.3.1. Citações

As citações devem ser indicadas no texto por sistema numérico, obedecendo a ABNT - NBR 10520/ago. 2002, sendo que:

- a. As citações diretas no texto, com até três linhas, devem estar contidas entre aspas duplas.
- b. As citações diretas no texto, com mais de três linhas, devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte menor que a do texto utilizado e com aspas.

As referências bibliográficas das citações devem ser mencionadas em notas de rodapé, na mesma página, em sistema numérico.

5.3.2. Notas de referência bibliográfica

As notas de referência devem ser indicadas no rodapé, sendo que a primeira citação de uma obra deve ter sua referência completa (ABNT - NBR 10520/ago. 2002).

São considerados elementos essenciais à identificação de um documento: autor (SOBRENOME, Nome), título, local, editora e data de publicação. Indicar a paginação inicial e final, quando se tratar de artigo de periódico, capítulo de livro ou parte de um documento.

Todas as referências bibliográficas deverão ser apresentadas ao final do texto, em ordem alfabética pelo sobrenome do autor.

5.3.3. Referências bibliográficas

Todas as obras citadas no texto devem obrigatoriamente figurar nas referências bibliográficas.

Apresentar as referências de acordo com os exemplos.

Livros com autoria específica

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 608.

Livros sem autoria específica

O DIREITO sanitário na Constituição brasileira de 1988: normatividade, garantias e seguridade social. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 1994. (Série Direito e Saúde, n. 4).

Capítulos de Livros

MAINETTI, José Alberto; PÉREZ, Marta Lucía. Referenciais de bioética en Argentina. In: PESSINI, Leo et al. (Coord.). *Perspectivas de la bioética en Iberoamérica*. Chile: OPS/OMS, 2007. p. 71-75.

Artigos de Periódicos

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-334, 1998.

Dissertações e Teses

BASTOS, Lisiane de Alcântara. *A integração das normas internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro: o caso da Convenção 158 da OIT - Organização Internacional do Trabalho*. 1997. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

Eventos

DALLARI, Dalmo de Abreu. Características generales de la Constitución de 1988. In: EL DERECHO a la salud en la nueva Constitución brasileña: exposiciones realizadas en el Ciclo de Conferencias sobre Salud en el Desarrollo de la OPS, 1992, New York. Washington: Org. Panamericana de la Salud, 1993.

Documentos eletrônicos

DALLARI, Sueli Gandolfi. A justiça, o direito e os bancos de dados epidemiológicos. *Ciências & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 633-641, jun. 2007. *SciELO Brasil*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/cgi-bin/wxis.exe/iah/>>. Acesso em: 30 set. 2007.

5.4. Outros elementos do artigo

5.4.1. Numeração de tópicos

A numeração de tópicos dentro do artigo deve seguir o seguinte sistema:

I. TÍTULO DO TÓPICO EM CAIXA ALTA E NEGRITO

1. Título do subtópico em caixa baixa e negrito

1.1. Título da parte em caixa baixa e negrito

1.1.a. Título da parte em caixa baixa e negrito

6 Envio dos artigos

Os interessados em submeter artigos à *RESPGE-SP* devem encaminhar os manuscritos, incluindo os documentos *Declaração de Responsabilidade* e *Transferência de Direitos Autorais* para os endereços de correio eletrônico: *pwerner@sp.gov.br*; *mchaves@sp.gov.br* e *delumar@uol.com.br*.



ESPGE
ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



GOVERNO DO ESTADO
DE SÃO PAULO