



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

ISSN 0102-8065

**Estudos em homenagem à
Professora Fernanda Dias Menezes de Almeida**

**73/74
janeiro/dezembro 2011**

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

73/74

JANEIRO/DEZEMBRO 2011



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

GERALDO ALCKMIN

Governador do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador Geral do Estado

Mariângela Sarrubbo Fragata

Chefe do Centro de Estudos



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 0102-8065

CENTRO DE ESTUDOS

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Maria Paula, 67 - 8º andar
CEP 01319-000 - São Paulo - SP - Brasil
Tel. (11) 3130-9500
Home page: www.pge.sp.gov.br
e-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos:

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria:

Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Camila Rocha Schwenck e Luiz Henrique Tamaki

Coordenador:

Luiz Henrique Tamaki

Comissão Editorial

Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Camila Rocha Schwenck, Carla Pedroza Andrade, Cláudia Garcia Grion, Anselmo Pietro Alvarez, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Luiz Henrique Tamaki.

Revista

Luiz Henrique Tamaki (Coordenação Editorial) Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores

Tiragem: 2.000 exemplares

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971-.(semestral)

1971-2010 (1-72)
1998 (n. especial)
2003 (n. especial)

CDD-340.05
CDU-34(05)

Sumário

Apresentação	VII
Homenagem a Fernanda Dias Menezes de Almeida	IX
Nestor Duarte	
Normas gerais e competência legislativa concorrente	
Uma análise a partir de decisões do STF.....	1
André Ramos Tavares	
Anotações sobre a colisão de direitos no Brasil.....	41
Anna Candida da Cunha Ferraz	
Direito, Política e Democracia	
Uma discussão acerca do problema da representatividade em sociedades pluralistas com o objetivo de assegurar a efetivação de direitos e garantias fundamentais a comunidades excluídas sem recair na politização do Judiciário – notas preliminares.....	71
Carolina Grant	
Rumos do federalismo cooperativo brasileiro na tutela estatal ambiental: excessos e busca de equilíbrio e integração dos entes federativos	103
Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida	
A Eficácia Objetiva da Declaração de Constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações pelo STF.....	145
Elival Da Silva Ramos	
Coisa Julgada Inconstitucional e a Afirmação do Direito Judicial	173
José Carlos Francisco	

Considerações sobre o conteúdo jurídico do princípio da função social da propriedade na Constituição de 1988..... 199

Julia Maria Plenamente Silva

A utilização dos tributos para implementação do direito fundamental ao meio ambiente saudável e equilibrado 219

Luís Claudio Ferreira Cantanhede

O cerne infrangível da Constituição: limitação material do poder de alteração constitucional..... 251

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Educação: competências constitucionais e responsabilidade civil..... 263

Nilton Carlos De Almeida Coutinho

A sociedade da informação e o código penal militar..... 277

Paulo Adib Casseb

A amplitude objetiva do efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade perante o STF 281

Paulo Guilherme Gorski de Queiroz

Competências ambientais do Município na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e possibilidade de realizar licenciamentos e convênios, na tutela do meio ambiente 299

Paulo Roberto Fernandes de Andrade

Os tratados internacionais de direitos humanos e o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 337

René Zamlutti Júnior

Apresentação

Sinto-me imensamente honrada por ter sido convidada para a árdua missão de elaborar a apresentação desta revista da Procuradoria Geral do Estado, que homenageia a doutora Fernanda Dias Menezes de Almeida, a despeito de integrarem a carreira de Procurador do Estado colegas brilhantes e dedicados à vida acadêmica.

Enquanto em atividade, convivi com a doutora Fernanda por mais de uma década profícua, época em que todos os integrantes da área da Consultoria eram recebidos pela laureada com muito afeto e atenção. Desse convívio extraímos valiosos conceitos de Direito Constitucional e Administrativo, que nos permitiram prestar informações, dirimir dúvidas jurídicas e elaborar pareceres destinados a orientar nossa consulente principal – a Administração Pública – de modo seguro e eficaz.

A característica principal da jurista e professora doutora Fernanda era e continua sendo seu destacado saber jurídico aliado à firmeza de suas decisões, convivendo em perfeita sintonia com sua doçura e meiguice no trato pessoal.

Estou certa de que os autores desta obra, em sua maioria mestres de renome internacional no cenário jurídico, e mesmo colegas que mais recentemente ingressaram na Procuradoria Geral do Estado, não hesitaram em participar dos trabalhos, considerada a competência, o brilhantismo e o carisma que caracterizam a homenageada!

Posso assegurar que esta edição especial da revista da PGE propiciará a todos os leitores a ampliação e o aperfeiçoamento do conhecimento do Direito, haja vista a qualidade dos trabalhos e a diversidade de assuntos nela enfocados.

Finalmente, cabe-nos agradecer à Dra. Fernanda por sua imensurável dedicação à carreira, e pelas lições acadêmicas e de vida que ela sempre nos transmitiu.

SYLVIA MARIA MONLEVADE CALMON DE BRITTO

Homenagem a Fernanda Dias Menezes de Almeida

Corria o ano de 1981, quando Fernanda Dias Menezes de Almeida, aprovada em primeiro lugar no concurso público de provas e títulos, foi nomeada e tomou posse no cargo de Procurador do Estado, vindo a integrar a Procuradoria Administrativa.

O saber jurídico da nova Procuradora já a havia coroado noutras etapas de sua vida, a começar pelo Prêmio Faculdade Paulista de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no ano de 1965, concedido ao melhor aluno do curso de Bacharelado.

No serviço público exercera funções de relevo, como a de Secretária Parlamentar junto à Câmara dos Deputados, Oficial de Gabinete do Vice-Governador do Estado de São Paulo e Assistente de Planejamento e Controle do Gabinete do Secretário de Estado das Relações do Trabalho, também representando aquela Pasta no Conselho de Curadores da Fundação Centro Educativo, Recreativo e Esportivo do Trabalhador (Ceret).

Foi, então, à Procuradoria Geral do Estado que trouxe as luzes de seu conhecimento e o vigor de seu trabalho, porém, não só no exercício das funções próprias desse honroso cargo é que encantou os estudiosos do Direito Público, no Brasil e no exterior, particularmente na França e em Portugal, conciliando, em suas aulas, palestras e escritos, clareza e profundidade, como é próprio de quem muito sabe e sabe ensinar.

Na vida acadêmica, titulou-se Mestre em 1980, com a dissertação Imunidades Parlamentares, e obteve o grau de Doutor, em 1991, com a tese Repartição de competências na Constituição brasileira de 1988, ambas publicadas, esta última com o título *Competências na Constituição de 1988*, e que ocupam lugar de destaque entre as monografias voltadas para o Direito Constitucional.

Autora de dezenas de artigos e capítulos de livros jurídicos, destaca-se como publicista, abordando temas clássicos e atuais de Direito Constitu-

cional e de Direito Administrativo, além de incursões nos campos do Direito Internacional, do Direito Tributário e dos Direitos da Personalidade.

Professora vocacionada, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - a velha e sempre nova academia do Largo São Francisco -, tanto no curso de graduação como nos de pós-graduação, revelou cabedal científico à altura da dinastia iniciada por Pimenta Bueno, e que dá nome a Instituto do qual é associada fundadora.

Estendendo sua experiência de mestra a outras instituições de ensino, lecionou em recém-criado curso de Direito da Universidade São Judas Tadeu, e dele foi Coordenadora, dando continuidade ao trabalho de seu esposo, o estimado e saudoso Paulo Guilherme de Almeida, prematuramente falecido. É, também, nessa solidariedade familiar que vê, presentemente, despontar seus filhos, Fernando, como Professor de Direito Administrativo, e André, em diversas funções na Administração Pública.

As atividades jurídicas e de magistério, entretanto, não se circunscrevem a esses campos, mas vão além, sendo inestimável sua participação nos concursos organizados pela Fundação Carlos Chagas, em todas as regiões do Brasil, inclusive como integrante e coordenadora de bancas examinadoras entre as quais a das provas do Exame Nacional de Cursos, promovido pelo Ministério da Educação.

De toda essa trajetória beneficiou-se a Procuradoria Geral do Estado, porque a visão que se alargou permitiu-lhe sempre distinguir e privilegiar o interesse público primário sobre o interesse público secundário, tarefa árdua, reservada aos experientes que se alojam na advocacia consultiva do Estado, sabedores de que, se o embate da advocacia contenciosa não permite inflexão, o aconselhamento da Administração Pública exige prudência. Honrando tradição reinante na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, suas opiniões jurídicas eram destemidas e fundamentadas e, sem afrontar a lei, não olvidavam a velha parêmia "*just est ars boni et aequi*", dando para cada problema a solução apropriada. Isso Fernanda Dias Menezes de Almeida compreendeu e executou com maestria, como revelam os pareceres de sua lavra, suas participações em colegiados e nas intervenções nos eventos de interesse da instituição e da carreira que abraçou.

Assim é que exerceu os cargos de Procuradora Assistente e Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa e foi alçada a Subprocu-

radora-Geral do Estado – Área de Consultoria, oportunidade em que, também, participou do Conselho.

Integrou por diversas vezes a Comissão de Concurso de Ingresso na Carreira de Procurador do Estado de São Paulo, presidindo os realizados nos anos de 1990 e 1991.

Levou sua contribuição a incontáveis congressos de Procuradores do Estado e notabilizou-se no Grupo de Trabalho criado pelo Procurador-Geral do Estado em 07-10-1988, para examinar as questões de natureza jurídica oriundas da aplicação da Constituição Federal promulgada em 05 de outubro daquele ano e, no ano seguinte, seus pareceres conferiram brilho à coletânea *Aplicação da nova Constituição Federal*.

No Centro de Estudos, inúmeras vezes ministrou aulas e palestras, que superiormente direcionaram seus atentos alunos e ouvintes, no desempenho de suas funções.

É, pois, com indiscutível mérito que Fernanda Dias Menezes de Almeida integra a galeria dos juristas notáveis da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e tão bem representa as Procuradoras do Estado.

Chego, porém, à conclusão de que o dito acima não era preciso dizer, pois é sobejamente conhecido, mas é preciso dizer que ela é amiga leal, sincera e afetuosa, nas horas felizes ou difíceis. Nos eventos sociais, especialmente os da Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo (Apesp), está sempre presente, alegre e descontraída, mas sem deixar a sobriedade que a caracteriza e espelha sua retidão de caráter.

É justa a homenagem que lhe presta a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, à qual tive a honra de integrar e nela o privilégio de conviver com nossa homenageada. A instituição se engrandece por mostrar aos seus integrantes de hoje o exemplo a ser seguido, porque, também debaixo de seus tetos, deve ser enaltecida – como fez Rui Barbosa – “a continuidade da tradição e a continuidade de Justiça”.

Para mim, é imensa a alegria de sentir-me de volta, em momento tão significativo, à instituição e à carreira das quais jamais me esquecerei e, também, dizer Parabéns, Fernanda.

NESTOR DUARTE

NORMAS GERAIS E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE

Uma análise a partir de decisões do STF

André Ramos Tavares¹

1. Introdução

O presente estudo visa a dar continuidade à reflexão anterior² sobre os critérios que o Supremo Tribunal Federal utiliza para resolver problemas de competência legislativa concorrente, ou seja, os critérios usualmente utilizados pela Corte para apartar espaços diversos de atuação competencial em matérias cuja regulação é titularizada por mais de uma entidade federativa.

Parte-se, pois, de análise amostral de jurisprudência do STF para direcionar a pesquisa e a reflexão proposta. Não se pretende um caráter exaustivo desta análise, mas antes formar uma base de reflexão a partir de decisões Corte Suprema, que sustentarão futuros questionamentos.

1 Pró-Reitor da PUC/SP; Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP; Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Coordenador de Cursos de Pós-Graduação do Centro de Extensão Universitária e da Escola Superior de Advocacia; Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

2 TAVARES, ANDRÉ RAMOS. “Aporias Acerca do ‘Condomínio Legislativo’ no Brasil: uma análise a partir do STF”. in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 06, ano 2, abr./jun 2008, Belo Horizonte: ed. Fórum, como resultado de pesquisa realizada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em parceria com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

Portanto, ao dar prosseguimento à reflexão iniciada anteriormente, após um levantamento dos diversos critérios que o STF utiliza para decidir em conflitos de competência concorrente (o chamado “condomínio legislativo”³) na federação brasileira, cumpre focar um problema específico, a saber, o problema da definição de normas gerais, e, a partir dele, trabalhar questões teóricas acerca do chamado federalismo cooperativo. Além disso, cabe trazer ao debate novas decisões do STF sobre a matéria, e com elas novos elementos para o debate.

Tendo essa perspectiva de estudo, este artigo se estrutura da seguinte maneira. (I) Em primeiro lugar são feitas algumas considerações sobre o federalismo cooperativo e as competências legislativas concorrentes na federação brasileira, abordando a questão da dificuldade de se determinar o que são normas gerais – além da consequência que adoção de diferentes critérios para a definição deste conceito tem para o sistema federativo brasileiro. (II) Logo em seguida discutem-se os critérios adotados pelo STF para resolver conflitos acerca da determinação de competência legislativa cooperativa, (III) e procede-se a uma análise de caso recente que ilustra bem a problemática da (in)definição do que são normas gerais na jurisdição do STF. (IV) Ao final, apresenta-se a conclusão, apresentando algumas reflexões sobre tendências na jurisprudência do STF em assuntos vinculados ao sistema federativo brasileiro, principalmente no tocante à competência legislativa concorrente e a definição do que são normas gerais.

2. Problemas da competência legislativa concorrente no federalismo brasileiro

2.1 Uma análise da concretização do modelo de federalismo cooperativo

Antes de adentrar na discussão aqui proposta, cumpre retomar alguns aspectos dogmáticos e teóricos acerca da chamada competência concorrente no Brasil, que conduz, com outros elementos, ao que se convencionou chamar de “federalismo cooperativo” (por oposição ao

3 Terminologia adotada pelo Ministro CELSO DE MELLO na ADIn-MC n. 903-6/MG, acerca da competência legislativa concorrente.

clássico federalismo dualista norte-americano do século XIX), com o qual “se pretende uma atuação coordenada dos entes federativos, com o que é compatível uma repartição vertical de poderes”⁴.

Como deixa claro o magistério de FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA, o federalismo cooperativo surge propriamente no direito positivo com a Constituição de Weimar, na qual se encontravam regras disciplinadoras da forma pela qual a União e os Estados agiriam concorrentemente, muito “embora textos anteriores, como [...] a Constituição argentina de 1853, [já] mencionassem competências concorrentes ou não privativas”. Todavia, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a repartição de competências federativas na República de Weimar não significou necessariamente um avanço na descentralização de poderes. Nota-se, que “[p]ara isso contribuiu a repartição de competências, em que o poder de legislar dos *Länder* foi restringido em proveito do *Reich*, seja pela prioridade dada a este, seja pelos condicionamentos impostos ao exercício da competência legislativa concorrente dos *Länder*. De outra parte, acentuou-se o poder central com a absorção da soberania financeira pelo *Reich*, [...]”⁵.

Essa tendência de centralização na repartição de competências não teria se mantido na Constituição alemã de 1949 que, aliás, parece ter exercido influência na Constituição brasileira de 1988. Cumpre notar que a autora, em momento posterior da obra, aproxima constituição alemã à Constituição brasileira de 1988, quando afirma que “o sistema de partilha de competências [da Constituição brasileira de 1988], como um todo, mais se aproxima do sistema alemão, com a previsão das competências legislativas e não legislativas da União em artigos distintos; com a separação, também, das competências comuns legislativas e não legislativas; com a previsão de delegação de competências legislativas da União aos Estados por lei federal; com a repartição vertical da competência legislativa concorrente cabendo as normas gerais à União e a legislação suplementar aos Estados”⁶.

4 ALMEIDA, Fernanda Dias de Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 53

5 ALMEIDA, *op. cit.* Pp. 53-54.

6 ALMEIDA, *op. cit.* p.81. Entretanto, a autora nota que esta comparação não pode ser levada

Neste sentido, FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA assevera que “a utilização das competências concorrentes, *como idealizada*, atende aos desígnios de se chegar a uma maior descentralização, sem prejuízo da direção uniforme que se deva imprimir a certas matérias”.⁷ Contudo, a própria autora, escrevendo em 1991, reconhecia que seria preciso analisar como se formalizaram e operacionalizaram as ideias mestras subjacentes a esses modelos, notando, inclusive, que no caso brasileiro, existiria uma forte tendência de centralização política⁸.

Nessa linha, a pergunta que se coloca, portanto, é a de saber se na prática da jurisdição constitucional brasileira a operacionalização do federalismo cooperativo (de competências legislativas concorrentes ou do chamado “condomínio legislativo) ocorrem interpretações que resultam em centralização política.

Notar este ponto, talvez contraintuitivo, é importante para algumas reflexões posteriores deste estudo que, por sua vez, não pretende atribuir nenhum cunho “ideológico” ou “axiomático” para o termo *federalismo cooperativo*. Cumpre reconhecer que, a rigor, não existe uma vinculação necessária entre federalismo cooperativo e descentralização ou centralização de poder. Um dos desafios que se impõem à academia, pois, é a análise da atuação de decisões específicas das Cortes Supremas em cada sistema jurídico especificamente analisado, para, então, ser possível abstrair algumas reflexões – ainda que iniciais – sobre como esse modelo de competências concorrentes é implementado e quais são seus resultados.

Com efeito, no caso brasileiro, atribuir um caráter de centralização ou descentralização do poder implica inquirir *como* a repartição de competências é operacionalizada pelo Supremo Tribunal Federal precisamente quando ocorrem conflitos acerca de matérias de competência concorrente entre entes federados.

muito longe: “[n]uma primeira aproximação, o que se disse acima em relação à Constituição alemã pode ser repetido em relação ao sistema de repartição de competências da Constituição brasileira de 1988, embora não haja identidade plena entre ambas, mormente quanto às regras relativas ao exercício da competência legislativa concorrente”. (p. 82)

7 ALMEIDA, *op. cit.* p 82 (original não grifado)

8 ALMEIDA, *op. cit.* p. 82-83

2.2 Competência Legislativa Concorrente na Constituição Federal de 1988

O “condomínio legislativo” encontra-se previsto de maneira expressa no art. 24 da Constituição do Brasil, em seus dezesseis incisos, mas não apenas nestes, já que o núcleo de identificação desta tipologia é repetido em outros momentos da Constituição,⁹ para além do disposto no art. 24. Ou seja, a essência do cooperativismo e da concorrência em matéria de competências pode ser sem muita dificuldade visualizada em diversos outros momentos constitucionais.

Especialmente sobre a competência concorrente, nota-se que

“[A]s normas gerais cabem à União, e aos Estados-membros cabem as normas particulares. Por isso a competência dos Estados-membros é denominada *complementar*, por adicionar-se à legislação nacional no que for necessário. Também à União cabe legislar sobre normas particulares para seu âmbito.

Há, também, a competência prevista para os Estados-membros legislarem sobre as normas gerais e as particulares quando a União se tenha mantido inerte, omissa. É a competência *supletiva*, que supre a ausência da legislação nacional.

A Constituição fala em competência suplementar dos Estados-membros (art. 24, § 2º, *in fine*). Essa competência suplementar pode-se dividir em complementar e supletiva (...)” (André Ramos Tavares. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

Essa questão está intimamente ligada, como demonstrarei a seguir, com a temática da identificação de quais seriam as normas gerais, já que a competência para legislar sobre normas gerais é de titularidade da União, fazendo com que a definição do conteúdo destas normas, por óbvio, adquira grande importância e peso. Isso é assim, pois, dependendo da forma pela qual se interpreta o conteúdo normativo do caráter

⁹ Para uma análise crítica da inadequação técnica da inclusão de competências legislativas concorrentes entre as competências legislativas privativas da União nos incisos IX; XXI; XXIV e XXVII do artigo 22 da CB, ver ALMEIDA, *op. cit.* pp. 111-115.

de “generalidade” das normas de competência federal, diferentes efeitos (pendendo ou para a centralização ou para a descentralização do sistema federativo brasileiro) ocorrerão. Tal problemática não passou despercebida a FERNANDA DIAS DE MENEZES ALMEIDA:

“Nada obstante se registre como um dado positivo o alargamento da competência legislativa concorrente, não se há de perder de vista que, mesmo nesta esfera, dá-se uma centralização normativa, ainda que no âmbito restrito das normas gerais. [...]

O grande problema que se coloca a propósito é o da formulação de um conceito de normas gerais que permita reconhecê-las, na prática, com razoável segurança. E, no entanto, a separação entre normas gerais e normas que não tenham esse caráter é fundamental. De fato, no campo da competência concorrente limitada, em que há definição prévia do campo de atuação legislativa de cada centro de poder em relação a uma mesma matéria, cada um deles, dentro dos limites definidos, deverá exercer a sua competência com exclusividade, sem subordinação hierárquica. Com a consequência de que a invasão do espaço legislativo de um centro de poder por outro gera a inconstitucionalidade da lei editada pelo invasor”.¹⁰

A análise do art. 24, da Constituição Brasileira, preceptivo responsável por disciplinar as já mencionadas competências legislativas concorrentes entre a União, os Estados e o Distrito Federal comporta dificuldades, dentre elas a de determinar o que será considerado *norma* geral e o que será norma especial. A importância desta distinção se justifica em razão do art. 24, § 1º, da CB, o qual dispõe que:

“§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.”

Como consequência lógica, portanto, tem-se que compete aos Estados-membros, no que se refere à competência normativa em questão, editar normas especiais. A partir desta primeira conclusão, surge o seguinte questionamento: *o que caracteriza uma norma como geral?*

10 ALMEIDA, *op. cit.* p. 156

Não obstante premente necessidade de se enfrentar essa questão do ponto de vista acadêmico e dogmático, não é esta a opção adotada por este estudo. A análise teórica é importante e ajuda, inclusive, a solucionar problemas de decisão, servindo de parâmetro e apoio para os Ministros do STF. Todavia, a discussão doutrinária não tem os mesmos efeitos práticos que os entendimentos do STF têm na concretização do sistema federalista brasileiro – pelo menos não direta e imediatamente¹¹.

Este estudo aborda a questão a partir de elementos retirados de análise da jurisprudência do STF.

2.3 Jurisprudência do STF

Ao retomar estudos anteriores acerca da jurisprudência do STF e os critérios por ele adotados na questão, pode ser constatada uma tendência ainda restritiva quanto a um amplo e real compartilhamento competencial. É que o critério da Constituição de 1988 é por demais insuficiente, carecendo de uma concretização mais intensa por parte do Judiciário (que aqui desenvolve a delicada função de árbitro da federação) no segmento das chamadas cláusulas abertas ou conceitos indefinidos.

A reflexão que se pretende fazer a partir da sistematização da jurisprudência do STF permite-nos lembrar a advertência levantada por PAULO BONAVIDES, quando proclamou que o federalismo cooperativo seria aquele que melhor se amolda aos institutos autoritários, por permitir a sobreposição do Governo federal à vontade autonômica das demais entidades federativas. Apresenta-se, assim, apesar do texto cons-

11 Para uma análise doutrinária da definição de normas gerais, partindo, inclusive, de análise da atuação do Deputado Aliomar Baleeiro na Constituinte, Ver: Almeida, *op. cit.*, pp. 157 – 161, que, após apontar diversas possibilidades, ressalta que o espaço da norma geral será preenchido e delimitado pela Ciência jurídica. Contudo, assevera: “[n]a prática, porém, não vemos como evitar certa dose de subjetivismo na identificação das normas gerais, o que sempre acabará *suscitando conflitos de competência. Daí avultar na espécie, o papel de árbitro constitucional do federalismo que desempenha o Supremo Tribunal Federal.* De sua interpretação *constitutiva* muito dependerá, com certeza, a eficácia do sistema de repartição de competências, no que diz com essa delicada e fundamental questão”. (ALMEIDA, *op. cit.* p. 161. *original não grifado*).

titucional, mais um federalismo de integração¹² do que de cooperação efetiva e real. Evidentemente que a exposição textual ampla que ocorre na Constituição de 1988 em prol da União contribui para uma (ou pode até mesmo ser considerada um indício de) concentração competencial. Da Corte Suprema, na função de Justiça Constitucional, especificamente na de árbitro da federação¹³, são recebidas as decisões que definem as competências nas disputas concretas. Neste ponto é possível perceber a relevância em se identificar a existência (ou não) de um critério coerente e consistente de “revelação” das competências constitucionais, no âmbito do STF.

2.3.1 Critérios utilizados pelo STF no tocante às normas gerais

Em estudo anterior¹⁴ foram encontrados três critérios utilizados pelo STF para determinar o que são normas gerais: (a) configuram-se normas gerais aquelas normas que demandam aplicação federativa uniforme; (b) configuram-se normas gerais aquelas normas detentoras de maior abstração; (c) são normas gerais aquelas que proíbem ou admitem certas condutas.

Dentre estes três, o que se afigurou menos incerto foi o que reputa como normas gerais aquelas que estabelecem proibições e permissões. As demais demandam maior aprofundamento (no universo jurisprudencial) e explanação (por parte da jurisprudência do STF).¹⁵ Vejamos esses critérios com mais calma.

12 Cf. TAVARES, op. cit., 2009, p. 975.

13 Cf. ANDRÉ RAMOS TAVARES. Teoria da Justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005: 297-319.

14 Cf. nota 1, acima.

15 Além disso, foi analisado no referido estudo também como o STF determinava critérios que atuassem como compasso na árdua tarefa de classificar determinada matéria dentre as competências privativas da União e as competências alocadas no ‘condomínio legislativo’. Interessantes conclusões sobre a dificuldade do critério da “*especificidade*” de eventual lei, tanto no escopo como na matéria foram desenvolvidas. Neste sentido, ver o já citado TAVARES, ANDRÉ RAMOS. “Aporias Acerca do ‘Condomínio Legislativo’ no Brasil: uma análise a partir do STF”. in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 06, ano 2, abr./jun 2008, Belo Horizonte: ed. Fórum.

Como um exemplo do primeiro critério, uniformidade federativa, cita-se o voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na ADIn 3.645-9/PR, no qual se expôs que “norma geral, a princípio, é aquela que emite um comando passível de uma aplicabilidade *federativamente uniforme*.”¹⁶ (STF, Min. rel. Ellen Gracie, DJ de 01/09/2006 – original não grifado).

Definição semelhante¹⁷ à do Ministro CARLOS BRITTO, mas adotando um caráter de abrangência, é a esposada na ADIn-MC n. 927-3/RS, e reiterada na ADIn n. 3.098-1/SP, pelo Ministro CARLOS VELLOSO:

“Penso que essas ‘normas gerais’ devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que ‘norma geral’, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências.” (STF, ADIn-MC n. 927-3/RS, Min. rel. CARLOS VELLOSO, DJ de 11/11/1994)¹⁸.

Haveria, portanto, no STF, duas concepções *expressas* acerca da norma geral. Para o Ministro CARLOS BRITTO, a generalidade da norma decorreria de sua (I) *possível aplicação federativa uniforme*. Para o Ministro CARLOS VELLOSO, uma norma seria geral em razão de sua (II) maior *abstração, semelhança aos princípios*.

16 Nesse exato sentido foi o voto do Min. Cezar Peluso na ADIn n. 1.007-7/PE:

“O alcance do caráter geral é que dá a razão por que se distribui competência concorrente nessa matéria, quando a Constituição atribui à União a competência para ditar normas de caráter geral sobre contratos. *É que a União é que deve ditar normas aplicáveis a todo o país, a fim de que um contrato não tenha particularidade normativa em determinado Estado, outra particularidade em Estado diverso, ou a possibilidade de os Estados estabelecerem normas diferentes sobre o mesmo tipo de contrato.*” (ADIn n. 1.007-7/PE, Min. rel. Eros Grau, DJ de 24/02/2006; original não grifado)

17 Diz-se, aqui, semelhante, porquanto o Ministro Carlos Velloso, embora espouse esta concepção de norma geral como norma de maior abstração, finda, por vezes, a argumentar de maneira semelhante à concepção do Ministro Carlos Britto, é dizer, por uma concepção de norma geral vinculada à necessidade de aplicação federativa uniforme. Veja, nesse sentido, o seu voto na ADIn-MC n. 874-9/BA (esta ADIn é mencionada no item 2.2.2.):

“A questão posta nos autos não diz respeito a uma situação *peculiar* do Estado da Bahia; noutras palavras, ela é de interesse de mais de um Estado-membro. A questão, portanto, estaria compreendida nas normas gerais da União e não na legislação de normas específicas para atender à peculiaridade do Estado-membro.” (ADIn-MC n. 874-9/BA, Min. rel. Néri da Silveira, DJ de 20/08/93; original não grifado).

18 O tema da *definição das normas gerais* será explorado abaixo.

Nada obstante a constatação destes dois critérios como, em tese, norteadores da distinção entre norma geral e especial no âmbito da atuação conjunta de estados-membros e União federal e, por conseguinte, delimitadores de uma competência normativa mais pontual da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, ambos encontram uma série de obstáculos práticos em sua aplicação.

Posteriormente, será analisado um terceiro critério, (III) o *critério do estabelecimento de permissões e proibições*, que será trabalhado em um item próprio, principalmente por sugerir mais segurança e definição – implicando, consequentemente, menor discricionariedade e subjetivismo.

2.3.1.1 Aplicação federal uniforme

Quanto ao primeiro critério indicado, as dificuldades a serem enfrentadas se encontram presentes nas seguintes indagações: o que vem a ser esta potencialidade de aplicação federativa uniforme? Haveria normas não sujeitas à aplicação federativa uniforme, apesar de ser essa uma possibilidade, excepcionando-se em virtude de questões de conveniência política e cultural; o critério permite que se pondere seriamente a necessidade de cada Estado-membro disciplinar a questão, de acordo com as suas peculiaridades políticas e culturais? Se sim, quais seriam os critérios para tanto?

De outra parte, apesar da dificuldade em “nacionalizar” certos assuntos, poderia haver interesse nacional em impor uniformidade a certas pautas que, nitidamente, não demandariam necessário tratamento uniforme.

Também não seria de todo absurdo cogitar-se que a nacionalização de temas já ocorreu pela própria constituinte, ao elencar competências à União que muito bem poderiam ter sido distribuídas aos estados. Quer dizer, as regras uniformes só podem ocorrer onde a competência é privativa da União; nos demais casos haverá, no máximo, pequena uniformidade dentro de uma mais ampla diversidade.

Obviamente que o critério esposado pelo Ministro CARLOS AYRES BRITTO detém atratividade. Não há como se negar. Contudo,

a ansiedade por respostas não pode redundar em simplificação dos problemas que o tema da competência concorrente apresenta.

Tema este, aliás, com grandes impactos no sistema federativo, mas ainda com baixo grau de sedimentação de entendimentos até pelo STF. Apenas a título de ilustração, cumpre mencionar a dificuldade de categorização, de “subsunção” de determinadas matérias nos ramos de direito previstos pela Constituição. Como é possível determinar, por exemplo, se uma determinada matéria é de direito civil (e, portanto, de competência única e exclusiva da União) ou se é de direito econômico (e, portanto, de competência da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal)? Bem demonstra a premência desta problemática o voto do Ministro CEZAR PELUSO na ADIn n. 1950-3/SP, referente ao benefício da meia-entrada prevista na Lei n. 7.884/92, do Estado de São Paulo.¹⁹ Seu voto acusa um problema de inconstitucionalidade formal na Lei acima:

“Na verdade, essa norma está interferindo em contratos, está tabelando prestações de contratos. Para um universo determinado de contratantes, é verdade, mas está tabelando, ao prescrever que um universo tal de contratantes paga a metade do valor dos contratos.

“Isso, a meu ver, com o devido respeito, ofende o art. 22, I.” (ADIn n. 1.950-3/SP, Min. rel. Eros Grau, DJ de 02/06/2006)

E, para o Ministro em questão, não se poderia decidir de maneira contrária, pois se assim procedesse, o STF incidiria em incoerência, porquanto em outra ADIn, ADIn n. 1.007-7/PE, entendeu-se que matéria

¹⁹ A questão das matérias não será aprofundada aqui. Nota-se que em outro estudo (*ver nota 1*), a amostragem jurisprudencial reunida no estudo permitiu algumas reflexões. Em primeiro lugar, encontrou-se nas decisões o critério especificidade como um elemento capaz de nortear a taxionomia de determinada matéria, definindo se esta estaria sujeita à competência privativa ou se, por contrário, sujeitar-se-ia ao “condomínio legislativo” do art. 24, da CB. Sem embargo, a divergência entre as ADIns n. 403-4/SP e ADIn-MC n. 874-9/BA e dentro da própria ADIn n. 1.007-7/PE bem demonstraram a dificuldade prática em aplicar tal critério. Em segundo lugar, notou-se que o próprio STF não produziu um posicionamento acurado e consistente quando o assunto era o rateio de competências. Nesse sentido, ver ADIn n. 1.950-3/SP, mais precisamente o embate entre os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau.

semelhante era de competência da União, por se referir a norma de direito civil²⁰.

Inicia-se a perquirição com a própria ADIn que contém o voto do Ministro CARLOS BRITTO sobre o critério ora analisado da aplicação federal uniforme, a saber, a ADIn 3.645-9/PR. O objeto desta ação direta foi a Lei n. 14.861/2005, do Estado do Paraná, a qual regulamentou o “direito à informação quanto aos alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados”.

A competência estadual para disciplinar esta matéria poderia ser vislumbrada no art. 24, V, da CB, dispositivo este que prevê a competência concorrente para a *produção e consumo*. Já a inconstitucionalidade sustentada pelo partido político que propôs a ação residiria na circunstância de esta Lei, longe de suplementar a Lei Federal sobre o assunto, Lei n. 11.105/2005, ter intentado substituí-la, criando duas realidades normativas distintas, sobre uma mesma matéria. Enquanto a regulamentação federal estabelece o dever de informar apenas para aqueles produtos que detenham, em sua composição, mais de 1% de organismos geneticamente modificados, a Legislação Estadual estaria a impor este dever a todo e qualquer produto que detivesse, em sua constituição, organismos geneticamente modificados, ainda que em escala inferior a 1%.

O *resultado* da ADIn foi a declaração, *unânime*, da inconstitucionalidade da Lei do Estado do Paraná. Os argumentos sobre a inconstitucionalidade formal (quanto ao agente) foram acatados pela Corte Suprema.

No que se refere aos votos, alguns merecem destaque, porquanto oferecem *indícios* de critérios para o estabelecimento do sentido de norma de aplicação nacional uniforme, e, portanto, de norma geral, da “alçada” da União nos casos de atuação normativa conjunta.

É o caso do voto do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Embora este Ministro detenha uma visão crítica da maneira como se porta o

²⁰ Ressalte-se que esta confusão dentro do próprio STF, quanto à taxionomia de determinadas leis (disputa entre o art. 22 e o art. 24), será retomada abaixo.

STF²¹, na interpretação da competência concorrente, conforme se verificará posteriormente, ele acabou por considerar esta questão como merecedora de tratamento nacional, nos termos seguintes:

“ (...) porém, Senhora Presidente, dada a *relevância* da matéria, e tendo em vista que esta questão dos organismos geneticamente modificados transcende o âmbito meramente local, ou seja, tem âmbito nacional e, quiçá, até internacional, *porque pode afetar o comércio interestadual e o exterior*, acompanho o voto de Vossa Excelência no sentido de julgar procedente a ação.” (original não grifado)

Da leitura de seu voto, pode-se perceber a existência de dois critérios: (I) a relevância da matéria; e (II) as consequências desta no comércio interestadual e internacional.

Outra critério – ou subcritério – que merece destaque é aquele apresentado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em rápido aparte. Seu critério diz respeito à (III) matéria/objeto da disposição legal:

“Trata-se evidentemente de uma norma geral. Não há como estabelecer peculiaridade do consumidor paranaense para que a *rotulagem* no Paraná seja mais rígida do que aquela que o legislador federal, embora não disciplinando, dada a complexidade técnica da matéria diretamente, optou por que se fosse feito por regulamento com a participação, óbvia, dos organismos técnicos.” (ADIn 3.645-9/PR; Min. rel. Ellen Gracie, DJ de 01/09/2006; original não grifado).

Tendo em vista estas “variáveis” utilizadas para a caracterização da aplicação federal uniforme, vejamo-as uma a uma, denominando-as de: (A) subcritério da relevância; (B) subcritério do comércio interestadual; e (C) subcritério de aspectos materiais que demandariam tratamento uniforme.

21 O que será objeto de apreciação ao final deste texto.

(A) *Subcritério da relevância*

A primeira variável, de autoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, está a denotar que matérias detentoras de maior relevância (*social, econômica e/ou política?*) avocariam um monopólio, por parte da União. Nesta toada, todos os assuntos, dentro das matérias alocadas, pelo Poder Constituinte Originário, no art. 24, que detivessem *maior relevância*, haveriam de ser regulamentadas única e exclusivamente por Lei Federal, porquanto se configurariam, automaticamente, como normas de natureza geral, salvo, obviamente, no caso de inexistência de Lei Federal sobre o assunto, hipótese esta que autorizaria o Estado-membro a disciplinar, plenamente, a questão (Cf. art. 24, § 3º, da CB), até o advento da legislação federal.

A plausibilidade deste critério, sem embargo, poderia restar ameaçada. Por um simples motivo. Relegar aos Estados-membros apenas aquelas matérias de somenos importância implicaria uma diminuição da relevância constitucional destes próprios entes federativos, o que não parece ter sido autorizado pela Constituição. Trata-se de critério que se afigura politicamente sensível.

Favoravelmente a este argumento estaria o fato de a Constituição da República não aquilatar, precisamente, o protagonismo dos Estados-membros no rateio das competências concorrentes. Muito pelo contrário. Por vezes, a Carta Maior finda, inclusive, por admitir uma atuação comum *hierarquizada*, como é o caso do art. 198, *caput*, da CB:

“As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e *hierarquizada* e constituem um sistema único de saúde, organizado de acordo com as seguintes diretrizes (...).”

Uma saída poderia ser encontrada na própria Constituição e na reconhecida interpretação sistêmica. Sim, porque as regras de competência não estão imunes a este modelo hermenêutico tão propalado na literatura constitucional mundial. É que a relevância à qual se reporta o Ministro pode eventualmente ser aflorada a partir da própria Constituição (como, neste caso, com sua preocupação com a saúde e o meio ambiente, uma relevância constitucionalmente estabelecida para tratamento pela União), auxiliando na tipificação da natureza geral ou não de uma norma editada por meio de Lei federal no âmbito das competências

concorrentes, sem menosprezar, assim, a importância das entidades federativas estaduais. Isso quer dizer que não deve ser a relevância política, econômica, social ou jurídica que guiará a distribuição de competências concorrentes, sempre preferindo, no caso de relevância, a União. Essa leitura certamente manietaria o modelo federativo brasileiro. Será admitida apenas aquela relevância constitucionalmente visível, que interfira de modo a justificar a atuação disciplinadora “nacionalizada”. Mesmo aqui, contudo, talvez o critério se mostre excessivamente subjetivista.

(B) *Subcritério do Comércio Interestadual*

O outro critério sugerido pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI para justificar a configuração de determinado assunto em nacional estaria nas consequências deste para o comércio interestadual. A lógica do Ministro é a seguinte: regulamentação de organismos transgênicos afeta, inexoravelmente, o comércio interestadual. Com efeito, tratar-se-ia, por esse motivo, de matéria de apelo nacional.

O principal obstáculo a este critério reside no fato de toda norma sobre produção e consumo revelar, inevitavelmente, consequências no comércio interestadual. Novamente a subjetividade excessiva do critério interfere em sua “lisura”. Ou seja, o art. 24, V, da CB, o qual dispõe que é competência concorrente da União, Estados-membros e Distrito Federal, legislar sobre produção e consumo, somente poderia ser regulamentado por lei federal, porquanto toda sua matéria poderia ser reputada como sujeita a norma geral. O maior exemplo de que assim se poderia caminhar, nessa toada generalizante plena, está nos EUA, onde a cláusula acabou por ser utilizada nesses termos, concentrando poderes na União que, inicialmente, não lhe foram reconhecidos nem mesmo na prática dos tribunais. Um caso bem ilustrativo dessa afirmação foi o *Wickard vs. Filburn*, no qual a Corte Suprema dos EUA chegou a considerar que haveria reflexo fora do Estado quando a lei regulamentava cultivo em fazenda para consumo próprio. Assim se posicionou igualmente a doutrina. BERNARD SCHWARTZ²² observou que praticamente tudo poderia ter repercussão fora do Estado-membro, no comércio in-

22 *O Federalismo norte-americano atual*. Trad. por Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 36.

terestadual, o que conduziria à inconstitucionalidade de todas as leis estaduais regulamentadoras dessa matéria. CRISTOPHER N. MAY e ALLAN IDES²³ consideraram que “dada a interdependência de nossa economia nacional, poucas atividades econômicas ou comerciais, se é que há alguma, podem escapar do alcance do poder de regular o comércio [pelo Congresso Nacional]”.

Consequência mais danosa e dificilmente aceitável pela contemporânea teoria constitucional seria a desabilitação plena do art. 24, V, o qual restaria como verdadeira letra morta, à medida que o Estado-membro estaria impossibilitado de legislar sobre a matéria, mesmo no caso de inexistência de lei federal. Isto porque produção e consumo, por conta de sua influência no comércio interestadual, transformar-se-ia, ao final, em matéria de competência exclusiva da União, nos termos do art. 22, VIII, da CB. O intérprete estaria a realizar uma remodelagem e um intercâmbio entre categorias constitucionais.

Não se pode deixar de registrar, aqui, o que há de ser compreendida como uma coerência estrutural dos posicionamentos do ministro: quando o resultado de seu voto sinaliza para a constitucionalidade da respectiva lei estadual ou distrital suspeita de ter amparo em produção e consumo, o Ministro a desclassifica como decorrendo do exercício dessa competência. Um exemplo claro disto encontra-se na ADIn n. 1.278-9/SC, recentemente decidida (DJ de 01/06/2007), cujo objeto, a Lei n. 1.179/94, do Estado de Santa Catarina, que dispunha sobre o “beneficiamento do leite de cabra”. Mencionada lei estabelecia critérios para o processo de pasteurização e, inclusive, o estado físico (sólido: congelado) que o produto poderia ser comercializado. *Prima facie*, não seria de se afastar a configuração desta lei como de matéria referente à produção e ao consumo. Sem embargo, o Ministro alocou-a no art. 24, XII, da CB, o qual trata da competência concorrente para legislar sobre “previdência social, proteção e defesa da saúde”:

“Bem examinado o diploma legal impugnado, constato, que ele não usurpa a competência da União Federal para legislar sobre a

23 MAY, Christopher N., IDEZ, Alla. *Constitutional law: national power and federalism*. 2. Ed. Gaithersburg: Aspen Law & Business, 2001, p. 187.

proteção e defesa da saúde. Isso porque a competência legislativa, no caso, é concorrente e, nesse âmbito, a União deve limitar-se a editar normas gerais, conforme o artigo 24, XII, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal” (ADIn 1278-9/PR, Min. rel. Ricardo Lewandowski, DJ de 01/06/07)

Certamente, contudo, surge aqui uma indagação que é crucial para bem compreender a partilha de competências constitucionais: qual a diferença entre esta Lei estadual e a que disciplina a composição de OGM em produtos, para fins de elencá-la numa e não em outra categoria competencial da Constituição? Pode-se perfeitamente considerar que ambas veiculam normas que repercutem matéria de produção e consumo e de proteção e defesa da saúde. O dilema surge em conceder-se preferência a uma categoria competencial e não a outra, o que pode conduzir à inconstitucionalidade ou à preservação da lei, tendo em vista o critério centralizador do reflexo interestadual.

Favoravelmente ao posicionamento do Ministro Lewandowski está o fato de o argumento pela classificação da matéria no art. 24, XII (proteção e defesa da saúde), e não no art. 24, V (produção e consumo), da CB, já ter sido esposado na análise da Medida Cautelar, na ADIn em questão²⁴. Ou seja, não se tratou de inovação sua, mas de confirmação de um posicionamento já estabelecido, previamente, pelo STF, quando da análise desta mesma questão. Isso mantém certa perenidade nos critérios (sejam quais forem) para compreender-se a competência concorrential constitucionalmente distribuída.

Ademais, a equiparação das normas referentes à produção e consumo às normas referentes ao comércio interestadual não é automática. Um exemplo disto reside na ADIn-MC n. 1.980-5/PR, cujo objeto foi a Lei n. 12.420/99, do Estado do Paraná, responsável por assegurar ao consumidor “o direito de obter informações sobre natureza, procedência e qualidade dos produtos combustíveis, comercializados nos postos revendedores situados naquela unidade da federação”.

Nesta, o Ministro relator, SYDNEY SANCHES, afastou a configuração da Lei mencionada, que tratava de produção e consumo, em matéria

24 ADIn-MC n. 1.278-9/SC, Min. rel. Marco Aurélio, DJ de 14/06/02.

referente ao comércio interestadual (art. 22, XII). Sem embargo, o voto do Ministro em questão encontra-se repleto de cautelas:

“É claro que um exame mais aprofundado, por ocasião do julgamento de mérito da Ação, poderá detectar alguns excessos da Lei em questão, em face dos limites constitucionais que se lhe impõem, mas, por ora, não os vislumbro, neste âmbito de cognição sumária, superficial, para efeito de concessão de medida cautelar.” (ADIn 1.980-5/PR, Min. rel. SYDNEY SANCHES, DJ de 25/02/2000; original não grifado).

De qualquer maneira, o que se pode fixar, neste ponto, ademais dos efeitos deletérios sobre a autonomia estadual de eventual equiparação automática de matéria sobre produção e consumo à matéria referente ao comércio interestadual, é que o STF não tem realizado essa aproximação de maneira automática. Na ADIn-MC n. 2866-9/RN, cujo objeto foi a Lei n. 8.299, de 29/01/03, do Estado do Rio Grande do Norte, responsável por dispor acerca das “formas de escoamento de sal marinho produzido no Rio Grande do Norte”, houve a declaração de inconstitucionalidade desta lei (inconstitucionalidade parcial, ressalte-se), por afronta ao art. 22, VIII, da CB, ou seja, por desrespeito à competência privativa da União para disciplinar o comércio interestadual.

Conforme se depreende da leitura do objeto da Lei estadual mencionada, esta está a regulamentar questão de produção e consumo, portanto, matéria de competência concorrente, nos termos do art. 24, V, da CB. Sem embargo, a conclusão obtida na ADIn em questão não sustentou, para chegar a essa conclusão, a tese de juízo automático de identidade entre produção e consumo e comércio interestadual. Isto porque a presente lei apresentava uma peculiaridade em um de seus dispositivos. A redação do art. 6º, *caput*, dispunha o seguinte:

“O escoamento de sal marinho não beneficiado para ser industrializado em outra Unidade da Federação, seja para a indústria alimentícia, para o consumo humano ou para a pecuária, será gradativamente suspenso:” (original não grifado).

O § 4º deste mesmo dispositivo, por sua vez, dispunha que:

“A partir do ano 2003 não será permitido o escoamento da produção de sal marinho não beneficiado do Rio Grande do Norte *para qualquer outra Unidade da Federação.*” (Original não grifado)

Percebe-se, claramente, da leitura dos dispositivos acima transpostos, a intromissão da Lei estadual em questão no comércio interestadual. Os artigos mencionam, diretamente, outras entidades da federação. Não por outro motivo é que o Ministro GILMAR MENDES, relator desta contenda, proferiu entendimento segundo o qual:

“Resta evidente que a limitação ao comércio de sal marinho, tal como fixada no art. 6º, § 4º, da Lei estadual impugnada, representa usurpação daquela competência constitucional da União, relativa ao comércio interestadual e exterior (art. 22, VIII, da CF). Considero adequada, portanto, a suspensão de tal dispositivo. Cabe consignar, ainda, a conveniência da suspensão do dispositivo, uma vez que, tal como registra documento do Departamento Nacional de Produção Mineral (fl. 68), o Estado do Rio Grande do Norte responde por cerca de 95% da produção nacional de sal marinho.” (ADIn n. 2.866-9/RN, DJ de 17/10/2003).

Tem-se, aqui, fixado ao menos um critério para a classificação de lei sobre produção e consumo como sendo matéria de competência privativa da União, por conta do art. 22, VIII, da CB: *menção expressa a outra entidade da Federação*. Outra decisão é capaz de confirmar e reforçar esta conclusão.

Trata-se da decisão exarada na ADIn n. 280-5/MT, cujo objeto foi a *Constituição do Estado de Mato Grosso*, mais precisamente o seu art. 346, *caput*, que vedava a saída do Estado de madeira em toras. Nas palavras do requerente, tal dispositivo estaria a contrariar o art. 22, VIII, da CB. Já o argumento favorável à normativa constitucional encontrar-se-ia no art. 24, VI, da CB, o qual dispõe que é de competência legislativa concorrente matérias sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, proteção do meio ambiente e

controle da poluição” (posicionamento este, inclusive, sustentado pelo Procurador-Geral atuante nesta questão)²⁵.

Levando em consideração a vedação em relação à saída, do Estado, de madeiras em toras, o Ministro FRANCISCO REZEK, relator desta Ação, sustentou:

“Com efeito, o constituinte estadual chamou a si uma competência privativa da União. O artigo 22 – VII [sic] da Carta da República atribui à União competência exclusiva para legislar sobre comércio exterior e interestadual. No que interessa ao caso em exame, é certo que não há partilha com os estados federados de tal competência.” (ADIn n. 280-5/MT, DJ de 17/06/1994).

Percebe-se, portanto, nestes casos, que foi necessário um forte “elemento de conexão”, proveniente da própria lei ou ato normativo questionado, para deslocar a sua base (fundamento de validade) da competência concorrente para a competência privativa, inquinando-a de inconstitucional.

(C) *Subcritério da matéria em questão: aspectos da produção e consumo que demandam tratamento uniforme* (Rotulagem)

O critério adotado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, nesta mesma ADIn 3.645-9/PR, merece igual análise, ao menos em relação ao art. 24, V, da CB. Isto porque intenta apontar, na matéria referente à produção e consumo, aqueles elementos que demandam um tratamento uniforme.

Para o Ministro em questão, não é toda e qualquer matéria referente à produção e consumo que haverá de ser aplicada nacionalmente. Dentro deste assunto abrangente, apenas alguns aspectos merecem a tônica da uniformidade nacional e a questão do rótulo é um destes aspectos.

²⁵ Atenta-se, aqui, para o fato de ser a Constituição deste Estado o ato normativo responsável por invadir matéria da União, e não lei. Nesse sentido, soaria estranho afirmar que a Constituição do Estado auferiu sua legitimidade do art. 24, VI, da CB, porquanto o mesmo se refere à competência de editar leis. Não há, nesta toada, como se sustentar que a Constituição do Estado-membro desrespeitou a *competência legislativa privativa da União*, mas sim que desrespeitou o qual impõe às Constituições Estaduais e às Leis orgânicas municipais o dever de seguir o modelo adotado na Constituição Federal, inclusive o modelo de repartição de competências.

Quanto à configuração da rotulagem como matéria afeita a regramento *uniforme*, o voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, na ADIn n. 3.645-9/PR, não se encontra isolado. O Ministro MAURÍCIO CORRÊA, na ADIn n. 2.656-9/SP, ao tratar de um dos elementos de Lei do Estado de São Paulo que vedava a comercialização de amianto “crisotila”, mencionou a questão da rotulagem:

“Nesse cenário, ao impor aos comerciantes, inclusive de outros Estados, a aposição de rotulagem dita preventiva [Art. 7º - No período compreendido entre a data da publicação desta lei e 1º de janeiro de 2005, as empresas que comercializam ou fabricam produtos que contenham amianto ficam obrigadas a informar nas embalagens dos seus produtos, com destaque, a existência de mineral em seu produto e que a sua inalação pode causar câncer (...)], o Estado de São Paulo cuidou de tema de competência da União (CF, artigo 22, VIII).” (STF, ADIn n. 2.656-/SP, Min. rel. Maurício Corrêa, DJ de 01/08/2003).

Outro precedente que pode ser mencionado é a ADIn-MC n. 750-5/RJ, cujo objeto foi a Lei fluminense n. 1.939/91, a qual disponha sobre a “obrigatoriedade de informações nas embalagens de produtos alimentícios comercializados no Estado do Rio de Janeiro”. O dispositivo que se questionava, em especial, era o art. 2º, da mencionada lei, que dispunha sobre o rótulo ou embalagem e as informações que deste deveriam constar.

Percebe-se, aqui, uma vez mais que a legislação em questão trata de matéria constante do art. 24, V, da CB, ou seja, sobre produção e consumo. Sem embargo, o Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, em voto sucinto, conferiu a liminar, suspendendo o dispositivo acioimado de inconstitucional. Importante destacar, apenas, que o Ministro em questão não faz menção à questão do rótulo, como o faz, expressamente, o Ministro Sepúlveda Pertence, na ADIn 3.645-9/PR. Seu voto, infelizmente, é assaz genérico e, se não fosse pela peculiaridade do artigo questionado, poderia muito bem resultar numa equiparação automática entre, de um lado, produção e consumo e, de outro, comércio interestadual:

“Também quanto à competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual (Constituição, art. 22, VIII), não

pode ser negada a seriedade do pedido, tendo em vista a hipótese frequente em que são comercializados, no Rio de Janeiro, produtos alimentícios provenientes de outros Estados da Federação.” (ADIn-MC n. 750-5/RJ, Min. rel. Octávio Gallotti, DJ de 11/09/1992).

O problema deste critério (matérias específicas sobre a matéria de produção e consumo, que demandariam tratamento federal uniforme) reside na sua dependência à confirmação *posterior*, pelo Judiciário. É dizer, o exegeta, em especial, o Estado-membro ou o Distrito Federal, não conhecerá, previamente, quais os assuntos referentes à produção e consumo que poderão ser disciplinados por eles e quais lhe estarão vedados. O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE apenas proclamou que rotulagem é matéria que há de ser tratada uniformemente. Assim, por conta da significância pontual da hipótese considerada “rotulagem”, esta é jogada para a alçada da União. Não explica o porquê, ou quais os fatores (objetivos) que levaram a esta nacionalização que, em última análise, significa a construção de exceções à competência que, *prima facie*, seria estadual e distrital.

Esta circunstância, contudo, não deixa de apresentar-se relevante para os estados e Distrito Federal, em virtude de permitir ao STF que admita hipótese de produção e consumo como da alçada do Estado-membro e do Distrito Federal, embora não os antecipe, em virtude da regra (implícita) da decisão mínima no âmbito da Justiça Constitucional.

2.3.1.2. Normas Gerais enquanto normas de maior abstração

O outro critério aventado no STF é o de lavra do Ministro CARLOS VELLOSO, na ADIn-MC n. 927-3/RS. Nesta linha, normas gerais seriam aquelas normas de maior abstração. Conforme antecipado, esta classificação enfrenta um problema inafastável: determinar quais são as normas de maior abstração, quando de toda lei ainda se costuma exigir a nota da abstração.

Na decisão que ocasionou o voto acima, decisão referente à constitucionalidade da Lei n. 8.666/93, ou seja, referente à constitucionalidade da Lei de Licitações, o Ministro afastou algumas normas que, na sua visão estrita, não seriam normas gerais. É o caso do art. 17, II, *b*, da Lei

em questão. Este dispositivo reza que, no que se refere aos bens móveis da Administração Pública, a permuta será permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública. Para o Ministro:

“Referentemente à permuta de bem móvel – art. 17, II, *b* – que a lei estabelece que será ‘permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública’, *parece-me que o legislador federal se excedeu*. O que se disse relativamente à doação de bens imóveis – art. 17, I, *b* – tem aplicação aqui. *A interpretação conforme, no ponto, é esta: a norma mencionada – ‘permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública’, inscrita no art. 17, II, b – somente tem aplicação no âmbito federal.*” (STF, ADIn-MC 927-3/RS, Min. rel. Carlos Velloso, DJ de 11/11/1994, original não grifado).

Quanto ao raciocínio que serviu de lastro para esta conclusão, o desenvolvido no caso dos bens imóveis, em que o art. 17, I, *b*, condiciona a doação destes bens, desde que seja feita exclusivamente a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo:

“*Não veicularia norma geral, na alínea b, que cuida de doação de imóvel, se estabelecesse que a doação somente seria permitida para outro órgão ou entidade da Administração Pública*. No ponto, a lei trataria mal a autonomia estadual e a autonomia municipal, se interpretada no sentido de proibir a doação a não ser para outro órgão ou entidade da Administração Pública. Uma tal interpretação constituiria vedação aos Estados e Municípios de disporem de seus bens, a impedir, por exemplo, a realização de programas de interesse público” (Original não grifado).

O raciocínio não se afigura, a bem da verdade, objetivo o suficiente para ser facilmente repetível. O que estaria a descaracterizar a norma em questão como norma geral seria o simples fato de a norma *proibir*, em todas as esferas da Federação, a doação ou permuta com outros entes (*id est* sociedade civil), que não o Poder Público. Ou seja, uma norma geral, para ser geral, deverá se ater à União. Está é uma consequência do raciocínio do Ministro CARLOS VELLOSO. Desnecessário dizer que tal ilação entrará em conflito, por exemplo, com a decisão exarada na ADIn n.

2.396-9/MS e nas ADIn's n. 3.035-3/PR e n. 3.054-0/PR, à medida que todas envolvem leis federais prevendo proibições/vedações para todas as esferas da Federação, e não apenas para a União.

2.3.1.3 Proibição e Permissão

Na ADIn 2.396-9/MS, em que se impugnava a Lei n. 2.210/01, do Estado do Mato Grosso do Sul, a qual proibia a fabricação, o ingresso, a comercialização e a estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, decidiu-se que essa lei excedia a margem de competência concorrente assegurada pelo art. 24, V, VI e XII, posto que já existia lei federal (Lei n. 9.055/95) que dispunha extensamente sobre o assunto. E, para o Supremo Tribunal Federal, *a lei estadual sob comento somente seria constitucional se viesse a preencher certas lacunas da lei federal*, e não a “dispor em diametral objeção a esta” (Min. rel. ELLEN GRACIE, DJ de 01/08/2003).

Até o presente momento, não há qualquer novidade ou qualquer elemento que pudesse auxiliar o exegeta na definição do que vem a ser norma geral e norma peculiar. Contudo, há um excerto do voto da Ministra ELLEN GRACIE que merece destaque e atenção:

“É que ao determinar a **proibição** de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII)” (STF, ADIn n. 2.396-9/MS Min. rel. Ellen Gracie, DJ de 01/08/2003, original grifado).

O elemento que clama a atenção já foi sublinhado pela própria Ministra: proibição. Nesta toada, proibição e, contrário senso, permissão, ou melhor, normas estabelecendo vedações ou permissões são reputadas como normas gerais e, portanto, da competência da União e não dos Estados-membros, salvo, por óbvio, a inexistência de lei federal estipulando estas normas gerais.

No caso em questão, a Lei n. 9.055/99, Lei Federal, *permitiria* a extração, industrialização, utilização e comercialização de amianto. Nesta

toada, não poderia a Lei Estadual *proibi-los*, sob o risco de, ao assim proceder, estabelecer, indevidamente, normas gerais.

A ADIn n. 2.656-9/SP, que tem como objeto a mesma contenda constante da ADIn n. 2.396-9/MS, só que com Lei do Estado de São Paulo proibindo a comercialização do amianto crisotila, apresenta esta mesma ideia, conforme se depreende do voto do Ministro relator MAURÍCIO CORRÊA:

“No caso, é evidente que a lei paulista contraria a lei federal, pois esta última, longe de vedar o emprego do amianto ‘crisotila’, regula a forma adequada para sua legítima extração, industrialização, utilização e comercialização. A situação implica, desde logo, a ilegalidade [sic] dos dispositivos em análise. Para fins de controle concentrado, no entanto, a questão de relevo é que a legislação local cuida de normas gerais sobre produção e consumo de amianto, o que afronta as regras de repartição da competência concorrente previstas no artigo 24 da Constituição Federal.” (ADIn n. 2.656-9/SP, Min. rel. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 01/08/2003).

Outra decisão que traz à balha esta mesma questão é a exarada na ADIn n. 3.035-3/PR e na ADIn n. 3.054-0/PR. Esta(s) ação(ões) estava(m) a questionar Lei do Estado do Paraná, Lei n. 14.162/03, que vedava, por completo, o cultivo, a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados.

Mencionada lei, ademais de afrontar uma série de dispositivos do art. 22, atentou contra a competência da União em estabelecer normas gerais. Isto porque já havia leis federais *admitindo* o cultivo, a manipulação, o transporte, a comercialização e o descarte de organismos geneticamente modificados. Nesse sentido, o voto do Ministro GILMAR MENDES:

“Não é difícil perceber que as normas estaduais estão a se superpor a uma disciplina de caráter geral formulada no âmbito da União.

“Como regra geral, ao contrário do que ocorre na lei estadual paranaense, o cultivo, a manipulação e a industrialização de

OGM's, na Lei 8.974, não são objeto de uma vedação absoluta. A Lei 8.974 estabelece uma série de condições para a produção, manipulação, transporte, consumo, liberação e descarte de OGM's. Condições bastante restritivas, cabe dizer. Há também proibições de caráter absoluto na Lei Federal, *mas tais proibições dirigem-se a hipóteses determinadas, e não a qualquer tipo de produção de OGM's*. (STF, ADIn n. 3035-3/PR, Min. rel. Gilmar Mendes, DJ de 14/10/05).

Dentre os elementos até agora elencados, este se afigura como o mais certo e seguro. Portanto, norma geral é norma que admite ou veda determinada conduta no sentido de que se determinada lei federal admitir certa prática, não caberá à lei estadual estabelecer o contrário; se determinada lei federal proibir certa prática, a lei estadual não poderá permiti-la.

3. Normas gerais em condomínio legislativo e outros critérios: autonomia federativa e o princípio da simetria

3.1. Argumentação dos Ministros

Além dos problemas e dificuldades da definição das normas gerais, como visto acima, e da dificuldade de definição de certos temas e casos como matéria privativa da União ou como matérias afeitas ao condomínio legislativo,²⁶ outros argumentos têm, mais recentemente, ganhado força nos debates sobre repartição de competências federativas no Brasil: o argumento da simetria e o argumento da autonomia orçamentária estadual. Cumpre, portanto, estender as reflexões que vinham se desenvolvendo para uma análise de caso, trabalhando como os argumentos já analisados se relacionam com argumentos da simetria federativa e da autonomia orçamentária estadual. Mais do que isso, faz-se mister inquirir se a “tendência de centralização” atribuída anteriormente à recente jurisprudência do STF se mantém ou não. Vejamos, então, em um caso emblemático que pode ilustrar estes novos argumentos, para que seja

²⁶ Para Uma análise, ver TAVARES, ANDRÉ RAMOS. “Aporias Acerca do ‘Condomínio Legislativo’ no Brasil: uma análise a partir do STF”. in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 06, ano 2, abr./jun 2008, pp 179-182

possível fundamentar, ainda que de maneira não exaustiva, o aprofundamento do debate e da reflexão.

O caso é o da ADI 4167-DF, MIN. REL. MIN JOAQUIM BARBOSA, DJ DE 27/04/2011, que trata do piso salarial profissionais do magistério. Ele é um caso rico para análise por diversos motivos. Em primeiro lugar, encontram-se nele argumentos de diversos ministros sobre a definição de norma geral, ainda que indiretamente, que se apoiam nos critérios da (I) uniformidade; da (II) relevância constitucional da matéria (inclusive com algumas críticas); da (III) controvérsia sobre a classificação da matéria – *trata-se da regulação de servidores públicos estaduais ou de educação?*; (IV) de concepções sobre o federalismo cooperativo, além de quedarem nesse acórdão novos argumentos como o (V) da simetria e o da (VI) autonomia orçamentária dos entes estaduais, utilizados em sentido crítico em relação à tendência de centralização no federalismo brasileiro. Isso tudo, (VII) sem contar o caráter temporal recente da decisão, de abril deste ano de 2011, que ajuda a atualizar as reflexões e compreender melhor o entendimento e o perfil de composição recente do STF.

A ADIn 4167-DF foi ajuizada pelos Governadores dos Estados do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará contra dispositivos da Lei 11.738/2008, que dispunha sobre piso salarial de profissionais do magistério público da educação básica (em R\$ 950,00). A ADIn foi julgada improcedente, sendo considerada “constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global”. Reconheceu-se “[c]ompetência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, (...)”.

Em apertada síntese, sustentavam os autores, dentre outros argumentos que não são diretamente relevantes para nossa reflexão, que (I) os alcances dos instrumentos escolhidos pela União eram desproporcionais e (II) não teriam amparo orçamentário; (III) sendo que as normas impugnadas teriam se distanciado de seu fundamento de validade ao versarem sobre jornada de trabalho de servidores estaduais e municipais, matéria estranha ao piso salarial. Além disso, (IV) a imposição de parâmetros de jornada de trabalho de servidores estaduais e municipais

violaria a “reserva de lei de iniciativa do Chefe do Executivo para regular o regime jurídico do servidor público, que se estende a todos os entes federados e aos municípios em razão da regra de simetria (aplicação obrigatória do art. 61, § 1º, II, c da Constituição). Ainda, a planificação da carga horária da jornada de trabalho e sua composição violaria o pacto federativo, na medida em que *a organização dos sistemas de ensino pertinentes a cada ente federado deve seguir regime de colaboração* (art. 211, § 4º da Constituição). Por fim, foram levantados argumentos pertinentes ao caráter de proporcionalidade e de caráter orçamentário ou financeiro, pertinentes também à questão da autonomia estadual.²⁷ Em 17/12/2008 havida sido concedida a liminar.

Já no primeiro voto, do Ministro JOAQUIM BARBOSA, relator, é possível encontrar elementos interessantes para o debate, pois o Ministro fundamenta seu voto em uma concepção de norma geral que implica tanto o caráter da *aplicação uniforme* quanto da *relevância da matéria*. Entendendo a necessidade da norma federal para uniformizar dispositivos federativos, assevera o Ministro:

“A ausência de parâmetro de carga horária para condicionar a obrigatoriedade da adoção do valor do piso poderia levar a *distorções regionais* e potencializar o conflito judicial, na medida em que permitiria a escolha de cargas horárias desproporcionais ou inexecutáveis. Profissionais com carga horária diferenciada, para mais ou para menos, por óbvio terão valores proporcionais como limite mínimo de pagamento.”. (STF, ADIn n. 4167/DF, Min. rel. Joaquim Barbosa, DJ de 27/04/11, p. 47 – *original não grifado*).

Além de conceber a norma geral por um caráter de aplicação uniforme, o Ministro também argumenta no sentido da importância constitucional da educação, chamando a atenção para dispositivos que a tratam como prioridade “(cf, e.g., os arts. 6º, caput, 7º, IV, 23, 150, VI, c, e 205). Remunerar adequadamente os professores e demais profissionais envolvidos no ensino é um dos mecanismos úteis à consecução de tal objetivo”.

²⁷ Outros questionamentos específicos, de baixo ou nenhum valor para o debate deste estudo, não serão abordados aqui.

Contudo, cumpre destacar a forma pela qual o Ministro Joaquim Barbosa utiliza a concepção que compreende ser geral essa norma (por meio dos critérios de aplicação uniforme e de matéria constitucionalmente relevante) para afastar o argumento da autonomia estadual, inclusive – e principalmente – na questão orçamentária. São os seguintes os seus argumentos:

“Nos tempos atuais, penso que a preservação do campo de autonomia local em matéria educacional tem legítimo lugar no modelo de pacto federativo que se constrói desde a promulgação da Constituição de 1988, desde que ponderada à luz do fundamento que anima a adoção de normas gerais na Federação.

Porém, a fixação em exame é adequada e proporcional à luz da situação atual. Em especial, a existência de normas gerais não impede os entes federados de, no exercício de sua competência, estabelecer programas, meios de controle, aconselhamento e supervisão da carga horária que não é cumprida estritamente durante a convivência com o aluno.

[...]

O exame da alegada falta de recursos para custeio do novo piso depende da coleta de dados específicos para cada ente federado, considerados os exercícios financeiros. Não é possível, em caráter geral e abstrato, presumir a falta de recursos. [...]

A questão federativa relevante é se o aumento do dispêndio com remuneração violaria a autonomia dos entes federados por vincular recursos e reduzir o campo de opções do administrador público [...] Mas relembro que os estados-membros e a população dos municípios fazem parte da vontade política da União, representados no Senado e na Câmara dos Deputados, respectivamente. Lícito pensar, portanto, que os demais entes federados convergiram suas vontades à aparente limitação prática de suas escolhas no campo dos serviços educacionais”. (STF, ADIn n. 4167/DF, Min. rel. Joaquim Barbosa, DJ de 27/04/11, p. 51-52).

Cumpre notar que, posteriormente, no curso dos acalorados debates ocorridos nesse julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa demonstra

mais claramente que entende que questões orçamentárias – que alguns Ministros abordavam na chave de autonomia administrativa e governamental dos estados, precisamente Gilmar Mendes e Marco Aurélio, como veremos adiante – não cabem ao Judiciário, enfocando antes a uniformização e igualdade de aplicação das normas na federação:

“Acho que essa lei, derivada de mandamento constitucional explícito, como vossa Excelência bem frisou em seu voto, essas considerações de ordem orçamentária, embora mencionadas no meu voto e discutidas aqui – eu creio que elas caem melhor no seu foro apropriado, que é o Congresso Nacional (...)”

[...]

O que me sensibiliza muito mais nessa questão (...) é uma outra questão que está envolvida aqui, é a questão da igualdade, da desigualdade intrínseca que está envolvida aqui. Eu sou capaz de afirmar, com pouco medo de errar, que neste grande território nacional, nesta grande federação brasileira, eu duvido que não haja um grande número de estados em que haja um grande número de categorias de servidores públicos, que não esta categoria objeto dessa lei, que tenha rendimentos de pelo menos dez, doze vezes, senão quinze vezes mais do que este piso salarial que é concedido. Pelo menos uma meia dúzia, cinco, meia dúzia de categorias. E, para essas categorias, jamais essas considerações orçamentárias são levadas em conta. Jamais”. (STF, ADIn n. 4167/DF, Min. rel. Joaquim Barbosa, DJ de 27/04/11, p. 110).

De forma semelhante, também se valendo dos critérios da uniformização e da relevância, mas adicionando mais fortemente um argumento de *modelo federativo brasileiro mais centralizado em oposição ao norte-americano*, o Ministro LUIZ FUX circunscreve a questão precisamente no campo de análise deste estudo, ou seja, no campo da competência legislativa concorrente ou do “condomínio legislativo”. Argumenta o Ministro:

“A *vexata quaestio* posta nessa declaração de inconstitucionalidade se situa, exatamente, nessa zona híbrida entre esses denominados poderes concorrentes. E quem quer que faça uma análise do federalista [sic], obra importantíssima para essa concepção do estado federal, há de verificar a diferença entre modelo federal

norte-americano, em que as unidades têm mais autonomia do que as nossas, e o modelo brasileiro. Por isso é que a União Federal concentra alguns poderes que lhe são exclusivos, sem prejuízo de poderes concorrentes, mas que não podem ser excludentes dos poderes da União, nem mesmo se supervenientemente surgir a possibilidade de a União legislar sobre aquele tema.

[...] verifica-se que compete à União e à própria Carta Federal – e nós não temos competência para declararmos a Constituição Federal inconstitucional – estabelecer como princípio básico, fixado pela União Federal, a garantia desse piso salarial profissional nacional para os profissionais de educação, escola pública, nos termos da lei federal, estabelecer as diretrizes e bases da educação e outras medidas que estão aqui enunciadas e que fazem parte do nosso ideário *pós-positivista de valorização da educação, de valorização dos seus profissionais*, que na essência, acaba resvalando para a própria dignidade do trabalho do professor (...).

[...]

Progredindo nesse raciocínio, por que razão o artigo 206 estabelece essa necessidade de fixação desse piso salarial? Exatamente para atender a esse grande escopo de valorizar de maneira uniforme, homogênea e isonômica, todos os profissionais da área de educação. E por que o piso engloba tudo? Da mesma maneira que o piso da magistratura engloba tudo. Hoje em dia estamos vivendo a era da transparência. É preciso que isso seja fixado de maneira cristalina para que não haja divergência entre as diversas regiões do País”. (STF, ADIn n. 4167/DF, Min. rel. Joaquim Barbosa, DJ de 27/04/11, p. 53-54).

A questão “finalística” de que esta questão interferiria no orçamento estadual e, conseqüentemente, na autonomia governamental administrativa de estados-membros, não passou despercebida pelo Ministro Luiz Fux que, não apenas considerou ser o STF insensível a questões orçamentárias e financeiras, como aproveitou para afirmar que até a própria regulamentação da jornada de trabalho *em si* era matéria nacional de educação (e não de servidores públicos), e, portanto, passível também de uniformização nacional:

“(...) uma diretriz traçando piso nacional de salário, jornada de trabalho, evidentemente – que também como princípio geral –, tem que dizer como *nacionalmente deve se comportar a educação no Brasil*, ou seja, os professores têm que passar dois terços dentro da sala de aula. Poder-se-á aduzir: não, mas isso traz assim prejuízos e impactos econômicos – eu até acredito que haja –, muito embora Sua Excelência, o Ministro Relator [Joaquim Barbosa], tenha ressaltado com muita veemência que todos tiveram tempo suficiente para se adaptarem à lei. (...) Mas, ainda que assim não o fosse, a jurisprudência desta Corte não se sensibiliza com esses argumentos de natureza econômica para o fim de não declarar, ou de declarar a inconstitucionalidade da lei.” (STF, ADIn n. 4167/DF, Min. rel. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 27/04/11, p. 55 – *original não grifado*)

Para arrematar seu argumento, o Ministro, em sede dos debates, deixa claro que entende que a especificidade da lei, em outras palavras, sua “finalidade” não incorporaria esta questão econômica, visto que sua finalidade seria a de uniformizar a educação:

“(...) Agora, veja o seguinte, a lei se preocupa realmente com essa fonte de custeio, quer dizer, a lei estabelece que a União vai complementar. Qual a razão de ser da lei? Criar um piso nacional, uma situação igualitária. Essa é a finalidade da lei” (STF, ADIn n. 4167/DF, Min. rel. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 27/04/11, p. 96)

Essa linha argumentativa semelhante dos dois ministros demonstra como os critérios de definição do que se entende por “norma geral” geram importantes consequências práticas para decisões na jurisdição constitucional. Além disso, foi possível vislumbrar como esses elementos foram utilizados para rebater o argumento da autonomia estadual e municipal, principalmente em questões orçamentárias. Argumento que será analisado com mais calma a seguir.²⁸

²⁸ Cabe uma nota também ao entendimento do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, que atenta que teríamos transitado “de um federalismo dual para um federalismo *cooperativo* ou um federalismo de integração. (...) em que se abandonou aquele modelo de duas esferas estanques no que diz respeito às competências para um modelo em que os entes federativos passaram a cooperar efetivamente em benefício do bem comum, do bem maior do próprio Estado, que é um único ente”. O Ministro Lewandowski, além de lidar com o critério da *relevância*,

Antes, entretanto, cabe acompanhar a divergência aberta pela Ministra CARMEN LÚCIA, apenas no tocante à sua argumentação quanto “a impossibilidade de limitação máxima de 2/3 da carga horária para interação do professor com o educando”. Argumenta a Ministra que essa disciplina invade a competência estadual no que concerne à distribuição de carga horária, de modo que a Ministra declara a inconstitucionalidade do § 4º do art. 2º da Lei n. 11.738/2008,

“por contrariar o art. 61, § 1º, inc. II, alínea c, da Constituição da República²⁹, aplicável aos Estados pelo *princípio da simetria*.

[...]

(...) ao cuidar especificamente da composição da carga horária do professor, o legislador usurpou a *iniciativa privativa do chefe do Executivo* para dispor sobre os servidores públicos da respectiva unidade federativa, pelo que o § 4º do art. 2º da Lei n. 11.738/2008 deve ser declarado inconstitucional”. (STF, ADIn n. 4167/DF, Min. rel. Joaquim Barbosa, DJ de 27/04/11, p. 64-65).³⁰

Interessante notar que a Ministra se vale do *princípio da simetria* como critério para avaliar a competência. Ao invés de se apoiar na questão da *relevância* constitucional da matéria (apenas de ressaltar a importância que o artigo 206 da Constituição Brasileira dá à Edu-

citando o artigo 206 da Constituição brasileira como exemplo da relevância constitucional da educação, trabalha com um critério também de abrangência, ainda que o faça muito pontualmente: “Eu ousaria (...) entender que o § 4º também não fere a Constituição pelos motivos que acabei de enunciar, pois a União *tem uma competência bastante abrangente no que diz respeito à educação*.” (STF, ADIn n. 4167/DF, Min. rel. Joaquim Barbosa, DJ de 27/04/11, p.71 – *original não grifado*).

29 “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
(...)

II - disponham sobre:

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;”

30 Em sua argumentação, a Ministra se apoia em entendimento do Ministro Menezes Direito à época do julgamento da cautelar.

cação), a Ministra se apoia em uma argumentação que analisa a competência constitucionalmente atribuída ao Presidente da República (Chefe do Executivo no nível federal) da iniciativa de leis que disponham sobre *servidores públicos* da União. Portanto, pelo princípio da *simetria*, entendendo que a lei – principalmente ao prescrever condutas tais como regulamentações de carga horária e contato presencial com alunado – dispunha sobre servidores públicos, deveria ser, no nível estadual, de iniciativa de seu Chefe do Executivo.

Ademais, ao seu argumento baseado no princípio da simetria dos entes federativos, soma-se uma argumentação que leva em consideração a *autonomia federativa*, a saber:

“[N]este caso, o § 4º do artigo 2º, de alguma forma, criava, pelo menos, uma situação em que a *autonomia federativa* não poderia ser exercida plenamente por essa entidade local. E continuo – da análise que fiz – entendendo que realmente o município é que pode fixar, diante das peculiaridades locais, esta demanda e como dela cuidar, desde que atendidas as normas constitucionais especificamente quanto à garantia do aperfeiçoamento, e da valorização do Magistério” (STF, ADIn n. 4167/DF, Min. rel. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 27/04/11, p.68. – *original não grifado*)

Por seu turno, os argumentos do Ministro GILMAR MENDES demonstram certa cautela quanto aos argumentos que partem da “relevância da matéria”, afirmando o Ministro que deveríamos tomar cuidado para não incorrer em um “discurso de domingo”, pelo qual falaríamos em favor da federação aos domingos e, durante a semana, trabalharíamos contra ela.

O Ministro inicia sua argumentação afirmando que as corporações se organizam em uma “soma de felicidades”, o que aponta para a necessidade de alguma norma que *uniformize* até as vantagens de caráter individual. Estas normas, para o Ministro, “estão estabelecidas no plano das leis federais”.

Todavia, o Ministro ressalta que diversos estados da federação passam por situação de penúria, e, portanto, desenvolve argumentos de cunho orçamentário e prático – ou consequencialista:

“Se fizermos, aqui, o referencial ao vencimento básico, é claro que isso terá inevitável impacto sobre as finanças dos estados, com resultados que podemos até projetar na prática. Pode ser que, no limite, venha a acontecer o que já acontece em determinados setores: uma impossibilidade de expansão dos serviços de educação. É uma das consequências básicas: a paralisia do sistema por impossibilidade

[...]

Se fizermos uma leitura reducionista, estaremos *ampliando a repercussão sobre a autonomia dos estados* e permitindo que, de alguma forma, a União legisle sobre aspecto particular da estruturação remuneratória no âmbito estadual”. (STF, ADIn n. 4167/DF, Min. rel. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 27/04/11, p. 76-77)

O Ministro não vê problema na vinculação de carga horária ao piso salarial, mas entende que “a limitação de no máximo dois terços da jornada para atividade de interação com os alunos afeta a autonomia dos entes federativos”, pois, dentre outros motivos, não leva em consideração as peculiaridades locais dos estados em enfrentar contextos sociais e econômicos específicos, de modo que “colocar isso na legislação federal traduz, sem dúvida alguma, uma intervenção”. O Ministro afirma, então, que a Constituição de 1988 “quis ampliar as autonomias dos estados-membros, conferindo-lhes capacidade de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração”, e circunscreve os dilemas do exercício jurisdicional de interpretação da determinação do conteúdo semântico de normas gerais, o que justifica uma longa transcrição de sua argumentação:

“É bem verdade que, a toda hora, nós nos pegamos nesses paradoxos, especialmente em virtude das leis nacionais e da interpretação que delas fazemos. A ideia das chamadas normas gerais que está no texto constitucional prepara essas armadilhas, porque o texto sobre normas gerais acaba por invadir esferas, as mais diversas no âmbito legislativo estadual.

E tanto quanto tenho acompanhado, são poucas as impugnações feitas pelos estados-membros. Este é um caso raro, (...).

[...]

E se não há uma cautela, um policiamento no que diz respeito à fixação do conceito de normas gerais, obviamente que este âmbito é passível de uma usurpação permanente, de um centro esvaziamento por conta do movimento sociopolítico, natural que se estructure aqui, que as próprias corporações busquem, no plano da União, no Congresso Nacional, uma disciplina que universalize as suas pretensões”. (STF, ADIn n. 4167/DF, Min. rel. Joaquim Barbosa, DJ de 27/04/11, p. 79-80)

E arremata:

“Pelo fato de a lei regulamentadora ter ido além da autorização constitucional para estabelecer esse limite de 2/3 da jornada para atividades de interação com os educandos, parece-me que fica evidente a violação à autonomia dos entes federativos locais (estados, municípios e Distrito Federal).

Além disso, a validade do critério permitiria que, em outro momento, se pudesse adotar outro critério, daqui a pouco inverter dois terços em um terço.

Não estou preocupado apenas com o caso a que nos é hoje submetido, estou preocupado que encontremos algum critério diante dessa tendência de duplo standart. A retórica em favor da Federação que importa o respeito a essas autonomias e singularidades – e uma prática avassaladora, no sentido do esvaziamento da Federação.

A porta de entrada desses abusos se dá pela lei geral. Lei geral que muitas vezes é corrompida quando ela não atende a determinadas pretensões, às vezes, de caráter corporativo. Aí, sim, começam as manobras, os escapes, e o Estado, às vezes, a legislar sobre temas que, aparentemente, não estariam a sua disposição”.

(STF, ADIn n. 4167/DF, Min. rel. Joaquim Barbosa, DJ de 27/04/11, p. 81)

Reconhece o Ministro Gilmar Mendes que “[e]ditar o estatuto e os planos de carreiras dos seus próprios servidores parece ser quase uma competência inerente à autonomia dos entes federativos”, pas-

sando a encarar o dispositivo antes como uma questão de regulamentação de servidores públicos do que propriamente uma questão de educação. Neste sentido, a federação estaria a legislar sobre “atividades comezinhas, sobre a organização das atividades de servidores – que são servidores estaduais ou são servidores municipais”. Com efeito, baseado em Konrad Hesse, o Ministro Gilmar Mendes chega até a sugerir, ainda que em caráter muito ilustrativo, que um critério para saber se “está havendo ou não usurpação de competência é saber se subsiste alguma competência básica, substantiva, para a entidade federativa”.

Outro ponto digno de nota nesse voto é o enfrentamento crítico do critério da “relevância” quando tomado por si só. Para o Ministro, “o que está em jogo de fato é o sistema federativo, e até mesmo aquilo que hoje, na doutrina política, chama-se efeito perverso das boas leis, quer dizer, cheia de boas intenções produz, na prática, o seu contrário”.

No mesmo sentido, o Ministro MARCO AURÉLIO parte, também, da afirmação da relevância da educação, mas reconhece a importância da autonomia governamental e normativa dos estados, “sendo inimaginável ter-se a União a legislar sobre serviços que ocorram em áreas geográficas de estados e municípios”, afirmando que se trata de questão de servidores públicos, de modo que a centralização do sistema de servidores públicos seria incompatível com o princípio federativo. (STF, ADIn n. 4167/DF, Min. rel. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 27/04/11, p.87 e seguintes)

3.2 Normas gerais e a tendência “pró-federal” da jurisprudência do STF.

Deste último caso, rico em debates e pormenores, é possível perceber como a definição do que são normas gerais – e os diversos critérios utilizados para defini-las – resultam em divergências argumentativas notáveis.

A partir dele e dos demais casos, é possível sugerir que a decisão de manter a constitucionalidade da lei federal trilha um caminho de “centralização” de poder no federalismo brasileiro. Esta decisão vai ao encontro dos resultados do estudo anterior, no qual foram analisadas 17 decisões do STF, das quais,

“apenas cinco foram favoráveis à *constitucionalidade* das Leis Estaduais (sendo que uma envolvia uma lei federal – ADIn-MC n. 927-3/RS). Destas cinco decisões, três foram proferidas em sede de cautelar, sendo possível, portanto, a revisão do resultado liminar (embora improvável).

As 12 decisões restantes eivaram as leis estaduais de inconstitucionalidade, por afronta à competência legislativa da União, quer por terem atentado contra sua competência privativa, quer por terem se imiscuído naquelas matérias que, apesar do “condomínio legislativo” do art. 24 da CB, compreendeu-se que estariam reservadas à União (normas gerais).³¹

Percebe-se, pois, em harmonia com os resultados de estudos anteriores, que a jurisprudência do STF tem demonstrado uma leitura pró-federal, no sentido de privilegiar a descentralização federativa, quer seja atuando no significado e alcance das matérias elencadas no art. 22, quer seja na concepção de norma geral capaz de atrair a competência novamente à União.

4. Conclusões: a existência de posturas críticas no STF

Da leitura do material jurisprudencial, pode-se, por vezes, identificar o posicionamento crítico de alguns dos Ministros do STF. Nesta amostragem, foi possível notar o posicionamento ideológico de um dos Ministros que compõe o atual STF, acerca da questão federativa, a saber, o Ministro Ricardo Lewandowski. Na ADIn n. 3.645-9/PR, ele expôs sua opinião acerca da matéria:

“Dentro desse movimento pendular que caracteriza o federalismo brasileiro, com momentos de grande concentração de poder ao nível da União, e outros, de grande desconcentração em favor dos demais entes federativos, verifica-se que, paulatinamente, estamos caminhando, na verdade, para um Estado unitário descentralizado, haja vista as recentes reformas administrativa, pre-

³¹ TAVARES, ANDRÉ RAMOS. “Aporias Acerca do ‘Condomínio Legislativo’ no Brasil: uma análise a partir do STF”. in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 06, ano 2, abr./jun 2008, p. 187

videnciária, judiciária, tributária. *Observa-se também, que, no âmbito da competência concorrente prevista no art. 24 da Carta Magna, cada vez mais esvaziada a competência dos Estados de legislar supletivamente, porque a União, quando legisla, esgota o assunto, não se limita a editar apenas normas gerais.*” (ADIn 3.645-9/PR; Min. rel. Ellen Gracie, DJ de 01/09/2006; original não grifado)

Percebe-se, da leitura de seu voto, que seu posicionamento adota um tom crítico em relação à postura do STF em relação à concepção de Federação que este tem adotado em suas decisões.

Outro Ministro que se afigurava crítico (o tempo verbal é adequado, porquanto o mesmo já se aposentou) era o Ministro Sepúlveda Pertence. Em certa ocasião, ao comentar o princípio da simetria (outro instituto que finda por esvaziar, agora no âmbito constitucional, os demais entes federativos de suas competências), este proferiu o seguinte entendimento, no Recurso Extraordinário n. 197.917-8/SP³²:

“Com todas as vênias, estou em que, no caso, o voto do em. Min. rel. entre duas leituras possíveis do texto constitucional – *optou, uma vez mais, pelo excesso de centralização uniformizadora* que, há muito, a jurisprudência do Tribunal tem imposto à ordenação jurídico-institucional de Estados e Municípios, sob a inspiração mítica de um princípio universal de simetria, cuja fonte não consigo localizar na Lei Fundamental.” (REx n. 197.917-8/SP, Min. rel. Maurício Corrêa, DJ de 07/05/2004).

O estudo de caso recente da ADIn 4167/DF mostrou o posicionamento claro dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio no sentido de uma reflexão crítica ao movimento de centralização, notando, como bem o fez o Ministro Gilmar Mendes, como a indeterminação das normas gerais na competência legislativa concorrente podem levar a contextos de usurpação de competências, minando o princípio constitucional do federalismo.

³² Ressalte-se, aqui, que esta decisão não mantém relação, propriamente, com a questão da repartição federativa de competências legislativas. Sem embargo, por conta da sua conexão com o assunto do federalismo, findou por merecer destaque e menção.

Anotações sobre a colisão de direitos no Brasil¹

Anna Candida da Cunha Ferraz²

Sumário: Introdução. 1. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2. A incidência de conflitos entre direitos fundamentais. 3. Elementos característicos dos direitos fundamentais. 4. Modalidades de choques ou embates entre direitos fundamentais. 5. Soluções da colisão de direitos à luz da doutrina. 6. Colisão de direitos na jurisdição constitucional brasileira: o direito à vida em colisão com outros direitos fundamentais. Algumas considerações críticas sobre as decisões relatadas. Referências Bibliográficas.

Introdução

Pretende-se neste espaço, forçosamente resumido, traçar alguns aspectos da colisão de direitos que a doutrina e a jurisdição constitucional enfrentam na interpretação e aplicação do texto constitucional em vigor.

Para o exame do tema, tratar-se-á, num primeiro momento, da dimensão que os direitos fundamentais ocupam na Constituição de 1988,

¹ Este artigo foi elaborado para ser inserido na Revista da Procuradoria Geral do Estado a ser editada em homenagem à Professora Doutora e Procuradora do Estado da PGE Fernanda Dias Menezes de Almeida. Nesta nota congratulo-me com o Centro de Estudos da PGE pela significativa homenagem a uma das maiores e mais competentes procuradoras de nossa Instituição. Seu conhecimento, seu talento, seu saber jurídico, suas qualidades pessoais e seu caráter foram fundamentais para que a PGE, em seus vários órgãos, em suas inúmeras atividades jurídicas e ao longo de toda uma vida, fosse reconhecida e aclamada. É a Professora Doutora Fernanda digna de nossa admiração e, certamente, merecedora dessa homenagem.

² Mestre, Doutora e Livre-Docente e Professora Associada (aposentada) da FADUSP Professora e Coordenadora do Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO – UNIFIEO Procuradora do Estado (aposentada) e Ex-Procuradora-Geral do Estado.

fonte ímpar, por suas características, das possibilidades de conflitos e colisões entre direitos. Na sequência, serão examinadas algumas características dos direitos fundamentais que repercutem na problemática do tema em exame, as modalidades de choques ou embates entre direitos, apontadas em doutrina e, finalmente, alguns exemplos de colisão em caso concreto, em que se cuidará do direito à vida quando envolvidos em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

1. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988

A Lei Magna de 1988, entre as constituições brasileiras, é, sem dúvida, a que mais ampliou, em extensão e conteúdo formal e material, o tratamento dos Direitos Fundamentais. Não apenas por introduzi-los no seu pórtico – Título II, logo após o Título que contempla os princípios fundamentais que regem a República Federativa do Brasil – mas pela extensão do catálogo dos direitos consagrados e dos instrumentos voltados para sua proteção jurídica e jurisdicional. “De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância”, observa Ingo W. Sarlet³.

Nesse amplo rol de direitos vêm contemplados os chamados direitos de 1^a, 2^a e 3^a geração ou dimensão. Alguns direitos, relacionados como de 4^a geração aparecem no texto constitucional brasileiro, às vezes como princípios referenciais; outras, como objetivos a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil e pelo Estado Democrático de Direito que configuram nossa ordem constitucional.

Como é do conhecimento geral, os direitos da pessoa humana – inicialmente sob a rotulação de direitos individuais – são tomados pela doutrina, como forma aproximada para a compreensão de seu desenvolvimento e positivação jurídica, nas chamadas três gerações (ou três dimensões) de direitos, nomenclatura originariamente inspirada por Karel Vasak (a partir do lema da Revolução Francesa – *Liberté, égalité e fraternité*).

3 SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Décima edição revista, atualizada e ampliada Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 63

A primeira geração compreende os direitos civis e políticos ou as chamadas liberdades clássicas, cuja principal característica sempre mencionada pela doutrina é seu caráter negativo, tomado este no sentido de que tais direitos pressupõem a abstenção ou a não interferência do Estado no espaço da autonomia individual. Liberdades ou direitos ditos formais, que realçam, sobretudo, o princípio da liberdade. A abstenção ou não interferência do Estado não exclui, por necessário, a atuação do Poder Estatal para o fim de proteger o exercício desses contra o próprio Estado e contra particulares.

Na Constituição Brasileira de 1988 tais direitos estão sediados, primordialmente, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo I – Dos Direitos individuais e coletivos (art. 5º e seus 78 incisos e 4 parágrafos) e no Capítulo III estão consagrados os direitos políticos (artigos 14 a 16) e os direitos decorrentes da nacionalidade (artigos 12 e 13).

Os direitos de segunda geração (os chamados direitos econômicos, sociais e culturais) reconhecidos mais precisamente a partir do século XIX, se identificam com as liberdades positivas, isto é, os direitos que são não apenas oponíveis ao Estado, mas que dele exigem atuação real e efetiva no sentido de lhes dar concreção e possibilitar-lhes efetivo uso.

Tais direitos correspondem ao segundo lema da Revolução Francesa, acima citado, destacando-se como seu fundamento o princípio da igualdade.

Na Carta Magna de 1988 estão localizados, de modo expresso, no Capítulo II do Título I, em seus artigos 6º a 11, sendo certo que no artigo 6º são indicados 09 (nove) direitos sociais básicos (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados), e, a partir do art. 7ª até o artigo 11, vem disciplinados, de modo específico, os desdobramentos do direito social ao trabalho que ocupam, no artigo 7º, o *caput* e 34 incisos e parágrafo, no art. 8º, *caput* e 08 incisos e parágrafo, art. 9º, *caput* e 2 parágrafos, e artigos 10 e art. 11. Ao todo, este capítulo contém, como visto, além do *caput*, 46 disposições relacionadas ao direito ao trabalho ou Direito do Trabalho.

Além dessa normativa cabe lembrar que os direitos fundamentais individuais e coletivos e os direitos sociais povoam vários outros Títulos e normas ao longo do texto constitucional.

Assim, os direitos econômicos, que têm como fundamento o direito individual a várias liberdades (a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão art. 5º, XIII; a liberdade de associação, 5º, XVII e seguinte; o direito à propriedade, 5º XXII e seguintes, dentre outros), têm sua projeção no Capítulo da Ordem Econômica e Financeira, cujo artigo 170, *caput*, fundamenta o desenvolvimento dessa Ordem na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (desdobramento da liberdade econômica acima mencionada).

Os direitos culturais, que também têm como base os direitos individuais e coletivos, arrolados no art. 5º, recebem tratamento constitucional na Seção I (Da Educação) na Seção II, (Da Cultura), inseridas no Capítulo III da Ordem Social, além de poderem ser identificados em outros desdobramentos constitucionais que envolvem o direito à cultura (ciência e tecnologia, por exemplo, artigos 218, 219).

Os direitos de terceira geração ou de **novíssima dimensão**, que alcançam relevo no último quartel do século XX, são aqueles que “materializam poderes de titularidade coletiva, atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais”⁴. Tais direitos têm como fundamento o princípio da fraternidade ou da solidariedade, princípio este que poderá ser extraído, inclusive, do disposto no artigo 3º, inciso I que contempla os objetivos da República Federativa do Brasil.

Na ordem constitucional brasileira aparentemente o único direito passível de ser expressamente considerado como direito de terceira geração é o direito ao meio ambiente, que é invariavelmente qualificado, pela doutrina e pela jurisprudência, como um direito de terceira geração ou de *novíssima dimensão* ⁵.

4 Cf. Voto do Ministro Celso de Mello In Med. Cautelar, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540 – 1 Distrito Federal, p. 544. In www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia acesso em 11/04/2011. Tb. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6-7

5 Cf. voto do Min. Celso de Mello, *Idem supra*.

Lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶ que o direito ao meio ambiente é o mais elaborado direito de terceira geração. Tem como marco a Declaração de Estocolmo de 1972⁷.

A categorização e o fundamento constitucional desse direito decorrem do que vem prescrito no art. 225, da CF, *caput*, que estabelece:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à 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”.

Os direitos de terceira geração têm o caráter de metaindividualidade que consiste no reconhecimento de que todos dele partilham; na verdade, como típico direito de terceira geração assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano pelo que tanto o Estado como a coletividade devem preservá-lo⁸.

Cabe registrar, contudo, que há autores que entreveem, no texto constitucional, outros direitos dessa natureza como, por exemplo, o direito à segurança pública.

Fala-se, ainda, em uma quarta dimensão de direitos⁹. Entre esses, a exemplo, situam-se o direito ao desenvolvimento e à paz, “qualificados como valores fundamentais indisponíveis ou prerrogativas de natureza essencialmente inexauríveis”¹⁰, o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, ao patrimônio genético e sua manipulação, entre outros.

6 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª edição Revista e Aumentada. São Paulo: Saraiva Editora, 2009, pp. 62 - 67. Registra o autor Declarações de Direitos internacionais e internas que abrigam o direito ao meio ambiente e observa, como se verá mais à frente, que os “direitos de terceira geração facilmente podem colidir entre si. Assim, direito à autodeterminação conflita com o direito à paz, o direito ao desenvolvimento com o direito ao meio ambiente ou com o direito ao patrimônio comum. E vice-versa”.

7 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.6-7

8 Ver ADI 3.540, acima referida. Nesta refere-se o Relator Celso de Mello ao autor Paulo Affonso Leme Machado, p. 543 para registrar esta observação. www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia, acesso em: 11/04/2011.

9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, 524-526; Tb. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 5ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6-7

10 Cf. Voto do Ministro Celso de Mello In Med. Cautelar, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540 – 1 Distrito Federal, p. 544. In www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia, acesso em: 11/09/2011.

2. A incidência de conflitos entre direitos fundamentais

A amplitude do catálogo de direitos fundamentais, localizados no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) aliada aos desdobramentos constitucionais relatados revela, de pronto, de um lado, a difícil concretização de alguns, e, de outro, a grande possibilidade de conflitos e colisões entre direitos: direitos entre si, titulados pela mesma pessoa, direitos postulados simultaneamente por mais de uma pessoa, direitos distintos titulados pela mesma pessoa ou por pessoas diferentes, direitos individuais conflitando com direitos coletivos, direitos em conflitos com princípios e assim por diante.

Isto é perceptível especialmente porque se tem por certo na doutrina contemporânea que não há direitos absolutos, direitos que gozem de absoluta e superior hierarquia entre os demais,¹¹ o que leva à possibilidade, prevista na Carta Magna ou na legislação por ela autorizada, do estabelecimento de limitações ou restrições na aplicação de alguns direitos fundamentais, como se verá mais à frente.

Neste pequeno esboço pretende-se examinar algumas projeções que a aplicação de direitos fundamentais, consagrados na Constituição de 1988, pode apresentar quando de seu exercício em um caso concreto.

Impõe-se, para tanto, num primeiro momento, fixar-se algumas premissas referentes às características apresentadas pelos direitos fundamentais em razão dos reflexos que provocam na sua aplicação jurisprudencial.

3. Elementos característicos dos direitos fundamentais.

Os Direitos positivados na Constituição da República revestem-se de peculiares características conforme aponta a doutrina, características essas que se revelam importantes para o tratamento do tema em exame.

11 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 20-21 registra a inevitável concorrência entre direitos fundamentais, assinalando que bens poucos os “direitos que não são suspensos em nenhuma circunstância” ou direitos fundamentais sujeitos a limites, exemplificando com as exceções: o direito de não ser escravizado e o direito de não sofrer tortura.

Para exemplo, entre as características registra-se, na esteira das lições de Robert Alexy¹², recepcionadas por J.J. Canotilho¹³ a nota de **fundamentalidade** “que aponta para a especial dignidade e protecção dos direitos em sentido formal e material”.

Resumindo o entendimento de Robert Alexy, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁴, um direito fundamental deve manifestar cinco traços, ao menos: “1) ser vinculado diretamente à dignidade da pessoa humana; 2) concernir a todos os seres humanos; 3) ter valor moral; 4) ser suscetível de promoção ou garantia pelo direito; e 5) pesar de modo capital para a vida de cada um”.

Dando uma interpretação extensiva à nota de fundamentalidade é possível dizer que ela abarca todos os direitos fundamentais, razão pela qual se situam eles no mesmo patamar paramétrico do ordenamento jurídico, o que significa dizer que todos os direitos fundamentais, além de universais, porquanto concernentes a todo ser humano, têm igual hierarquia e merecem igual protecção.

Fácil é, pois, depreender-se que, em um caso concreto, muitas vezes ocorre o fenômeno da colisão desses direitos, cuja solução é bastante complexa como se verá mais à frente.

Outra peculiaridade própria dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 é a chamada cláusula aberta ou “**a abrangência da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais**”¹⁵, particularmente decorrente da disposição textual contida no art. 5º, §2º, que estabelece:

“§2º 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.”

12 ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 503-506,

13 Afirmação feita por SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria dos Advogados 2011, p. 74.

14 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª. Edição, Revista e Ampliada. São Paulo: Saraiva, p. 101-103

15 SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2011, *opus cit.*, pp. 83-87.

A constatação de que há direitos fundamentais materiais, não formalmente inseridos no texto da Carta Magna, os chamados direitos implícitos porquanto decorrentes de certos valores prestigiados pelo Constituinte, além de ser objeto de clássicas divergências entre os doutrinadores, acarretam inevitáveis conflitos para sua aplicação quanto à posição hierárquica que podem assumir, não somente diante dos direitos formal e materialmente consagrados no texto constitucional, mas também quanto à sua extensão em razão da inserção desta cláusula na tópica dos direitos individuais e coletivos.¹⁶

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁷ considera que a Constituição contém apenas uma “enumeração meramente exemplificativa dos direitos materiais” à vista do citado art. 5º, §2º, registrando que a Constituição brasileira, como acima mencionado, admite os “direitos implícitos”, que podem ser “induzidos ou deduzidos” de outros que a Constituição explicita, ou, como se reconhece a partir da Constituição de 1988, decorrentes de sua inserção em tratados internacionais.

Por outro lado, os direitos fundamentais implicitamente deduzidos do regime e dos princípios constitucionais ou consagrados em tratados enfrentam, ainda, o problema de sua hierarquia no âmbito da jurisdição constitucional que, para a solução da questão deverá, por primeiro, admitir ou não se tais direitos materialmente constitucionais podem ser considerados, também, formalmente constitucionais, hipótese única pela qual poderiam constituir parâmetro para o controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, além de gozarem da intocabilidade prevista no art. 60 da Constituição Federal.

Característica, relevante para o tema em exame, vinda de acurada observação de Robert Alexy, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Fi-

16 Ingo W. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2011, *opus cit*, pp.83 – e seguintes, examina com profundidade o entendimento a ser atribuído ao mencionado parágrafo, citando, inclusive a perplexidade que envolve sua aplicação no caso concreto. Cf. Tb. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª. Edição, Revista e Ampliada. São Paulo: Saraiva Editora, 2009, pp. 100-103.

17 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª. Edição, Revista e Ampliada. São Paulo: Saraiva Editora, 2009, pp. 100-103.

lho¹⁸ é a de consistir o direito fundamental um “**direito preferencial**”, no sentido de merecer proteção pelo “**direito positivo estatal**”.

Entre as várias modalidades de proteção de direitos pelos Poderes Públicos, que vão desde a elaboração das leis à sua execução e aplicação, certamente a proteção última e mais eficaz é a desenvolvida pelo Poder Judiciário.

Isto mesmo afirma a Constituição brasileira ao dispor que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXVI).

O grande problema que se coloca, na aplicação desta característica, diz respeito à amplitude e ao alcance da proteção, especialmente quando veiculada em leis infraconstitucionais que podem entrar em conflito entre si ou com a Constituição.

Retomando o que se afirmou, mencione-se que para o exame do tema é necessário lembrar, novamente, outra peculiaridade dos direitos fundamentais: o **caráter não absoluto desses direitos**.

Com efeito. Os direitos fundamentais – qualquer que seja sua dimensão e embora consagrados expressamente no texto constitucional – não são absolutos.

Isto significa dizer, em primeiro lugar, que todos os direitos fundamentais positivados convivem no mesmo nível paramétrico das normas constitucionais. Em outras palavras, não há entre direitos fundamentais hierarquização; uns não prevalecem sobre os outros, uns não são mais importantes que outros.

Em segundo lugar, o caráter não absoluto dos direitos conduz à noção de que os direitos fundamentais são potencialmente limitados. Assim, podem encontrar limites, ou vão até onde as limitações constitucionais permitem. Isto significa dizer que o exercício de um direito fundamental pode encontrar seu limite no exercício de outro direito fundamental, mas não apenas nessa prescrição.

A principal e talvez mais relevante consequência dessa constatação a respeito do caráter não absoluto dos direitos fundamentais é, de um

18 Cf. FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*, 2009, citado, p. 69

lado, a possibilidade de normatização estatal no que diz respeito ao seu exercício. Diz Klaus Stern¹⁹ que os direitos fundamentais constituem “limites normativos ao poder estatal”, observação que não afasta, portanto, a possibilidade de expedição de normas para preservar, proteger e, em alguns casos, até impor limites ao seu exercício.

De outro lado, a inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais demonstra, à evidência, a possibilidade de, em sua aplicação, surgirem colisões e conflitos.

A primeira hipótese é a que fundamenta, por exemplo, a disciplina legal ou regulamentação legal de um direito. Em regra os direitos fundamentais estão contidos em normas autoexecutáveis e, portanto, independentem de disciplina legal integradora para o seu exercício. É certo que alguns direitos, porém, vêm disciplinados em normas não autoexequíveis, ou normas de eficácia contida ou limitada – por exemplo, o direito à greve no serviço público – e que demandam legislação infraconstitucional conformadora para serem exercidos plenamente. Não obstante, quase sempre, a proteção dos direitos fundamentais – de alguns em particular – demanda, sim, a atuação do legislador, especialmente contra atos violadores que podem ser, então, tipificados como crime: crimes contra a honra, contra a invasão de domicílio, crimes contra a vida, etc., ou como condutas civilmente responsabilizáveis. A proteção dos direitos, demanda, pois, a ação estatal legislativa e administrativa. Assim, nesta seara, impõe-se o exercício do poder normativo estatal para prevenir e punir crimes ou atos atentatórios a direitos fundamentais, base, aliás, do próprio Direito Penal e que se aplica, também, ao Direito Administrativo.

A normatização ordinária da proteção de direitos, vertida especialmente em leis federais, mas muitas vezes contidas também em leis editadas pelas demais esferas de ação estatal pode, por óbvio, suscitar conflitos da legislação com a Constituição, envolvendo, por regra, o controle de constitucionalidade, ou das leis, de vários níveis, entre si. Exemplo claro desse conflito são as leis estaduais e municipais dispendo sobre o uso de cinto obrigatório ou proibindo o fumo em determinados recintos,

¹⁹ *Apud* SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. Décima edição, revista, atualizada e ampliada. Terceira tiragem. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2011, p. 58

com fundamento em competências próprias especialmente com relação à proteção da saúde, da vida, etc.²⁰

A segunda hipótese, que pressupõe colisão entre dois direitos igualmente titulados – individual ou coletivamente – demanda soluções, em regra complexas, da jurisdição constitucional. Quando há um conflito entre dois direitos, de igual hierarquia, cabe ao Judiciário ponderar, para o caso concreto, qual a melhor solução, aplicando, para tanto, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade; isto sem admitir que um direito seja superior, ou seja, mais importante que o outro, ou que mereça proteção maior que o outro; antes, diante do caso concreto, caberá ao Judiciário avaliar, de maneira proporcional e razoável, qual direito deve prevalecer, sem, todavia, jamais anular o outro direito.

Observação, todavia, necessária diante desses apontamentos gerais, é que também a limitação, a eventual restrição e mesmo as normas de proteção de direitos não são e nem podem ser absolutas. Isto significa dizer que também o legislador e o administrador quando elaboram ou aplicam leis protetivas ou restritivas de direitos encontram limites, seja para disciplinar, seja para proteger o exercício dos direitos fundamentais. Em outras palavras, um direito fundamental não pode jamais ser suprimido a pretexto de fazer prevalecer outro direito, individual ou coletivo. De resto, somente podem os direitos sofrer limitações, especialmente normativas e administrativas, ou quando existe expressa previsão constitucional ou quando a norma instituidora do direito admite expressamente certas restrições consideradas necessárias para o perfeito equilíbrio e a adequada possibilidade do exercício simultâneo de direitos fundamentais por seus titulares.

Por fim, cabe lembrar ainda outra característica dos direitos fundamentais que pode conduzir à concorrência entre direitos. Trata-se da noção, que recentemente vem adentrando a teoria dos direitos fundamentais, sobre a **eficácia horizontal das normas constitucionais que consagram esses direitos.**

20 Ver: ADI 1032, ADIMC 1704, ADI 532, ADIMC 874, RE 454056 /RJ (julgamento em 29/03/20110 e RE 227384 /SP, julgamento em 2002 www.stf.jus.br/portal/jurisprudencial/listarJurisprudenciaDetalha.asp. acesso em :04/11/2011.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais²¹ consiste na problemática da observância das normas consagradoras de direitos fundamentais nas relações de particulares entre si e entre pessoas e organismos dotados de algum tipo de poder social.

Como observa Jorge Miranda²², “não se pode compreender”:

“[...] uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si. Não basta, pois, limitar o poder político, é preciso também assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas. Tudo está em saber de que maneira”.

Este questionamento, que envolve a eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais no âmbito das relações particulares, despontou com maior vigor nas decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha e na doutrina americana da *state action* nas décadas de 1950 e 1960, segundo registra Gilmar Ferreira Mendes²³ e adentra, nos tempos presentes, no Brasil.

Trata-se de discussão que demanda reflexões sobre matéria complexa e inovadora no âmbito dos direitos fundamentais, ainda não pacificada na doutrina e na jurisprudência brasileira, em que pesem relevantes estudos a respeito já apresentados entre nós²⁴.

Nesse contexto, os direitos fundamentais não se destinariam, de forma absoluta, apenas à limitação do poder estatal – na clássica lição que vem ainda do século XVIII, mas, também, despontam como direitos oponíveis à sociedade e aos particulares em geral, sendo, assim, direitos de observância obrigatória nas relações entre particulares entre si e en-

21 Ver ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 506-524.

22 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, IV – Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 288

23 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 215.

24 Ver, por todos: *Informação e Direitos Fundamentais – A eficácia horizontal das normas constitucionais*. GOZZO, Débora (coordenadora). São Paulo: Saraiva Editora, 2011.

tre pessoas e organismos sociais, e o que é mais relevante, permitindo o controle de atos privados com relação aos direitos fundamentais, mas como exercer este controle?

Pois, também nessa nova consideração da eficácia horizontal das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, a possibilidade de ocorrência de conflitos e colisões surge com evidência.

4. Modalidades de choques ou embates entre direitos fundamentais

A doutrina e a jurisdição constitucional têm trabalhado com a ocorrência de embates entre direitos fundamentais em geral.

Entre os autores que cuidam expressamente do tema cite-se, neste texto, J.J. Gomes Canotilho²⁵, Robert Alexy²⁶ e Edilson Pereira de Farias²⁷.

Três possíveis modalidades de embates entre direitos fundamentais são apontadas: a concorrência, a colisão e os conflitos.

A modalidade dita concorrência é indicada por J.J. Gomes Canotilho²⁸ e, segundo o constitucionalista português, pode apresentar dois significados: **cruzamento** e **acumulação de direitos**. Assim, ensina Canotilho que **concorrência**²⁹:

“[...] é precisamente aquela que resulta do *cruzamento* de direitos fundamentais: o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. O conteúdo destes direitos tem. Em certa medida e em certos setores limitados, uma <cobertura> igual”. (g. do autor)

25 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª edição, totalmente refundida e aumentada. 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992 p. 654-657.

26 ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 506-524.

27 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos* (a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação). 2ª edição atualizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp.116-117.

28 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª edição, totalmente refundida e aumentada. 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992 p. 654-657

29 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª edição, totalmente refundida e aumentada. 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992 p. 654-657.

O segundo significado apontado pelo autor verifica-se:

“[...] com a *acumulação de direitos*: aqui não é um comportamento que pode ser subsumido no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si; um determinado <bem jurídico> leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais. (g. do autor)

Canotilho exemplifica as noções vertidas, a partir da Constituição da República de Portugal – CRP, correspondentes à primeira e à segunda hipótese, nos seguintes termos:

“o direito de expressão e informação (artigo 37º) <está em contato> com a liberdade de imprensa (artigo 38º), com o direito de antena (artigo 40º), e com o direito de reunião e manifestação (artigo 45º). Da mesma forma, o direito de formação de partidos políticos (artigo 51º) está <em contato> com a liberdade de associação (artigo 46º) e com a liberdade de expressão e informação (artigo 37º).

“Assim, por exemplo, a <participação na vida pública> é erigida pela CRP em <instrumento de consolidação do regime democrático> (cfr. artigo 112º).

A segunda classe de choque entre direitos fundamentais é a **colisão de direitos** apontada por Canotilho e examinada também pelos autores citados.

Edilson Pereira de Farias, na verdade, somente se remete à figura da **colisão de direitos**³⁰ na qual distingue duas modalidades: na primeira, trata do exercício de um direito fundamental que colide com o exercício de outro direito fundamental (**colisão entre os próprios direitos fundamentais**). A segunda hipótese compreende a “colidência entre direitos fundamentais e a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do

30 Veja-se entre outros: FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos** (a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação). 2ª edição atualizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp.116-126. Examina o autor não somente a colisão entre direitos, mas também a colisão resultante de princípios e regras.

Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos e outros valores constitucionais)”³¹.

Na primeira hipótese o autor considera a colisão de direitos em sentido estrito, citando Canotilho, colisão essa que ocorre entre dois titulares dos mesmos direitos, o “que significa o choque entre os pressupostos de fato de cada um dos direitos envolvidos”. Exemplifica esta modalidade de dois modos: a colidência entre a liberdade artística, científica ou de comunicação (CF, art. 5º, IX) e o direito à intimidade, à vida privada, à honra ou a imagem das pessoas (CF, art. 5º, X); e o choque entre a “liberdade interna de imprensa (art. 38/2³²), e a sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação.” O segundo modo de colisão consiste no **choque entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais, nos casos** “em que interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública e outros”. Propugna o autor, como fundamento neste caso, pela necessidade de salvaguardar os interesses da sociedade por intermédio da **restrição** de direitos fundamentais quando colidem com aqueles interesses. Exemplifica, entre outros, com a possível colisão do: “bem comunitário **saúde pública** (CF, art. 6º) e o direito fundamental à livre locomoção (CF, art. 5º XV)” (grifos do autor).

Alexy³³ trata a questão da colisão sob a ótica das “colisões de princípios e dos conflitos de regras”. O autor, um dos mais abalizados no tratamento da matéria em direito contemporâneo, parte da distinção entre princípios e regras. Os princípios constituem, na sua linguagem em “*mandatos de otimização*”, ou seja, em sentido amplo, abarca as permissões e as proibições neles contidas com vistas à sua aplicação. São os princípios cumpridos em diferentes graus, dependendo seu cumprimento não somente das possibilidades reais de aplicação, mas também,

31 FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos** (a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação). 2ª edição atualizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp.116-117.

32 O autor está se referindo à Constituição da República Portuguesa.

33 ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 86-89.

das possibilidades jurídicas, sendo que, neste último caso, o confronto pode ocorrer entre princípios e regras opostos. Na solução das colisões, bem por isto, não se anulam princípios, mas se sopesam os princípios em sua aplicação ao caso concreto. Já no tocante às regras jurídicas o conflito se resume em serem elas passíveis de ser cumpridas ou não. Isto significa dizer que ou as regras são válidas ou não perante o ordenamento jurídico. Assim as regras contêm determinações de fato ou de direito juridicamente possíveis. Conclui o autor pela consideração de que a “diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau”, sendo que toda norma ou é ‘um princípio ou uma regra’.

5. Soluções da colisão de direitos à luz da doutrina

A partir da doutrina brevemente examinada acima, cabe verificar quais as soluções que a mesma oferece.

A dificuldade de solução da concorrência de direitos é apontada por Canotilho no sentido de determinar qual direito, entre os vários direitos concorrentes deve prevalecer. Exemplifica o mestre constitucionalista com a discussão de *numerus clausus* para ingresso na Universidade, na qual vários direitos têm sido invocados com limites divergentes: a liberdade de aprender, o direito ao trabalho, o direito de escolha de profissão ou gênero de trabalho, o direito ao acesso ao grau mais elevado de ensino, todos direitos resguardados pela CRP.³⁴

A solução dos casos de concorrência de direitos passa, ainda segundo Canotilho, pela prevalência de normas constitucionais especiais, quando no embate entre direitos existe tal norma, o que torna a concorrência uma concorrência inautêntica ou parcial; ou pela “prevalência dos direitos fundamentais menos limitados ou que reúnam em maior grau elementos estruturantes de um direito”.

Transportada tais soluções para nossa realidade constitucional, poder-se-á exemplificar com a concorrência inautêntica do princípio da igualdade e certas exceções constitucionais, que visam, na verdade, dar um sentido material ao princípio. Assim, para exemplo, entre o princí-

34 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª edição, totalmente refundida e aumentada. 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992 p. 656.

pio da igualdade (art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição brasileira de 1988) e a exceção constitucional da proteção especial às pessoas deficientes físicas (entre outros, o artigo 37, VIII, CF) não existe concorrência entre direitos, aplicando-se, no caso, a regra especial consagrada da exceção ao princípio; ou a prevalência da liberdade de trabalho ou profissão, sujeita à reserva legal apenas no que respeita ao atendimento das qualificações prescritas na lei e a possibilidade de exercício de duplo emprego, não sujeita a limitações expressas no setor privado e sujeita, no âmbito estatal (art. 37, XVI, CF), apenas ao requisito da compatibilidade de horários. Cabe acrescentar, por necessário, que a concorrência inautêntica somente ocorre em hipóteses expressamente admitidas e previstas no texto constitucional.³⁵

Alexy propõe para a solução de colisões de princípios e de conflitos de regras diferentes soluções³⁶.

Ensina o autor que duas normas aplicadas independentemente conduzem a resultados incompatíveis ou a dois “juízos jurídicos de dever ser contraditórios”.

Na verdade, segundo o autor, o conflito entre normas-regras se resolve pelo juízo de constitucionalidade, pelo direito intertemporal (*lex posterior derogat legi priori*) ou pelo juízo de especialidade (*lex specialis derogat lex generali*)³⁷. Se não há possibilidade de conciliar as regras, tidas como contraditórias, uma delas será forçosamente declarada inválida ou inconstitucional, e, em consequência, retirada do ordenamento jurídico.

35 Daí a dificuldade, por exemplo, de solução de certos casos em que se discute a aplicação desigual do princípio da igualdade que poderia então configurar discriminações proibidas pelo texto constitucional.

36 ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 89-98, em especial.

37 Conferir RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad Editor, 1952, 1º volume, pp. 384-397. Tb. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11ª. Rio de Janeiro: Forense, 1991, especialmente páginas 356 e segts. T. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2ª edição. Trad. Dr. João Baptista Machado, Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessos, 1962, Volume II, especialmente páginas 142 e segts.

Já entre os princípios que colidem a solução é diferente, pois não se trata de eliminar um princípio ou outro. Quando os princípios determinam o primeiro algo que é proibido e o outro que determina que o mesmo valor (ou algo) é permitido, o que ocorre é que um deve ceder, diante de certas circunstâncias, ao outro. É neste contexto que o autor se remete solução da colisão de princípios por intermédio da **ponderação** entre os bens jurídicos considerados, e exemplifica com exemplos colhidos na jurisprudência Tribunal Constitucional da Alemanha. Importante ressaltar que as considerações do autor³⁸ levam à aplicação da máxima da proporcionalidade na solução dessas colisões, em suas três vertentes: adequação, necessidade (como o meio mais benigno) e a proporcionalidade em sentido estrito (o postulado da ponderação propriamente dito).³⁹

6. Colisão de direitos na jurisdição constitucional brasileira: o direito à vida em colisão com outros direitos fundamentais

Sem a pretensão de esgotar a matéria, que exigiria uma pesquisa exaustiva, é possível identificar, a partir da Constituição de 1988, várias hipóteses de colisão, em sentido estrito, que frequentemente têm sido levadas à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por sua relevância e complexidade, serão relatadas apenas algumas hipóteses concretas de colisão de direitos envolvendo o direito à vida em contraste ou conflito com outros direitos. Não se exemplificará, portanto, de modo especial, a colisão entre princípios ou entre regras, nem a concorrência entre direitos.

O direito à vida é um dos direitos expressamente consagrados no texto constitucional como direito-base ou direito primário, já que se encontra instalado em primeiro lugar no *caput* do artigo 5º, que enuncia o rol dos direitos e deveres individuais e coletivos.

38 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 111-115.

39 Ver a propósito dessa temática: princípio da proporcionalidade, ponderação entre princípios e os limites da atuação do Judiciário neste contexto: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. “Constituição aberta, princípios, ponderação e limites à atuação do Judiciário” In São Paulo: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, julho/dezembro de 2010, n. 72, pp. 13-65.

Na verdade, é o primeiro dos direitos básicos enunciados, como não poderia deixar de ser, já que os demais direitos dele são tributários, ou seja, os demais direitos são de usufruto da pessoa humana que tem vida, que existe.

Em decorrência desta prerrogativa, o direito à vida é tomado, por muitos, se não como absoluto, ao menos como o “mais absoluto” entre todos direitos (se é possível graduar o absoluto), o que significa dizer o **direito que não pode sofrer restrições ou limitações, salvo as justificadas em nome de um bem maior ou igual, e expressamente previstas no texto constitucional.**⁴⁰

Entre limitações que o direito à vida sofre, a partir de norma constitucional, se encontra a possibilidade de aplicação de pena de morte prevista no artigo 5º, XLVII, “a”, em caso de guerra declarada.

Já a proteção à vida se desenvolve em inúmeros direitos e prescrições constitucionais protetivas, como, para exemplo, o direito à saúde e ao trabalho (que garantem a sobrevivência da pessoa humana – art. 6º), o direito ao meio ambiente, que assegura a sadia qualidade de vida (art. 225), ou o direito a uma ordem econômica que assegure a todos uma existência digna (art. 170, *caput*). Tais direitos, embora possa ser analisado cada um *per si*, são necessariamente conexos com o relevante direito à vida.

Não obstante, a legislação infraconstitucional cria certas restrições ao direito à vida, com fundamento em outros valores, também protegidos constitucionalmente.

Assim, a possibilidade do aborto, em casos específicos, a admissão da morte, sem incidência em crime, no caso de legítima defesa, etc.⁴¹

A colisão entre o direito à vida com outros direitos fundamentais vem, presentemente, sendo questionada perante a jurisdição constitucional frente a outras hipóteses.

40 Este texto restringirá seu exame ao direito à vida em seu sentido biológico.

41 Código Penal, art. 127 e artigos 23 e 25 que excluem a ilicitude em casos de aborto e legítima defesa.

Parece necessário reconhecer que as colisões enfrentadas contemporaneamente pelo direito à vida diante de outros direitos têm a ver, especialmente, com o significativo desenvolvimento da tecnologia moderna, que alcança de modo inusitado e admirável a medicina e a ciência, o que traz reflexos no plano jurídico⁴².

Com efeito, percebe-se que os questionamentos que inter-relacionam o direito à vida e outros direitos tais como a liberdade e a autonomia da vontade, a saúde de outrem ou a saúde coletiva em geral têm como pressupostos situações ou ações desconhecidas no passado e que apenas apareceram ante as notáveis descobertas da medicina e do avanço da ciência e da tecnologia.

Assim, para exemplo, na ADI 3.510 – DF questionou-se a colisão do direito à vida e o direito fundamental a uma vida digna, que passa⁴³ “pelo direito à saúde, ao planejamento familiar à saúde, à descaracterização de aborto”, à liberdade científica e à liberdade pessoal (ou autonomia da vontade).

Cuidava-se, neste caso, do exame da inconstitucionalidade da pesquisa em células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, admitida pela Lei de Biossegurança n. 11.105, de 25/03/2005, art. 5º, prática de indiscutível avanço da medicina há uma ou duas décadas.

A questão fundamental debatida no âmbito desta ADI girava em torno de se saber se o embrião, fertilizado *in vitro* e não utilizado pelo doador, tem vida própria, como a tem o ser humano ou o feto, este por expresso reconhecimento do ordenamento jurídico interno e internacional.

A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida neste feito foi pela inexistência da inconstitucionalidade suscitada, por entender, entre outras argumentações, que o embrião, ainda *in vitro*, não é um ser vivo, embora potencialmente seja necessário ao início da vida, além de admitir a legiti-

42 Ver, a propósito, observações de HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 313 citado no HC 84.025 / RJ ao se referir à ideia de eugenia, ainda não sacramentada pela ciência, Citação do Ministro Relator, Joaquim Barbosa, p. 361, nota de rodapé n. 5

43 www.stf/jus.br/portal. Ver decisão de inteiro teor, pp. 134-135, acesso em 27/07/2011.

midade das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos como emanção de um constitucionalismo fraternal, prestigiando o direito à vida digna e à saúde. Assim, o STF não utilizou a ponderação entre direitos para solucionar a questão. Decidiu pela existência de aparente colisão, na medida em que descaracterizou o embrião como ser dotado de vida humana. Não havendo ser humano, não há colisão de direitos a ponderar. De outro lado, considerou constitucional a legislação questionada como medida de proteção do direito à saúde e à liberdade científica.

A questão é espinhosa, no que respeita ao direito à vida do embrião. Opiniões contrárias ainda se insurgem com relação à decisão, com vários argumentos contraditando os utilizados pelo STF no caso apontado. De um lado, parece temerário não admitir ao menos o início potencial de vida em um embrião, já que vida humana sem ele jamais pode prosperar. Por outro lado, a fertilização em *vitro* ainda não está subordinada a uma legislação razoável, no sentido de limitar o número de embriões fertilizados para evitar sobras sem destinação certa de embriões, o que também pode ser questionado com relação ao princípio da dignidade humana. Onde fica, neste caso, a dignidade de um “possível” potencial portador de vida humana? Outro argumento que vem sendo explorado por aqueles que são contra o aproveitamento do embrião tido como “coisa descartável” é o fato, também comprovado cientificamente, da possibilidade de uso de outras células para os fins de pesquisa e de proteção à saúde. Assim, pois, como se vê, decisões que envolvem o direito à vida em colisão com outros direitos podem provocar grande repercussão social e enorme polêmica.

Também na ADPF 54-MC/DF questionou-se o embate do direito à vida com a prática do aborto anencefálico, má-formação congênita perceptível nos dias que correm por intermédio dos exames avançados a que se submete a mulher gestante.⁴⁴ Discutiu-se, inclusive, o início da

44 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida (aborto, eutanásia e liberdades individuais)*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, cuida dos temas enunciados. Refere-se, a propósito do aborto, à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso, segundo o autor, o mais famoso *Roe contra Wade*, p.141 e segs. Vários críticos da decisão disseram que a Suprema Corte autorizou o homicídio, com fundamento judicial sem legislação pertinente. As leis antiaborto, na maioria dos casos, foram julgadas inconstitucionais por entender a Corte que a legislação não poderia proibir o aborto a não ser nos raros casos em que está em risco a saúde da mãe. Defende o autor, no caso, a decisão com fundamento no exercício da liberdade da mulher, entre outros argumentos, páginas 141 e segs.

vida, tema ainda não completamente pacificado, seja na legislação, na doutrina e na jurisprudência, e mesmo na ciência.

A propósito do aborto, pondere-se a lição da doutrina quanto ao início da vida, considerada em textos internacionais⁴⁵, mas não tratada na Constituição brasileira.

Segundo a interpretação constitucional dominante, deve o direito à vida ser considerado não somente em seu sentido biológico, mas numa concepção orgânica mais alargada, que compreende a vida desde a concepção e durante todo o desenvolvimento do processo vital. Neste sentido, a vida humana, objeto do *caput* do artigo 5º, “integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)” e compreende, entre outros, o direito à intimidade⁴⁶, à privacidade. Segundo Jacques Robert, citado por José Afonso da Silva⁴⁷:

“O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a *fortiori* da de outrem, e até presente, o feto é considerado como ser humano”.

Na ADI em exame, travou-se polêmica entre o direito à vida, o princípio da legalidade, o direito à liberdade de autonomia da vontade da mulher, o direito da mulher a seu corpo, a dignidade da pessoa humana e a saúde da mulher gestante.

45 Ver Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1979, ratificado pelo Brasil em 1992, artigo 4º, §1º (que expressamente determina a proteção do direito à vida desde a concepção). In **Minicódigo de Direitos Humanos**, BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida (organizadores) – Edição revista e ampliada. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2010, p. 919.

46 SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**, 30 edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 197. Ver também Pacto de San José da Costa Rica, Cap. II, art. 3º, §1º In **Minicódigo de Direitos Humanos** – Organizadores: Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida. Edição revisada e ampliada. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2010, p. 919

47 *Apud* José Afonso da Silva, **Direito Constitucional Positivo**, 30ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 198.

A possibilidade de aborto, que certamente subtrai a vida do feto – que é considerado portador de vida humana e merece a proteção estatal – não é prevista na Constituição. Não obstante é admitida pela legislação penal, em casos de aborto necessário (proteção da vida da mulher gestante) e de aborto sentimental (resultante de estupro), e não é contestada quanto à adequação desta legislação à Constituição. Assim, a disciplina vertida no Código Penal sobre o aborto tem fundamento jurídico legislativo, legislação até o momento considerada constitucional.

Todavia, a despeito de não haver previsão legal, a decisão do STF voltou-se para a possibilidade do chamado aborto eugênico⁴⁸, ou seja, pela interrupção da gravidez com fundamento em outros direitos e valores constitucionais: a liberdade da mulher, o direito da mulher ao próprio corpo, a sua dignidade e a sua saúde (que poderia ser prejudicada pelo feto portador de anomalia), direitos estes que superavam o direito à vida do feto anencefálico, reconhecido como “quase *natimorto*” pela possibilidade de sobrevivência de que disporia. Neste caso, o STF, nos votos lançados, ponderou entre a aplicação de direitos e valores igualmente inscritos no catálogo previsto pela Constituição de 1988. Não negou a existência de vida no feto anencefálico, mas ponderou que a melhor solução da hipótese para o caso concreto era amparar a liberdade da mulher, sua saúde e sua dignidade. A dificuldade patente para a tomada de decisão e a relevância social da questão foi objeto, inclusive, de audiência pública convocada para se auscultar a opinião de especialistas.⁴⁹ A questão ainda não foi decidida em caráter final pelo STF.

Também neste caso, a polêmica travada em sede de jurisdição constitucional motivou repercussão no seio da sociedade, com vozes contra e a favor.

Alguns argumentos contrários à ponderação de direitos, que levava a privilegiar a autonomia da vontade da mulher em relação ao próprio corpo, foram questionados.

48 FRANCO, Alberto Silva. “Aborto por Indicação Eugênica”. In *Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 90.

49 Ver sobre a audiência pública realizada nesta ADPF FERRAZ, Anna Candida da Cunha, “A democratização da jurisdição constitucional brasileira: as audiências públicas”. In obra coletiva em homenagem ao Professor Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, 2011.

Para exemplo, citem-se alguns deles: em primeiro lugar a configuração jurídica do feto que considera o feto como pessoa humana, um terceiro em relação à gestante, merecedor da proteção estatal em seu direito de nascer, em seu direito à dignidade e como titular, ainda, de outros direitos. O caso do choque entre o direito à vida do feto e o direito à liberdade e autonomia da mulher perante a vida deste diz respeito, pois, na realidade, aos direitos de uma terceira pessoa em relação à gestante, já que tem vida própria, ao menos em potencial.

Outras questões, ainda, são levantadas a respeito: será que a mulher não exerceu o direito à sua liberdade e à sua autonomia no momento em que decidiu ter uma relação da qual sabia que uma das prováveis consequências era a gestação de um ser humano? Em nosso direito positivo, o uso da vontade na prática de um ato não leva, automaticamente, à assunção dos resultados?⁵⁰ Será que o feto, protegido até em documentos internacionais, uma terceira pessoa humana em potencial, deve sempre ceder diante dos direitos da gestante?

Observe-se, ainda, que o uso da argumentação sobre a liberdade da mulher e seu direito ao próprio corpo pode conduzir a resultados inesperados, já que, em princípio, admitir-se o direito de liberdade da mulher em relação ao seu próprio corpo, sem estabelecer quaisquer restrições, significa a possibilidade da prática de aborto em quaisquer circunstâncias. Estaria anulada, então, a legislação restritiva do aborto?

Em suma, a questão vertente nesta ADPF tem inegável repercussão social e sua decisão, certamente, também o terá.

Outros pontos polêmicos que giram em torno do direito à vida dizem respeito à eutanásia ou ao “homicídio piedoso”, em suas várias modalidades (eutanásia, ortotanásia, etc.) e a questão dos transplantes de órgãos de pacientes considerados, pelos médicos, como portadores de morte cerebral.

⁵⁰ Veja-se, para exemplo, a admissão da prática de crime culposos por morte, no caso em que o autor é um condutor de veículo evidentemente embriagado. A consequência de seu ato é presumida pelo fato de, espontaneamente, ter optado por dirigir um veículo após beber além do permitido, sabendo das consequências que seu ato poderia provocar.

Ressalta Dworkin, o exame de decisões que incidem sobre a morte já no extremo da vida, depois que a “vida efetivamente terminou”.⁵¹ Aponta vários casos de vida vegetativa, famosos pela publicidade que alcançaram nos Estados Unidos da América, e enfatiza que as decisões neles proferidas são individuais, mas, devem ter previsão legal, prática dificilmente encontrada nos sistemas jurídicos contemporâneos. Como exceção cita a Holanda, que permite a prática apoiada em critérios fixados judicialmente e em uma lei, que embora não tenha aprovado diretamente a eutanásia, permite ao médico retirar a vida de um paciente, desde que siga os critérios apontados pela justiça. Tal decisão e legislação não estão isentas de críticas da comunidade local em geral.

Na verdade, a questão da constatação de morte cerebral, ainda que seja para fins de pesquisa e terapêuticos, é complexa e de difícil solução. Há argumentos a favor e contra, apresentados em doutrina e pela coletividade em geral. Muitos veem neste procedimento a prática de eutanásia.

Em confronto com o direito à vida e a prática da eutanásia invocase, a favor desta, entre outros argumentos, o princípio da dignidade humana. Questiona-se a possibilidade de desligamento de aparelhos que, artificialmente, mantenham vivo o paciente; em contrário, questiona-se, de outra parte, a possibilidade de erro médico ao determinar a morte cerebral das pessoas.

No Brasil, não há legislação específica sobre a matéria.

Não obstante, a Constituição de 1988, inovadora a respeito, parece ter aberto a possibilidade de a lei possibilitar a prática, segundo entendeu o legislador pátrio, ao formular sua interpretação legislativa ao artigo 199, §4º.

A Constituição de 1988 admitiu, no artigo 199 (que trata da assistência à saúde pela iniciativa privada), em seu §4º, e remeteu à disciplina legal, a possibilidade de transplante de órgãos, tecidos e substâncias humanas nos seguintes termos:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

51 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida (aborto, eutanásia e liberdades individuais)*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 251 e segs.

[...]

§4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, o processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Anote-se, de início, que o conteúdo normativo do texto constitucional, além de deslocado topicamente, não parece suficientemente claro para abrigar todas as situações que possivelmente nele se enquadrem, especialmente a de que cogita a regulamentação legal, no que respeita ao transplante *post mortem* encefálica.

Com efeito, a lei regulamentadora, de início a de nº 9.434, de 04/02/97, modificada, em vários pontos, pela Lei n. 10.211, de 23/03/2001, parece ter ido além do que se poderia extrair do texto constitucional normativo.

Assim, introduziu a possibilidade de transplante *post mortem*, *precedida de diagnóstico de morte encefálica* e estabeleceu requisitos para se aferir o diagnóstico da morte cerebral (art. 3º). Questões como a total certeza dos diagnósticos médicos e a determinação do fim da vida estiveram presentes nesse diálogo? Convém transcrever citado artigo 3º:

Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina⁵².

A jurisprudência do STF, com relação ao transplante, ainda não examinou a questão constitucional sob o ângulo aqui mencionado⁵³, isto é, não decidiu sobre se a lei em causa é constitucional sob este aspecto,

⁵² Resolução 1.490/97.

⁵³ No AI 685054 /PR – PARANÁ, em despacho monocrático a Ministra Ellen Gracie, em 26/06/2011, aflora a questão ao tratar do questionamento sobre livro editado como incentivador ao suicídio e à prática da eutanásia, registrando que no Brasil não há lei que autorize ambos.

ou se a consideração médica sobre a morte anencefálica é constitucional⁵⁴, nem considerou, ainda, se o transplante, por morte cerebral avaliada pela medicina, pode ou não trazer sérios riscos para os seres humanos; em alguns casos, caberia até questionar se a decisão sobre a morte cerebral para fins de transplante pode ser equiparada à eutanásia⁵⁵?

Na verdade, como registrado acima, o transplante tem sido citado, em várias decisões, como argumento constitucional ora para justificar ou fundamentar a possibilidade do aborto e conseqüente morte do feto anencefálico⁵⁶, ou para suscitar a possibilidade de sua realização ser assistida pelo poder estatal, no que respeita à concessão de medicamentos, com vistas a preservar a saúde do transplantado⁵⁷.

Enfim, também sob este ângulo, a colisão entre o direito à vida e à saúde individual ou coletiva, ou à liberdade de pesquisa científica não é questão de fácil solução.

Algumas considerações críticas sobre as soluções relatadas

A Constituição brasileira de 1988 abre, por seu conteúdo formal-

54 A questão foi de certo modo ventilada na ADI 3510/DF, em que se cuidava do aproveitamento do embrião para fins de pesquisa e terapêuticos. O argumento utilizado foi: “no sentido de que se a lei ordinária seria permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessão de vida de uma certa pessoa, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento (Lei 9.434/97) e se o embrião humano é ente absolutamente incapaz de qualquer resqüício de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade do último diploma legal (Lei da Biossegurança) com a Constituição haveria de ser afastada.” Ver Informativo 508, STF in www.stf.jus.br/portall/jurisprudencial/listarJurisprudencia, acesso em 10/11/2011.

55 Veja-se o rumoroso caso do menor Paulinho, ocorrido na Santa Casa de Poços de Caldas “Paciente vivo tratado como doador”, in a “Máfia dos transplantes de órgãos e o caso Paulinho Pavesi” in consulta foi Google. <http://forum.antinovaordemmundial.com/Topico-video-a-m>, acesso em:10/11/2011

56 Ver *Habeas Corpus* 84.025 – 6 – Rel. Ministro Joaquim Barbosa, decisão em 04.03.2004, em que se questionava a constitucionalidade do aborto do feto anencefálico. Os votos proferidos, em sua maioria, se mostravam a favor do aborto anencefálico. A solução do feito apontava a ponderação de direitos: o direito à vida do feto – de questionável duração – e a dignidade e a liberdade de autonomia de vontade da mulher. A decisão final, proferida em voto do Relator, acabou não sendo aprovada, pois foi constatado o nascimento do feto e sua morte em seguida. O *habeas corpus* foi julgado prejudicado, sem que a decisão, tão relevante, pudesse ter sido tomada. Cf. www.stf.jus.br/portall/jurisprudencial/listarJurisprudencia, acesso em 09/11/2011.

57 Ver AI 647296 / SC – Santa Catarina, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 03/10/2007, em que se decidiu conforme ementa: “Direito à saúde. Dever do Estado. Legitimidade passiva da União. Paciente portador de grave doença. Fornecimento de Medicação...”. Caso de paciente transplantado, desprovido de recursos.

-material no que diz respeito ao catálogo de Direitos Fundamentais, um largo espectro de possibilidades de colisão entre direitos.

Doutrina e jurisprudência debruçam-se sobre a temática, procurando soluções que permitam a máxima otimização e a mais adequada aplicação dos direitos fundamentais, quando colidentes.

A questão é complexa e dificultosa, especialmente quando se trata da colisão entre o direito à vida e outros direitos fundamentais e valores consagrados igualmente no âmbito constitucional.

Neste texto foram relatados, em rápidas passagens, alguns casos submetidos à jurisdição constitucional envolvendo esse questionamento.

Repassando, em síntese, a colisão entre o direito à vida e outros direitos fundamentais, percebe-se a dificuldade de solução para o embate suscitado perante a jurisdição constitucional, que permeou a discussão no foro privilegiado do STF. Razões várias, desde sob o ângulo da questão moral e jurídica, foram levantadas e problematizadas.

As decisões tomadas nem sempre são acolhidas de modo unânime pela comunidade em geral, suscitando, assim, intensa polêmica a respeito.

É que o valor vida, em qualquer de suas formas, merece sempre proteção especial e sua superação ante outros direitos acarreta perplexidades ante os valores constitucionais que estão impregnados na consciência dos brasileiros em geral.

Veja-se, apenas para exemplificar, os argumentos levantados a propósito do choque entre o direito à vida do feto e o direito à liberdade e autonomia da mulher perante a vida deste que, na realidade, é um terceiro em relação a ela, já que tem vida própria, ao menos em potencial.

Em suma, a colisão do direito à vida e outros direitos fundamentais encerra polêmica ainda não completamente pacificada entre nós.

7. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 5ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª edição, totalmente refundida e aumentada. 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida (aborto, eutanásia e liberdades individuais)**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos** (a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação). 2ª edição atualizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000

FERRAZ, Anna Candida da Cunha, “A democratização da jurisdição constitucional brasileira: as audiências públicas”. In obra coletiva em homenagem ao Professor Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª. Edição, Revista e Ampliada. São Paulo: Saraiva

FRANCO, Alberto Silva. “Aborto por Indicação Eugênica”. In **Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992

GOZZO, Débora. (Coordenadora). **Informação e Direitos Fundamentais – A eficácia horizontal das normas constitucionais**.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, v. 5

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11ª. Rio de Janeiro: Forense, 1991

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2ª edição. Trad. Dr. João Baptista Machado, Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessos, 1962, Volume II

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998

Minicódigo de Direitos Humanos, BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida (organizadores) – Edição revista e ampliada. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2010

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, IV – Direitos Fundamentais**, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1992

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. “Constituição aberta, princípios, ponderação e limites à atuação do Judiciário” In São Paulo: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, julho/dezembro de 2010, n. 72, pp. 13-65.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad Editor, 1952, 1º volume

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Décima edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011

SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**, 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2008

Jurisprudência:

www.stf.jus.br/portal/jurisprudencialistarJurisprudenciaDetalha.asp

www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia

<http://forum.antinovaordemmundial.com/Topico-video-a-m>

Direito, Política e Democracia

Uma discussão acerca do problema da representatividade em sociedades pluralistas com o objetivo de assegurar a efetivação de direitos e garantias fundamentais a comunidades excluídas sem recair na politização do Judiciário – notas preliminares.

Carolina Grant^{1*}

Resumo

O objetivo do presente artigo é – partindo da constatação de um déficit histórico de representatividade democrática no contexto de uma sociedade pluralista, capaz de afetar, sobretudo, determinados segmentos sociais historicamente excluídos dos espaços decisórios –

¹ **Carolina Grant** – 9º Semestre do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da UFBA; atual Diretora de Projetos e Ex-presidente do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da FDUFBA (CEPEJ); pesquisadora nas áreas de Hermenêutica, Bioética e Direito Penal vinculada ao PIBIC-UFBA (2008-2012) e ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Atua junto à Justiça Federal. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4779950361011799>.

abordar a relação entre Direito e Política no âmbito do Legislativo e do Judiciário, sob a ótica da necessidade de realização de um projeto democrático assumido pela Constituição Federal de 1988, isto é, de uma *democracia constitucional*, cuja concretização perpassa, necessariamente, pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Será defendida, nesse contexto, a tese da *judicialização da política*, em oposição à crescente *politização do Judiciário*, mediante a identificação de ambos os posicionamentos e justificação, teoricamente fundamentada, da tese advogada; bem como serão discutidos os eixos analíticos do *procedimentalismo* e do *substancialismo*, adotando-se o segundo, embora ressaltando-se as promissoras contribuições do primeiro, em termos de construção de um processo judicial mais participativo.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO; POLÍTICA; DEMOCRACIA; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Abstract

The purpose of this article is – based on the premise of an historic deficit of democratic representation in the context of a pluralistic society, able to affect mainly certain social groups historically excluded from decision-making areas – to address the relationship between law and policy in the legislative and judiciary, in light of the need to carry out a project undertaken by the democratic Constitution of 1988, that is, a constitutional democracy, which runs through achievement, necessarily, the enforcement of fundamental rights and guarantees. Will be defended in this context, the thesis of judicialization of politics as opposed to the increasing politicization of the judiciary, by identifying both the positioning and justification, grounded theory, the thesis lawyer, will be discussed as well as the axes of the analytical and the substantial proceduralism, adopting the second, although we point out the contributions of the first promising in terms of building a more participatory lawsuit.

KEY-WORDS: LAW; POLITICS; DEMOCRACY; FUNDAMENTAL RIGHTS.

Introdução

O conceito e a compreensão hodierna do fenômeno político-jurídico da Democracia têm sido tópicos recorrentes nas principais discussões publicistas (Direito Público, em geral, Direito Constitucional, Ciência Política, etc.) e jurídico-sociológicas dos últimos anos. O advento da Carta de 1988 conferiu nova roupagem a este cenário de discussões, sobretudo ao adotar o modelo do Estado Democrático de Direito, revestindo a ideia de Democracia de garantias e pautas constitucionais que assegurassem a sua real efetivação; dentre estas, encontram-se os tão debatidos direitos e garantias fundamentais.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a tônica da efetivação do quanto previsto em seu texto, bem como acerca da aplicabilidade e eficácia de suas normas, tornou-se preocupação de inúmeros e renomados juristas em todo o país, sendo, até hoje, alvo de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. O tema da eficácia normativa e da efetivação dos direitos fundamentais, em específico, já passou por diversas etapas de debates, as quais, poderíamos afirmar em caráter ilustrativo, já foram da consideração destas normas como “conjunto de normas programáticas”, isto é, projeto ou programa diretivo para o Estado (com destaque para o Estado-legislador), representando uma visão utópica/romantizada, um ideal/horizonte a ser perquirido, até a elaboração de métodos “racionais” de concretização destes direitos, reconhecidos como normas (regras e princípios) dotadas de aplicabilidade como todas as demais.

Nesse contexto, uma das dicotomias mais aguçadas e sempre atual, sempre em discussão acerca do adimplemento tanto do que se compreende por Estado Democrático quanto dos Direitos e Garantias Fundamentais, diz respeito aos eixos analíticos do *procedimentalismo* e do *substancialismo*, a serem examinados *infra*. Esta divisão de pontos de vista, capaz de afetar toda a compreensão de Democracia e da relação entre Direito e Política, tem colocado em lados praticamente opostos juristas como Jürgen Habermas (procedimentalista), Robert Alexy e Ronald Dworkin (substancialistas), valendo ressaltar, aqui, que estes dois últimos ainda se distanciam quanto ao seu entendimento pessoal do substancialismo e na forma de desenvolvê-lo.

Foi justamente o debate acerca da tensa e, em alguns casos, conflituosa, repleta de subterfúgios, relação entre Direito e Política que motivou a elaboração do presente artigo, que visa a discutir essa relação nas esferas Legislativa e Judiciária, a *judiciarização da política* em contraposição à temerária *politização do Judiciário* brasileiro, e o acesso à justiça em termos de efetivação de direitos e garantias fundamentais por parte de minorias excluídas dos espaços e processos decisórios, sobretudo em face do panorama apresentado por uma sociedade plural, complexa e dinâmica, marcada pela diversidade, pela coletivização das demandas judiciais, pelos conflitos sociais e pela dificuldade em se falar de representatividade tanto política, quanto jurídica deste pluralismo multifacetário e cada vez mais demandante, característico da sociedade brasileira.

2. Direito e Política no Legislativo – o problema da representatividade em sociedades pluralistas e a razão comunicativa habermasiana

Um dos elementos centrais da discussão entre Direito e Política, que, inclusive, tem conduzido a uma constante revisão do papel do Judiciário na efetivação da Democracia e do modelo de Estado Democrático de Direito, é a questão da *representatividade* em uma sociedade marcada pelo pluralismo e pela diversidade sociocultural.

Democracia e representatividade são conceitos indiscutivelmente imbricados, sobretudo nos atuais modelos de Democracia Representativa (parlamentar ou presidencial), já que a Democracia Direta corresponde a um sonho não realizado, em sua melhor forma (ideal), nem mesmo nas praças gregas da antiguidade clássica (posto que já no conceito de “cidadão” se excluía mais da metade da população da *polis* grega). Para realizar uma análise de como se tem dado a correlação entre esses dois *topoi* da sociedade contemporânea, antes de adentrar na seara do procedimentalismo *versus* substancialismo, bem como da politização do Judiciário *versus* judiciarização da política, partiremos das considerações travadas pela dupla Fernando Armando Ribeiro e Jacqueline Passos Sil-

veira² e do cotejo dos posicionamentos dos autores Carl Schmitt, Hans Kelsen, Chantal Mouffe e Jürgen Habermas.

A princípio, Ribeiro e Silveira ressaltam o que acabamos de asseverar *supra*: a marca da democracia moderna encontra-se numa “*fórmula de transferência ou delegação de poder*”, concebida para viabilizar o ideário compreendido no próprio significado terminológico de *democracia = governo (cracia) do povo (demo)*, isto é, de governo de todos para todos, de soberania popular, mesmo que a fórmula abstrata acabe, na prática, encobrendo os conflitos inerentes aos agrupamentos humanos cada vez mais plurais, formado por diversidades também crescentemente visíveis e demandantes. O modelo de Estado Democrático de Direito passa a alicerçar-se, então, sobre o princípio de “*legitimidade legal-racional do poder*”.

Não obstante, esse processo de legitimação fundado na legalidade-racionalidade, embora constitua condição necessária para a existência do *Estado de Direito*, não pode ser assumido como *suficiente* para a existência da *democracia*. Seria imperioso assegurar, ademais, a participação, a ingerência dos interesses sociais, multifacetários, na realização do regime democrático, evidenciando a sua faceta formal (legal-racional), porém legitimada socialmente de modo participativo³.

A partir dos pressupostos lançados *supra*, seria possível promover uma reflexão crítica acerca do modelo de democracia representativa em cenários pluralistas. Para tanto, invocam-se as construções teóricas do jurista alemão Carl Schmitt, o qual tem empreendido uma avaliação crítica da democracia liberal. Neste ponto, destacam Ribeiro e Silveira que uma das teses fundamentais do aludido publicista é a de que a articulação entre democracia e liberalismo teria levado a um regime híbrido

2 RIBEIRO, Fernando Armando; SILVEIRA, Jacqueline Passos. **Pluralismo, Identidade e Representação Democrática**. In: Constituição e Processo: entre o Direito e a Política. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 69-85.

3 Como destaca Chantal Mouffe, o elemento democrático é instituto do qual temos ainda uma noção bem pouco precisa, visto que o significante “democracia” tem funcionado como horizonte imaginário no qual se inscrevem reivindicações bem díspares, e o consenso para o qual parece apontar pode não passar de uma ilusão. **Todavia, a busca pelo consenso e a abertura ao diálogo parecem ser apanágios inarredáveis dos projetos de Democracia.** (RIBEIRO; SILVEIRA, Op. cit., p. 71 - grifo nosso).

e inviável, na medida em que restaria marcado pela união de dois postulados políticos sobremaneira heterogêneos⁴.

Carl Schmitt⁵ compreende a democracia enquanto identidade da lei com a vontade popular, realizada mediante a identidade também entre governantes e governados. Não seria possível, com efeito, reduzir-se esta vontade do povo a “formas” ou “procedimentos”, uma vez que o que deve prevalecer é a sua manifestação real, concreta, e não um substitutivo procedimental-formalista que pode vir, até mesmo, a contradizê-la. Os liberais, em contrapartida, buscam fundamentar a legitimidade do sistema parlamentar na discussão pública, assumida enquanto meio idôneo à construção da “verdade” através do processo dialético de opiniões.

Hans Kelsen⁶, dentre outros juristas que seguem a mesma linha, adota visão oposta. Em sua concepção, a pedra de toque a justificar a democracia representativa seria, justamente, a percepção de que não se pode alcançar uma só verdade, nem uma pretensa homogeneidade substancial. Para Kelsen, “*não se pode duvidar seriamente que o parlamentarismo não seja a única forma real possível em que possa realizar-se, na realidade social hodierna, a ideia de democracia*”⁷.

Isto é, enquanto para Schmitt não existe Estado sem unidade política, sendo esta última a sua preocupação primordial⁸, para Kelsen estaria muito clara a impossibilidade real em almejar-se esta unidade, inclusive de caráter potencialmente totalitário, como frisa a dupla de autores brasileiros ora em discussão, sobretudo se considerada como elemento indispensável à constituição do Estado nos termos então delineados.

4 SCHMITT, Carl. **Roman catolicismo and political form**. [Trad.] G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996, pp. 03-28.

5 SCHMITT, Carl. Op. cit., pp. 41-46.

6 KELSEN, Hans. **A democracia**. [Trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 112.

7 [...] Por intermédio do “compromisso parlamentar” e da aplicação do “princípio da maioria”, busca-se alcançar o compromisso, única forma de integração social. Na visão kelseniana, trata-se de um procedimento dialético que permite tornar possível um debate público no qual os diferentes e múltiplos interesses estejam representados de maneira tal que seja possível obter um “caminho intermediário” entre os interesses contrapostos, uma alternativa, uma “tolerância recíproca”, que compatibilize os diversos pontos de vista em lugar de separá-los (RIBEIRO; SILVEIRA, Op. cit., pp. 69-85).

8 SCHMITT, Carl. Op. cit., pp. 26-37.

Chantal Mouffe⁹ retoma a crítica de Schmitt à democracia representativa, problematizando um de seus pilares, o da identidade entre governantes e governados, para constatar que o que existe é uma democracia *possível*, nunca *ideal ou absoluta*, pois a compreensão de democracia contemporânea parte da premissa de que este modelo político sustenta-se na tensão entre interesses, convergências e divergências, as quais nunca se extinguirão, tornando-se, pois, complementares as lógicas da identidade e da diferença¹⁰.

Eis delineada a marca indelével da complexidade e a aporia característica do regime democrático: ao mesmo tempo em que a total identidade entre governantes e governados representaria a negação da própria democracia, esta demanda, para a sua configuração e legitimidade, que haja tal identificação. É justamente o *como*, o limiar entre as duas nuances explicitadas (identidade e não identidade total de interesses) que passa a ser uma grande preocupação a ser analisada e discutida.

Ribeiro e Silveira propõem uma solução para este impasse mediante o recurso à *teoria do discurso habermasiana* (agir comunicativo), conforme examinaremos a seguir.

Preliminarmente, afirma a dupla que, justamente por fundar-se em conflitos e tensões entre interesses divergentes legítimos, o regime democrático não pode furtar-se à necessidade de enfrentar de maneira

9 MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*. Menelick de Carvalho Netto [Trad.]. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, 1994, pp. 91-107.

10 Senão, vejamos o que dizem Ribeiro e Silveira: Chantal Mouffe (1994) resgata as contribuições e aporias de Schmitt para investigar o porquê de, ao contrário do que supunha aquele autor, a democracia representativa ter sobrevivido aos regimes totalitários do século XX, a partir da problematização de uma de suas ideias centrais: a de que a democracia pode ser definida como a identidade entre governantes e governados. Schmitt é capaz de perceber os riscos de privatização do espaço público, **mas, por entender as diferenças como algo que ameaça a identidade política, acaba também colocando em cheque elementos fundamentais ao projeto democrático**. Diante disso, a provocação de Chantal é a seguinte: em que sentido, nas condições modernas, aquela afirmação poderia adquirir um significado para se manter atual e, ao mesmo tempo, lidar com os sempre presentes riscos de arbitrariedade? [...] **Para Chantal, a democracia pluralista moderna se desenvolve a partir de uma tradição. Ela admite a impossibilidade de uma visão única de bem comum e de verdade total, universal**, e, em suas palavras, “abandonando a ilusão racionalista de uma fórmula através da qual os diferentes fins do homem poderiam ser harmonizados” (MOUFFE, Op. cit., p. 103, *apud* RIBEIRO; SILVEIRA, Op. cit., pp. 74-75 - grifo nosso).

eficaz tais divergências e, nesse contexto, não poderá prescindir da busca pelo consenso, tornando-se o Direito, pois, mecanismo preferencial de solução, ainda que provisória. Buscam, então, os autores fundamento na teoria discursiva habermasiana, a qual consideram representar a “*alternativa moderna para o tratamento dos conflitos por meio de procedimentos imparciais que garantam aos afetados condições para a formação democrática da vontade, nos quais os direitos fundamentais representam a institucionalização jurídica das condições discursivas da prática de autolegislação*”¹¹.

Ou seja, o Direito, enquanto mecanismo assecuratório da formação democrática de consensos através da previsão de garantias constitucionais nesse sentido, garante a resolução dos conflitos sem, contudo, extingui-los ou eliminá-los (o que não seria possível em uma sociedade plural e complexa, tal qual ressaltamos em crítica à concepção de C. Schmitt). O que se verifica é a *estabilização* destes conflitos, uma vez que as decisões judiciais correspondem a consensos provisórios, conforme preceitua Habermas que um consenso deve ser, posto que em constante dialética (tese, antítese, síntese). Tais decisões podem ser revistas e modificadas, embora de modo exaustivamente fundamentado, vencendo o melhor argumento (racionalidade argumentativa).

A pretensão de atingir o consenso, portanto, não consubstancia uma negativa do Direito à existência permanente de conflitos, afinal, não se poderia almejar o consenso sem a identificação de dissensos. Consenso e dissenso correspondem a lados indissociáveis da mesma moeda, não podendo existir o primeiro sem o segundo, bem como remanescendo apenas o caos na permanência do segundo sem o primeiro. O Direito adota, nesse diapasão, uma postura propositiva em relação aos desafios delineados pela sociologia sob um viés descritivo. Diante de tudo quanto foi explanado, a teoria discursiva de Habermas apareceria, para os autores em destaque, como uma “*perspectiva menos desoladora que a apresentada por Mouffe*”, uma vez que mostra caminhos ao desenvolvimento de alternativas funcionais capazes de lidar com os conflitos sociais, mantendo as tensões que lhes são inerentes, argumentativamente.

11 RIBEIRO; SILVEIRA, Op. cit., p. 77.

A soberania popular, com efeito, não seria plenamente contemplada com a mera representação formal no Parlamento, tal qual defendia Kelsen, na medida em que só adquire real significado se estiver próxima à vontade emanada e construída em centros/fóruns coletivos, inclusive informais. Para que se concretize, este modelo de soberania necessita materializar-se em uma representação sensível aos temas e contribuições da esfera pública, encontrando-se, ainda, submetida ao controle da população e à responsabilização pelos atos praticados¹².

Ao retornar-se, após longa digressão, ao início deste tópico, seria possível afirmar que o problema da plena realização da democracia constitucional (conceito que será alvo de discussão *infra*) no âmbito da *esfera legislativa* seria, sobretudo, um problema de *representatividade* em face de uma sociedade pluralista, o qual não se encontra plenamente resolvido através de artifícios meramente formais de delegação de poder (legitimidade legal-racional), nem na pretensão de identidade total entre governantes e governados (C. Schmitt), mas pode buscar solução na teoria habermasiana do agir comunicativo; isto é, na construção de verdades consensuais mediante o recurso a uma racionalidade discursivo-argumentativa e participativa, em que os mais variados setores e segmentos sociais teriam condições de participar da construção dialética e dialógica dos consensos assim atingidos, dos quais resulta, inclusive, o Direito, compreendido enquanto mecanismo de solução de conflitos nos moldes suprarreferidos.

Se partirmos de uma noção primária e consensual do que se compreende por *política*, remetendo-se à sua origem terminológica grega¹³ –

12 A soberania popular na teoria discursiva habermasiana não parte de representações concretistas do povo unido e dissolve a visão de povo como uma entidade homogênea. Não se trata, porém, de simplesmente captar as manifestações de diferenças. Os fluxos de opiniões e pontos de vista são diversos e divergentes e demandam um tratamento no sentido de articulá-los, problematizá-los, para construir opiniões e vontades públicas. É isso que alimenta a suposição contrafactual de participação dos destinatários no processo de formulação do Direito e dá curso à necessidade de coexistência equitativa entre os diferentes projetos de vida. E se toda essa diversidade de pontos de vista deve formar o poder comunicativo mesmo que nem todos possam se reunir para esse exercício, a saída é a representação popular, desde que sensível às demandas sociais e sujeita a controles. (RIBEIRO; SILVEIRA, Op. cit., p. 79 - grifo nosso).

13 A palavra tem origem nos tempos em que os gregos estavam organizados em cidades-estado chamadas “*polis*”, nome do qual se derivaram palavras como “*politikê*” (política em geral) e “*politikós*” (dos cidadãos, pertencente aos cidadãos), que se estenderam ao latim “*politicus*”

isto é, enquanto composição do poder voltada ao exercício da soberania e destinada a promover o bem comum no espaço em que se encontra um determinado agrupamento humano organizado (*comunidade – polis*) –, torna-se possível asseverar, também, que o ambiente legislativo é um espaço essencialmente político, posto que voltado ao exercício de umas das funções do Estado (poder uno tripartite) mediante a adoção do princípio majoritário e legitimado, por sua vez, na noção já discutida de representatividade (delegação do poder em um contexto em que o exercício direto da democracia não é viável, sendo o Parlamento a versão contemporânea da *ágora* grega).

Os limites entre *Direito e Política no Legislativo* afiguram-se, portanto, extremamente tênues, podendo-se dizer que há, inclusive, um indissolúvel imbricamento. O Direito, em sua gênese jurídico-dogmática, é político, posto que fruto de decisões políticas. As razões, as motivações, de sua criação provêm de origens as mais diversas: política (*stricto sensu*), moral, social, cultural, religiosa, ambiental, etc., não necessariamente jurídicas.

Neste espaço político-democrático, a grande dificuldade encontrada pelos segmentos historicamente marginalizados (negros, mulheres, homoafetivos, movimentos sociais em geral, dentre outros) ou qualquer outra minoria não representada politicamente é, justamente, de *representatividade*, o que repercutirá na (não) densificação de seus direitos e garantias (alguns já assegurados constitucionalmente).

A razão comunicativa habermasiana, aqui, promove significativo avanço, ao ressaltar a necessidade quanto à construção a mais dialógica e dialética possível dos consensos. Antes de prosseguirmos, contudo, esclareçamos um pouco mais acerca do que consiste essa *teoria do discurso*, do *agir comunicativo*, do jurista alemão Jürgen Habermas.

e chegaram às línguas europeias modernas através do francês “*politique*” que, em 1265, já era definida nesse idioma como “ciência do governo dos Estados”. O termo política é derivado do grego antigo πολιτεία (*politeía*), que indicava todos os procedimentos relativos à pólis, ou cidade-Estado. Por extensão, poderia significar tanto cidade-Estado quanto sociedade, comunidade, coletividade e outras definições referentes à vida urbana. (BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: UnB, 2002. 2º V).

Bárbara Freitag, em sua obra “A Teoria Crítica: Ontem e Hoje”¹⁴, esclarece que as reflexões iniciadas no confronto entre a razão sistêmica de Luhmann e a razão comunicativa de Habermas (quando da elaboração da obra conjunta “Teoria da Sociedade ou Tecnologia Social”) foram retomadas por Habermas na sua “Teoria da Ação Comunicativa”, em que se propõe uma virada paradigmática a suplantar o paradigma da filosofia da consciência (a ser discutido *infra*), defendida por Horkheimer e Adorno, em favor de uma teoria da intersubjetividade comunicativa. Freitag sintetiza, de maneira bastante didática e elucidativa, a razão comunicativa habermasiana nos seguintes moldes: “A concepção de uma razão comunicativa implica a mudança radical de paradigma, em que a razão passa a ser implementada socialmente no processo de interação dialógica dos atores envolvidos em uma mesma situação”¹⁵.

O próprio Habermas indica, na linha do que expõem Ribeiro e Silveira na defesa da teoria do discurso habermasiano como mecanismo de efetivação da moderna soberania popular¹⁶, que: “a teoria do discurso

14 FREITAG, Barbara. A teoria crítica: ontem e hoje. 1ª reimpr. da 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

15 E explica, ainda, que: a razão comunicativa se constitui socialmente nas interações espontâneas, mas adquire maior rigor através do que Habermas chama de *discurso*. Na ação comunicativa, cada interlocutor suscita uma pretensão de validade quando se refere a fatos, normas e vivências, e existe uma expectativa de que seu interlocutor possa, se assim o quiser, contestar essa pretensão de validade de uma maneira fundada [...], isto é, argumentativa. É nisso que consiste a *racionalidade* para Habermas: não uma faculdade abstrata, inerente ao indivíduo isolado, mas um *procedimento argumentativo* pelo qual dois ou mais sujeitos se põem de acordo sobre questões relacionadas com a verdade, a justiça e a autenticidade. Tanto no diálogo cotidiano quanto no discurso, todas as verdades anteriormente consideradas válidas e inabaláveis podem ser questionadas; todas as normas e valores vigentes têm de ser justificados; todas as relações sociais são consideradas resultado de uma negociação na qual *se busca o consenso e se respeita a reciprocidade*, fundados no melhor argumento. [...]. (FREITAG, Barbara, Op. cit., pp. 59-60 - *grifo da autora e grifo nosso*).

16 Trata-se de uma busca que procura encontrar o equilíbrio entre a democracia concebida como um conjunto de procedimentos necessários para o tratamento da pluralidade e a democracia como identificação com os valores que permitem justamente dar forma a um modo particular de coexistência. Este parece ser mesmo um dos méritos do pensamento de Habermas, ao realizar um trabalho de reinterpretação tanto da soberania popular lastreada em valores éticos homogeneizados, tal como proposta pelo republicanismo, quanto também dos direitos liberais, vistos como meros direitos subjetivos limitados pelos direitos subjetivos de outrem. Quanto ao primeiro, ver-se-á a soberania popular, tal como proposta pelo republicanismo, não mais como interesses éticos pressupostos em determinada comunidade, mas como o resultado de discursos de autores que agem comunicativamente, tendo em vista que chegaram a princípios intersubjetivamente partilhados. Quanto aos direitos fundamentais liberais, estes devem ser vistos como direitos a iguais liberdades subjetivas de participação nas deliberações

acolhe elementos de ambos os lados [republicanismo e liberalismo] e os integra no conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões. Esse procedimento democrático cria uma coesão interna entre negociações, discursos de autoentendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação linguística”¹⁷.

Não obstante o avanço representado por uma teoria que aparenta resolver o conflito entre a impossibilidade de uma unidade valorativa absoluta (unidade de interesses) e a necessidade de ingerência dos mais variados interesses sociais no exercício da soberania popular mediante procedimentos democráticos, seria possível questionar, mesmo numa esfera predominantemente política (frisando-se, aqui, não estarmos a analisar, ainda, as demais implicações jurídicas do fenômeno), um ponto frágil da teoria habermasiana, acerca do qual também não iremos nos delongar (posto que não é este o objeto central do presente estudo), qual seja: as condições ideais do discurso para a formação do consenso construído pela racionalidade argumentativa.

A noção de processo dialético, dialógico e participativo de construção do consenso habermasiano parte do pressuposto de que, de fato, todos terão *iguais condições* de questionar o que está posto e sugerir novas formas, caminhos e argumentos para a edificação de novos consensos e assim sucessivamente. Infelizmente, este ideal (em si problemático, sobretudo no que tange ao chamado “grau zero” – cf. Lenio Luiz Streck, em “Verdade e Consenso”, sobre o assunto) está longe de ser alcançado, sobretudo em países de terceiro mundo, marcados pela reiterada exclusão das minorias dos espaços públicos de decisão.

públicas, e na coexistência equitativa das diversas formas de vida em igualdade de direitos. (RIBEIRO; SILVEIRA, Op. cit., p. 78).

17 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 286.

Fica, contudo, o reconhecimento das propostas oriundas da tese de Habermas para o problema por nós levantado da representatividade na esfera legislativa. Passemos, pois, à abordagem da relação entre *Direito e Política no âmbito do Judiciário*.

3. Direito e Política no Judiciário – antagonismos necessários: judicialização da política versus politização do Judiciário; procedimentalismo versus substancialismo

O déficit de representatividade do Legislativo, umas das principais causas da “politização do Judiciário”, encontra-se inserido em um cenário nacional de crise geral das instituições, a qual leva a uma inevitável crise, também, do Judiciário. A relação entre Direito e Política, no Judiciário brasileiro, não se dá, pois, nem pode ser objeto de estudo, de forma descontextualizada.

Dierle Nunes traça os contornos da crise institucional brasileira, ao afirmar que estamos diante de “*uma democracia representativa em crise que conta com um Parlamento sem agenda. Um executivo que não promove as políticas públicas necessárias para a garantia dos direitos fundamentais; [...] [preocupando-se] apenas com a tentativa de redivisão de renda, mas não com a consecução do projeto constitucional de 1988 e de políticas de consolidação de direitos fundamentais. [...]*”¹⁸.

Ou seja, se o Poder Judiciário passa a interferir – de forma mais incisiva, para não dizer, ainda, política – na efetivação de direitos e garantias fundamentais, tal se dá em grande medida porque as demais esferas não têm realizado a contento as suas respectivas funções, seja no âmbito da densificação normativa e regularização voltada à eficaz implementação destes direitos (Legislativo), seja na execução de políticas públicas e ações concretas destinadas a promovê-los. No modelo tripartite do exercício do poder estatal, havendo falha de uma das funções, tem lugar uma “compensação sistêmica”. Esta “compensação” tem se dado pelo Judiciário, na tentativa de minimizar os impactos

18 NUNES, Dierle. *Politização do Judiciário no Direito Comparado – Algumas Considerações*. In: *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 31-49.

de uma democracia representativa deficitária, em eterna dívida com diversos setores da sociedade¹⁹.

De um lado da questão ora debatida, temos a corrente doutrinária favorável a um *ativismo judicial*, capaz de retirar da obscuridade estes setores sociais marginalizados, conferindo-lhes o seu direito face ao silêncio e à inércia do Legislativo e do Executivo, e, de outro, os partidários de uma concepção de autorrestricção (*self restraint*), isto é, *minimalistas*. Nesse contexto de discussão insere-se, ainda, a perspectiva da Litigância de Interesse Público (*Public Interest Litigation*), capaz de promover, pela via judicial, verdadeiras transformações sociais. Cada uma destas abordagens deve ser levada em consideração para se ter uma percepção mais completa do problema, sem recair-se em extremismos, afinal, como afirma Nunes, “seria reducionista se abordássemos a questão a partir do diálogo entre os defensores de um ativismo judicial ou daqueles “partidários” de uma concepção de autorrestricção (*self restraint*) – *minimalistas*”²⁰.

Ou seja, se, por um lado, discordamos daqueles que acreditam na capacidade do juiz, indivíduo solitário, fazer justiça social “com uma canetada” (juiz “virtuoso”), de outro também não podemos ignorar

¹⁹ Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito - *em que o Direito deve ser visto como um instrumento de transformação social* -, ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das instituições encarregadas de aplicar a lei. O Direito brasileiro – e a dogmática jurídica que o instrumentaliza – está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade [...]. *não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem - em face da emergência de um novo modo de produção do Direito representado pelo Estado Democrático de Direito - desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito* [...]. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33 - grifo do autor).

²⁰ E segue explicando a sua afirmação: **Isto, pois, ambas as concepções, vistas de modo extremo, podem conduzir a uma credulidade nas virtudes do decisor solipsista (Poder Judiciário), na primeira hipótese, ou reduzir o papel da esfera processual e judicial na busca de direitos fundamentais não ofertados aos cidadãos, na segunda abordagem.** Também seria uma abordagem limitada se abordássemos a polêmica sob a ótica da denominada Litigância de Interesse Público (*Public Interest Litigation*), como vem sendo feito em inúmeros países a partir do trabalho de 1976 do professor Abram Chayes (1976), na *Harvard Law School*, no qual este se referia à prática dos advogados nos Estados Unidos que procuravam precipitar a mudança social através da propositura de demandas que envolviam a reestruturação de instituições importantes do governo, incluindo escolas públicas, hospitais de saúde mental, postos de saúde e prisões, afetando milhares de pessoas (HERSHKOFF). (NUNES, Op. cit., p. 32 – grifo nosso).

o papel deste mesmo juiz na efetivação de direitos e garantias constitucionais, no exercício de uma atividade que necessita estar em consonância com a realidade circundante e não mais alienada, tratando todos os conflitos e demandas sob a lógica individualista (*modelo de produção liberal-individualista-normativista* do Direito, identificado e combatido por Lenio Streck²¹) e abstrata (*astúcia da razão dogmática* de Tércio Sampaio Ferraz Jr.²²), idealizada para resolver os conflitos entre Caio e Tício, não entre setores sociais, comunidades inteiras, em demandas coletivas.

Ainda em termos de delineamento da situação-problema ora enfrentada (discussão acerca dos limites na relação entre direito e política na esfera judicial, crise das instituições e politização do Judiciário tida como desfuncionalidade e crise, também, desta instância), Canotilho observa que os debates acerca do tema “*tribunais e justiça*” têm sido travados muito mais do ponto de vista da ciência política e da sociologia política do que sob o prisma jurídico.

Nesse sentido, afirma que: “[...] o olhar analítico-sociológico concentra-se, por um lado, no interior dos esquemas organizatórios dos tribunais, nos processos decisórios da magistratura, nas origens sociais dos magistrados, nos quadros políticos e sociais de referência dos actores judiciários. Por outro lado, as dimensões externas conduzem os estudiosos a dar o devido relevo aos esquemas relacionais das magistraturas com as instituições políticas e sociais e às implicações políticas do exercício da função judicial. Não falta mesmo o ecological approach a descobrir o filão institucional das políticas públicas onde o juiz participa na política porque desempenha um papel considerado adequado para assumir a cumplicidade de partilhar os valores e interesses dos grupos e indivíduos que perante ele reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores político-representativos [...]”²³. Isto é, a ciência política e a sociologia têm constatado e descrito o problema,

21 STRECK, Lenio. Op. cit.

22 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Judicialismo e Política – Tópicos para uma Intervenção*. In: *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 140-141.

que, contudo, não pode ser assumido como fato irreversível, mas, sim, analisado e discutido de maneira propositiva.

Canotilho fala, então, em *judicialização da política* – a ser defendida por nós neste ponto, em oposição à *politização do Judiciário* –, na medida em que se tem promovido uma ampliação do raio de ação dos tribunais e juízes (autorizada pelo próprio texto constitucional). A solução para evitar a politização excessiva do Judiciário seria, pois, um recurso à necessidade imperiosa de fundamentação *jurídica* (*não moral ou política*) das decisões judiciais, fundada em regras e princípios jurídico-constitucionais; isto é, construir-se o direito para o caso concreto, atribuindo-o ao seu titular (sujeito postulatório individual ou coletivo) sem exclusões ou subterfúgios, mediante uma construção argumentativa lastreada em *argumentos de princípio* e não *de política*, no sentido bem definido por Ronald Dworkin²⁴, conforme se verá a seguir²⁵.

Afirma, ainda, o grande jurista português, que o Judiciário faz política quando “*se proclama como o poder de defesa dos direitos dos cidadãos contra as orientações das instituições político-representativas e quando se assume como o poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade. O juiz guardião dos direitos e o juiz que realiza objetivos moralmente justos representam hoje, com efeito, os arquétipos de ruptura relativamente ao modelo jacobino de juiz executor, passivamente fiel à vontade do legislador (“a boca que prenuncia as palavras da lei”) ou de juiz declarativo [em que ocorreria uma “esterilização política da magistratura”]*”²⁶. Ou seja, para Canotilho, seria legítimo ao Judiciário “fazer política”, hoje, num cenário em que não cabe mais ao juiz dizer-se “boca da lei”; isto é, em que compete ao Judiciário agir contramajoritariamente, realizando a constituição, os valores fundamentais nela consubstanciados, em favor daqueles reiteradamente excluídos,

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

25 [...] É óbvio que o processo de judicialização nos leva ao problema de fundo da presente intervenção: qual o papel e a legitimidade política dos tribunais nos sistemas democráticos? *À míngua de ferramentas teóricas e metodológicas para acompanhar os juízes nos terrenos políticos, outro remédio não temos senão afivelar a máscara de jurista constitucional e captar nas estruturas normativas e na aplicação-concretização de regras e princípios jurídico-constitucionais a interdependência e independência dos poderes do estado. [...]*. (CANOTILHO, Op. cit., p. 141 – grifo do autor).

26 CANOTILHO, Op. cit., p. 143 – grifo do autor.

marginalizados e calados pelas maiorias contraditoriamente “antidemocráticas” (ditaduras da maioria).

Dierle Nunes²⁷ também reconhece que a *litigância do interesse público* tem assumido uma utilização tipicamente contramajoritária, conferindo espaço a grupos marginalizados, pobres e vulneráveis, para o adimplemento de seus direitos pela via processual.

Lenio Streck²⁸, ao seu turno, assevera que o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela Carta Constitucional de 1988 está indissociavelmente relacionado à realização dos direitos fundamentais. Estaríamos, aqui, diante um modelo estatal que representaria um passo além da etapa relativa ao Estado Social, quando se diz *democrático* e *de direito*, tendo assumido uma Constituição que estabelece pautas para concretizar, efetivamente, esta opção pela democracia²⁹.

E aqui cabe uma pausa reflexiva justamente acerca da opção por uma *democracia constitucional*, afirmada por nós no início deste trabalho.

Luís Roberto Barroso³⁰ esclarece que a noção de Estado Democrático de Direito consagrada no art. 1º da Constituição Federal de 1988 representa a síntese histórica de dois conceitos que, embora recorrentemente utilizados de forma quase que indissociável, não se confundem, quais sejam: constitucionalismo e democracia. *Constitucionalismo cor-*

27 NUNES, Dierle. Op. cit.

28 STRECK, Lenio. Op. cit.

29 O conceito de Estado Democrático de Direito aqui trabalhado pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) [...]. O Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdade e liberdades. Assim, para Diaz, *o qualificativo “democrático” vai muito além de uma simples reduplicação das exigências e valores do Estado Social de Direito e permite uma práxis política e uma atuação dos poderes públicos que, mantendo as exigências garantísticas e os direitos e liberdades fundamentais, sirva para uma modificação em profundidade da estrutura econômica e social e uma mudança no atual sistema de produção e distribuição dos bens.* (STRECK, Op. cit., pp. 38-39).

30 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

responde à limitação do poder e à supremacia da lei (“estado de direito”); *democracia*, ao seu turno, traduzir-se-ia em soberania popular e governo da maioria (tal qual evidenciado supra). Tensões entre ambos os conceitos, face ao exposto, podem surgir, tendo a vontade da maioria que refrear seus impulsos perante determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais previstos na Constituição. Caberia, portanto, à jurisdição constitucional efetuar esse controle para assegurar que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.

Ou seja, democracia constitucional representa uma forma democrática específica, que combina o princípio majoritário (presente no Legislativo, por exemplo), com premissas contramajoritárias (a necessidade de respeito aos conteúdos valorativos previstos na CF, controlada pelo Judiciário). Tudo para evitar-se a “ditadura das maiorias”. Os dois conceitos que, numa leitura extremista, poder-se-iam dizer até mesmo antagônicos (soberania da lei *versus* soberania popular), na prática, coadunam-se, complementam-se, de modo a garantir uma democracia real e não meramente formal, além de, inclusive, estabelecer formas de lidar e/ou atenuar os déficits de representatividade³¹.

O Judiciário tem se mostrado, pois, uma via necessária à garantia e efetivação de direitos, de modo a assegurar a realização do Estado Democrático de Direito e alternativa (embora não solução) ao problema da representatividade. E, nesse contexto, Jürgen Habermas³² assevera que somente o discurso articulado a partir da autonomia pública dos cidadãos, em um espaço processual dialógico estruturado pelas garantias (princípios) constitucionais, poderia viabilizar a construção adequada dos provimentos.

Os habermasianos brasileiros têm se tornado, portanto, partidários fervorosos de uma estrutura processual mais participativa, um *proces-*

31 Longe de serem conceitos antagônicos, portanto, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargos dos poderes políticos eleitos pelo povo. [...] (BARROSO, Op. cit., p. 91).

32 HABERMAS, Jürgen. Op. cit.

so *participativo*, em que se viabiliza a intervenção dos setores sociais envolvidos em uma determinada demanda, conferindo voz aos marginalizados. Para esta corrente doutrinária, ainda que o Judiciário tenha um papel relevante na construção de uma democracia efetiva, caberia às partes envolvidas (no processo participativo) dialogarem e construir, junto ao juiz, um consenso. Não poderia este juiz dizer o direito conforme sua conveniência, nem fazer “justiça” de acordo com as suas convicções (morais, sociais, políticas). Para os habermasianos, da mesma forma como não há uma “verdade universal” ou completa identidade de interesses entre governantes e governados, também não há uma “comunidade de valores”, nem juízes virtuosos, com acesso privilegiado a essa base valorativa comum³³.

O consenso só se constrói, em uma sociedade pluralista, para Habermas e para os habermasianos, a partir do diálogo entre os interessados, mediante a adoção de uma razão comunicativa, com base na contraposição de argumentos, dialeticamente e sem “agir estratégico” (sem subterfúgios, mas com condições ideais, igualitárias, de discurso). As condições ideais de discurso, no processo judicial, estariam asseguradas pela Constituição Federal, mediante a previsão de direitos e garantias fundamentais, como contraditório, ampla defesa, dentre outros de cunho subjetivo ou mesmo através de instrumentos processuais garantidores da possibilidade de participação/intervenção no processo e acesso à justiça³⁴.

A postura de Habermas, que se pretende neutra, pode ser uma alternativa ao problema da politização do Judiciário, enquanto desfun-

33 [...] com Habermas podemos perceber o equívoco da credulidade na existência de um *ethos* concreto e universalmente vinculante de uma comunidade mais ou menos homogênea (HABERMAS, 1997, p. 129), principalmente num cenário de pluralismo de concepções de mundo, pois neste percebe-se a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional acerca dos *standards* de valores fundamentais (HABERMAS, 2002, p. 290), impedindo que um sujeito solitário, órgão ou entidade possam encontrar sozinhos os valores dessa comunidade. (NUNES, Op. cit., p. 36 - grifo nosso).

34 Assim, torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual, que de um lado possuiria o juiz como terceiro com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e de outro com partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao critério de “bem comum” desse órgão judicial (HABERMAS, 2002, pp. 295-296). Há de se implementar um debate processual acurado e coparticipativo para que se colham o máximo de informações e se profiram decisões fundamentadas racionalmente, especificamente, quando em discussão a aplicação de um direito fundamental. (NUNES, Op. cit., p. 37).

cionalidade desta esfera, ao apresentar toda uma construção teórica a deslegitimar uma superatuação do juiz enquanto “virtuoso”. O seu eixo analítico é claramente *procedimentalista*³⁵.

Contudo, em termos pragmáticos e se formos observar, em especial, a realidade brasileira, a via processual está longe de atingir condições mínimas, quiçá ideais, para a construção de um consenso democrático. A quase completa exclusão de povos e comunidades tradicionais, por exemplo, bem como de diversos outros movimentos sociais, da possibilidade de pleitear e ver respeitados, adimplidos, os seus direitos, em razão de diversos fatores relativos à precariedade do acesso à justiça no nosso sistema judicial, evidencia, indiscutivelmente, esta constatação.

O que se verifica é, sim, um *agir estratégico*, um completo desequilíbrio na possibilidade de acesso, atuação e interferência das partes na construção das decisões judiciais, sobretudo em face de questões socialmente problemáticas, como aquelas que envolvem disputas de terra entre grandes detentores do capital e pequenos proprietários, comunidades indígenas ou quilombolas. As condições pessoais das partes, o seu poder econômico, a assistência técnica que conseguem (acesso ao saber jurídico e a uma adequada representação de seus interesses) e as pré-compreensões dos juízes, sem falar no modo como o próprio Direito tem sido construído e pensado, representam verdadeiros e quase intransponíveis obstáculos à possibilidade de estabelecer-se “condições ideais”

35 **Sustentando a tese procedimentalista**, Habermas critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. O paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação da política e do direito à luz da teoria do discurso. Parta da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito. Assim, para Habermas, no Estado Democrático de Direito compete à legislação política a função central. [...] Em face disso, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”. Critica a assim denominada “jurisprudência de valores” adotada pelas cortes europeias, especialmente a alemã. Nesse sentido, uma interpretação constitucional orientada por valores que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionalmente assegurados, desconhece, na opinião de Habermas, não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo. (STRECK, Op. cit., pp. 41-43 - grifo nosso).

à discussão do direito pleiteado, em especial para determinados setores da sociedade.

Aqui se poderia afirmar, tendo em vista o posicionamento de Habermas descrito por Streck que os procedimentalistas é que desconhecem o *modus operandi* das correlações reais de forças e fatores reais de poder.

Ou seja, o Judiciário, instância em que a legitimidade pela representatividade e até mesmo o (defasado) princípio majoritário encontram-se prejudicados, mais do que os demais poderes em tese dotados de uma propensão maior ao qualificativo de “democrático(s)”, deve ater-se ao texto constitucional, à necessidade de concretizá-lo, realizá-lo e implementá-lo, a fim de contribuir para que se possa almejar um ambiente propriamente democrático.

Se a via processual, participativa, formal não é suficiente, como se tem mostrado em nossa realidade, a via substantiva de efetivação de direitos e garantias fundamentais, manifesta no conteúdo (valorativo) das decisões e não apenas no *modus* de produzi-la, torna-se imperiosa³⁶.

4. Conclusão: a opção pela *judicialização da política*, lastreada na Carta de 1988, e a necessária diferenciação entre argumentos de política e argumentos de princípio (e por que o debate continua).

Robert Alexy – um dos mais influentes constitucionalistas da atualidade em todo o mundo, que tem disseminado, por vários países, as construções resultantes do trabalho junto ao “Tribunal Constitucional Alemão”, tendo a sua *teoria dos direitos fundamentais* (razão prática

³⁶ Como contraponto, **advogando a tese substancialista**, Cappelletti diz que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo aos grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial. Embora classificável como defensor de uma posição liberal-contratualista, Dworkin se aproxima, em alguns pontos, dessa posição, entendendo que a criação jurisprudencial do direito também encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição. Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar dos demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. (STRECK, Op. cit., pp. 44-45 - grifo nosso).

e justificação teórica) e a *máxima da proporcionalidade* adotadas amplamente, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal – formula aquela que analisaremos como sendo uma primeira resposta *substancialista* ao problema colocado.

Alexy³⁷ assume, claramente, um *conceito* não positivista de *Direito*, mediante uma proposta de união necessária entre *Direito* e *Moral*, como fruto da aproximação entre o que identifica como sendo a dimensão real e fática (“o decretado e o eficaz”) do *Direito* e uma dimensão ideal ou discursiva igualmente imprescindível para uma plena compreensão da construção e do fenômeno jurídico. A dimensão ideal ou discursiva funda-se em uma *pretensão de correção*, a qual, por sua vez, tem como elemento central o ideal (valor) maior da *justiça*. Esta *pretensão* justificaria a aproximação entre *Direito* e *Moral* e estaria associada a uma correlata *pretensão de fundamentabilidade*, correspondente a uma teoria da correção prática, direcionada a uma racionalidade discursiva capaz de verificar os limites e possibilidades do discurso jurídico em termos de fundamentação e argumentação plausíveis e coerentes.

Todos esses elementos juntos (correlação entre *Direito* e *Moral*, conceito não positivista de *Direito*, *pretensão de correção* e de racionalidade discursiva) conformam um *constitucionalismo discursivo*, de acordo com o qual a Constituição – ordenação de valores supremos materializados em direitos e garantias fundamentais – equivaleria a inequívoco vetor de todo o ordenamento jurídico e a Corte Constitucional, na salvaguarda destes valores, asseguraria a correção do *Direito*, almejando à realização do ideal maior de *justiça*, bem como à legitimidade democrática no exercício de uma representação argumentativa da população.

Alexy concretiza e instrumentaliza, em sua teoria do discurso, da efetividade dos direitos fundamentais e do constitucionalismo discursivo, uma preocupação de correção relativamente ao *conteúdo* do *Direito*, portanto, *substancialista*, evidenciada, com mais ênfase, sobretudo após

37 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2ª ed. [Trad.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

a II Guerra Mundial, através da *fórmula de Radbruch* (aplicada nos crimes de guerra nazistas)³⁸.

Direitos fundamentais e democracia, duas exigências da teoria do discurso alexyano concernentes ao conteúdo e ao sistema jurídico, encontrar-se-iam, pois, intimamente relacionados, na medida em que *direitos fundamentais* correspondem ao conteúdo valorativo diretriz da *correção* e a *democracia* levaria a uma necessária garantia de legitimidade indireta – discursivo-argumentativa – da Corte Constitucional, para realizar, na prática e mediante o controle de constitucionalidade, a *correção do e no Direito*.

É justamente esta legitimidade argumentativa indireta que passa a ser alvo de discussão, tornando a teoria alexyana uma resposta interessante, posto que substancialista, mas passível de levar a uma indesejada politização do judiciário, o que não é o nosso objetivo. Senão, vejamos.

Um dos pontos mais questionados da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy diz respeito à tensão entre o papel protagonista, atuante e criativo da Corte Constitucional por ela estimulado, face às colisões entre direitos fundamentais e os chamados *hard cases*, e o conceito de Democracia (legitimidade representativa democrática), o qual, considerado, por alguns, como fundado no Princípio “U”, de universalização dos interesses, conferiria ao Legislador esse protagonismo, na medida em que seria essa a função estatal a concentrar, legitimamente, os interesses gerais do povo, não o Judiciário. O *legislador* estaria democraticamente constituído e investido no poder, enquanto o *jugador* não.

38 Para justificar a união conceitual entre Direito e Moral, Paula Gaido (Universidad de Córdoba), em introdução à obra “*La pretensión de corrección del derecho*”, explica que: *para ver en qué sentido Alexy utiliza esa idea, hay que advertir que invoca dos argumentos, uno fuerte y uno débil, para fundamentar esa relación conceptual necesaria entre derecho y moral: el argumento de la injusticia y el argumento de la corrección, respectivamente. Según el argumento de la injusticia, las normas o los sistemas normativos pierden su carácter jurídico si sobrepasan ciertos límites de la injusticia. Según el argumento de la corrección, en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen necesariamente una pretensión de corrección, que básicamente es una pretensión de corrección moral.* (ALEXY, Robert. *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 19). Robert Alexy desenvolve, portanto, um caminho iniciado por outros juristas antes dele, no sentido de avaliar o *conteúdo* do Direito e não restringir a sua análise ao que é especificamente jurídico, conforme um critério formal de validade (Kelsen).

A tais questionamentos responde Alexy com o seu *constitucionalismo discursivo*, esclarecendo e advogando a tese de que, se por um lado a representação pelo Legislativo se dá sob uma perspectiva *volitiva e decisionista*, ainda que em alguma medida argumentativo-discursiva, a representação por um tribunal constitucional se perfaz pela via de excelência da argumentação, sendo, pois, puramente argumentativa, logo racional-discursiva. Para Alexy, a representação democrática só é plena se, ao lado do decisionismo, encontrar-se o discurso enquanto elemento ideal. As decisões da Corte Constitucional, portanto, discursiva e argumentativamente fundamentadas com base nos postulados constitucionais, tendo em vista a necessária correção para que se alcance o ideal maior de justiça, dificilmente não encontraria, para o jurista alemão, aceitação generalizada perante as chamadas “pessoas constitucionais” – pessoas predispostas a aceitar argumentos fundados em validade e correção (constitucionais), justamente em razão de serem atributos supremos.

A solução alexyana, contudo, não resolve o problema a nosso ver também, na medida em que apresenta algumas inconsistências. Em primeiro lugar, a consideração da existência da categoria de “pessoas constitucionais” lembra a tentativa habermasiana de garantir condições ideais de discurso, algo ilusório e utópico. Ademais, Alexy tenta uma união entre o seu manifesto substancialismo (preocupação com o conteúdo das decisões, com o ideal de correção e justiça) e as regras do discurso, citando a própria teoria do discurso de Habermas em seus fundamentos, numa pretensão de racionalização de valores que acaba, indiretamente, dando margem a arbitrariedades, decisões subjetivas e argumentos de políticas (no sentido de Dworkin).

A máxima da proporcionalidade, enquanto razão e método de efetivação de direitos fundamentais, para além das etapas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, prevê também uma *fórmula-peso* que pretende classificar, por exemplo, os graus de interferência de um princípio/direito fundamental em outro em “leve”, “médio” e “grave”, em formulações lógicas que almejam restringir ao máximo o espaço de liberdade, discricionariedade, do órgão julgador. Na prática dos tribunais, o que se tem observado, contudo, é que a proporcionalidade alexyana acaba servindo de “*argumentação-curinga*” para todos os vieses decisórios, inclusive envol-

vendo posicionamentos antagônicos em casos análogos, funcionando muito mais como artifício retórico (pretensa fundamentação) do que como método racional.

Nesse sentido, afirma Canotilho que “[...] dentro do arsenal metódico-metodológico várias categorias dogmáticas servem hoje para abrir aos juízes os interstícios da política dos direitos e dos valores. Uma dessas categorias é, desde logo, a concretização dos direitos. A concretização exprime uma tendência incontrolável para o alargamento do espaço de discricionariedade das magistraturas no dizer o direito em nome da necessidade de assegurar a justa realização da constituição. Outra categoria é a da ponderação ou balanceamento de bens e direitos. Não é por isso que alguns autores veem no chamado Estado ponderador [...] um dos cavalos de Troia da erosão da juridicidade estatal [...]”³⁹.

Muito pertinente é, com efeito, a metáfora utilizada pelo jurista português: “Cavalo de Troia”, na medida em que a proporcionalidade, que se pretende racional, representa verdadeira abertura para que o órgão julgador possa tecer considerações de outras ordens (que não jurídicas) acerca das medidas a serem adotadas em um determinado caso concreto, como juízos de conveniência, oportunidade, economia, repercussão social, etc., analisando as mais diversas razões levantadas ao se analisar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade de algo. Embora materialize uma preocupação fundamental e necessária com o conteúdo das decisões, o que as construções do jurista Robert Alexy permitem é uma politização do judiciário, agravando a sua desfuncionalidade enquanto órgão estatal. Nesse ponto, precisamos dar razão às críticas habermasianas.

Não obstante, Ronald Dworkin⁴⁰, também um substancialista que não nega a relação entre Direito e Moral, tendo a sua compreensão/divisão das normas jurídicas em regras e princípios tomada como base justamente para as construções alexyanas, traz outra forma de concretizar o substancialismo, preocupado que é com a discricionariedade das decisões judiciais – estímulo propulsor da sua obra.

39 CANOTILHO, Op. cit., pp. 141-142.

40 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. [Trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Dworkin representa um dos principais expoentes da teoria jurídica anglo-saxônica, sobretudo em termos de crítica às teorias positivistas do Direito. O elemento motivador da construção do “Modelo de Regras e Princípios” de Dworkin foi justamente a insuficiência do “Modelo de Regras” positivista, cuja versão “mais bem-acabada” seria a do jurista H. L. Hart, na solução dos chamados “casos difíceis” (*hard cases*), levando a uma ampla margem de discricionariedade (“zona de penumbra”) travestida de racionalidade pretensamente neutra. O aspecto que mais incomodava este autor era, com efeito, a possibilidade de o juiz *criar direito novo* quando se deparasse com um dado caso em que a subsunção do fato à norma (regra jurídica) não fosse possível ou não permitisse o encontro de uma resposta pronta, preexistente no ordenamento jurídico-positivo.

Adrian Sgarbi⁴¹ esclarece, nesse sentido, que a tese de Dworkin é a de que: “*mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa*”, pois também nos “casos difíceis” o juiz tem o dever de *descobrir* quais são os direitos das partes sem inventar novos direitos, os quais aplicaria retroativamente. Dessa forma, desaprova qualquer corrente que questione a possibilidade de se alcançar uma *solução correta* para cada caso⁴². Por fim, Dworkin defenderia, segundo Sgarbi, que: 1) o direito é um fenômeno complexo bem mais articulado do que retrata o positivismo jurídico; 2) os elementos que compõem o direito são vários (regras e princípios); 3) os princípios não operam no mesmo canal de verificação que as regras; portanto, a técnica do *pedigree* é inútil para identificá-los; 4) como os princípios são referências valorativas de correção, a separação entre direito e moral passa a ser entendida como divisão artificial⁴³.

Ou seja, a abordagem principiológica representa, para Ronald Dworkin, um novo paradigma de compreensão do Direito, uma nova racionalidade que, buscando uma base valorativa consubstanciada em princípios jurídicos, associa Direito e Moral sem, contudo, desviar o foco do jurídico para considerações de ordem política, isto é, pragmático-social e interventiva no espaço legislativo e executivo.

41 SGARBI, Op. cit.

42 SGARBI, Op. cit., pp. 147-148.

43 SGARBI, Op. cit., p. 154.

Dworkin promove uma diferenciação-chave na sua teoria, entre argumentos de política e de princípio, associando os primeiros a uma lógica coletiva de bem-estar (razões de conveniência, interesses sociais e pragmáticos) e os segundos à comunidade de valores positivada no ordenamento jurídico ou nele presente através dos princípios. As decisões judiciais, nesse contexto, devem fundar-se e buscar fundamento apenas nos argumentos de princípio⁴⁴.

Outros elementos da Teoria do Direito de Dworkin ajudam a compreender melhor o enfrentamento, por parte deste jurista, do problema da discricionariedade judicial, quais sejam: as noções de *teia inconsútil* (romance em cadeia) e de *Direito como integridade*.

Dworkin defende que, para além da compreensão do Direito enquanto conjunto de normas jurídicas formado por regras e princípios e da utilização de uma argumentação unicamente *jurídica* nas decisões judiciais, é necessário, ainda, compreender o Direito como romance em cadeia e integridade. Isto é, cada decisão necessita dar continuidade ao que já foi construído até então na esfera jurídica de uma dada comunidade, levando em consideração o ordenamento posto e as decisões já proferidas. Trata-se, aqui, da construção do Direito enquanto *romance em cadeia*, cuja coerência e continuidade se impõem para a formação de uma *teia inconsútil*, sem *rupturas* ou *retalhos*. Cada decisão é um novo capítulo deste *romance*, necessitando, pois, estar coerente com o todo da obra e com os capítulos anteriores.

44 Acerca do que acabamos de explicar, assevera Sgarbi: À vista disso, diz que essa discussão – se se deve aplicar um princípio ou uma política – é **um elemento central em sua teoria, porque os juízes não devem argumentar com base em considerações de índole política do direito que enfatizem objetivos das decisões em termos de bem-estar da coletividade, mas por “princípios”**, dado que eles são argumentos destinados a estabelecer um direito individual. Daí a sua afirmação: “Se os juízes fossem legisladores segundos, o tribunal deveria estar preparado para seguir a última alternativa [aplicar argumentos de política], tanto quanto a primeira [aplicar argumentos de princípio], e decidir em favor do demandante se fosse essa a recomendação do argumento. É isso, imagino, o que significa a ideia corrente segundo a qual um tribunal deve ser livre para decidir um caso novo como o da *Spartan Steel* em bases políticas; e foi assim, de fato, que lord Denning descreveu sua opinião neste caso específico. (...) Não obstante, defendo a tese de que as decisões como as da *Spartan Steel* são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas”. (DWORKIN, 1977 *apud* SGARBI, Op. cit., p. 156 - grifo nosso).

Tal estrutura significaria uma mera repetição ou subjugação ao que já foi decidido ou posto (mero “copiar e colar” de decisões anteriores ou de Tribunais Superiores)? Absolutamente que não.

O advento de decisões contrárias ao que já foi decidido é uma possibilidade real e, porque não dizer, almejável, posto que as sociedades são dinâmicas e o Direito necessita acompanhar esse dinamismo, para não quedar ainda mais defasado. O que a tese dworkiniana impõe é que estas mudanças de posicionamento sejam fundamentadas, enfrentando-se as decisões anteriores contrárias argumentativamente, com base em argumentos jurídicos (*de princípio*), de modo a superá-las evidenciando-se o porquê. Assim é que o Direito deve construir-se, enquanto integridade. Os juízes passam a ter que empreender, em cada decisão, em busca da *resposta correta* (nos moldes defendidos por Dworkin – cf. “Levando os direitos a sério”⁴⁵), um esforço *hercúleo* de argumentação para manter essa integridade, sem sair da esfera do jurídico.

Com efeito, o que se pode dizer, em caráter conclusivo, acerca da discussão em torno da relação entre Direito e Política no Judiciário é que o nosso posicionamento é pela *judicialização da política* e não pela *politização do judiciário*. Isto é, na medida em que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu pautas a serem perquiridas na concretização do modelo estatal/democrático escolhido, abriu a possibilidade jurídica de pedidos de cunho essencialmente político (posto que eivados, indiscutivelmente, de um caráter de bem-estar social), contudo materializados em direitos exigíveis, postuláveis e passíveis de concessão pelo Judiciário, face à necessidade de cumprir os mandamentos e preceitos constitucionais em um ambiente de *filtragem constitucional*⁴⁶, em que a Constituição é vetor axiológico de todo o ordenamento, restando a aplicação de toda a legislação infraconstitucional sujeita a uma interpretação conforme.

Falamos em *judicialização* justamente porque se o Judiciário assume um papel mais visivelmente político, sobretudo em países de terceiro

45 DWORKIN, Op. cit.

46 BARROSO, Op. cit.

mundo⁴⁷ com enormes problemas de representatividade política e setores sociais historicamente marginalizados, o fará dentro das possibilidades jurídicas (ainda que sob uma compreensão geral transdisciplinar) e da legitimidade constitucional que lhe foram, democraticamente, *stricto sensu*, conferidas, não mediante tomadas de posição meramente políticas (politização do judiciário), com pretensões de legitimidade em arroubos (muitas vezes *solipsistas*, no sentido de Lenio Streck⁴⁸) de justiça social (“com uma canetada”).

Não pode mais a atividade judicial, tal qual afirma Streck⁴⁹ e Farias⁵⁰, ser pensada enquanto “simples administração da lei”, executada no âmbito de uma instituição “neutra, imparcial, objetiva”, remanescendo o intérprete equiparado a um *técnico* do direito positivo. Continuamos, afirma Streck, “*com a mesma economia de mercado e a mesma lógica da ‘reificação’, mediadas pela categoria do sujeito de direito (Seixas Meireles), cuja teorização sustenta-se em um paradigma hermenêutico de cunho metafísico-essencialista, em que os fenômenos têm uma pretensa independência, onde o fenômeno é explicado depois de reduzido à sua essência, é dizer, a um princípio abstrato, criando dois polos onde não há mediação: o individual abstrato, de um lado; e o universal abstrato, de outro*”⁵¹.

47 Para os objetivos desta abordagem, importa lembrar que, em termos de doutrina brasileira, Paulo Bonavides justifica com vigor a tese substancialista, admitindo, por motivos pragmáticos, a judicialização da política em países de terceiro mundo: “A Constituição aberta levanta, entre outras, a questão medular da validade da democracia representativa clássica e tradicional ao modelo vigente na América Latina, de natureza presidencialista. (...) Sem meios de produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, o bem-estar, a justiça e a prosperidade social, *a velha democracia representativa já se nos afigura em grade parte perempta*, bem como desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição o instrumento da legítima vontade nacional e popular. A Constituição aberta, que põe termo a uma ordem constitucional assentada sobre formalismos rígidos e estiolantes, somente se institucionalizará, a nosso ver, em sociedade por inteiro franqueada à supremacia popular. *De tal sorte que a politização da juridicidade constitucional dos três poderes possa fazer assim legítimo o sistema de exercício da autoridade, com o funcionamento dos mecanismos de governo transferidos ao arbítrio do povo*”. (STRECK, Op. cit., pp. 49-50 - grifo do autor).

48 STRECK, Op. cit.

49 STRECK, Op. cit.

50 FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

51 STRECK, Op. cit., p. 45.

Isto é, o debate ora travado necessita continuar porque não se trata apenas da relação pontual entre Direito, Política, Democracia e Direitos Fundamentais, mas de uma *crise de dupla face do Direito como um todo*: crise de modelo (liberal-individual-normativista), seguindo a lógica de reificação supradelineada, em que os conflitos são pensados de modo individualizado, de acordo com categorias abstratas apartadas da realidade social, em nítida *astúcia da razão dogmática* (no sentido de Tércio Ferraz⁵²) negadora dos dilemas e tensões reais; e crise de paradigma (filosofia da consciência), em que o sentido da norma (*lato sensu*) é pensando enquanto algo que uma consciência produz, solitária e individualmente, para si, independentemente de um processo de comunicação (práxis social intersubjetiva), seja para repetir o modelo liberal defasado, seja para realizar um sentido pessoal de justiça social (politização do judiciário).

Não cabe mais, por fim, o exercício de uma atividade judicial realizada enquanto “*uma espécie de habitus (Bourdieu), ou seja, predisposições compartilhadas, no âmbito do imaginário dos juristas. Isto porque, segundo Bourdieu, há, na verdade, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela communis opinio doctorum, propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas, o que faz do exercício do operador jurídico um mero habitus, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu saber profissional em uma espécie de “capital simbólico”, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos*”⁵³, sobretudo quando se trata da efetivação de direitos e garantias fundamentais e do cumprimento de um projeto democrático traçado claramente desde 1988.

5. Referências

ALEXY, Robert. *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005.

⁵² FERRAZ JR., Op. cit.

⁵³ STRECK, Op. cit., pp. 67-68.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2ª ed. [Trad.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. [Trad.]. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Judicialismo e Política – Tópicos para uma Intervenção**. *In*: Constituição e Processo: entre o Direito e a Política. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 139-154.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. [Trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, Política e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. [Trad.]. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAG, Barbara. **A teoria crítica: ontem e hoje**. 1ª reimpr. da 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 7ªed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre Facticidade e Validade. Vol. 1. Col. Biblioteca Tempo Universitário, 101. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2007.

KELSEN, Hans. **A democracia**. [Trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt**. Menelick de Carvalho Netto [Trad.]. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, 1994, pp. 91-107.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5^a ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

NUNES, Dierle. **Politização do Judiciário no Direito Comparado – Algumas Considerações**. *In*: Constituição e Processo: entre o Direito e a Política. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 31-49.

RIBEIRO, Fernando Armando; SILVEIRA, Jacqueline Passos. **Pluralismo, Identidade e Representação Democrática**. *In*: Constituição e Processo: entre o Direito e a Política. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 69-85.

SCHMITT, Carl. **Roman catholicism and political form**. [Trad.] G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: Epistemologia Jurídica da Modernidade**, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

Rumos do federalismo cooperativo brasileiro na tutela estatal ambiental: excessos e busca de equilíbrio e integração dos entes federativos^{1, 2}

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida³

1 V. sobre competências ambientais, de nossa autoria: Competência e as diretrizes da PNRS: conflitos e critérios de harmonização entre as demais legislações e normas. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo Y.M.; MACHADO FILHO, José Valverde (Coord.). **Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Recursos Sólidos**. São Paulo: Manole (no prelo); Competência e conflitos normativos ambientais nos 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente. In: GAIO, Alexandre; ABI-EÇAB, Pedro (org.). **Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – 30 Anos**. Campo Grande: Contemplar, 2011, p. 55-60; Empreendimento localizado em remanescente de Mata Atlântica (Rodoanel); desafios do direito na proteção das florestas. In: SILVA, Solange Teles da; CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Márcia Dieguez (Coords.). (Org.). **Código Florestal: desafios e perspectivas**. (Coleção Direito e Desenvolvimento Sustentável). São Paulo: Fiuza, 2010, v. 1, p. 116-130; Critérios de definição de competência em matéria ambiental na estrutura federativa brasileira. In: RASLAN, Alexandre Lima (Org.). **Direito ambiental**. Campo Grande: UFMS, 2010, p. 219-243; A tutela estatal ambiental e os critérios de definição de competência – **Revista da AASP** (São Paulo), v. 12, p. 29-35, 2009; Jurisdição e competência em matéria ambiental. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Leituras complementares de direito ambiental**. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 29-55; A tutela ambiental no federalismo cooperativo brasileiro e seus princípios vetores. In: VELLOSO, Carlos Mário da S.; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos R. do (Coord.). **Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem a Ives Gandra da Silva Martins**. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 301-310; A experiência do licenciamento ambiental do Rodoanel Mário Covas e os avanços no trato das questões federativas, institucionais e ambientais. In: **Congresso Internacional de Direito Ambiental** (9.: 2005: São Paulo) Paisagem, natureza e direito = Landscape, nature and law. Antonio Herman Benjamin (Org.). São Paulo: Antonio Herman Benjamin: Instituto O Direito Por Um Planeta Verde, 2005. v. 1., p. 231-250.

2 V. sobre o tema competencial, entre outros: ALMEIDA, Fernanda Dias de Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000; ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e competências ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e *et al.* **Crimes e infrações administrativas ambientais: comentários à lei n. 9605/98**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999; MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; GRECO, Leonardo. **Competências constitucionais em matéria ambiental**. **Revista dos Tribunais**, v. 687, p. 23-33, jan. 1993; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; BARROSO, Luis Roberto. **A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira**. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 88, v. 317, p. 161-178, jan./mar., 1992; SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. **Competências constitucionais ambientais e a proteção da Amazônia**. Belém: Unama, 2009.

3 Desembargadora Federal – TRF 3ª Região
Doutora e Professora de D. Ambiental – PUC/SP

1. Considerações introdutórias

A proposta desta abordagem é sinalizar os rumos do federalismo cooperativo brasileiro no que se refere à tutela estatal ambiental, as dificuldades e os desafios que se apresentam para o funcionamento adequado dessa complexa estrutura federativa e dos sistemas de competência concorrente e comum que lhe servem de apoio; e reafirmar a necessária cooperação e integração dos níveis federativos para viabilizar a implementação do intuito alvissareiro de promover o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, sob o enfoque da sustentabilidade (CF, art. 23, parágrafo único, art. 225).

Agrega-se a esse intuito a lapidar proposição da Política Nacional de Educação Ambiental: *promover o estímulo à cooperação entre as diversas regiões do País, em níveis micro e macrorregionais, com vistas à construção de uma sociedade ambientalmente equilibrada, fundada nos princípios da liberdade, igualdade, solidariedade, democracia, justiça social, responsabilidade e sustentabilidade* (Lei nº 9.795/99, art. 5º, V).

A experiência tem revelado que a tutela legislativa e a tutela administrativa ambientais transitam entre extremos. Em relação à tutela legislativa ambiental, que se insere no âmbito da competência concorrente, tivemos um longo período de legislação federal centralizadora, com inibição da atividade legislativa estadual e municipal preordenada, nos termos constitucionais, para o atendimento do *interesse peculiar* e do *interesse local*, respectivamente. Recentemente observamos uma tendência oposta, de descentralização exacerbada da legislação suplementar dos Estados e Municípios, sendo colocada à prova o papel clássico da norma geral federal de servir de patamar mínimo nacional de proteção ambiental.

Esta tendência centrífuga ocorre tanto no sentido da flexibilização e modulação das diretrizes gerais estabelecidas pela Constituição e pela legislação federal, o que acaba por permitir a legitimação de práticas atentatórias ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao desenvolvimento sustentável, como no sentido diametralmente oposto, de estabelecimento pela legislação dos Estados ou dos Municípios de vedações não contempladas no nível federal ou estadual,

respectivamente, com o objetivo de fazer prevalecer a tutela sobranceira dos direitos humanos fundamentais à saúde, à qualidade de vida e do meio ambiente em face dos critérios formais de competência estatal.

O exemplo mais contundente de flexibilização da legislação suplementar estadual é, sem dúvida, o Código Estadual de Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (Lei 14.675/2009), cuja aprovação causou perplexidade, e ensejou a propositura da ADI/MC 4252-1/SC, Rel. Ministro Celso de Mello, ainda não apreciada. Na realidade este Código Estadual, além de incorporar as flexibilizações quanto os usos autorizados para as áreas de preservação permanente na forma do art. 4º do atual Código Florestal e da Resolução CONAMA 369/06, ele antecipa em muitos aspectos a flexibilização contida no bojo do projeto do Novo Código Florestal (PLC 30/2010), notadamente quanto à eliminação e redução de áreas de preservação permanente e quanto aos critérios da regularização ambiental dessas áreas e das reservas legais. No Capítulo V, ao tratar dos “Espaços Protegidos”, o Código Catarinense fala em “Uso Econômico-sustentável da Área de Preservação Permanente” (Seção II, art.118 e seguintes), retratando verdadeiramente a disciplina jurídica atual, o que nos levou a sugerir, em tom crítico, a alteração da denominação de “áreas de preservação permanente” para “áreas de uso sustentável”⁴.

Na tutela administrativa ambiental, de competência comum das três esferas federativas, vivenciamos uma superposição condenável da atuação dos órgãos do SISNAMA na implementação do controle e fiscalização preventivos e repressivos durante este longo período sem disciplina, por lei complementar, da cooperação entre as esferas federativas (CF, art. 23, parágrafo único).

E na proposta de regulamentação deste dispositivo constitucional através do PLC 01/2010, em fase final de tramitação, observamos igualmente a introdução de mecanismos de flexibilização e de modulação das diretrizes constitucionais e legais protetivas do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao desenvolvimento sustentável. Tais mecanismos abrem de igual modo a possibilidade de

⁴ Cf., YOSHIDA, 2010a, p. 116-130.

legitimação de práticas atentatórias a esses direitos fundamentais e outros correlatos, culminando o PLC 01/10 com a previsão extremada do princípio do licenciamento ambiental por um único ente, na medida em que reduz significativamente o poder de fiscalização por outra esfera (art. 17 e §§).

A consequência do panorama acima exposto é o elevado número de confrontos e conflitos da legislação concorrente/suplementar ambiental dos diferentes níveis federativos, de questionamentos judiciais através de ações direta de inconstitucionalidade, ações civis públicas, mandados de segurança, com incidentes de conflitos de jurisdição e de competência. Os objetivos dos pleitos nas esferas administrativa e/ou judicial são, entre outros, a anulação e o refazimento, por outro ente federativo, do licenciamento ambiental, da autuação e imposição de sanções administrativas, associadas, muitas vezes, a ações de improbidade administrativa (CF, art. 37, §§ e Lei nº 8.429/92), representações e processos criminais.

Todos estes questionamentos contribuem para retardar e por vezes inviabilizar a efetividade dos direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao desenvolvimento sustentável e aos outros direitos correlatos asseguradores da tutela da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito delineado pela Constituição Federal.

2. A tutela estatal ambiental na estrutura do federalismo cooperativo brasileiro: breves delineamentos constitucionais.

A tutela estatal ambiental no Brasil deve ser exercida pelos diferentes Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e pelos diferentes níveis federativos, em consonância com a estrutura de *federalismo cooperativo* adotado entre nós (CF, art. 23, parágrafo único, art. 24).

No sistema de federalismo cooperativo, a tutela ambiental é compartilhada entre os níveis federativos através do *sistema de competência legislativa concorrente* (CF, art. 24, VI a IX) e do *sistema de competência administrativa comum* (CF, art. 23, III, VI e VII), com

reduzido espaço para a competência privativa⁵, sendo os inevitáveis conflitos federativos, institucionais e ambientais apreciados por um sistema de *jurisdição estadual e federal*.

Tais sistemas têm a vantagem de propiciar uma tutela ambiental mais ampla, compartilhada entre os níveis federativos, vantagem que mais se revela em caso de *omissão* ou *atuação deficiente* ou *insuficiente* por um dos Poderes, órgãos ou esferas, quando então os demais podem atuar subsidiária ou concorrentemente, assegurando assim maior efetividade à proteção ambiental⁶.

Em contrapartida, ambos os sistemas de competência são fonte de conflitos normativos, dão ensejo a políticas, planos, programas e pro-

5 Excetuando-se as atividades monopolizadas, em matéria ambiental entendemos que não pode prevalecer a regra clássica de que as competências privativas da União têm precedência sobre as outras modalidades de competência (concorrentes e comuns). Como observa Antunes (2007, p. 106-107) acerca da lógica que tem sido a prevalente: *se a matéria é minerária (competência privativa da União), os aspectos ambientais (competência concorrente) não podem se sobrepor ao aspecto mineral. Assim, na prática, a competência concorrente se esvazia diante da competência privativa*. O art. 22 da Constituição Federal, no tocante à legislação sobre bens ambientais (águas e recursos minerais, por exemplo), deve ser interpretado em consonância com os arts. 225; 24, IV e VI, de sorte que quanto a estes aspectos a competência legislativa não é privativa da União, mas insere-se no campo da competência concorrente e suplementar nos termos dos §§ do art. 24 e do inciso II do art. 30. A legislação ambiental, que tutela o bem enquanto bem ambiental, por tutelar interesse da coletividade como um todo (interesse difuso ou interesse público primário), deve prevalecer sobre a disciplina dos interesses privados e público-estatais que podem incidir sobre o mesmo bem. Na observação de Machado (1995, p. 314), *a defesa e a promoção da saúde (matéria de competência supletiva dos estados e dos municípios) estão na faixa fronteira do problema das águas*. Luís Paulo Sirvinskas (**Manual de direito ambiental**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 179) reconhece que a competência é da União para legislar sobre a mineração, no entanto, *compete aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a tarefa de acompanhar e fiscalizar a extração desses minérios do subsolo, realizando o controle efetivo dos danos causados ao meio ambiente local. Essa tarefa está inserida nos arts. 23, VI (competência material comum), e 24, VI, da CF (competência legislativa concorrente)*.

6 É bem ilustrativa da possibilidade e relevância da atuação subsidiária na omissão das demais esferas, com fundamento na competência concorrente e na competência comum, a ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Piauí em face do Município de Teresina (PI) na Justiça Federal, a propósito da invasão por “sem-teto” de área de 10 ha, após desmatamentos e queimadas, às margens do Rio Poty, rio federal. Inércia do município, a quem cabia a atribuição para fiscalização de Área de Preservação Permanente localizada em zona urbana, bem como do Ministério Público Federal, onde se decidiu: *Legítima também é a atuação do Ministério Público Estadual para ajuizar a presente ação, ante a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na proteção e defesa do meio ambiente (arts. 23, VI e 225, ambos da CF)*. In casu, *mantendo-se inerte o Ministério Público Federal, poderá o Ministério Público Estadual, subsidiariamente, propor a ação e vice-versa. O importante é que o bem ambiental, de interesse comum a todos os habitantes, sobre o qual recai o interesse de toda uma coletividade, seja efetivamente protegido* (Revista de Direito Ambiental, n. 24, p. 351).

jetos descoordenados e a atos de polícia superpostos, em prejuízo da eficiência, economicidade e agilidade da tutela ambiental, notadamente por pressuporem a *atuação coordenada e integrada dos Poderes, órgãos e esferas federativas*, de difícil implementação na prática, mormente na realidade brasileira.

3. O federalismo cooperativo e a competência legislativa concorrente em matéria ambiental: critérios constitucionais. Tendências atuais.

3.1 O modelo constitucional híbrido: competência concorrente limitada e cumulativa⁷. Caracterização dos campos legislativos dos entes federativos. Critérios de solução dos conflitos. A integração dos Municípios no sistema de competência concorrente híbrido.

Como mencionado, em nosso sistema de federalismo cooperativo a tutela legislativa ambiental é compartilhada entre os níveis federativos através do *sistema de competência legislativa concorrente*, como se observa do art. 24 da Carta Federal, que concentra disposições a respeito:

Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

⁷ Há a competência concorrente clássica ou cumulativa, sistema em que as entidades federativas têm competência privativa plena, resolvendo-se os conflitos pela regra da prevalência do direito federal (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). Há a competência concorrente limitada ou não cumulativa, na qual as entidades federativas têm competência privativa limitada. Não podem legislar fora da sua esfera própria de atuação. A legislação que invadir campo de competência de outra entidade não tem suporte de validade na Constituição. Ambas as modalidades de competência concorrente foram adotadas, com adaptações, pelo sistema constitucional brasileiro (V. a respeito, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 100, p. 127 e ss, out./dez. 1988; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 30ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 53 e 59-60).

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX – educação, cultura (...);

Os delineamentos do *sistema vertical de competência legislativa concorrente* estão definidos nos parágrafos do art. 24. A regra é a *competência concorrente limitada* (§§ 1º e 2º), todavia inova a Constituição de 88 ao introduzir a *competência concorrente cumulativa* na hipótese e na forma dos §§ 3º e 4º, ampliando a autonomia legislativa dos Estados e do Distrito Federal para legislar na ausência e na omissão das normas gerais federais, o que está se estendendo também aos Municípios, mediante interpretação sistemática do art. 30 com o art. 24, como veremos.

Na caracterização dos campos legislativos dos entes federativos, o critério é o da *predominância do respectivo interesse: interesse predominantemente geral* (nacional), *interesse predominantemente peculiar* (estadual/distrital) e *interesse predominantemente local* (municipal), sendo os dois últimos critérios extraídos do próprio texto constitucional (arts. 24, § 3º e 30, I).

Como resume com propriedade Paulo Affonso Leme Machado⁸, *com o advento da Constituição Federal de 1988 estamos diante de campos legislativos diversos – o da generalidade, o da peculiaridade e o da localidade: interesse geral, interesse peculiar, interesse local, os campos respectivos da atuação legislativa da União, dos estados e dos municípios.*

Assim, no sistema da competência concorrente limitada cabe à União Federal a edição de *normas gerais federais* (art. 24, § 1º), cuja caracterização e relevância serão adiante abordados; aos Estados e ao Distrito Federal é atribuída a *competência de suplementar a legislação federal*, através do detalhamento da norma geral federal para atender às

⁸ MACHADO, 1995, p. 31.

suas *peculiaridades regionais*. E aos Municípios, que não foram incluídos no âmbito do art. 24 da Constituição Federal, são atribuídas pelo art. 30, afora a competência privativa (inciso I), a competência para *suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber* (inciso II), com base no *interesse local*.

Na competência concorrente limitada (art. 24, §§ 1º e 2º) se o direito federal invadir esfera de competência dos Estados e dos Municípios, ele não prevalece. O problema não é de hierarquia, mas de competência constitucional. O direito federal prevalece sobre o direito estadual/distrital/local somente se estiver dentro do campo da normatividade genérica que lhe é próprio.

*A norma geral, que ao traçar diretrizes para todo o país, invadir o campo das peculiaridades regionais ou estaduais, ou entrar no campo do interesse exclusivamente local, passa a ser inconstitucional*⁹.

Na mesma esteira é o clássico ensinamento de Fernanda Dias Menezes de Almeida¹⁰, ora homenageada, para quem o *grande problema que se coloca, a propósito, é o da formulação de um conceito de normas gerais que permita reconhecê-las, na prática, com razoável segurança, já que a separação entre normas gerais e normas que não tenham este caráter é fundamental. De fato, no campo da competência concorrente limitada, em que há definição prévia do campo de atuação legislativa de cada centro de poder em relação a uma mesma matéria, cada um deles, dentro dos limites definidos, deverá exercer a sua competência com exclusividade, sem subordinação hierárquica. Com a consequência de que a invasão do espaço legislativo de um centro de poder por outro gera a inconstitucionalidade da lei editada pelo invasor*. O fato é que não se pode evitar certa dose de subjetivismo na identificação das normas gerais, o que acaba por ensejar conflitos de competência, avultando a importância do Supremo Tribunal Federal no papel de árbitro constitucional do federalismo.

⁹ MACHADO, 1995, p. 36; ALMEIDA, Fernanda Dias de Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.104-105.

¹⁰ ALMEIDA, 2000, p. 146.

Por sua vez, a competência concorrente cumulativa, como salientado, é inovação introduzida pela atual Constituição e surge nas hipóteses de inexistência e omissão da norma geral federal. Se não editada e enquanto não editada tal norma, os Estados e o Distrito Federal são autorizados a legislarem plenamente sobre a matéria, para atender as suas peculiaridades (art. 24, § 3º), inclusive estabelecendo normas gerais¹¹. Em tal situação, sobrevindo a norma geral federal, eventual conflito resolve-se pela suspensão da eficácia da legislação estadual, no que lhe for contrária (§ 4º).

Lastreado nessa competência constitucional, o Estado de São Paulo instituiu pioneiramente a Política Estadual de Recursos Hídricos (Lei Estadual nº 7.663/91)¹², que inspirou a superveniente Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/97), não tendo sido suspensa a eficácia de qualquer dos dispositivos da legislação estadual. Outro exemplo é a Política Estadual de Resíduos Sólidos (Lei Estadual nº 12.300/06) que precedeu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305, de 05/08/2010).

Experiência recente e ousada sinaliza a possibilidade de integração do Município no sistema híbrido de competência concorrente, mediante interpretação conjugada do art. 30 com o art. 24 da Constituição Federal, de modo a estender também ao Município o exercício da competência concorrente cumulativa, que lhe autoriza legislar plenamente na ausência da legislação federal e/ou estadual, com base no interesse local. É o caso da precursora Política de Mudança do Clima do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 14.933, de 5/06/2009). Nesse mesmo ano de 2009 foram instituídas na sequência, a Política de Mudanças Climáticas para o Estado de São Paulo (Lei Estadual nº 13.798, de 09/11/2009) e a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC (Lei nº 12.187, de 29/12/2009).

11 Por isso se diz que a União tem a primazia e não a exclusividade em relação às normas gerais, em razão dos Estados e Distrito Federal serem autorizados a editá-las na ausência e claros da norma geral federal.

12 Muito embora a legislação sobre águas figure no rol de matérias de competência privativa da União (art. 22, IV), entendemos que no que se refere aos aspectos ambientais e sanitários, entre outros, é caso de competência concorrente.

3.2. A competência concorrente limitada: tendência centrípeta e tendência centrífuga. Excessos e busca de equilíbrio

3.2.1 A norma geral federal: características e importância como patamar mínimo nacional de proteção ambiental. A legislação suplementar mais restritiva, sem possibilidade de vedação. Tendência centrípeta clássica

Conforme dito, no sistema da competência concorrente limitada cabe à União Federal a edição de *normas gerais federais* (art. 24, § 1º), cuja caracterização é objeto de controvérsias em face da realidade jurídico-normativa brasileira.

É norma geral federal aquela que tem *aplicabilidade uniforme e geral em todo o território nacional*, correspondendo ao conceito de *lei nacional*; e também aquela aplicável *em um determinado espaço territorial* (áreas previstas como patrimônio nacional pelo art. 225, § 4º), a um ecossistema, uma bacia hidrográfica, uma espécie vegetal ou animal¹³.

Além da aplicabilidade uniforme e geral (em todo território nacional ou em áreas e matérias de interesse nacional), é apontada também como característica da norma geral a *generalidade do conteúdo*, adstrito ao estabelecimento de *princípios, bases e diretrizes gerais*¹⁴, ficando o detalhamento a cargo da legislação suplementar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A observância desta última característica não é da tradição do federalismo brasileiro, baseado na forte tendência centralizadora através de farta, minudente e detalhada legislação federal ambiental, que deixa

13 MACHADO, 2006, p. 105.

14 *Pode-se afirmar, e corretamente, que “normas gerais” são princípios, bases, diretrizes que hão de presidir todo um subsistema jurídico. Sempre haverá, no entanto, em face de casos concretos, dúvida até onde a norma será efetivamente geral, a partir de onde ela estará particularizando, sendo mais fácil conceituá-las pelo ângulo negativo, mediante indicação dos caracteres de uma norma que não é geral, que é, conseqüentemente, específica, particularizante, complementar.* São particularizantes as normas que visem a adaptar princípios, bases, diretrizes a “*necessidades e peculiaridades regionais*” como figura na parte final do art. 24, § 3º da Constituição (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 195-196). José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 477) denomina a norma geral de *legislação principiológica*.

pouco espaço para a atividade legislativa suplementar dos demais entes. São exemplos as *políticas nacionais setoriais*¹⁵, o que tem levado à interpretação, pelo Supremo Tribunal Federal, que a norma, pelo simples fato de ser federal, deve ser tida por “lei geral”, salvo poucas exceções (caso do RE 286.789/RS)¹⁶.

As normas gerais federais ambientais desempenham duas relevantes funções relacionadas às características apontadas: por serem de aplicação geral e uniforme, garantem a *uniformidade (e não a unidade) da legislação ambiental* em todo território nacional ou em áreas e matérias de interesse nacional.

Além disso, a doutrina e a jurisprudência clássicas reconhecem à norma geral federal ambiental o importante papel de estabelecer o *patamar mínimo nacional de proteção ambiental* a ser observado pela legislação e demais normas dos outros entes da federação brasileira, papel este que vem sendo posto a prova mais recentemente.

Segundo a visão clássica, no sistema de competência concorrente limitada o *genérico compete à União, o detalhamento aos Estados, Distrito Federal e Municípios, e estes podem ser mais restritivos do que a União, jamais, todavia, mais brandos ou ténues no agir*¹⁷.

Ou seja, os Estados, Distrito Federal e Municípios, no exercício da competência suplementar, podem dispor de forma diversa da legislação federal observando, contudo, o *patamar mínimo nacional de proteção ambiental* por ela estabelecido. As normas suplementares estaduais e municipais podem ser mais restritivas, sem, contudo, chegar à vedação da atividade ou produto; e sendo mais restritivas devem prevalecer so-

15 Paulo de Bessa Antunes, em sua mais recente obra, em tom crítico observa que *é uma realidade indiscutível e não discutida a centralização na União de todas as matérias ambientalmente relevantes*. Não nos parece que a instituição dessas políticas nacionais setoriais seja em si mesma criticável; pelo contrário, vemos a iniciativa como salutar em razão das relevantes funções desempenhadas pelas normas gerais federais ambientais. O que é criticável, por implicar perda e restrição à autonomia dos Estados e Municípios, e nesse ponto concordamos com o autor, é o fato de a União legislar plenamente, de forma detalhada, como se a matéria de proteção ambiental fosse afeta, em nosso sistema constitucional, como regra, ao campo da competência privativa federal ou da competência concorrente cumulativa (ANTUNES, 2007, p. 107 e ss).

16 ANTUNES, 2007, p. 108-9.

17 FELDMANN, Fábio José; CARMINO, Maria Ester Mena Barreto. O direito ambiental: da teoria à prática. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 88, n. 317, p. 97, jan./mar. 1992.

bre a norma federal no âmbito do respectivo Estado e Município. Os precedentes jurisprudenciais em face da Constituição atual orientam-se neste sentido.

Na ADI nº 384-4/PR, Relator o Min. Moreira Alves, foi alegada a inconstitucionalidade da Lei Estadual Paranaense nº 9.056/1989 por invasão de competência da legislação federal, na medida em que prevê que a “produção, distribuição e comercialização, no Estado do Paraná, de fertilizantes, corretivos, inoculantes, ou biofertilizantes, destinados à agricultura, estão condicionados a prévio cadastramento perante a Secretaria de Estado da Agricultura e do Abastecimento”.

A liminar na respectiva medida cautelar foi indeferida tendo como fundamento o maior âmbito de competência concorrente e comum que os arts. 23 e 24 da atual Constituição conferiram aos Estados no que diz respeito ao cuidado da saúde, à proteção ao meio ambiente, ao combate à poluição, às normas sobre produção e consumo. Referida ação direta de inconstitucionalidade ao final não foi conhecida.

Seguindo diretriz semelhante, na ADI nº 1086-7/SC, Relator o Min. Sepúlveda Pertence, foi decidido que o Estado, “dentro de sua competência supletiva, pode criar formas mais rígidas de controle. Não formas mais flexíveis ou permissivas”.

É também entendimento clássico aquele que preconiza que extrapola o âmbito da competência suplementar dos Estados/Distrito Federal/Municípios estabelecer vedação quando a atividade ou o produto são permitidos e disciplinados pela legislação federal e/ou estadual, respectivamente. Ou seja, são admitidas maiores restrições pela legislação suplementar estadual/municipal, não, contudo, a vedação da atividade.

Assim, no REsp nº 29.299-6/RS, Relator o Min. Demócrito Reinaldo, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 9.731/90 que proibia o uso e o armazenamento no Município de Porto Alegre de determinados princípios ativos de agrotóxicos (Aldicarb...TMTD e Zineb) em qualquer uma de suas formulações simples ou compostas (art. 1º).

De acordo com a fundamentação do voto, o Município não podia proibir o uso de agrotóxicos registrados nos órgãos competentes

federais, mas apenas restringir, disciplinar seu uso, citando lições de Hely Lopes Meirelles no sentido de que “as limitações administrativas hão de corresponder às justas exigências do interesse público que as motiva, sem produzir total aniquilamento da propriedade ou das atividades reguladas”.

3.2.2 A concepção salutar da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010)¹⁸ enquanto norma geral federal e patamar mínimo nacional

A Lei nº 12.305/2010 é elogiável ao pretender adotar os padrões clássicos da norma geral federal, sem ser uma legislação federal minudente e concentradora de poderes da União (tendência centrípeta), nem tampouco permitir exageros na tendência descentralizadora dos últimos tempos (tendência centrífuga), abrindo espaço para a salutar autonomia no exercício da competência legislativa suplementar pelos entes federativos, em atendimento às peculiaridades regionais e ao interesse local.

Esta última tendência é a expectativa externada pelo Deputado Federal Arnaldo Jardim, manifestada à época da tramitação do projeto de lei sob sua liderança. Na sua visão, após se tornar Lei, a proposta de implantação da PNRS, fundamentada na Constituição Federal, é de estabelecer normas gerais, ou seja, dar ao país diretrizes no que diz respeito à gestão e ao gerenciamento dos resíduos. *Contudo, estou convencido de que os estados e municípios, embasados por estas diretrizes, deverão estabelecer legislações próprias, dentro das suas peculiaridades e realidades, proporcionando às respectivas populações um modelo eficiente que priorizará a não geração de resíduos, a reciclagem e a destinação adequada, que estarão diretamente associadas ao cotidiano de cada cidadão*¹⁹.

O artigo inaugural ressalta que a Política Nacional de Resíduos Sólidos ora instituída dispõe sobre seus *princípios, objetivos e instru-*

¹⁸ Cf. texto inédito, de nossa autoria, Competência e as diretrizes da PNRS... *cit* (no prelo).

¹⁹ Política Nacional de Resíduos Sólidos movimentou setor ambiental e suscita novas oportunidades sustentáveis. Disponível em <http://rmai.com.br/v4/Read/289/politica-nacional-de-residuos-solidos-movimentou-setor-ambiental-e-suscita-novas-oportunidades-sustentaveis.aspx>. Acesso: junho/2011.

mentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis (art. 1º).

E preconiza: As Políticas de Resíduos Sólidos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverão estar compatíveis com as diretrizes estabelecidas nesta Lei (art. 9º).

Logo após enunciar as duas primeiras e principais diretrizes que se referem à ordem de prioridade no manejo dos resíduos sólidos e às exigências para a incineração, tratada como *recuperação energética dos resíduos urbanos* (art. 9º, *caput* e § 1º), a PNRS reforça: *A Política Nacional de Resíduos Sólidos e as Políticas de Resíduos Sólidos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão compatíveis com o acima disposto e com as demais diretrizes estabelecidas nesta Lei (§ 2º).*

A PNRS cumpre, portanto, um importante papel na consecução dos objetivos do Federalismo cooperativo vigente entre nós. Ela se apresenta como uma genuína norma geral federal, com a pretensão de traçar diretrizes gerais a serem observadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, sem, contudo, retirar-lhes autonomia para suplementarem as diretrizes gerais, adaptando-as adequadamente às diversidades regionais e aos interesses locais. A grande maioria das disposições da PNRS inserem-se no título “Diretrizes Gerais” (Título III, Capítulos I a VI, arts. 9º a 49).

O fato complicador é que o advento da PNRS se dá quando muitos Estados, valendo-se de permissivo da atual Constituição, já editaram suas políticas estaduais de resíduos sólidos.

3.2.3 Tendência centrífuga e o princípio federalista da subsidiariedade. A legislação suplementar estadual/distrital/municipal proibitiva. As leis estaduais proibitivas do uso do amianto. A orientação anterior e a orientação atual do STF. As leis municipais proibitivas da queimada da palha-da-cana. Controvérsias atuais.

Em linha oposta à tendência centralizadora existe a tendência descentralizadora e de ampliação da autonomia dos Estados e Municípios, que defende a solução dos conflitos normativos pela aplicação do *prin-*

*cípio da subsidiariedade*²⁰: o Município prefere ao Estado e à União; o Estado, por sua vez, prefere à União.

Este princípio federativo básico da descentralização político-administrativa busca conferir equilíbrio entre as diversas esferas governamentais, e atribuir responsabilidades às autoridades mais próximas dos cidadãos, por se encontrarem em condições de executá-las de forma mais eficiente.

A aplicação deste princípio é, todavia, complexa, não existindo soluções apriorísticas. Os conflitos de normas ambientais, como de resto os conflitos ambientais em geral, comportam *tratamento diferenciado* de acordo com as particularidades da situação concreta.

No REsp nº 194617/PR, Relator o Ministro Franciulli Netto, foi firmado o entendimento no sentido de que é interesse nacional, e não interesse predominante local, como pretendido pelo Município, fixar parâmetros mínimos, incluindo metragens, para áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios artificiais de hidrelétricas:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE REGISTRO DE LOTEAMENTO ÀS MARGENS DE HIDRELÉTRICA. AUTORIZAÇÃO DA MUNICIPALIDADE. IMPUGNAÇÃO OFERECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. RESOLUÇÃO N. 4/85-CONAMA. INTERESSE NACIONAL. SUPERIORIDADE DAS NORMAS FEDERAIS.

No que tange à proteção ao meio ambiente, não se pode dizer que há predominância do interesse do Município. Pelo contrário, é escusado afirmar que o interesse à proteção ao meio ambiente é de todos e de cada um dos habitantes do país e, certamente, de todo o mundo...

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com base na competência suplementar e no interesse peculiar (regional/estadual) e no interesse local (municipal), podem proibir no seu território determinada atividade ou produto que a legislação federal/estadual, respectivamente, permitem?

20 V., a respeito, mais amplamente, entre outros, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996; Farias (1999, p. 316-324); Antunes (2007, p. 157 e ss). O princípio da subsidiariedade é adotado pelo Tratado de Maastricht (art. 5º).

A orientação clássica, já exposta, admite a legislação suplementar estadual, distrital e municipal mais restritiva, todavia considera que extrapola os limites dessa legislação e caracteriza invasão de competência a vedação total a atividade ou produto permitido na legislação dos demais níveis.

Mais recentemente têm lugar julgamentos que, por maioria de votos, reconhecem a constitucionalidade de legislação suplementar proibitiva, sinalizando uma importante orientação jurisprudencial que não se fundamenta na questão competencial, mas na proteção dos direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à vida e à saúde.

São os casos bem atuais, ainda pendentes de julgamento pelas Cortes Superiores, da proibição do uso do amianto por legislação estadual e da proibição imediata da queimada da palha-da-cana por legislação municipal.

No primeiro caso, temos a Lei federal nº 9.055/95 que permite o uso controlado do amianto e cuja constitucionalidade está sendo contestada no Supremo Tribunal Federal pela ADI 4066, relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, de iniciativa da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

Muitos Estados editaram leis proibitivas do uso do amianto as quais foram declaradas inconstitucionais no julgamento das respectivas ADIs. A lei paulista anterior (Lei estadual nº 10.813/2001) foi questionada através da ADI nº 2656/SP, Relator o Min. Maurício Corrêa, e no julgamento verificado em 01/08/2003, foi reconhecida a invasão da competência da União, ao impor a lei paulista a proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto.

Em relação à atual Lei paulista nº 12.684/07, a suspensão liminar de suas disposições, deferida na ADI/MC 3937-SP, não foi referendada no julgamento pelo Plenário da Corte Suprema, por maioria de votos, vencido o senhor relator, Min. Marco Aurélio:

COMPETÊNCIA NORMATIVA – COMÉRCIO. Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, não há re-

levância em pedido de concessão de liminar, formulado em ação direta de inconstitucionalidade, visando à suspensão de lei local vedadora do comércio de certo produto, em que pese a existência de legislação federal viabilizando-o.

Os Ministros Marco Aurélio, Carlos Alberto Menezes Direito e Ellen Gracie, vencidos, levaram em conta o aspecto formal, da competência legislativa, para suspender a lei liminarmente: a norma usurpa a competência da União para legislar sobre comércio interestadual, pois cria embaraços à comercialização de produtos fabricados com amianto.

Já o Min. Joaquim Barbosa, vencedor, baseou-se na proteção constitucional e internacional conferida à saúde e segurança do trabalhador, e sustentou em seu voto que a lei paulista está respaldada pela Convenção 162 da OIT, um compromisso assumido pelo Brasil, em esfera internacional, para salvaguardar o trabalhador de ter contato com o amianto e para inclusive bani-lo. A Convenção da OIT é uma norma supralegal, com força normativa maior que a norma federal. “Não faria sentido que a União assumisse compromissos internacionais que não tivessem eficácia para os estados-membros”.

Esta nova orientação jurisprudencial constitui um relevante precedente e está em consonância com o recente reconhecimento, pela mesma Corte, da *supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos* internalizados na ordem jurídica brasileira (RE 466.343)²¹.

Outra casuística citada é a da proibição da queimada da palha da cana-de-açúcar por legislação municipal, enquanto a legislação estadual estabelece um cronograma de eliminação gradual. A orientação jurisprudencial predominante é a que preconiza a inconstitucionalidade das leis municipais proibitivas, tendo sido opostas reclamações junto ao Supremo Tribunal Federal em relação às leis declaradas constitucionais²².

21 A Corte Suprema brasileira reconheceu a insubsistência, no plano infraconstitucional da legislação interna, da prisão civil do depositário infiel (parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal), considerando o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica (Art. 7º, § 7º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 11).

22 V. a respeito do tema, MORAES, Rodrigo Jorge. *Setor sucroalcooleiro – Regime jurídico ambiental das usinas de açúcar e álcool*. São Paulo: Saraiva, 2011.

No Estado de São Paulo, a queima da palha de cana é atualmente regulada pela Lei nº 11.241/2002 e pelo Decreto nº 47.700/2003. De acordo com a legislação estadual em vigor, a substituição pela mecanização será de forma gradativa, no prazo de 20 anos (até 2021), para área mecanizável, e no prazo de 30 anos (até 2031), para área não mecanizável. Após essa data, será obrigatório o cultivo mecanizado de cana crua.

As leis municipais de Paulínia, Limeira, São José do Rio Preto, entre outras, que estabeleceram a cessação imediata da queima da palha de cana em seus territórios foram declaradas constitucionais.

Assim, na ADIn 129.132.0/3, promovida pelo SIFAESP e SIAESP em face da Prefeitura Municipal de Limeira, o Órgão Especial Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos (15 a 6), julgou improcedente a ação, reconhecendo a constitucionalidade da Lei municipal 3.963/2005, que proíbe a queima da palha de cana-de-açúcar no município.

De acordo com o voto do Des. Renato Nalini, a prática de queimada é primitiva; a Constituição Federal converteu o meio ambiente em direito fundamental: “A lei estadual eufemisticamente veda a queima da cana. Só que propõe leniência incompatível com os danos causados à saúde dos munícipes e à qualidade de vida regional. Legítima a atuação das cidades ao vedarem a continuidade daquilo que se mostra tão pernicioso”.

Todavia, por meio de reclamação e recurso extraordinário têm sido concedidas liminares pelo Supremo Tribunal Federal para suspensão dos efeitos das leis consideradas constitucionais, como é o caso da lei municipal de Limeira acima mencionada (Min. Gilmar Mendes) e também da lei municipal de Paulínia (Min. Eros Grau).

A Lei Municipal nº 1.952, de Paulínia, proibiu “o emprego do fogo para fins de limpeza e preparo do solo, inclusive para o preparo do plantio e para a colheita de cana-de-açúcar”. No julgamento da respectiva ADI, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a constitucionalidade da lei, ensejando, como desdobramentos, a propositura no Supremo Tribunal Federal da Rcl 7006 e do RE 586224 RG/SP, com reconhecimento da Repercussão Geral, em que é relator o Min. Eros Grau.

A questão foi inicialmente trazida à discussão no Judiciário através de ações civis públicas, e a concessão de liminares determinando a cessação imediata da queimada da palha da cana ensejou a edição de normas estaduais estabelecendo a cessação gradual, sendo vigente atualmente a mencionada Lei nº 11.241/ 2002, regulamentada pelo Decreto nº 47.700/2003.

A matéria sempre foi controvertida, como mostra a ementa e trechos do acórdão a seguir transcritos:

ApCiv 99.551/1 – 6ª Câ. – TJSP – j. 30.08.1999 – maioria de votos - rel. Des. Telles Corrêa.

Ementa: A queima da palha da cana-de-açúcar expõe a risco a saúde de toda a população e a incolumidade animal, com a morte de espécies em processo de extinção, bem como causa degradação ambiental, afetando o solo e o subsolo; portanto, deve prevalecer sobre o decreto estadual a proibição de tal prática prevista no Código Florestal.

O voto vencedor entendeu que o Código Florestal (art. 27) estabeleceu a proibição da queimada de qualquer vegetação, nela incluindo a de natureza renovável, não havendo o invocado decreto observado a preservação do solo, nem a norma constitucional (art. 225), que consagra o entendimento de presumir como patrimônio coletivo o meio ambiente, nem a proteção da flora e fauna (art. 193, I da Lei maior), não se justificando para editá-la fortuita eliminação de emprego. A norma federal é superlativamente restritiva, exigindo justificativa, excepcionalidade e descrição da área ou região para se permitir a queimada, pressupostos esses não observados pelo decreto estadual que exaspera o alcance da norma que lhe é hierarquicamente superior, ao invés de regulamentá-la permitindo a própria degradação do solo, daí porque reconhecer incidentalmente, a inconstitucionalidade do Decreto Estadual 42.056/97”.

Por sua vez, o voto vencido (Des. Oliveira Santos) sustentou a manutenção da sentença apelada, aduzindo que o tema é complexo, por envolver questões de ordem ambiental e social, que estava a reclamar urgente legislação específica que a regulamentasse:

“Há que se atentar para um aspecto de suma importância, qual seja, o referido Decreto Estadual, em momento algum abona ou libera indiscriminadamente a queima de palha de cana-de-açúcar, mas quer disciplinar a sua prática e estipula prazos para que a mesma seja, paulatinamente, evitada, até que o seja totalmente” (fl.).

Nos limites da ação civil pública e tendo em vista as provas nos autos produzidas, impunha-se a solução encontrada pelo sentenciante.

Do caso concreto trazido a Juízo, não se demonstrou que a conduta teria afetado a saúde da população, ou causado efeito dano para o meio ambiente. Os vários pareceres técnicos juntados aos autos, ora concluem como prejudicial a queima da palha de cana-de-açúcar, ora como não prejudicial.

À evidência, existe o potencial poluidor do procedimento, mas assim como o tem grande parte das atividades hoje existentes.

É mencionado como precedente o acórdão proferido nos autos da Ap. 207.372-1/0, Rel. Des. Reis Kunts, que concluiu pela inexistência de dispositivo constitucional ou infraconstitucional que impeça a queimada da palha da cana-de-açúcar e, no que se refere à questão fática, asseverou que no campo da ciência inexistente definição inquestionável sobre os resultados da atividade. No mesmo sentido, o acórdão relatado pelo Des. Laerte Carramenha, nos autos da Ap. 206.701-1/7, também do E. Tribunal de Justiça de São Paulo.

A tendência atual é a declaração de inconstitucionalidade das leis municipais que preveem a cessação imediata da queimada da palha da cana-de-açúcar. Tal ocorreu em relação às leis municipais de Ribeirão Preto, Americana, Cedral, Mogi Mirim (Lei Municipal 4.518/2007, votação 14 a 7) em que se entendeu que as normas municipais que tratam de meio ambiente ferem normas editadas pelo Estado, que é competente para legislar sobre questões ambientais.

Em 2007, os produtores de cana de São Paulo firmaram o Protocolo Agroambiental com o Estado para antecipar os prazos para eliminar a queima, e um ano após a assinatura do protocolo, 150 das

172 indústrias paulistas já haviam aderido aos termos do documento e assumido o compromisso de eliminar, até 2014, a queima da palha na colheita de cana em áreas mecanizáveis e, até 2017, em áreas não mecanizáveis.

4. O federalismo cooperativo e a competência administrativa comum em matéria ambiental: diretrizes constitucionais. Competência cumulativa e conflitos federativos. Tendências atuais. O PLC 01/10

Nos trâmites finais do PLC 01/10 que regulamenta a matéria ambiental objeto da competência administrativa comum das três esferas federativas (CF, art. 24, III, VI, VII e parágrafo único), é oportuno destacar os objetivos alvissareiros reunidos em seu art. 3º, em plena sintonia com os propósitos do federalismo cooperativo, e em relação aos quais todas as disposições do referido projeto de lei complementar devem guardar coerência e buscar sua implementação:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício da competência comum a que se refere esta Lei Complementar:

I – proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo gestão descentralizada, democrática e eficiente;

II – garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais;

III – harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente;

IV – garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais.

4.1 A competência administrativa comum em matéria ambiental: caracterização. A descentralização administrativa de origem constitucional (CF, art. 23). O papel atual dos convênios e demais instrumentos de cooperação (PLC 01/10)

Como ressaltado inicialmente, no sistema de federalismo cooperativo vigente entre nós a tutela administrativa ambiental é também compartilhada entre os níveis federativos através do *sistema de competência administrativa comum*, como se depreende do art. 23 da Carta Federal:

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

(...)

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; (...)

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora;(...)

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (redação dada pela EC 53/2006).

Enquanto na competência administrativa exclusiva (CF, art. 21), ela é atribuída a uma entidade com exclusão das demais, na competência administrativa comum (CF, art. 23), o campo de atuação é comum às várias entidades federativas, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão autorizados pela própria Constituição a desenvolverem ações administrativas comuns em relação às matérias elencadas nos incisos do art. 23, de modo a atuarem não apenas na execução das respectivas leis e serviços, no exercício de sua competência originária, mas também em sistema de

cooperação institucional com as demais esferas federativas, no exercício das competências supletiva e subsidiária, que é o desenho proposto pelo PLC 01/10, como veremos.

Tal como prevista pela atual Constituição, de forma separada da competência legislativa concorrente (arts. 23 e 24, respectivamente), a competência administrativa comum representa um significativo avanço no campo da *cooperação administrativa recíproca*: a descentralização administrativa não é mais decorrente de convênios, mas da própria Constituição. Ou seja, o *convênio administrativo* não é mais pressuposto da descentralização político-administrativa, já contemplada no próprio texto constitucional, muito embora ele continue a ser, ao lado de outros instrumentos previstos pelo PLC 01/10, necessário para operacionalizar a cooperação entre as esferas federativas, que comungam de interesses comuns, enquanto importante instrumento disciplinador das condições e da forma de cooperação técnico-financeira entre os entes estatais²³.

Com isso, nas áreas discriminadas pelo art. 23, fica ao critério do nível municipal executar também normas federais ou estaduais quando julgarem necessário; os Estados e municípios podem, em face das inovações introduzidas pela Constituição Federal de 88, atuar diretamente, sem convênio, aplicando a lei federal, o que está ocorrendo na prática²⁴.

O PLC 01/10 introduz vários outros instrumentos que viabilizam a cooperação institucional entre os entes federativos (art. 4º):

- I – consórcios públicos, nos termos da legislação em vigor;
- II – convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público, respeitado o art. 241 da Constituição Federal;
- III – Comissão Tripartite Nacional, Comissões Tripartites Estaduais e Comissão Bipartite do Distrito Federal;

23 É a análise precisa e pertinente de Andreas J. Krell, A Posição dos municípios brasileiros no Sistema Nacional de Meio Ambiente – Sisnama. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 83, n. 709, p. 9, nov. 1994.

24 V. posição crítica de Paulo de Bessa Antunes, a respeito (ANTUNES, 2007, p. 108, entre outras).

- IV – fundos públicos e privados e outros instrumentos econômicos;
- V – delegação de atribuições de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar;
- VI – delegação da execução de ações administrativas de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar.

4.2 A superposição condenável da atuação dos órgãos do SISNAMA na implementação do controle e fiscalização preventivos e repressivos. Ausência de regulamentação do art. 23, parágrafo único da Constituição Federal

Em razão da existência de campos comuns de atuação, a desvantagem da competência administrativa ora analisada é a superposição e os conflitos de competência, com frequência indesejável e prejudicial, mormente sem a disciplina da lei complementar prevista pelo parágrafo único do art. 23.

Não significa que a edição da tão esperada lei complementar venha eliminar os conflitos de competência que se instalam diante das situações concretas e que em muitos casos são inevitáveis, redundando na judicialização desses conflitos. Serve como exemplo a discutida competência para o licenciamento ambiental, que continua a ensejar polêmicas e demandas judiciais a despeito da disciplina do art. 10 da Lei n. 6.938/81 e da Resolução CONAMA n° 237/97, que suprem, por ora, e nessa matéria, a ausência da cogitada lei complementar.

*O exercício dessas competências comuns torna imperiosa a articulação política entre as diferentes esferas estatais a fim de que a prestação desses serviços ocorra de forma eficiente e racional, impedindo o desperdício de recursos públicos e a superposição de funções idênticas*²⁵. Infelizmente, os dois problemas estão, de fato, ocorrendo, contribuindo para tanto, entre outros fatores, a falta de coordenação dos órgãos do SISNAMA.

²⁵ KRELL, 1994, p. 14, baseando-se em Paulo J. Vilela Lomar (As Leis Orgânicas Municipais e a nova ordem constitucional – principais questões e perspectivas. In: **Anais do Seminário sobre Leis Orgânicas Municipais**, USP, 1990, mimeogr., p. 31).

4.3 Competência para o licenciamento ambiental: diretrizes vigentes e novidades introduzidas pelo PLC 01/10. Excessos e necessidade de busca de equilíbrio e integração

4.3.1 O sistema vigente: Lei 6.938/81 (art. 10) e Res. CONAMA 237/9726

Conforme salientado, a competência para o licenciamento ambiental já foi objeto de disciplina pelo art. 10 da Lei nº 6.938/81 e pela Resolução CONAMA nº 237/97, que suprem, por ora, e nessa matéria, a ausência da cogitada lei complementar mencionada no parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, não obstante as críticas à inconstitucionalidade do regramento dessa matéria competencial por resolução normativa.

Pelo sistema da Lei n. 6.938/81 (art. 10), a regra é o prévio licenciamento ambiental pelo órgão estadual integrante do SISNAMA, e pelo IBAMA em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças (*caput*)²⁷. A licença estadual dependerá de homologação do IBAMA nos casos e prazos previstos em Resolução do CONAMA (§ 2º).

Tal previsão explica a melhor estruturação do nível estadual para o licenciamento ambiental, e a tendência tradicional do IBAMA de atuar em caráter supletivo, podendo ainda delegar parcialmente ao Estado sua competência originária.

O licenciamento ambiental municipal não é previsto na Lei nº 6.938/81, editada na vigência da EC 01/69, que não erigia o Município ao *status* de entidade federativa, como faz a Constituição de 1988. A municipalização do licenciamento ambiental, que se fundamenta no art.

26 V. a respeito, entre outros, MACHADO, 2006, p. 268-9; FINK, Daniel Roberto *et al.* **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, *passim*; FIORILLO, 2006, p. 92.

27 Redação atual do art. 10: *A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, e do IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.*

23 da Carta atual, veio prevista na Resolução nº 237/97, conforme será abordado.

O art. 10 da Lei nº 6.938/81 passará a ter a seguinte redação, mais simplificada, na proposta do atual PLC 01/10:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

§ 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente.

4.3.2 As competências originária, supletiva e subsidiária.

No sistema de competência administrativa comum cada ente federativo é originariamente detentor de atribuições legalmente definidas (competência originária), e pode atuar supletiva ou subsidiariamente. A atuação supletiva se dá quando um ente federativo se substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições, nas hipóteses legalmente definidas. Já a atuação subsidiária de um ente federativo visa auxiliar no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns, quando solicitado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições legalmente definidas (PLC 01/10, art. 2º, incisos II e III).

A atuação em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental se dá nas seguintes hipóteses: inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação; inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos (art. 15 e incisos).

Já a ação administrativa subsidiária dos entes federativos se verifica por meio de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação e deve ser solicitada pelo ente originariamente detentor da atribuição nos termos da Lei Complementar (art. 16 e parágrafo único).

4.3.3 A competência originária para o licenciamento ambiental: mescla de critérios para definição do nível competente. Sistema vigente e proposta do PLC 01/10.

A competência originária do IBAMA tem lugar no caso de *atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional* (Lei 6.938/81, art. 10, § 4º). *Impacto ambiental regional* é o impacto que afeta diretamente (área de influência direta), no todo ou em parte, o território de dois ou mais Estados (Resolução 237/97, art. 1º, IV), estando incluídas diversas hipóteses em rol exemplificativo:

Art. 4º. Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA o licenciamento previsto no *caput* deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, a saber:

I – localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União;

II – localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III – cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;

IV – destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN;

V- bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.

Depreende-se da análise deste dispositivo que a competência originária do IBAMA é aferida segundo o critério da *significância do impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional*, critério este que, a seu turno, é avaliado diante das hipóteses previstas em rol exemplificativo, que contempla diferentes critérios: *tipo, localização ou desenvolvimento de atividade ou empreendimento, envolvendo bem/interesse/serviço da União Federal*.

Para os níveis estadual e municipal os critérios são os seguintes, respectivamente:

Art. 5°. Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:

I – localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;

II – localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;

III – cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios;

IV – delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.

Art. 6°. Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

Pode-se concluir, destarte, que o tipo, localização ou desenvolvimento da atividade/empreendimento em bem da União/Estado/Município são critérios definidores do nível competente para o licenciamento ambiental; dessa forma, em alguma medida, o critério da dominialidade acaba por interferir na definição da competência para licenciar.

A disciplina da competência originária para o licenciamento ambiental federal, estadual e municipal pelo PLC 01/10 é inserida entre as ações administrativas atribuídas originariamente a cada ente federativo, do seguinte teor:

Art. 7º. São ações administrativas da União:

(...)

XIV – promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;

b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;

c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;

d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;

f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;

g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN); ou

h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento;

Art. 8º. São ações administrativas dos Estados:

XIII – exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida aos Estados;

XIV – promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º;

XV – promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

Art. 9º. São ações administrativas dos Municípios:

(...)

XIV – observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou

b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

Art. 10. São ações administrativas do Distrito Federal as previstas nos arts. 8º e 9º.

Como vemos, na disciplina proposta pelo PLC 01/10 permanece a mescla de critérios (tipo, localização ou desenvolvimento da atividade/empreendimento), sem fazer referência e sem relacionar tais critérios à amplitude e à significância do impacto (nacional, regional ou local). Ao invés é introduzido mecanismo inovador objeto de críticas por possi-

bilitar, na prática, direcionamentos e flexibilizações indevidas. Será da competência federal o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades que *atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento* (art. 7º, XIV, “h”).

Também o licenciamento dos empreendimentos cuja localização compreenda concomitantemente áreas das faixas terrestre e marítima da zona costeira será de atribuição da União exclusivamente nos casos previstos em tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento (art. 7º, parágrafo único).

Sob o espectro do licenciamento ambiental municipal estarão os empreendimentos ou atividades *que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade* (art. 9º, XIV, “a”).

A Comissão Tripartite Nacional será formada, paritariamente, por representantes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e tem por objetivo fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada entre os entes federativos.

4.3.4 O princípio do licenciamento ambiental num único nível (Res. 237/97) ou por um único ente (PLC 01/10). A participação das demais esferas: manifestação sem caráter vinculante (PLC 01/10). Peculiaridades do licenciamento ambiental do Rodoanel Mário Covas: licenciamento ambiental complexo. Caráter vinculante das exigências do IBAMA.

A Resolução nº 237/97 introduziu também o *princípio do licenciamento ambiental num único nível*, ao estabelecer que os *empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de compe-*

tência (art. 7º) e a participação dos demais níveis, em se tratando de licenciamento ambiental federal, estadual ou municipal, se dá na forma abaixo descrita.

O licenciamento pelo IBAMA é feito após a autarquia considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento (§ 1º).

A participação dos demais níveis federativos no licenciamento ambiental estadual é similar à participação no licenciamento ambiental federal, com as devidas adaptações: o órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal procede ao licenciamento após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, e, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento (parágrafo único).

No licenciamento ambiental municipal, a disciplina também é semelhante à do licenciamento dos outros dois níveis já mencionados: no caso, são ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber (art. 6º).

O PLC 01/10 mantém o mesmo princípio em consideração, apenas alterando para licenciamento por um único ente federativo: *Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar* (art. 13). Reafirma o princípio de que os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental (§ 1º) e atrela a supressão de vegetação decorrente de licenciamentos ambientais à autorização pelo ente federativo licenciador (§ 2º).

Já externamos nosso posicionamento no sentido de que não pode uma resolução pretender alterar um sistema de competências constitucionalmente estabelecido, de *tutela ambiental compartilhada entre todos*

os poderes e níveis federativos em consonância com o que estabelecem os arts. 225; 24, VI e VIII; 23, VI, da Constituição.

E citamos, a propósito, a experiência do licenciamento ambiental do Rodoanel Mário Covas²⁸ no qual atuamos como relatora em grau de recurso. No caso específico admitimos a coexistência e conflituosidade entre interesses de âmbitos nacional, regional, estadual e local e, conseqüentemente, a inadequação do licenciamento exclusivamente federal, estadual ou municipal proposto pela Resolução nº 237/97.

Em decisão judicial reconhecemos a possibilidade do duplo licenciamento ambiental no sistema constitucional brasileiro, pedido sucessivo formulado na exordial da ação civil pública em questão, muito embora o acordo celebrado entre as partes e interessados, e homologado judicialmente, tenha logrado êxito em conceber um licenciamento ambiental complexo, num único nível, com resultados práticos equivalentes àquele e sem os custos e inconvenientes do duplo licenciamento.

No acordo, em várias cláusulas, restou consignada a participação efetiva e as exigências em caráter vinculante estabelecidas pelo IBAMA no licenciamento ambiental em apreço:

- 1) tópico “a” – o processo de licenciamento da obra referente ao Rodoanel – Trechos Norte, Sul e Leste será efetuado junto ao órgão seccional do SISNAMA (Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo), em nível único de competência.
- 2) tópico “b” – o IBAMA irá acompanhar e participar do processo de licenciamento ambiental único, analisando e manifestando-se de forma vinculativa, no bojo do procedimento, quanto aos aspectos de avaliação de impactos ambientais diretamente relacionados aos seguintes temas: Reserva da Biosfera do Cinturão Verde da Cidade de São Paulo, Ecossistema Mata Atlântica e Áreas Indígenas Barragem-Krukutu.

28 Cf. YOSHIDA, 2007, p. 29-55; A experiência do licenciamento ambiental do Rodoanel Mário Covas e os avanços no trato das questões federativas, institucionais e ambientais. In: **Congresso Internacional de Direito Ambiental (9.: 2005: São Paulo)** Paisagem, natureza e direito = Landscape, nature and law. Antonio Herman Benjamin (Org.). São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2005b. v. 1., p. 242-3.

Por isso mesmo o licenciamento neste caso pode apropriadamente ser caracterizado como ato complexo, resultante da vontade conjunta de dois órgãos licenciadores.

Conforme dissemos, o licenciamento ambiental complexo *é a alternativa que, sem dúvida, melhor concilia os interesses envolvidos (dos empreendedores, dos órgãos ambientais e da coletividade), mormente por se basear em um único Estudo de Impacto Ambiental, que avalie adequadamente os impactos nacionais, regionais (inter e intraestaduais) e locais, quando for o caso, e por evitar a superposição de taxas de polícia*²⁹.

4.3.5 Hipóteses de duplicidade de licenciamento ambiental: vícios ou inadequação do licenciamento anterior

A duplicidade de licenciamento ambiental ocorre por vícios ou inadequação do licenciamento anterior (incompetência para o licenciamento, ausência ou dispensa indevida de EIA/RIMA, inadequação do licenciamento feito em um determinado nível).

Seguem hipóteses em que foi exigido o refazimento do licenciamento em razão de irregularidades no licenciamento anteriormente realizado por outro nível federativo.

Construção de hotel em zona de promontório (APP).

O IBAMA não concedeu licença para a construção, não importando se o órgão estadual o tenha feito, em se tratando de APP situada em bem público (terreno da marinha) qualquer autorização pelo órgão estadual é nula.

(ACMS 2000.021515-5/SC- TRF 4^a Região)

Construção de hotel em área de promontório (APP) com licenças expedidas pela FATMA e ausência de EIA/RIMA.

Frente ao interesse nacional presente, entende que a competência para o licenciamento deveria ter sido atribuída ao IBAMA.

(Embargos Infringentes em AC 1998.04.01.009684-2/SC - TRF 4^a Região)

²⁹ YOSHIDA, 2005b, p. 246.

Importante precedente do Superior Tribunal de Justiça reconhece, com propriedade, a necessidade do licenciamento federal pelo IBAMA, no exercício de competência originária, e a competência supletiva do órgão estadual que procedeu ao licenciamento ambiental, admitindo expressamente a possibilidade do duplo licenciamento na espécie.

Trata-se do REsp nº588022/SC, de relatoria do Min. José Delgado, julgado em 17/02/2004, pouco tempo depois da decisão liminar que proferimos no caso Rodoanel (AI nº.2003.03.00.070460-9, DJU de 23/01/04, Seção 2, fls. 112 e 113):

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESASSOREAMENTO DO RIO ITAJAÍ-AÇU. LICENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. INTERESSE NACIONAL.

1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento.

2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações.

3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos.

4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, *in casu*, a FATMA, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão,

através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região.

(REsp 588.022/SC, STJ, j. 17/02/2004)

4.3.6 A previsão extremada do princípio do licenciamento ambiental por um único ente pelo PLC 01/10. Minimização condenável da fiscalização pelos demais níveis federativos³⁰.

O PLC 01/10 radicaliza ao adotar uma posição extremada do princípio do licenciamento ambiental por um único ente, impedindo ou minimizando de forma exacerbada a fiscalização pelos demais níveis federativos. É o que se depreende do criticado art. 17 e seus parágrafos, que afronta a cooperação e a integração entre as esferas federativas, próprias do federalismo cooperativo:

Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

§ 1º Qualquer pessoa legalmente identificada, ao constatar infração ambiental decorrente de empreendimento ou atividade utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, pode dirigir representação ao órgão a que se refere o caput, para efeito do exercício de seu poder de polícia.

§ 2º Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento

³⁰ Análise baseada no texto *Pega ladrão! Roubaram as atribuições do IBAMA*, de Sérgio de Oliveira Netto. Disponível em <http://www.ecodebate.com.br/2011/11/10/pega-ladrao-roubaram-as-atribuicoes-do-ibama-artigo-de-sergio-de-oliveira-netto/>. Acesso em novembro de 2011.

do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis.

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetivos ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, sendo nulo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que não detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o *caput*.”

Em sintonia com esta concepção prevê o art. 8º que constitui ações administrativas dos Estados *exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida aos Estados* (inciso XIII).

Pelo texto aprovado neste PLC 01/10, pelo Código Florestal e demais normas pertinentes (Resoluções do CONAMA, entre outras), em regra, as autorizações para realizar a supressão de vegetação em áreas de preservação permanente (APP), intervenções nos biomas e demais licenciamentos, são todas concedidas pelos órgãos ambientais estaduais ou municipais.

Em face do sistema constitucional e legal vigente, o IBAMA é competente para fiscalizar procedimentos de licenciamento concedidos por outros entes federados. Em especial a Lei nº 9.605/98 atribui a todos os integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) o dever de zelar pelo meio ambiente, fazendo uso do poder de polícia administrativa:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha.

(...)

§ 3º A autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de corresponsabilidade.

§ 4º As infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições desta Lei.”

A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a distinção entre competência para licenciar e para fiscalizar, concluindo que, por mais que o IBAMA não tenha, em princípio, competência ampla para emitir licenças ambientais (que, em regra, ficam a cargo dos órgãos ambientais estaduais e municipais), possui plenos poderes para realizar a fiscalização sobre estes próprios empreendimentos licenciados pelos demais órgãos:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AMBIENTAL – MULTA – CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES COMUNS – OMISSÃO DE ÓRGÃO ESTADUAL – POTENCIALIDADE DE DANO AMBIENTAL A BEM DA UNIÃO – FISCALIZAÇÃO DO IBAMA – POSSIBILIDADE.

1. Havendo omissão do órgão estadual na fiscalização, mesmo que outorgante da licença ambiental, pode o IBAMA exercer o seu poder de polícia administrativa, pois não há confundir competência para licenciar com competência para fiscalizar. 2. A contrariedade à norma pode ser anterior ou superveniente à outorga da licença; portanto, a aplicação da sanção não está necessariamente vinculada à esfera do ente federal que a outorgou. 3. O pacto federativo atribuiu competência aos quatro entes da federação para proteger o meio ambiente através da fiscalização. 4. A competência constitucional para fiscalizar é comum aos órgãos do meio ambiente das diversas esferas da federação, inclusive o art. 76 da Lei Federal n. 9.605/98 prevê a possibilidade de atuação concomitante dos integrantes do SISNAMA. 5. Atividade desenvolvida com risco de dano ambiental a bem da União pode ser fiscalizada pelo IBAMA, ainda que a competência para licenciar seja de outro ente federado. Agravo regimental provido. (DJe: 15/5/2009).

5. Considerações Finais

Está ínsito ao federalismo cooperativo as ideias de cooperação e integração entre os níveis federativos, por isso os conflitos são inevitáveis quando a iniciativa da atuação dos poderes, órgãos e instituições das diferentes instâncias federativas é feita de forma isolada, sem coordenação e integração.

Ignorar esta realidade estrutural da federação brasileira (federalismo cooperativo) com repercussões na repartição de competências constitucionais (competência legislativa concorrente e competência administrativa comum) e na forma de atuação das diferentes esferas federativas (cooperação, colaboração e integração) é criar situações de conflito que só prejudicam a eficiência e a efetividade da tutela da qualidade da vida.

Bibliografia

ALMEIDA, Fernanda Dias de Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e competências ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Novos rumos do federalismo. **Revista de Direito Público**, v.16, n.65, p.5-26, jan./mar. 1983.

_____. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 88, v. 317, p. 161-178, jan./mar., 1992.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Federalismo das Regiões, Desenvolvimento e Direitos Humanos. In: _____. **A Constituição Aberta: Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CÂMARA, Maria Helena Ferreira da. O conceito moderno de federação. **Revista de Informação Legislativa**, ano 18, n.71, p. 23-42, jul./set. 1981.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e et al. **Crimes e infrações administrativas ambientais: comentários à lei n. 9605/98**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

FELDMANN, Fábio José; CARMINO, Maria Ester Mena Barreto. O direito ambiental: da teoria à prática. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 88, n. 317, p. 89-108, jan./mar. 1992. p. 97.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FINK, Daniel Roberto *et al.* **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza: de acordo com a Lei 9.605/98**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 56.

GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. **Revista dos Tribunais**, v. 687, p. 23-29, jan. 1993.

KRELL, Andreas Joachim. A Posição dos municípios brasileiros no Sistema Nacional de Meio Ambiente - Sisnama. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 83, n. 709, p. 7-19, nov. 1994.

LOBO D'EÇA, Fernando L. O sistema federal e o abuso de poder: princípios constitucionais de coordenação de competências como forma de prevenir e conter abusos de poder. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de; LIMA, Liana Maria Tabora (Coords.). **O abuso de poder do estado na atualidade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 235-288.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. O Município e o direito ambiental. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 88, n. 317, p. 189-194, jan./mar. 1992.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MORAES, Rodrigo Jorge. **Setor sucroalcooleiro – Regime jurídico ambiental das usinas de açúcar e álcool**. São Paulo:Saraiva, 2011.

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. **Um novo pacto federativo para o Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor; IBDC, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988.

PIETRO, M. S. Z. Polícia do meio ambiente. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 317, p. 179-187, 1992.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. **Competências constitucionais ambientais e a proteção da Amazônia**. Belém: Unama, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Competência e as diretrizes da PNRS: conflitos e critérios de harmonização entre as demais legislações e normas. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo Y.M.; MACHADO FILHO, José Valverde (Coord.). **Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos**. São Paulo: Manole (no prelo).

_____. Competência e conflitos normativos ambientais nos 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente. In: GAIO, Alexandre; ABI-EÇAB, Pedro (org.). **Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – 30 Anos**. Campo Grande: Contemplar, 2011, p. 55-60.

_____. Empreendimento localizado em remanescente de Mata Atlântica (Rodoanel): desafios do direito na proteção das florestas. In: SILVA, Solange Teles da; CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Márcia Dieguez (Coords.). (Org.). **Código Florestal: desafios e perspectivas**. (Coleção Direito e Desenvolvimento Sustentável). São Paulo: Fiuza, 2010, v. 1, p. 116-130.

_____. Critérios de definição de competência em matéria ambiental na estrutura federativa brasileira. In: RASLAN, Alexandre Lima (Org.). **Direito ambiental**. Campo Grande: UFMS, 2010, p. 219-243.

_____. A tutela estatal ambiental e os critérios de definição de competência – **Revista da AASP** (São Paulo), v. 12, p. 29-35, 2009.

_____. Jurisdição e competência em matéria ambiental. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Leituras complementares de direito ambiental**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 29-55.

_____. A tutela ambiental no federalismo cooperativo brasileiro e seus princípios vetores. In: VELLOSO, Carlos Mário da S.; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos R. do (Coord.). **Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem a Ives Gandra da Silva Martins**. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 301-310.

_____. A experiência do licenciamento ambiental do Rodoanel Mário Covas e os avanços no trato das questões federativas, institucionais e ambientais. In: **Congresso Internacional de Direito Ambiental** (9.: 2005: São Paulo) Paisagem, natureza e direito = Landscape, nature and law. Antonio Herman Benjamin (Org.). São Paulo: Antonio Herman Benjamin: Instituto O Direito Por Um Planeta Verde, 2005. v. 1., p. 231-250.

A eficácia objetiva da declaração de constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da lei de licitações pelo STF

Elival da Silva Ramos¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A responsabilidade da Administração Pública no inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresas contratadas para a prestação de serviços. 3. As variantes exegéticas do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações na jurisprudência trabalhista. 4. A eficácia objetiva da declaração de constitucionalidade *in abstracto*. 5. Como deve ser entendida a declaração de constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações pelo STF. 6. A ofensa à decisão de procedência da ADC 16 pela Súmula n. 331, do TST, em sua nova redação. 7. Conclusão.

1. Introdução

A Emenda Constitucional n. 3, de 1993, a par de outras inovações, tornou mais complexo o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro em via principal, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ADC).

¹ Mestre, doutor e livre-docente em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vice-Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Procurador do Estado de São Paulo, exercendo, atualmente, o cargo de Procurador-Geral do Estado de São Paulo.

Embora superada a controvérsia inicialmente estabelecida a propósito da constitucionalidade da medida, o instituto continua a suscitar discussões no que tange à conveniência de sua manutenção em nosso ordenamento. Não pretendo aqui retomar as considerações que fiz sobre o tema na obra *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, na qual sustentei a inconveniência e a desnecessidade da ação direta de constitucionalidade, propondo a sua supressão *de lege ferenda*². Observo, apenas, que, malgrado a aproximação do instituto com o instrumento congênere da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), promovida pela Emenda n. 45, de 2004, ao unificar a disciplina da legitimação ativa em sede de controle abstrato, ambos permanecem inconfundíveis.

Na verdade, em boa parte, são as características peculiares da ADC que explicam a utilização bem menos intensa desse instrumento de controle, comparativamente à ADI, nessas quase duas décadas de convivência, e não apenas a menor extensão de seu objeto³. Bem por isso, tenho refutado, com veemência, o entendimento, bastante difundido, de que “ambos os instrumentos de controle em via principal estejam jungidos por autêntica unidade funcional, representando o verso e o reverso de uma mesma ‘medalha’, ou, na expressão cunhada por Gilmar Mendes, ações equivalentes com o ‘sinal trocado’⁴⁻⁵”.

O intuito do presente trabalho é demonstrar que o dimensionamento da decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória da constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666/93 (Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos)⁶, depende da adequada compreensão que se tenha acerca da eficácia objetiva das deci-

2 Ob. cit., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 413-9.

3 A EC n. 45 manteve a ADC confinada à esfera normativa federal. Com efeito, nos termos da alínea *a*, do inciso I, do art. 102, da Constituição, com a redação que lhe conferiu a EC n. 3/93, a declaração de constitucionalidade por meio de ação direta deve ter por objeto lei ou ato normativo federal.

4 Veja-se, dentre outros escritos no mesmo sentido do citado autor, a obra *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*, 2. ed., São Paulo, Celso Bastos – IBDC, 1999, p. 456.

5 Cf. *Controle de constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 280.

6 Tal decisão foi proferida pelo Plenário do STF, ao ensejo do julgamento da ADC n. 16/DF, ocorrido em 24-11-2010, tendo o respectivo acórdão sido publicado no *DJ* de 9-9-2011.

sões de procedência em ADCs. Ora, não se tem apercebido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, que esse é um dos pontos em que avulta a singularidade da ADC em relação à ADI, o que pode vir a dificultar o pleno acatamento do decidido pela Suprema Corte ao julgar procedente a ADC n. 16.

O dispositivo legal reputado hígido pelo STF cuida da questão dos débitos trabalhistas de empresas contratadas pelo Estado (*lato sensu*) para a execução de obras ou serviços, sendo peça fundamental para a delimitação da responsabilidade da Administração contratante no caso de inadimplemento dessas obrigações. Basta considerar o expressivo volume de obras contratadas pelo Poder Público e a moderna tendência à terceirização dos serviços necessários ao bom funcionamento da máquina administrativa para aquilatar a importância do assunto.

2. A responsabilidade da Administração Pública no inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresas contratadas para a prestação de serviços

A Justiça do Trabalho sempre guardou reservas em relação à terceirização, vista como maneira de contornar as normas da legislação laboral, assecuratórias de direitos e garantias aos trabalhadores. Nesse sentido, estabeleceu indevida assimilação entre a prática da terceirização e a locação de mão de obra, esta sim potencialmente lesiva aos empregados e, por isso mesmo, apenas excepcionalmente admitida pela legislação brasileira, para o atendimento de necessidade transitória de substituição do pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou para fazer frente a acréscimo extraordinário de serviços⁷ (regime de trabalho temporário).

Assim é que o Tribunal Superior do Trabalho, em súmula volta-da, essencialmente, à responsabilidade por débitos laborais de empresas contratadas (terceirizadas) para a prestação de serviços a empresas tomadoras, cuida, logo de início, de assentar que, em regra, “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de

⁷ Cf. o art. 2º da Lei Federal n. 6.019, de 3-1-1974, que dispôs sobre o regime de trabalho temporário.

trabalho temporário”, nos termos e condições da legislação específica. Ressalvou-se, é certo, que as contratações irregulares praticadas na esfera da Administração Pública, em face da exigência constitucional de concurso público para prévia investidura em cargo ou emprego público, não acarretam a formação de vínculo empregatício direto⁸.

A seguir, passa a tratar a referida súmula (n. 331) dos contratos de prestação de serviços, outrora denominados de contratos de locação de serviços, e que são contemplados quer na legislação civil⁹, quer na legislação administrativa¹⁰ (contratos administrativos de prestação de serviços). Ora, o tratamento em único texto sumular das consequências no plano das relações laborais dos contratos de locação de mão de obra e de prestação de serviços, principiando por aqueles, nos quais vigora a regra do vínculo direto com o tomador dos serviços, em solidariedade com a empresa interposta, ressalvado o regime de trabalho temporário, atraiu para os contratos de prestação de serviços reservas similares. Em outros termos, a Súmula n. 331 do TST, em qualquer de suas redações, denota que, para a mais elevada Corte trabalhista, os contratos de prestação de serviços também envolvem a contratação de trabalhadores com a interposição de empresas, ainda que de um modo diverso do que ocorre nas locações de mão de obra.

Em face da visão negativa em relação aos contratos típicos de prestação de serviços, procurou-se, em primeiro lugar, restringir, sem base constitucional ou legal consistente, a contratação de serviços de terceiros à atividade-meio da empresa tomadora, sob pena de se estabelecer vínculo de emprego entre esta e os trabalhadores utilizados pela empresa terceirizada na execução contratual¹¹. Porém, mesmo que se trate de contrato de prestação de serviços envolvendo atividade-meio da empresa tomadora, assentou-se no texto sumular, também aqui sem respaldo em disciplina legal específica, como seria de rigor, que a contratante dos serviços responde, *subsidiariamente*, pelos débitos trabalhistas não

8 Item II da Súmula 331 do TST.

9 Arts. 593 e seguintes do Código Civil.

10 Arts. 7º e seguintes da Lei Federal n. 8.666/93.

11 Reza o item III, da Súmula 331, que “não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (...) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta” (o texto original não está sublinhado).

adimplidos pela contratada. Nessa hipótese, exige-se apenas a participação da empresa tomadora na relação processual, de modo a figurar no polo passivo do título executivo judicial¹².

No âmbito do Direito Administrativo a aproximação realizada pelo Judiciário trabalhista entre os contratos de locação de mão de obra e os de prestação de serviços encontrou forte resistência, tanto no campo doutrinário quanto, sobretudo, na prática da Administração, com respaldo na orientação advinda dos órgãos de advocacia pública. Sob o influxo desse inconformismo, extremaram-se as notas diferenciais entre as duas modalidades de ajuste, a predicar sua natureza distinta, porquanto na locação de mão de obra arregimentam-se pessoas, ao passo que na prestação de serviços estes é que constituem o objeto da contratação¹³. Em decorrência disso, não se aceitou confinar a terceirização às atividades administrativas ditas instrumentais. Com efeito, o exercício da advocacia de Estado é um caso incontestado de atividade-meio, mas que na Administração centralizada e autárquica federal e estadual não admite delegação a terceiros, por força do disposto nos artigos 131, *caput*, e 132, *caput*, da Constituição Federal, salvo em hipóteses especialíssimas¹⁴. De outra parte, não há por que recusar legitimidade à terceirização de atividade-fim, desde que não seja indelegável e que o órgão ou entidade incumbida de prestá-la não conte em seus quadros com servidores incumbidos do mesmo mister¹⁵.

12 Item IV da Súmula n. 331 do TST. S.m.j., essa participação deverá ser provocada pelo próprio reclamante, que, para tanto, deverá incluir no polo passivo a empresa tomadora, por não estar caracterizada, plenamente, a intervenção de terceiros, regulada nos arts. 56 e seguintes do CPC.

13 A diferenciação entre locação de mão de obra e prestação de serviços está, precisa e proficientemente, estampada nos itens 4, 6, 7 e 8, das “Considerações Gerais”, das “Recomendações Jurídicas a Serem Observadas na Terceirização”, integrantes do “Cadastro de Serviços Terceirizados”, da Secretaria de Gestão Pública do Governo do Estado de São Paulo (link: www.cadterc.sp.gov.br).

14 A título de exemplificação, mencionem-se as situações em que a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo admite a “contratação de jurista ou especialista para executar tarefa determinada ou emitir parecer” (art. 55 da Lei Complementar n. 93/74, com a redação que lhe conferiu a Lei Complementar n. 205/79).

15 Em recente parecer, a Procuradora do Estado Dora Maria de Oliveira Ramos, atual Chefe da Procuradoria Administrativa, deixou consignado, na linha de jurisprudência administrativa consolidada no âmbito da PGE/SP, que “a ilação da Súmula 331 do TST de que seria fraudulenta a terceirização sempre que a mesma atinja a atividade-fim de determinada estrutura produtiva, não representa insuperável barreira à terceirização na Administração Pública, desde que o objeto contratado com terceiros não envolva atividade indelegável do Estado nem seja prestado com pessoalidade e subordinação, respeitados, por óbvio, os princípios regedores da

Por essa mesma ordem de razões, entendeu o legislador federal, ao estabelecer o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, que seria preciso afastar a tendência da jurisprudência trabalhista, posteriormente compendiada na Súmula 331, do TST, de, quase sem reservas¹⁶, admitir a responsabilização da Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, no caso de descumprimento de obrigações por parte das empresas contratadas em relação aos seus empregados.

Essa a inspiração das normas constantes do *caput* e do § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, *in verbis*:

“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

(...)”

3. As variantes exegéticas do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações na jurisprudência trabalhista¹⁷

A interpretação do texto que agasalha a norma específica do § 1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93, veio a se revelar profundamente conflituosa no âmbito da Justiça do Trabalho, o que, em princípio, não era de se esperar.

atividade administrativa, notadamente os da legalidade, eficiência e economicidade” (item 15 do Parecer PA n. 22/2011).

16 A cláusula da subsidiariedade, inserida no item IV, da Súmula 331, sem outras especificações, pouco resguarda o tomador de serviços. Na prática, importa na inversão do ônus de lograr a efetiva responsabilização do devedor principal, que acaba sendo transferido à empresa ou entidade pública contratante dos serviços. Com efeito, o caráter subsidiário da responsabilidade não implica nem mesmo a necessidade de esgotar as providências executórias sobre o patrimônio do devedor principal, como sucede, por exemplo, no instituto da fiança, em que o benefício de ordem sofre as restrições dos arts. 827 e 828 do CC.

17 Faço o registro de que a consulta jurisprudencial necessária à elaboração do presente artigo foi sobremodo facilitada pelo competente levantamento de julgados, expressando as variantes exegéticas adotadas na Justiça do Trabalho em relação ao disposto no § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações, pelos Procuradores do Estado Cláudio Henrique Ribeiro Dias (7ª Subprocuradoria da Procuradoria Judicial da PGE/SP) e Paulo Guilherme Gorski (Procuradoria Regional de Campinas da PGE/SP).

Com efeito, valendo-me das lições de Savigny acerca dos elementos que compõem o método jurídico de interpretação de textos normativos, principio por afirmar que, na espécie, o elemento gramatical aponta, insofismavelmente, para *a exclusão de toda e qualquer responsabilidade da Administração contratante em relação aos débitos trabalhistas das empresas contratadas*. Afinal, o que literalmente se declara é que a Administração Pública não responde pelos encargos trabalhistas das empresas por ela contratadas, mesmo nas situações de inadimplência destas. Em outras palavras, não se admite a transferência da responsabilidade por esses débitos, que, nos termos da norma do *caput* do dispositivo legal, cabe às empresas terceirizadas. E não se admite a transferência de responsabilidade *seja a que título for*, vale dizer: por vínculo de solidariedade ou em caráter subsidiário, nesse último caso, com ou sem benefício de ordem, ou, ainda, com ou sem a comprovação do fato gerador da responsabilidade subsidiária, etc.

O elemento histórico, referente à genealogia da disposição, não respalda conclusão diversa. Como asseverado no item anterior, a intenção do legislador administrativo foi a de preservar o Poder Público em relação à tendência da jurisprudência trabalhista de responsabilizar os tomadores de serviço nas situações de inadimplemento das obrigações laborais pelas empresas prestadoras.

Se o elemento exegético for o de ordem lógico-sistemática, permanece inalterada a interpretação inicialmente proposta. Nesse aspecto, é de se ressaltar que a legislação sobre licitações e contratos administrativos constitui um estatuto especial, que afasta a incidência das normas do direito privado comum, quer sejam de natureza civil ou comercial, bem como das normas do direito (privado) do trabalho. Não faria muito sentido estabelecer norma especificamente voltada à responsabilidade pelos encargos trabalhistas nos contratos de obras e de terceirização de serviços, se fosse apenas para reafirmar a disciplina geral matéria, tal qual construída pela Justiça do Trabalho. Por outro lado, é de se notar que as normas do *caput* do art. 71 e de seu § 1º se entrelaçam, de sorte que a regra da cabeça do artigo, afirmativa da responsabilidade das empresas contratadas pelos encargos trabalhistas decorrentes da prestação de serviços (ou realização de obras), se vê reforçada pela norma do § 1º, que impede a atenuação dessa responsabilidade por meio da transferên-

cia desses encargos sociais à Administração contratante nas situações de inadimplência. Por último, o preceito do § 2º, do art. 71, da Lei de Licitações, também, sob o viés sistemático, reforça o entendimento inicialmente estabelecido para o § 1º, na medida em que, no que tange especificamente aos encargos previdenciários, prescreve solução diversa, declarando a Administração Pública responsável solidária, nos termos da Lei Orgânica da Seguridade Social¹⁸. E isso, cabe observar, a despeito de, também em relação aos débitos previdenciários, se aplicar a norma segundo a qual são as empresas contratadas (prestadoras de serviços e empreiteiras) as responsáveis por esses encargos, decorrentes dos vínculos empregatícios associados à execução contratual.

Restaria aludir, brevemente, ao elemento teleológico. Sob esse viés, pode-se, é bem verdade, argumentar em prol de exegese neutralizadora do comando emergente das disposições em cotejo, no sentido de acolher alguma forma de responsabilização da entidade pública contratante, na medida em que, assim agindo, estará o aplicador reforçando a proteção que o legislador dispensa ao empregado, no que tange à correta percepção das verbas devidas em virtude de contrato de trabalho. Todavia, esse mesmo elemento teleológico autoriza conclusão diversa, confirmatória da completa exclusão de responsabilidade da Administração Pública em relação aos débitos trabalhistas das empresas contratadas. Com efeito, a consequência da interpretação de bloqueio referida é a sobrecarga dos custos das contratações de obras e serviços pelo Poder Público, que, apesar de haver pago regularmente o preço estipulado, se vê na contingência de honrar obrigações da contratada. Em decorrência disso, ou a Administração reduz essas contratações, com prejuízo ao atendimento dos fins que regem a sua atuação, ou aumenta suas receitas, valendo-se da principal fonte de arrecadação estatal, os impostos, em detrimento dos contribuintes.

A reconhecida subjetividade do elemento teleológico, que se presta a toda sorte de argumentos, dado o caráter plural e axiologicamente conflitante do ordenamento jurídico, levou a doutrina a exigir que seja ele utilizado pelo intérprete-aplicador em associação com outro elemento

18 Lei Federal n. 8.212, de 24-7-1991.

metodológico. Ora, na espécie, como já demonstrado, todos os demais elementos interpretativos desautorizam a variante neutralizadora, afinal acolhida pela Justiça do Trabalho, com o aval de seu tribunal superior.

Em sua redação original, resultante de revisão da Súmula n. 256, a Súmula n. 331 do TST não se referia ao artigo 71 da Lei n. 8.666/93. O item II desse texto sumular mencionava a Administração Pública, mas apenas para afastar o vínculo empregatício entre os trabalhadores irregularmente contratados, por meio de empresa interposta, e as entidades da Administração direta e indireta, nos moldes do item II, da Súmula n. 331, tal qual atualmente redigida.

A primeira extensão ao setor público da responsabilidade subsidiária das empresas privadas tomadoras, em relação aos débitos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços, ocorreu com a revisão da própria Súmula n. 331, promovida pela Resolução n. 96, do TST, publicada no mês de setembro de 2000. O cerne da referida revisão consistiu na alteração da redação do inciso IV da súmula, de modo a conferir tratamento unitário ao tema da responsabilidade do tomador de serviços em face do inadimplemento de obrigações laborais pela empresa contratada, de sorte que o regime de responsabilidade subsidiária, já anteriormente estabelecido para as empresas privadas contratantes pela jurisprudência trabalhista, passou a ser visto como abrangente das contratações de serviços por parte dos entes político-administrativos (Administração direta), suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista¹⁹.

Os juízes e tribunais da Justiça do Trabalho, em face do disposto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, defrontaram-se, pois, com duas alternativas exegéticas. A primeira, plenamente aderente ao espaço interpretativo autorizado pela textualidade da disposição, a partir da conjugação dos elementos gramatical, histórico, lógico-sistemático e teleológico, era a de que a Administração Pública, em qualquer uma de

19 A redação adotada para o inciso IV, da Súmula n. 331, pela Resolução n. 96 foi a seguinte: “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993)”.

suas modalidades personativas, não responde, *em hipótese alguma*, pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviços que venha a contratar, diretamente ou mediante prévio procedimento licitatório. A segunda alternativa seria aquela neutralizadora dos efeitos normativos do dispositivo legal, para se entender que, a despeito de sua dicção, as entidades integrantes da Administração Pública, direta e indireta, respondem pelas obrigações laborais das empresas terceirizadas em caso de inadimplemento, de modo idêntico a qualquer empresa privada tomadora de serviços, isto é, a título subsidiário. Afinal, é indisputável que a obrigação principal cabe à empresa contratada, sendo lícito ao tomador de serviços, *a posteriori*, buscar o ressarcimento dos débitos que houver honrado.

Sucedo, porém, que, como já se demonstrou, a segunda variante exegética não se compadece, ao menos a princípio, com a textualidade do dispositivo interpretado, observados os limites metodológicos anteriormente assinalados. A única maneira, juridicamente aceitável, para se adotar a tese da responsabilidade subsidiária das entidades administrativas na espécie era reconhecer, incidentalmente, *a inconstitucionalidade da norma resultante da interpretação do § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666/93*. Eliminado o preceito legal excludente de qualquer forma de responsabilidade da Administração pelos encargos trabalhistas das empresas prestadoras de serviços, haveria condições para se aplicar à matéria a norma de direito comum assentada pela Justiça do Trabalho, afirmativa dessa responsabilidade no tocante às contratações de serviços no âmbito privado.

Na verdade, de modo consciente ou inconsciente, assim se orientaram, majoritariamente, os juízes e tribunais trabalhistas, fazendo iterativa a jurisprudência afinal compendiada na Súmula n. 331 do TST, com a redação que lhe imprimiu a Resolução n. 96/2000. É certo que a declaração incidental da inconstitucionalidade da norma especial foi sempre feita de maneira implícita, deixando os Tribunais Regionais e o Tribunal Superior do Trabalho de observar a exigência da reserva de plenário, estabelecida no art. 97 da Constituição da República, segundo a qual, “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Não se pode aceitar, todavia, o argumento de que se cuidava de mera escolha, discricionária, entre duas alternativas exegéticas igualmente legítimas. Primeiro porque, conforme demonstrado, a variante neutralizadora se situa fora do espaço de interpretação permitido pela textualidade do dispositivo legal interpretando. Segundo porque ressalta das próprias decisões impositivas de responsabilidade subsidiária à Administração Pública que se tratava de afirmar essa responsabilidade mediante prévio afastamento da disposição do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A título de exemplo, trago à colação o acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ao ensejo do julgamento do Recurso Ordinário 01786-2006-263-02-00-4, com publicação em 18 de dezembro de 2009, cuja ementa consigna:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. CABIMENTO. A Lei 8.666/93, em seu art. 71, parágrafo 1º, não traz o princípio da irresponsabilidade estatal, apenas alija o Poder Público da responsabilidade direta. A exegese da exclusão total de qualquer responsabilidade estatal não se compatibiliza com os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, que são fundamentos da República (art. 1º, incisos III e IV da CF/88), nem tampouco com o caráter tuitivo do Direito do Trabalho. O dispositivo legal previsto na Lei de licitação deve ser interpretado sistematicamente com o art. 37, parágrafo 6º da CF/88, que prevê a responsabilidade da administração pública.”

Fica bastante claro que, para o órgão emissor do julgado, a norma extraída do § 1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93, mediante regular recurso à metodologia hermenêutica, não se compadeceria com diversas normas-princípio da Constituição Federal, vale dizer, seria materialmente inconstitucional. Ainda que se advogue no acórdão *sub censura* a adoção de variante exegética sistemática e teleologicamente compatível com a Lei Maior, o que se está a fazer é reconhecer, implicitamente, a inconstitucionalidade do dispositivo em tela, na medida em que não comporta a sua textualidade outro entendimento que aquele censurado com fulcro na Constituição.

A inconsistência formal²⁰ dessa jurisprudência neutralizante foi inúmeras vezes levada ao Supremo Tribunal Federal por meio de recursos extraordinários e reclamações constitucionais manejados pelos órgãos de advocacia pública, vindo, afinal, a ser reconhecida, como a seguir se evidenciará, na decisão de mérito proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, proposta pelo Governador do Distrito Federal.

Importa ressaltar que inconstitucionalidade implícita vislumbrada pela Justiça Laboral no § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666/93, era de cunho parcial, porquanto a responsabilidade subsidiária atribuída aos entes da Administração Pública, em relação às obrigações trabalhistas das empresas contratadas, circunscrevia-se aos contratos de prestação de serviços e não aos de empreitada ou de obra pública. Bem por isso, a 1ª Subseção da Seção de Dissídios Individuais, do Tribunal Superior do Trabalho, consagrou em sua Orientação Jurisprudencial n. 191 que, “diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiárias nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora”²¹.

4. A eficácia objetiva da declaração de constitucionalidade in abstracto²²

Em face da configuração normativa e jurisprudencial da ação declaratória de constitucionalidade, não é difícil chegar à conclusão de que toda e qualquer decisão de mérito provocada por esse instrumento de controle tem em mira determinado vício de inconstitucionalidade que o requerente pretende seja afastado com efeitos gerais. No caso de dispositivo legal cuja textualidade admita variantes interpretativas, a decisão

²⁰ Diante do disposto no art. 97 da CF e da interpretação emprestada ao dispositivo pelo próprio STF, ao ensejo da edição da Súmula Vinculante n. 10, *in verbis*: “Viola a cláusula da reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte”.

²¹ Redação da OJ 191 da SDI-1 determinada pela Resolução n. 175, de 24-5-2011.

²² O texto a seguir reproduz, com ligeiras adaptações, o que escrevi sobre o assunto na obra *Controle de constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 272-5.

de controle focará a interpretação a ele atribuída que, supostamente, acarreta a sua inconstitucionalidade. Com efeito, antes mesmo da edição da Lei Federal n. 9.868/99, já se assentara na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que constitui pressuposto indeclinável do cabimento de ação declaratória de constitucionalidade a existência de controvérsia judicial relevante sobre a higidez do diploma normativo (federal) ou de parte de seus dispositivos. Esse entendimento acabou sendo recepcionado pela referida legislação, que estabeleceu como requisito da petição inicial a indicação da aludida controvérsia²³. Portanto, para que possa ser proposta e conhecida a medida, é necessária a demonstração da existência de decisões judiciais, no âmbito do controle incidental, declaratórias da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, quer se trate de inconstitucionalidade total, quer parcial, nesse segundo caso sob o prisma quantitativo ou qualitativo.

Afinal, se as decisões judiciais das instâncias de base afirmarem a constitucionalidade do ato legislativo em pauta, abrem-se alternativas que jamais conduzirão à admissibilidade da ação. Destarte, se o requerente estiver de acordo, *in totum*, com a orientação das instâncias ordinárias (A), não haverá controvérsia sobre o tema, não sendo cabível uma abstrata declaração de constitucionalidade acerca de normas que já se presumem constitucionais. Se o requerente estiver de acordo com a constitucionalidade do dispositivo em questão, mas lhe atribuir interpretação diversa das decisões judiciais (B), também não se poderá valer do instrumento, já que não existiria uma controvérsia sobre a constitucionalidade da cláusula legal e sim, exclusivamente, sobre a sua interpretação²⁴. Por último, se o requerente estiver em desacordo com a orientação afirmativa da validade do ato legislativo em causa, por reputá-lo inconstitucional, no todo ou em parte (C), deverá propor ação direta de inconstitucionalidade, como é curial.

23 Cf. o art. 14, III, da Lei Federal n. 9.868/99.

24 A redação do inciso III, do art. 14, da Lei n. 9.868/99 se mostra deficiente a esse propósito, pois alude a “controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”. Todavia, há que entender que o legislador quis referir-se à validade do ato legislativo ou de um ou mais de seus dispositivos, pois é de uma declaração de constitucionalidade que se trata, sob pena de admitir o uso da ADC como um sucedâneo da antiga representação interpretativa, banida de nosso ordenamento com o advento da Carta de 1988.

Diante de decisões judiciais que declaram a inconstitucionalidade do ato legislativo, atua o requerente no sentido da ratificação da presunção de sua constitucionalidade, mas o faz tendo em vista, única e tão somente, o vício (ou os vícios) apontado pelos órgãos prolores e, no caso de dispositivos que comportem propostas exegéticas diversificadas, a interpretação (ou as interpretações) nelas preconizada. Desse modo, se o requerente estiver de acordo com a inconstitucionalidade apontada pelas instâncias de base, mas sustentar que o dispositivo impugnado admite interpretação que o torne compatível com a Constituição, não há que lhe ser franqueada a via da ação declaratória de constitucionalidade. Com efeito, o sistema de controle de constitucionalidade está fundado no princípio da supremacia da Constituição, cabendo a todos os que nele intervêm comportar-se de acordo com essa premissa. Ora, se os órgãos e entidades legitimados para a ADC e que também o são para a ADI, diante de um texto legal que, consistentemente²⁵, comporte duas variantes exegéticas, sendo uma ajustada à Lei Maior e a outra com ela incompatível, devem ingressar com ação direta de inconstitucionalidade para que reste esta, afinal, excluída por decisão declaratória de sua inconstitucionalidade (sem redução de texto), e não com ação declaratória da constitucionalidade do dispositivo, desde que a ele se atribua interpretação conforme. A se entender a questão de outro modo, estar-se-á atribuindo maior relevância à preservação de atos normativos infraconstitucionais do que ao primado da Constituição, porquanto, como se sabe²⁶, as decisões que afastam o vício de inconstitucionalidade mediante a utilização de interpretação conciliadora não proclamam a invalidade das demais alternativas exegéticas²⁷. Dito de modo mais abrangente, não se mostra viável a utilização da técnica da interpretação conforme no âmbito das ações declaratórias de constitucionalidade, porquanto, se a variante interpretativa reputada harmônica com a Constituição corresponde àquela em debate, impõe-se o mero

25 A consistência, no caso, é pressuposta pela existência de controvérsia judicial.

26 Sobre o ponto específico, veja-se o que expus em *Controle de constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 267-8.

27 Salvo se a interpretação conforme se combinar com a declaração de nulidade sem redução de texto. Entretanto, não pode uma ADC ser proposta com tal formulação, pois, nesse caso, estaria o requerente propugnando pela inconstitucionalidade, ainda que parcial, do dispositivo interpretado, o que refoge à finalidade do instrumento.

decreto de procedência da ação, não sendo lícito ao órgão de controle tecer especulações sobre possíveis exegeses que tornariam o dispositivo-objeto inconstitucional; de outra parte, se o órgão de controle ratifica a inconstitucionalidade vislumbrada pelas instâncias ordinárias, não lhe é facultado propor variante exegética que torne o dispositivo compatível com a Lei Maior, mas de um modo diverso daquele pretendido pelo requerente da medida²⁸.

Por conseguinte, no tocante à eficácia objetiva das decisões de mérito nelas proferidas, as ações declaratórias de constitucionalidade não se mostram similares às ações diretas de inconstitucionalidade. Nas ADCs não cabe ao órgão de controle avaliar amplamente a higidez do ato legislativo impugnado, investigando a existência de vícios distintos daquele apontado nas decisões judiciais precedentes ou efetuando a fiscalização em relação a outras propostas interpretativas que não aquela acolhida nos decisórios. Nas ações diretas de inconstitucionalidade, o legitimado ativo é movido pela convicção de que o ato legislativo impugnado contraria a Lei Maior, total ou parcialmente. Opõe, por conseguinte, à presunção de constitucionalidade da lei argumentação, que se pressupõe a mais ampla possível, no sentido de sua invalidade. Ao contrário, nas ações diretas de constitucionalidade a questão constitucional é posta de modo bastante limitado diante da Suprema Corte: a jurisprudência das instâncias ordinárias suscita a inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato legislativo sob determinado ângulo, e a isso se contrapõe o requerente da medida, que pretende seja afastada, com efeitos gerais, a desconformidade apontada. Ora, se fosse consentido que o Supremo Tribunal Federal ultrapassasse os marcos que delimitam a questão constitucional diante dele situada, proferindo decisão com eficácia *erga omnes*, que preservasse amplamente o ato legislativo impugnado, estar-se-ia enfraquecendo, sobremodo, a supremacia da Constituição, na medida em que a inconstitucionalidade, muitas vezes, somente é percebida após certo tempo de contínua aplicação, ao passo que, na espécie, o controle abstrato em via principal pode vir a ser deflagrado depois de um curto período de vigência do diploma legal impugnado²⁹.

28 Cf. *Controle de constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 282.

29 Nem se diga que também as ADIs podem ser propostas imediatamente após a entrada em

5. Como deve ser entendida a declaração de constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações pelo STF

Inconformado com o triunfo da interpretação neutralizadora do comando emergente do § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666/93, no âmbito da Justiça do Trabalho, o Governador do Distrito Federal provocou o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato, para que declarasse a constitucionalidade do preceito normativo “em caráter definitivo, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante”³⁰. Ao fundamentar o atendimento dos pressupostos de cabimento da medida, o Requerente invocou decisões proferidas por Tribunais Regionais do Trabalho que emprestaram ao dispositivo legal a única interpretação avalizada pela metodologia jurídica, a qual, como já salientado, exclui toda e qualquer responsabilidade da Administração contratante em relação aos débitos trabalhistas das empresas contratadas³¹. Em contraposição a essa orientação exegética, constatou-se que a maior parte dos magistrados trabalhistas, em todos os graus de jurisdição, acolheu a variante neutralizadora, afinal compendiada na Súmula n. 331, item IV, do Tribunal Superior do Trabalho. A inicial de ADC, autuada sob o n. 16, investiu contra o enunciado sumular, afirmando haver ele “negado vigência” ao § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações. Ora, a expressão “negativa de vigência” deve ser aqui entendida como a recusa de se aplicar determinada disposição legal, dentro do conjunto de sentidos compatíveis com a sua textualidade, devidamente trabalhada mediante o adequado recurso aos elementos de interpretação. Assim sendo, afastada a hipótese de atuação totalmente divorciada dos cânones da Hermenêutica por parte da mais alta instância trabalhista, há que se associar a negativa de vigência do dispositivo legal interpretado *ao reconhecimento*, ainda que *implícito, de sua inconstitucionalidade*. Por

vigor da lei (até mesmo sem precisar aguardar seja a controvérsia suscitada nas instâncias ordinárias), podendo gerar decisões de improcedência, declaratórias de constitucionalidade. É que, nessa hipótese, não há que falar em formação de coisa julgada, como demonstrado *in Controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 279-81.

30 Esse o pedido principal da ADC n. 16, explicitado na p. 22 da petição inicial protocolizada pelo Governador do DF junto ao STF, visualizável no sítio eletrônico da Corte (www.stf.jus.br).

31 Veja-se o item 3, *retro*.

consequente, a propositura de ADC estaria justificada em face da demonstração de “existência de controvérsia judicial relevante” sobre a validade da “disposição objeto da ação declaratória”³².

No início do julgamento da ADC 16, o Ministro-relator, Cezar Peluso, proferiu voto no sentido do não conhecimento da ação, sustentando que inexistiria controvérsia judicial relevante em torno da inconstitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações. Em seu entender, o Tribunal Superior do Trabalho, ao rever a redação da Súmula n. 331, por meio da Resolução n. 96/2000, teria se limitado a emprestar ao dispositivo interpretação que, embora discrepante daquela adotada pelos acórdãos trazidos à colação pelo Requerente, não importava no reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Portanto, inexistindo declaração incidental da invalidade da disposição legal examinada, estar-se-ia diante de mero dissídio interpretativo de natureza legal, pacificado por meio de instrumental peculiar à jurisdição trabalhista.

O não conhecimento da ação foi prontamente refutado pelo Ministro Marco Aurélio, em voto dissidente, afinal acolhido pela maioria dos integrantes da Corte. O *punctum pruriens* foi muito bem dissecado pela Ministra Cármen Lúcia, em voto-vista, ao aduzir que a simples leitura do acórdão proferido no julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência que originou a Súmula n. 331³³, na redação que lhe conferiu a Resolução n. 96/2000, do Tribunal Superior do Trabalho, evidenciava a “natureza constitucional da matéria”. Tanto era assim, complementou a eminente magistrada, que inúmeras reclamações foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de que a jurisprudência neutralizante consolidada na Súmula n. 331 importava em violação à cláusula de reserva de plenário, sendo que, em muitas delas, foram deferidas liminares suspensivas de decisões do Tribunal Superior do Trabalho que davam aplicação ao entendimento sumular³⁴. A

32 Inciso III, do art. 14, da Lei n. 9.868/99, com a ressalva exegética constante da nota de rodapé 23.

33 IUJ-RR-297.751-31.19.5.04.5555, da relatoria do Min. Milton de Moura França (acórdão publicado no *DJ* de 20-10-2000).

34 A estratégia de ingressar com reclamações constitucionais para afastar a orientação objeto do item IV da Súmula n. 331 do TST foi traçada pela Procuradoria do Estado de São Paulo em Brasília, obtendo-se a primeira liminar na Reclamação n. 6.970/SP, por despacho do relator, Min. Ricardo Lewandowski. Conforme narra o Procurador do Estado Thiago Luís Sombra,

premissa dessas reclamações, acolhida pelo STF para conhecer da ADC 16, era a de que, ao reformular o enunciado da Súmula n. 331, no ano 2000, o TST houvera, na verdade, declarado, implicitamente, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666/93, configurando-se, pois, controvérsia relevante acerca da validade da norma dele emanada. O peso da argumentação, lastreada em adequada apreciação das possibilidades exegéticas do texto normativo, acabou por vergar o próprio Ministro-relator, que superou a preliminar de não conhecimento, por ele próprio suscitada, e, no mérito, acompanhou a maioria para julgar procedente a ação.

Com efeito, na sessão plenária do dia 24 de novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal, por ampla maioria de votos, vencido o Ministro Ayres Britto, julgou procedente a ADC 16, para declarar a constitucionalidade da disposição legal que tivera a sua higidez questionada pelas instâncias de base. Todavia, a leitura da ementa desse aresto, redigido pelo Relator Cezar Peluso, pode induzir o leitor desavisado a uma compreensão incorreta de seu sentido. Eis o texto ementado:

“RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Conse-

classificado naquela unidade e mentor da iniciativa, influiu decisivamente no delineamento da estratégia processual a edição da Súmula Vinculante n. 10, em 27-6-2008, tendo sido as duas primeiras reclamações (6.969/SP e 6.970/SP) protocolizadas no STF em 6-11-2008. A Rcl. 7.517/SP, da autoria do referido Procurador, contribuiu, inequivocamente, para o conhecimento da ADC 16, tendo sido julgada procedente na mesma data em que se declarou a constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da LF n. 8.666/93. Em razão dessa medida processual (Rcl. 7.517/SP), foi o mencionado advogado público laureado com o Prêmio “O Estado em Juízo” do ano de 2011 (a propósito, cuida-se de premiação conferida pela PGE/SP em todos os anos ímpares). A íntegra da inicial da Rcl. 7.517, do acórdão proferido pelo Plenário do STF, dando provimento ao agravo interno interposto em face de decisão monocrática que lhe negava seguimento, e do acórdão afinal prolatado pelo TST dando provimento ao RR-56240-47.2006.5.02.0089 e, *ipso facto*, revertendo a responsabilização, a título subsidiário, da Fazenda Estadual pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa contratada podem ser consultadas no fascículo intitulado *Reclamação constitucional 7.517 e a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas*, Thiago Luís Santos Sombra, São Paulo: Centro de Estudos da PGE/SP, 2011 (Série estudos; n. 20), do qual ainda consta uma ilustrativa Introdução elaborada pelo Procurador premiado.

quência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei Federal n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995”.

A bem de ver, parte dos integrantes da Suprema Corte, ao longo dos votos proferidos e do debate que se seguiu em plenário, sustentou, com maior ou menor convicção, a tese de que o § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações impediria apenas a imposição de responsabilidade subsidiária automática à Administração contratante, decorrente do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada e não a responsabilidade subsidiária a partir da demonstração de que a entidade pública se omitiu em relação ao pretense dever de fiscalizar o cumprimento dessas obrigações. Assim, a Ministra Carmen Lúcia afirmou expressamente que “desde o processo licitatório, a entidade pública contratante deve exigir o cumprimento das condições de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal) e fiscalizá-las na execução do contrato”³⁵. Porém, quem de forma clara e incisiva defendeu a interpretação neutralizadora do dispositivo legal *sub censura*, para, em sede de avaliação de mérito, proclamar a sua constitucionalidade, foi o Ministro-relator, Cezar Peluso. Nesse sentido, importa observar que essa manifestação revela-se coerente com o voto inicial do douto magistrado, pelo não conhecimento da ação, porém incompatível com o reconhecimento do cabimento da ADC, seguido pela declaração de sua procedência, porquanto ao sufragar alguma forma de responsabilização subsidiária (decorrente de omissão culposa quanto ao dever de fiscalizar) da Administração Pública, validou o enunciado da Súmula n. 331, item IV, do TST, afastando o pressuposto de que o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho teria proclamado, implícita e incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666/93. Confira-se a defesa que o Ministro fez da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, compendiada no verbete sumular:

35 Cf. o voto da Min. Carmen Lúcia, p. 15.

“O que, segundo me parece, o Tribunal fez, e fez com acerto? Ele reconheceu que a mera inadimplência – é isso que o art. 71, § 1º, diz – do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, etc., não transfere essa responsabilidade para a Administração. A inadimplência do contratado não a transfere. O que o Tribunal e a Justiça do Trabalho têm reconhecido? Que a ação culposa da Administração, em relação à fiscalização (...) Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria”³⁶.

Não se pode aceitar, pelas razões a seguir apresentadas, o entendimento segundo o qual o Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a ADC 16, teria proclamado a constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações, porém isso não constituiria óbice à responsabilização subsidiária dos entes integrantes da Administração direta e indireta, no tocante aos débitos trabalhistas de empresas terceirizadas, em face de omissão culposa no adimplemento de suposto dever de fiscalizá-las quanto ao cumprimento de suas obrigações laborais.

Se assim fosse, insista-se, o que está enunciado no item IV, da Súmula n. 331, na redação que lhe conferiu a Resolução n. 96/2000, do TST, não importaria no reconhecimento implícito da inconstitucionalidade do dispositivo legal em tela e, desse modo, não seria cabível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade, na espécie, por falta de preenchimento do pressuposto de existência de controvérsia judicial relevante sobre a validade da norma legal objeto da ação. Como já disse em outra passagem³⁷, o único modo de firmar a responsabilidade subsidiária de entidades administrativas pelos encargos trabalhistas não honrados por empresas contratadas para a prestação de serviços, com fulcro em norma de direito comum (direito do trabalho) aplicável às terceirizações praticadas por empresas privadas, seria, previamente,

36 Vejam-se as p. 41 e 42 do acórdão prolatado no julgamento da ADC n. 16.

37 Reporto-me ao item 3, *retro*, deste arrazoado.

afastar, por inconstitucionalidade, a disposição legal especial impeditiva dessa responsabilização.

Em suma, o veredicto de procedência da ADC 16, sintetizando o dispositivo do respectivo acórdão, implicou a declaração de constitucionalidade da única variante exegética tecnicamente aceitável para o § 1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93, que é aquela que exclui totalmente a responsabilidade dos entes administrativos pelos encargos trabalhistas de suas empresas terceirizadas, seja a que título for. Como é cediço, o julgamento de procedência integral de determinada ação, cuide-se de processo objetivo ou não, importa no acatamento do pedido inicial, tal qual formulado. Ora, *in casu*, como já se viu, o requerente deixou claro que pretendia a declaração, com efeitos gerais e vinculantes, da constitucionalidade da referida interpretação excludente. Ademais, retomando consideração teórica assinalada no item precedente, não há espaço para o uso de interpretação harmonizadora em decisões de ações declaratórias de constitucionalidade. Se o STF, embora concordando com a inconstitucionalidade da interpretação que exclui toda e qualquer responsabilidade da Administração contratante pelas obrigações trabalhistas descumpridas pelas prestadoras de serviços contratadas, vislumbresse a possibilidade de alternativa exegética na linha da responsabilização subsidiária por ato omissivo, teria que, simplesmente, julgar a ADC improcedente, abstendo-se de analisar a outra via interpretativa quanto à sua higidez constitucional.

6. A ofensa à decisão de procedência da ADC 16 pela Súmula n. 331, do TST, em sua nova redação

Antes mesmo da publicação do acórdão proferido ao ensejo do julgamento da ADC 16, o Tribunal Superior do Trabalho, com o intento de dar execução ao que houvera sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal, expediu a Resolução n. 174, de 24 de maio de 2011, que conferiu nova redação à Súmula n. 331 de sua jurisprudência. O item IV do enunciado sumular passou a se referir, exclusivamente, a empresas particulares, tomadoras de serviços, no sentido de reafirmar-lhes a responsabilidade subsidiária na hipótese de inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de suas contratadas, mantendo-se as exigências de participação na relação processual e inclusão no título executivo judicial respectivo. Por seu turno, foi incluído um item na súmula, especifica-

mente voltado aos contratos de prestação de serviços terceirizados das entidades integrantes da Administração Pública, *in verbis*:

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

Conforme demonstrado no item anterior, a interpretação do § 1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93, segundo a qual o Poder Público responde a título subsidiário pelos encargos laborais das empresas terceirizadas, a par de ofensiva ao limite da textualidade, é incompatível com o veredicto de procedência da ADC 16. Importa, ademais, em equívoco de base, concernente à má compreensão das obrigações que a legislação de licitações e contratos administrativos impõe à Administração Pública contratante, como é preciso patentear.

O Estatuto Federal das Licitações e Contratações Administrativas sempre exigiu que as empresas participantes de licitações públicas, em sede de habilitação, demonstrassem possuir qualificação econômico-financeira, a qual, dentre outros documentos, deve ser comprovada pela juntada de certidão negativa de falência ou de recuperação judicial ou extrajudicial³⁸. Entretanto, a Lei Federal n. 12.440, de 7 de julho de 2011, modificou a redação do inciso IV, do art. 27, da Lei de Licitações, de sorte que, atualmente, um dos requisitos para a habilitação de licitantes é a demonstração de regularidade “fiscal e trabalhista”. De modo complementar, foi introduzido um inciso no art. 29 desse mesmo diploma legal, relacionado ao quesito da regularidade trabalhista, exigindo-se a “prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho”³⁹.

38 Arts. 27, III, e 31, II, da LF n. 8.666/93, com adaptações decorrentes da LF n. 11.101, de 9-2-2005.

39 A alusão é ao inciso V, que foi introduzido no art. 29 da LF n. 8.666/93 pela LF n. 12.440/11.

Em consonância com o art. 642-A, que a Lei n. 12.440/11 acresceu à CLT, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) não é fornecida a empresas em relação às quais conste “o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas”, ressalvada a garantia desses débitos por meio de penhora suficiente ou a suspensão de sua exigibilidade, situações em que “será expedida Certidão Positiva de Débitos trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT”.

A exigência adicional recentemente estipulada para a habilitação de licitantes apenas aperfeiçoa a disciplina da matéria na Lei de Licitações, mantido o propósito original de evitar que o Poder Público venha a contratar empresas sem a indispensável qualificação jurídica, técnica e econômico-financeira para cumprir com as obrigações assumidas. É indisputável que as condições econômico-financeiras de um licitante também podem ser aferidas mediante a verificação de sua regularidade no tocante ao adimplemento de obrigações fiscais e trabalhistas. Ou seja, a prova de regularidade fiscal e trabalhista, ora exigida para a habilitação de licitantes que pretendam firmar contratos administrativos, não tem por objetivo tornar ainda mais oneroso o descumprimento de obrigações dessa natureza e sim *assegurar a fiel execução daqueles contratos*. Basta atentar para os termos em que foi vazada a regra constitucional da obrigatoriedade de licitar, estatuinto que, “ressalvados os casos especificados na legislação as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...), o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”⁴⁰.

Essas premissas, de matiz constitucional, guiam o intérprete-aplicador na exata compreensão da norma do inciso XIII, do art. 55, da Lei Federal n. 8.666/93, segundo a qual os contratos administrativos devem conter cláusula estabelecendo “a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obri-

40 Inciso XXI do art. 37 da CF.

gações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas”. Assim sendo, as entidades públicas contratantes estão legitimadas, com fundamento em cláusula contratual necessária, a exigir das empresas por elas contratadas que comprovem a manutenção, ao longo da execução contratual, da condição de habilitação de que tratam os arts. 27, IV, e 29, V, do Estatuto Federal, vale dizer, a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, nos termos do art. 642-A da CLT. O objetivo dessa atividade fiscalizatória do Poder Público, de índole contratual, não é, todavia, assegurar o correto cumprimento das obrigações trabalhistas de empregadoras e prestadoras de serviço, ainda que, indiretamente, dela decorra, e sim o de assegurar a execução do contrato administrativo celebrado, que é posta em sério risco diante da inadimplência superveniente da contratada.

Por conseguinte, eventual omissão da entidade contratante na fiscalização atinente à persistência das condições de habilitação das empresas contratadas traz como consequência imediata um maior risco de inexecução contratual e a possibilidade de responsabilização administrativa (disciplinar) dos agentes públicos que descuraram desse poder-dever. Uma vez concretizado o inadimplemento e comprovada a existência de prejuízo patrimonial para o ente público, não satisfeito por mecanismos contratuais, caberá a responsabilização civil dos agentes, sem embargo de eventual enquadramento de sua conduta em improbidade administrativa⁴¹. Não se pode admitir, entretanto, que essa omissão dê causa à responsabilização da própria entidade lesada em relação aos débitos inadimplidos, já que a fiscalização ausente, insista-se, não tem por escopo a proteção dos direitos trabalhistas dos empregados contratados pelas empresas terceirizadas⁴².

41 Não basta a tipicidade do comportamento comissivo ou omissivo para caracterizar a improbidade administrativa, severamente punida em nosso ordenamento (art. 37, § 4º, da CF), havendo de estar presente a reprovabilidade qualificada da conduta, que deve se mostrar totalmente infensa aos preceitos da boa administração.

42 Ainda menos consistente, sob o prisma jurídico, a fundamentação da responsabilidade subsidiária do Poder Público por encargos trabalhistas de suas contratadas na regra constitucional segundo a qual “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros” (art. 37, § 6º, da CF). No caso, como bem lembrou a Min. Carmen Lúcia no voto proferido ao ensejo do julgamento da ADC 16 (p. 34 do acórdão), o pretense dano teria sido provocado por empresa estranha à Administração Pública, no âmbito de relação contratual,

Não se houve com acerto, pois, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho ao expedir a Resolução n. 174/11, emprestando à Súmula n. 331 redação desconforme ao que foi decidido na ADC 16, não obstante tenha procurado dar cumprimento ao v. julgado do STF. *Data maxima venia*, não se ateve a mais alta Corte da Justiça do Trabalho ao dispositivo do acórdão que julgou a referida ação declaratória de constitucionalidade e ao balizamento normativo-doutrinário da eficácia objetiva das decisões proferidas nessa modalidade instrumental do controle abstrato de normas, tal qual delineado no item 4, *retro*. Impressionou-se com a argumentação de alguns Ministros do STF, no sentido de abrir uma via para a responsabilização da Administração Pública pelo inadimplemento de débitos trabalhistas de prestadoras de serviços por ela contratadas, fundada em omissão culposa do dever de fiscalizar o comportamento dessas empresas em relação às obrigações laborais. Além de estampar equívocado entendimento relativamente às consequências jurídicas do descumprimento do dever de fiscalizar a persistência ou não das condições de habilitação por parte de empresas contratadas mediante procedimento licitatório, a nova redação sumular tomou como dispositivo da decisão a ser implementada considerações feitas por Ministros do STF a título de mera fundamentação dos respectivos votos.

Bem por isso, como era de se esperar, as entidades públicas, por meio dos respectivos Procuradores ou Advogados, continuaram a interpor recursos extraordinários, objetivando o reconhecimento da completa irresponsabilidade da Administração contratante no tocante ao inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de suas prestadoras de serviço terceirizadas, ou mesmo reclamações, para garantia da autoridade da coisa julgada emanada da decisão tomada pelo STF na ADC 16. Em razão disso, no dia 8 de março do corrente ano, os Ministros da Subseção 1, da Seção do TST especializada em dissídios individuais (SDI-1), acolhendo proposta da Presidência do Tribunal, suspenderam a tramitação dos milhares de processos em que se discute o tema perante a Corte, no aguardo de ulterior decisão do STF, desta feita para deixar patenteado o modo adequado de se dar cumprimento ao v. aresto.

não sendo, pois, viável argumentar com o princípio da responsabilidade objetiva do Poder Público por fato extracontratual praticado por seus agentes.

7. Conclusão

Pretendi com este trabalho, de abordagem multidisciplinar⁴³, porém com enfoque predominantemente constitucional, prestar uma singela homenagem a uma diletta amiga, colega de docência no Largo de São Francisco, a eminente constitucionalista Fernanda Dias Menezes de Almeida, que, a par do magistério, pontificou na advocacia pública, tendo exercido diversos cargos na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dentre eles, o de Subprocuradora-Geral da Área da Consultoria. Uma das marcas características de sua pujante atuação consultiva foi o do enfrentamento sério e exaustivo das intrincadas questões que lhe eram submetidas, do que resultava sempre uma orientação clara e segura para os órgãos e autoridades administrativas. Procurei lhe fazer um mínimo de justiça nessas ligeiras considerações sobre a validade e interpretação do disposto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, à luz da decisão de procedência da ADC 16, proferida em 2010 pelo Supremo Tribunal Federal.

Esforcei-me por demonstrar que a única exegese tecnicamente defensável do dispositivo legal mencionado é que exclui completamente a responsabilidade das entidades públicas contratantes em relação ao inadimplemento de obrigações trabalhistas assumidas pelas empresas contratadas, quer para a realização de obras, quer para a prestação de serviços. Por seu turno, a validade dessa norma restou definitivamente assentada pelo STF, ao julgar procedente a ADC 16.

Consoante a argumentação exposta ao longo do arrazoado, não se mostra juridicamente aceitável, por importar em desrespeito à coisa julgada associada àquele veredicto da Suprema Corte, o entendimento segundo o qual a norma validada não impediria a responsabilização dos entes integrantes da Administração Pública, desde que comprovada a existência de omissão culposa no que tange ao dever de fiscalizar as empresas contratadas, relativamente ao cumprimento dos encargos laborais assumidos para com seus empregados. Em decorrência, a mais

43 Com efeito, o tema da responsabilidade subsidiária do Poder Público nas contratações administrativas de obras ou serviços, relativamente às obrigações trabalhistas das empresas contratadas, não pode ser enfrentado sem incursões no campo do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito do Trabalho e do Direito Processual.

recente redação atribuída pelo TST à Súmula n. 331 de sua jurisprudência, em vez de implementar a indigitada decisão do STF, arrostando-lhe a autoridade, merecendo, portanto, oportuna reformulação.

Muito embora nos limites da discussão proposta, tenha sido privilegiado o exame da matéria sob o ângulo da legislação existente (*de lege lata*), em sua correlação com a Constituição, mormente no que concerne à conformação dogmática do controle abstrato de normas, não me eximo de defender a orientação assumida pelo legislador ordinário e reputada constitucional pelo Pretório Excelso. Não há dúvida de que a legislação infraconstitucional, em atenção aos princípios da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana que lhe é correlato⁴⁴, deve proteger os empregados, estabelecendo garantias assecuratórias da plena fruição dos direitos que lhes cabem por força de relação laboral. Tal proteção, contudo, não pode fazer *tabula rasa* de outros princípios sobre os quais se assenta o ordenamento jurídico-constitucional, como o dos limites da responsabilização de terceiros por fato de outrem.

Não faz sentido onerar toda a coletividade, atribuindo ao Poder Público a responsabilidade, ainda que a título subsidiário, dos débitos trabalhistas inadimplidos pelas empresas prestadoras de serviços contratadas mediante regular licitação (ou diretamente) e com as devidas cautelas no tocante à sua idoneidade. O fiel cumprimento das obrigações contratuais por parte da Administração, se não envolve a assunção de responsabilidade por fato de terceiro, certamente favorece, indiretamente que seja, a satisfação dos encargos trabalhistas por parte das empresas terceirizadas, quer pela exigência de demonstração da persistência das condições de habilitação (dentre as quais a adimplência dos débitos laborais), quer pela possibilidade, sempre presente, da execução trabalhista se voltar para a contraprestação pecuniária devida pela entidade contratante às suas contratadas, por força do contrato administrativo celebrado.

⁴⁴ Tais princípios encontram morada nos arts. 170, *caput*, e 1º, III, da CF, respectivamente. A correlação entre ambos decorre do fato de o trabalho constituir emanação direta da personalidade humana e uma de suas mais necessárias contingências.

Coisa julgada inconstitucional e a afirmação do direito judicial

José Carlos Francisco ¹

I – OBJETO E OBJETIVO; II – APROXIMAÇÃO: A AMPLIAÇÃO DOS MECANISMOS DE CONTROLE CONCENTRADO, ABSTRATIZAÇÃO E VERTICALIZAÇÃO; III – COLISÃO: SEGURANÇA JURÍDICA, ISONOMIA E DIREITO JUDICIAL; IV – TENDÊNCIA À AFIRMAÇÃO DO DIREITO JUDICIAL; V – MECANISMOS PARA A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL; 1 – Ação Rescisória; 2 – Ação Declaratória de Nulidade de Sentença (Querela Nullitatis); 3 – Impugnação ao cumprimento de sentença; 4 – Embargos à Execução em face da Fazenda Pública; 5 – Alegações incidentes no próprio processo executivo em face da Fazenda Pública; 6) Desconstituição de ofício; 7 – Natureza normativa de pronunciamentos pacificadores do Supremo Tribunal Federal; VI – CONCLUSÃO; VII – BIBLIOGRAFIA

I – Objeto e Objetivo

O objeto central deste estudo é analisar o papel do Direito Judicial como elemento a ser considerado na ponderação feita em casos de colisão entre a coisa julgada inconstitucional e as decisões pacificadoras do

¹ Professor na Universidade Mackenzie/SP, Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP, Pós-doutor pela Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), e Juiz Federal na 3ª Região.

Supremo Tribunal Federal, sempre em matéria cível. A expressão “*coisa julgada inconstitucional*” é empregada como referência às decisões judiciais transitadas em julgado em instâncias jurisdicionais distintas do Supremo Tribunal Federal, de modo que, neste texto, essa denominação alcança tanto decisões incidentais de quaisquer juízos ou Tribunais quanto decisões proferidas em ações de controle de constitucionalidade proferidas por Tribunais de Justiça em cláusulas de reprodução obrigatória das Constituições Estaduais, mas não abrange mudanças de orientação da parte do próprio Supremo Tribunal Federal (seja por mutação constitucional ou por mudanças de Ministros que integram a Corte).² Já a expressão “*orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal*” é utilizada para todas as decisões dessa Corte que sejam conclusivas em matéria de controle de constitucionalidade, abrangendo tanto decisões providas de efeito vinculante direto ou expresso (tais como súmulas vinculantes e a parte dispositiva de acórdãos em matéria de controle abstrato de constitucionalidade) quanto decisões que ostentem efeito vinculante indireto ou implícito (p. ex., decisões em repercussão geral e em súmulas persuasivas). Por sua vez, juntamente com preceitos normativos postos pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo (leis, regulamentos, etc.), costumes e doutrina, a expressão “*Direito Judicial*” é usada como fonte do Direito para realçar a importância que as decisões judiciais ostentam na atualidade (particularmente em matéria de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal).

O objetivo deste estudo é demonstrar que o sistema jurídico brasileiro leva à necessidade de superação da coisa julgada inconstitucional em favor da prevalência do entendimento pacificador do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade.³ Para o desenvolvimento deste objetivo, inicialmente relatamos a ampliação dos mecanismos de controle concentrado e a abstratização e a verticaliza-

2 Muito embora algumas premissas desenvolvidas neste estudo também sejam aplicáveis a casos nos quais o Supremo Tribunal Federal altera seu entendimento (o que levaria a temas como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e modulação de efeitos), optamos por um corte temático para delimitar nosso estudo ao confronto entre decisões transitadas em julgado em instâncias distintas do Supremo Tribunal Federal e orientações pacificadoras dessa Corte Constitucional.

3 A expressão coisa julgada “inconstitucional” é reveladora da visão negativa que fazemos dessa situação jurídica, o que prenuncia nosso condicionamento para superá-la.

ção do sistema jurisdicional, o que acentuou a colisão entre segurança jurídica (garantida pela coisa julgada inconstitucional) e isonomia derivada das decisões pacificadoras dessa Corte. Na sequência, afirmamos a tendência ao fortalecimento do Direito Judicial a partir da unicidade proporcionada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, para então tratarmos de mecanismos para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, passando pela ação rescisória, pela ação declaratória de nulidade de sentença (*querela nullitatis*), pela impugnação ao cumprimento de sentença, pelos embargos à execução em face da Fazenda Pública, por alegações incidentes no próprio processo executivo em face da Fazenda Pública, pela desconstituição de ofício e pela natureza normativa de pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal. Concluímos com o reconhecimento da força normativa das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, especialmente em favor da pacificação dos litígios, da eficiência jurisdicional e da unidade do Direito Judicial.

Nossa pesquisa centrou-se em temas eminentemente cíveis, motivo pelo qual não abordaremos aspectos criminais, ainda que em parte a problematização seja semelhante.⁴

II – Aproximação: a ampliação dos mecanismos de controle concentrado, abstratização e verticalização

Embora o controle de constitucionalidade direto tenha sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com a previsão da ação interventiva na Constituição de 1934, foi com mecanismos abstratos e concentrados trazidos pela Emenda Constitucional 16/1965 que o sistema nacional ganha volume, complexidade e expressividade. Desde então, a representação de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-geral da República diretamente no Supremo Tribunal Federal, já possibilitou que decisões *erga omnes* pacificadoras da Corte Constitucional colidissem com coisas julgadas inconstitucionais.

⁴ Meus agradecimentos aos integrantes do Grupo de Pesquisa Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em especial a Daniel Morelli pela colaboração na pesquisa do material empregado neste estudo. <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4231115D6>

O Constituinte Originário de 1988 potencializou as colisões entre coisas julgadas inconstitucionais e decisões pacificadoras de Corte Constitucional ao ampliar os mecanismos de controle concentrado, merecendo destaque: 1º) a ampliação das legitimações para propositura das ações de controle concentrado, sobretudo pela atribuição de legitimidade ativa para entidades de classe de âmbito nacional, previstas no art. 103, IX, da Constituição vigente (especialmente relevante para o aumento de ajuizamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade Federal – ADI); 2º) a determinação dessa mesma ampliação ao Constituinte Decorrente, já que o art. 125, § 2º da ordem federal de 1988 impõe ao Constituinte Estadual a conferência de legitimidade ativa a mais de um órgão para propositura da representação de inconstitucionalidade perante Tribunais de Justiça; 3º) a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO, autoaplicável) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF, aplicável apenas em 1999 com a edição da Lei 9.882). Emendas Constitucionais também reforçaram o rol dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, tal como a Emenda 03/1993 que previu a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e principalmente inseriu o efeito vinculante às decisões proferidas nessa ação, mais adiante estendidas à ADI e à ADPF pela Lei 9.868/1999, pela Lei 9.882/1999 e também pela Emenda Constitucional 45/2004. Foi essa Emenda 45/2004 que, na esteira de mais uma reforma do Poder Judiciário, previu a Súmula Vinculante e demais medidas para a celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

Esses passos do Constituinte Originário e do Constituinte Reformador, seguidos pela legislação ordinária, são alguns dos muitos exemplos da marcha do sistema jurídico brasileiro para a valorização das decisões do Supremo Tribunal Federal em sua tarefa de Corte Constitucional. Merecem também referência o contido no art. 557 do código de Processo Civil que permite decisões monocráticas em recursos e até mesmo ações originárias de tribunais (tais como ações rescisórias) quando a matéria estiver pacificada, e a repercussão geral trazida pela referida Emenda Constitucional 45/2004 que, dentre outras medidas, caracterizam a “abstratização” e a “verticalização” do controle de constitucionalidade brasileiro.⁵

⁵ A Repercussão Geral permite que o Supremo Tribunal Federal selecione recursos extraordinários por critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica que ultrapassem os

Essa tendência à “abstratização” e à “verticalização” do controle de constitucionalidade brasileiro é aceita pela jurisprudência brasileira, dada a necessidade de reconhecer a necessidade de unificação do Direito Judicial a partir da força expansiva e orientadora do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, mesmo quando a decisão é tomada em controle difuso de constitucionalidade.⁶ Por isso, embora o confronto entre a coisa julgada inconstitucional e decisões pacificadoras do Supremo Tribunal Federal possam ser importantes desde a Emenda 16/1965, a ampliação dos mecanismos de controle concentrado direto e abstrato e a tendência à abstratização e verticalização do sistema de controle de constitucionalidade dão contornos bem mais intensos ao problema analisado neste estudo.

interesses subjetivos da causa (agindo como verdadeiro filtro recursal), e a decisão da Corte Constitucional será aplicada pelas instâncias inferiores aos casos idênticos. Em princípio os recursos extraordinários serão aceitos pelo Supremo Tribunal, mas o Plenário pode recusar a análise da Repercussão Geral (em decisão irrecorrível) por ao menos 8 votos, conforme previsto nos arts. 543-A e seguintes do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei 11.418/2006). Como reflexo da abstratização e da verticalização na atuação do Supremo Tribunal como Corte Constitucional, o art. 543-A, § 3o, do Código de Processo Civil prevê que haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Tribunal.

6 Sobre a abstratização, MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um clássico de mutação constitucional. Informação Legislativa, v. 14, n. 162, p. 162-165, Brasília: abr./jun. 2004, e PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no Controle de Constitucionalidade. Parte II – Abstratização do controle difuso de constitucionalidade. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, nº 242, 15/02/2007. No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 376.852 de 17-12-2003, tratando de recurso extraordinário como modo de jurisdição constitucional, afirmou que este instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a fundação de defesa da ordem constitucional objetiva. No Superior Tribunal de Justiça, trazemos à colação o REsp 821.435/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 11/09/2006 p. 230: “PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PIS. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 9.718/98. CONCEITO DE FATURAMENTO. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRECEDENTES DO STF (...) Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”), e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).....”

III – Colisão: segurança jurídica, isonomia e direito judicial

Acreditamos que a solução para o confronto entre a coisa julgada inconstitucional e as decisões pacificadoras do Supremo Tribunal Federal “ainda” deva ser buscada pela ponderação entre os direitos e as garantias fundamentais que estão em colisão.⁷ Dizemos “ainda” porque, de fato, “ainda” não há previsão na Constituição ou em lei expressamente dispendo como resolver essa colisão, embora acreditamos que há diversos preceitos normativos suficientemente indicativos da opção do sistema jurídico brasileiro por fazer prevalecer a orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal em detrimento da coisa julgada inconstitucional (p. ex., art. 457-L e art. 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil).⁸ Contudo, por verdadeiro respeito à resistência apresentada no passado e persistente no presente em favor da manutenção da coisa julgada inconstitucional, optamos por construir nossa linha argumentativa pela ponderação feita a partir da colisão entre os direitos e as garantias fundamentais em conflito.

Usando a Teoria Externa como método de trabalho para a verificação dos limites dos direitos e das garantias fundamentais em colisão, e considerando que inexistem soluções expressas no ordenamento constitucional e em leis para o confronto analisado neste estudo, primeiramente é necessário definir a extensão da colisão para passarmos

7 Sobre o tema, SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

8 Devemos também reconhecer que, por vezes, o sistema jurídico se mostra reticente na afirmação da prevalência da orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal, pois há previsões normativas expressas admitindo a manutenção da coisa julgada individual em desfavor do que restar consolidado em decisões erga omnes ou ultra partes em ações coletivas. É o que se nota no art. 104, da Lei 8.078/1990 (CDC), segundo o qual “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.” No mesmo sentido, o art. 22, § 1º, da Lei 12.016/2009, segundo o qual “No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. § 1o O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.”

à ponderação visando à construção de uma solução minimamente aceitável.⁹ Diante disso, para chegarmos à posição definitiva (após as restrições por conta de outros mandamentos constitucionais), num primeiro momento, as posições iniciais ou *prima facie*, que saltam aos olhos, mostram, de um lado, o âmbito de proteção da segurança jurídica (na perspectiva de coisa julgada inconstitucional feita por instâncias distintas do Supremo Tribunal Federal) e a confiança legítima numa decisão definitiva posta pelo Estado após percorrido o processo judicial e, de outro lado, a igualdade derivada das decisões pacificadoras proferidas pelo Supremo Tribunal.

Mas a colisão entre a coisa julgada inconstitucional e as posições do Supremo Tribunal tem outras faces relevantes, pois, num segundo momento, após análise mais ampla da questão, se alinham em favor das orientações da Corte Constitucional também a própria segurança jurídica proporcionada por suas posições pacificadoras (evitando decisões divergentes e conflitantes sobre um mesmo assunto), a máxima da coerência (que exige um mínimo de racionalidade no conjunto das decisões judiciais, o que é agredido pelos acidentes que geram a coisa julgada inconstitucional e a insegurança da “loteria do processo”), a impessoalidade na aplicação das regras judiciais advindas do Direito Judicial (associada à igualdade) e a autoridade das decisões verticalizadas do sistema processual abrigado pela Constituição, tanto no efeito vinculante expresso ou direto quanto no efeito vinculante implícito ou indireto (e o Supremo Tribunal Federal está no vértice desse sistema em matéria de controle de constitucionalidade na República).

É verdade que a garantia da coisa julgada é trazida pelo art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988, justificadamente como proteção fundamental à segurança jurídica e, exatamente por isso, revela-se como cláusula pétreia à luz do contido no princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, do qual decorre a segurança) e do previsto no art. 60, § 4º, IV, ambos do ordenamento constitucional. Vale dizer, a coisa julgada não pode ser banalizada, sob pena de sacrifícios à ordem de valores que restou positivada no sistema constitucional brasileiro, mesmo

9 Sobre a “loteria do processo”, CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Jurisprudência Lotérica. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 90, abril de 2001, v. 786, p. 108/128.

porque o trânsito em julgado supõe um pronunciamento definitivo do Estado, que não deve permitir que um bem, já por ele reconhecido, sofra diminuição ou prejuízo por uma nova decisão sua.¹⁰

Contudo, a proteção à coisa julgada não é o único valor ou garantia a direito contemplada pelo sistema constitucional vigente, de tal modo que deve coexistir com os demais direitos e garantias fundamentais previstos no mesmo ordenamento constitucional. Para as ponderações visando à solução dessa colisão, há limites (e também limites aos limites), pois a coisa julgada derivada do controle incidental possui seu núcleo essencial que não pode ser aniquilado, mas também não pode ser potencializado ao ponto de se impor como única garantia do sistema jurídico, ignorando o restante do ordenamento constitucional.

Portanto, como grande parte dos direitos e garantias fundamentais, a coisa julgada tem natureza relativa, pois deve conviver com limites derivados das demais previsões constitucionais com as quais colide, e somente a análise de casos concretos, realizados mediante ponderação suficientemente justificada por argumentação consistente, permitirá afirmar que a coisa julgada inconstitucional deverá permanecer incólume, ou se será modificada com efeitos *ex tunc*, *ex nunc* ou prospectivos. Como exemplo da complexidade e da diversidade de possibilidades que esse tema gera, a análise dessa colisão pode ensejar soluções distintas em matéria trabalhista (se o empregador for da iniciativa privada, de pequeno, médio ou grande porte, ou se o empregador for ente estatal, etc.) ou em matéria tributária (se o contribuinte tem coisa julgada a seu favor ou a seu desfavor, se o tributo tem finalidade fiscal ou extrafiscal, etc.), de modo que a análise de casos e a produção de argumentação consistente dependem de contornos que somente as situações concretas proporcionam.¹¹

10 Sobre o tema, CHIOVENDA, Giuseppe, Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, trad. 2ª ed. italiana, Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva e Cia Editores, São Paulo: Saraiva, 1945, n. 233, p. 387/388.

11 Sobre o tema, FRANCISCO, José Carlos. Igualdade, segurança, livre iniciativa, livre concorrência e relativização da coisa julgada. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurélio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). Tributação das empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006. págs. 427-448, analisando o tema na perspectiva tributária e da livre iniciativa.

IV – Tendência à afirmação do direito judicial

Ainda que somente a análise de casos concretos permita afirmar qual deverá ser a solução na colisão entre a coisa julgada inconstitucional e as orientações pacificadoras Supremo Tribunal Federal (e quando cabível, dos Tribunais de Justiça), parece-nos que, como regra geral, as ponderações devem dar prevalência às decisões da Corte Constitucional em desfavor da coisa julgada acidental formadas por instâncias distintas do Supremo Tribunal (que pode permanecer somente por exceção).

Há várias linhas argumentativas para afirmar que, em geral, a solução dessas colisões deve favorecer as conclusões do Supremo Tribunal Federal, dentre elas a sustentação construída sob o paradigma da isonomia e suas diferentes manifestações. Supondo existência de coisa julgada inconstitucional *inter partes* que gere área de proteção e de favorecimento a uma pessoa (beneficiada por uma decisão judicial que a desonera, p. ex., de custos e gastos), ao passo em que todo o restante da sociedade civil está sujeita a esses custos e gastos em razão de conclusão pacificadora do Supremo Tribunal Federal, fica evidente que essa área de proteção é “acidental” e se mostra indevida à luz da igualdade, ou ainda eventualmente violadora da livre iniciativa e da concorrência (se for o caso de atividade econômica); o inverso também é verdadeiro, pois se da coisa julgada *inter partes* advier obrigação ou custo ao autor da ação, haverá ônus tão somente àquele que teve postura de cidadania de levar ao Poder Judiciário questão litigiosa, ao mesmo tempo em que todo o restante da sociedade civil estará desonerado (mesmo aqueles que “dormiram em berço esplêndido”). Exemplos como esses ilustram a conclusão pela necessidade de prevalência da orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal em desfavor da coisa julgada inconstitucional “acidental”, especialmente para garantia da igualdade, ou mesmo de outros princípios como a livre iniciativa e a livre concorrência.

A prevalência das orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal também pode ser justificada com amparo em indicativos do próprio sistema normativo positivado. Como já adiantamos, embora inexistam um dispositivo constitucional ou legal afirmando categoricamente, e em quaisquer condições, a superação da coisa julgada inconstitucional em favor das orientações da Corte Constitucional, há vários comandos

normativos indicativos dessa preferência do Legislador. Como exemplos, a já referida tendência à abstratização e verticalização do controle de constitucionalidade vem acompanhada de vários mecanismos processuais que ou foram ajustados para contemplar a relativização da coisa julgada também por essa causa (como a ação rescisória e a ação declaratória de nulidade de sentença), ou foram expressamente criados para permitir a relativização em razão da colisão objeto deste estudo, como é o caso da impugnação ao cumprimento de sentença do art. 475-L, e os embargos à execução do art. 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, que podem ser opostos quando a coisa julgada inconstitucional estiver em desacordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal.

Mas neste estudo damos destaque à construção argumentativa que se assenta no Direito Judicial. Desde os dias iniciais nos cursos de ciências jurídicas, aprendemos que o Direito tem várias fontes, dentre elas a jurisprudência e, mesmo que o papel das decisões judiciais possam ter relevância diferente nos sistemas de *civil law* ou de *common law*, é bem verdade que a afirmação de entendimentos judiciais consolidados apresenta papel relevante nesses dois sistemas.¹² Também é verdade que, atualmente, há maior convergência entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, potencializando a importância da jurisprudência dominante e de súmulas persuasivas ou vinculantes na formação do Direito.¹³

Nem mesmo as visões positivistas puras renunciaram ao trabalho judicial na formação do Direito e, especialmente sob a influência de teorias neo ou pós-positivistas, positivismo inclusivo e tantas outras, é

12 A propósito da jurisprudência como fonte do Direito, CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

13 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Revan e IUPERJ, 1997, ps. 258, afirmam que a magistratura brasileira vive uma transição, uma vez que não se desprende inteiramente das grandes referências da sua formação doutrinária, instituídas no campo da *civil law* e do positivismo jurídico, mas essa influência está relativizada pelo fato de o magistrado se entender como um agente efetivo no processo de produção do Direito, admitindo, de algum modo, uma atuação mais ativa (própria do campo político-cultural da *common-law*). Sobre Súmulas Vinculantes, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Súmula do Supremo Tribunal Federal: natureza e interpretação. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 57, ano 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./set., 2006.

visível que o papel da construção do Direito também se dá pela atuação jurisdicional, realçando sua importância de tal modo que a simples referência à jurisprudência deve ser substituída por Direito Judicial. Em realidade, o Poder Judiciário sempre participou do processo de criação do ordenamento jurídico, mas esse papel se acentuou em face da complexidade, do dinamismo, do tecnicismo e do pluralismo que marca a sociedade de risco e a modernidade líquida da atualidade, diante do que os atos normativos se servem de textos abertos (com princípios, *standards* ou conceitos indeterminados) para proporcionar maior abrangência ou elasticidade hermenêutica e, por isso, abrem maior espaço para a tarefa construtiva da interpretação judicial.¹⁴

Não se quer, com isso, dizer que o Direito Judicial deve avançar para se tornar protagonista no cenário normativo, pois é o Direito firmado na lei que deve ocupar esse papel, especialmente pelo sistema de investidura democrática dos membros dos Parlamentos e dos Poderes Executivos que concorrem para a produção do direito positivado em leis. Contudo, dada a maior relevância da atuação judicial na realidade contemporânea, como toda e qualquer fonte do Direito, as construções judiciais que formam o Direito Judicial têm de proporcionar a mesma estabilidade e previsibilidade das demais fontes (especialmente a lei), estimulando a confiança legítima dos cidadãos nas orientações pacificadoras das Cortes Constituições.¹⁵ Vale dizer, tal como a regra legal (que se impõe com características de abstração, impessoalidade, generalidade, imperatividade e inovação), a regra judicial, que compõe o Direito

14 BITTENCOURT, Lucio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. Revista do Serviço Público Vol. IV, nº 3, dezembro de 1942, ps. 121-127, já na primeira metade do século XX, afirmava que a interpretação é parte integrante do processo legislativo dada a impossibilidade de o Legislador tudo prever. Sobre sociedade de risco, BECK, Ulrich. La Sociedad del Riesgo Mundial. En busca de la seguridad perdida. Barcelona : Ediciones Paidós Ibérica, 2008, e a respeito da modernidade líquida, BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Zahar, 1998 e Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Sobre o trabalho construtivo no processo interpretativo, TAVARES, André Ramos. A teoria da concretização constitucional. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, nº 07, Belo Horizonte: Ed. Fórum – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, julho/setembro 2008.

15 A respeito da confiança legítima, CALMES, Sylvia, Du principe de protections de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, Paris: Éditions Dalloz, 2000, e WEBER-DÜRLER, Beatrice, Vertrauensschutz im öffentlichen Rech, Habilitations-schrift, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1983.

Judicial produzido em forma de orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal, tem de ser capaz de superar os acidentes que geram a coisa julgada inconstitucional em favor da estabilidade, previsibilidade e unicidade das demais fontes do Direito. Para servir como referência confiável de comportamento, o Direito Judicial deve se assentar na segurança jurídica produzida pela verticalidade e pela abstratização da atuação jurisdicional, permitindo unicidade a partir das decisões das pacificadoras das Cortes Constitucionais.

Mesmo se inexistir efeito vinculante exposto, direto ou explícito, ainda assim é necessário que as estruturas julgadoras de primeiro e de segundo grau reconheçam o efeito vinculante indireto, reflexo ou implícito das orientações das Cortes Constitucionais que decorre, p. ex., de instrumentos como súmulas persuasivas e de decisões em repercussões gerais desacompanhadas de edição de súmula vinculante.¹⁶ Ainda que o juiz natural e a livre convicção motivada permitam ao magistrado julgar segundo seu entendimento, sem se curvar a posições que contrariem a compreensão do problema concreto posto nos autos levados ao seu julgamento, é imperativo que esses julgadores (de primeira e de segunda instância) compreendam sua inserção na estrutura judiciária verticalizada concebida pela Constituição e, também, que cumpram seus deveres na formação dos requisitos de segurança e de confiabilidade necessários ao Direito Judicial. Os magistrados devem registrar seus entendimentos contrários às posições firmadas em instâncias superiores (por coerência com suas próprias convicções e também para que seus julgados sirvam de instrumentos de manifestação de divergências e de pluralismo jurídico), mas devem se curvar ao que restou consolidado pelas orientações do Supremo Tribunal Federal, em favor da unificação do Direito Judicial. Do contrário, as decisões acidentais apenas criarão insegurança e desigualdade, sob o pálido pretexto da independência da atuação jurisdicional, que na verdade pode ocultar a falta de humildade intelectual e de compreensão do papel do julgador na mecânica do sistema jurisdicional que proporciona o Direito Judicial.

¹⁶ Acerca das súmulas persuasivas, CARVALHO, Leon Rogério Gonçalves de. O regime jurídico-constitucional das súmulas vinculantes no contexto da atividade normativa do Poder Judiciário. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP - São Paulo, orientador Elival da Silva Ramos, 2010.

Assim, o fortalecimento do Direito Judicial é também um dos fatores que leva à prevalência das decisões e orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal (e, dos Tribunais de Justiça, no seu papel de controle de constitucionalidade estadual) em face de coisa julgada inconstitucional.

Acrescente-se, por fim, que a superação da coisa julgada inconstitucional determina, por arrastamento ou atração, a invalidade de todos os direitos e prerrogativas derivados (por atos ou fatos subsequentes) dessa coisa julgada e com a qual exista dependência lógica, pois se na origem há uma inconstitucionalidade, não há que se falar em direito adquirido ou ato jurídico perfeito contrários à ordem constitucional.

V – Mecanismos para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional

Afirmada a tendência à prevalência das orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal (e dos Tribunais de Justiça, quando cabível) em relação às coisas julgadas inconstitucionais, resta analisar quais instrumentos viabilizam a relativização dessa coisa julgada accidental.¹⁷ Como já destacado em nossa proposta de estudo, o foco são as matérias cíveis que correspondem ao objeto de nossa pesquisa, de modo que não trataremos de temas criminais, embora a linha argumentativa exposta neste trabalho também sirva (em linhas gerais) para o mesmo problema colocado na esfera criminal (com necessários ajustes à luz de princípios formadores dessa matéria, tais como a presunção de não culpabilidade, *in dubio pro reo*, etc.). Abaixo apresentamos os mecanismos que nos parecem mais comuns para a superação da coisa julgada inconstitucional.

1. Ação Rescisória

Conforme previsto no art. 485, V, do Código de Processo Civil, o tribunal no qual se deu a formação da coisa julgada será competente

¹⁷ DINAMARCO, Cândido. Coisa Julgada Inconstitucional – Coordenador Carlos Valder do Nascimento. 2ª Edição. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002, p. 63 e seguintes, escreve que “A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade – esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar.”

para processar e julgar ação rescisória se o trânsito em julgado estiver fundamentado em literal violação de lei. Por certo que o significado da expressão “lei” deve ser ampliado para permitir que o julgado também possa ser rescindido no caso de violação da Constituição, nisso se inserindo a coisa julgada que se sedimenta entendimento que contraria orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal. Ao menos dois desafios são normalmente apresentados à aplicação da ação rescisória nesses casos.

O primeiro desafio diz respeito ao teor da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda estiver baseada em texto normativo de interpretação controvertida nos tribunais; vale dizer, se a coisa julgada inconstitucional se escorou em uma das interpretações possíveis sobre tema então polêmico e não consolidado. Esse problema já foi superado por entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, ao admitir ação rescisória quando a decisão de outro Tribunal divergir de seu posicionamento em matéria constitucional, pois o contrário importaria em afronta não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional, além do que significaria fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento do controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República.¹⁸

O segundo desafio diz respeito ao termo inicial para a contagem do prazo decadencial de dois anos para propositura da ação rescisória. Em condições normais, esse prazo se inicia na data do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida (assim entendido o dia subsequente àquele ao qual não caiba mais recurso), o que pode inviabilizar o ajuizamento desse meio desconstitutivo da coisa julgada caso o paradigma para a rescisão (orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal) seja posterior ao decurso desse prazo decadencial de dois anos.

Acreditamos que a ação rescisória é um dos principais e mais eficientes mecanismos para a superação da coisa julgada inconstitucional, espe-

¹⁸ Nesse sentido já decidiu o E. STF, no RE-A5R 326.612.AM, Rel. Min. Gilmar Mandes, 10.12.2002.

cialmente porque, além de seu juízo rescindendo (desconstitutivo da coisa julgada), seu juízo rescisório permite novo julgamento da ação subjacente com a análise do caso concreto visando à aferição do cabimento de efeito *ex tunc*, *ex nunc* ou prospectivo da decisão rescisória. Não bastasse, a ação rescisória proporciona percepção mais detida do que efetivamente deve ser desconstituído em face das frequentes diversidades de julgados sobre um mesmo tema. Pela importância da ação rescisória, parece-nos perfeitamente aceitável interpretação construtiva que viabilize a contagem do prazo de dois anos a partir da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal que sirva de paradigma para a rescisão do que transitou em desacordo com o entendimento da Corte Constitucional.

Não tendo decorrido o prazo decadencial de dois anos contados da decisão transitada em julgado a ser desconstituída, a ação rescisória é instrumento amplamente aceito como modo para superação da coisa julgada inconstitucional. Todavia, em sendo necessário contar o prazo tendo como termo inicial o paradigma posto pelo Supremo Tribunal Federal, a viabilidade da ação rescisória deve ser cotejada com as demais ferramentas possíveis para a mesma finalidade de prevalência do entendimento pacificador do Supremo Tribunal Federal em detrimento da coisa julgada inconstitucional.

2. Ação Declaratória de Nulidade de Sentença (Querela Nullitatis)

A ação declaratória de nulidade de sentença, conhecida como *Querela Nullitatis*, também tem aparecido dentre os instrumentos hábeis à superação da coisa julgada inconstitucional. A vantagem dessa ferramenta é que a *actio nullitatis* pode ser exercitada a qualquer tempo, pois dada sua natureza declaratória, não está sujeita a prazos de prescrição ou decadência, motivo pelo qual o juiz de primeiro grau receberá esta ação que tramitará pelo rito ordinário e viabilizará a superação da coisa julgada inconstitucional.¹⁹

¹⁹ Sobre os contornos gerais dessa ação declaratória de nulidade, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Também, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, ps. 31 e seguintes.

Embora inicialmente admitida em casos nos quais o trânsito em julgado se formou sem a citação de uma das partes, o âmbito de cabimento da ação declaratória de nulidade de sentença vem se ampliando para casos nos quais há grave vício, ao ponto de a sentença de mérito proferida ser tida como ato juridicamente inexistente (p. ex., ilegitimidade *ad causam* e quando se formulou pedido incompatível com o ordenamento jurídico). Paulatinamente vem sendo alargado o âmbito da *Querela Nullitatis* para também compreender a coisa julgada inconstitucional, pois seria juridicamente inexistente decisão transitada em julgado que se escorou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, caso no qual haveria impossibilidade jurídica porque a sentença aplicaria preceito ou entendimento inconstitucional.²⁰

Acreditamos que o cabimento da *Querela Nullitatis* para casos de coisa julgada inconstitucional não vulgariza essa ação, podendo ser usada se não for viável o ajuizamento da ação rescisória.²¹ Apesar disso, parece-nos que a coisa julgada inconstitucional não deva ser considerada como ato inexistente, mas sim nulo (nulidade absoluta, conforme classificação frequente a respeito de atos inconstitucionais), já que o entendimento no qual se afirmou provavelmente se mostrava inicialmente possível e justificável à luz do ordenamento jurídico, embora não coincidente com o que restou consolidado pela orientação do Supremo Tribunal Federal.²²

3. Impugnação ao cumprimento de sentença

Com a eliminação da ação de execução de julgado do sistema processual civil promovida pela Lei 11.232/2005, o cumprimento das coisas julgadas (ou simplesmente “cumprimento de sentença”) passou a ser regido pelo contido no art. 475-I do Código Processual. Como não há

20 TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

21 A limitação do uso da ação declaratória de nulidade de sentença é afirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, p. ex., no do RESP 1.048.586/SP e no RESP 928.133/SP.

22 Nem sempre a inconstitucionalidade resulta em pronúncia de nulidade, mas, via de regra, o preceito normativo tido por inconstitucional é considerado nulo de pleno direito.

mais ação executiva, o vencido poderá apresentar impugnação ao que lhe for imposto no cumprimento da decisão transitada em julgado e, nos moldes do previsto no art. 475-L, II, e § 1º, do Código de Processo Civil, essa impugnação poderá versar sobre inexigibilidade do título, assim também entendido o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, vale dizer, em orientações pacificadoras da Corte Constitucional.

É claro que essa ferramenta para a superação da coisa julgada inconstitucional tem aplicação às ações condenatórias, quando então será necessário dar cumprimento ao julgado nos moldes do art. 475, I, do Código de Processo Civil, sendo inadequada para ação meramente declaratória ou para ação desconstitutiva/constitutiva (cujos provimentos condenatórios geralmente se resumem aos honorários e demais ônus da sucumbência).

Além do “desconforto” de, em primeiro grau e mediante impugnação, ser descumprida decisão transitada em julgado muitas vezes em tribunais, existe fundada resistência à aplicação dessa impugnação para casos nos quais a coisa julgada se formou antes da entrada em vigor das alterações do Código de Processo Civil que introduziram essa medida de prevalência das orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal em desfavor da coisa julgada inconstitucional. À luz da garantia da irretroatividade prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição, parece-nos correta a argumentação que permite essa impugnação apenas para desfazer coisas julgadas surgidas após a lei processual que as previu, problema também enfrentado pelo previsto no art. 741, parágrafo único do Código de Processo Civil.

4. Embargos à Execução em face da Fazenda Pública

A Lei 11.232/2005 não extinguiu a ação de execução de julgado quando o título judicial impuser obrigação de pagar à Fazenda Pública que, por motivos variados (em especial o controle da expedição de requisições de precatório), ainda depende de ação executiva na forma do art. 730 do Código de Processo Civil para honrar suas condenações

de pagar. Por isso, nos termos previstos no art. 741, II, parágrafo único do Código Processual, na execução em face da Fazenda Pública, os embargos poderão versar sobre inexigibilidade do título, assim também considerado o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal (ou seja, orientações pacificadoras da Corte Constitucional).

A exemplo do que se dá com a previsão do art. 475-L, II, § 1º, essa previsão do art. 741, II, parágrafo único do Código de Processo Civil tem aplicação apenas para provimentos condenatórios que exigem ação de execução em face do Poder Público, e também traz a questão da irretroatividade em prejuízo da coisa julgada formada antes da inserção dessa ferramenta de combate à coisa julgada inconstitucional, o que se deu com a primeira reformulação do art. 741, nesse sentido, feita pelo art. 10 da Medida Provisória 1.984-17, de 04.05.2000 (DOU de 05.05.2000), sucedida pelas Medidas Provisórias 2.102 e 2.180, até resultar na Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001 (DOU de 27.08.2001), cujos efeitos se prolongaram nos termos do art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001 até a edição da atual redação dada pela Lei 11.232/2005.

Tanto quanto a impugnação do art. 475-L, II, § 1º do Código de Processo Civil, acreditamos plenamente válido e útil os embargos em face da Fazenda Pública do art. 741, II, parágrafo único do mesmo código, pois ambos vão ao encontro da necessidade de prevalência da orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal em desfavor da coisa julgada inconstitucional. Contudo, não nos parece que essa prevalência possa se dar ao arrepio da irretroatividade garantida pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mas reconhecemos a existência de julgados que aplicam essas disposições mesmo para coisas julgadas formadas anteriormente à inclusão dessas modalidades processuais no sistema normativo.²³

23 Favorável à impossibilidade de aplicação retroativa da previsão do art. 741, II, parágrafo único, do Código de Processo Civil, no Superior Tribunal de Justiça, REsp 1059874/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 02/09/2008, DJe 20/10/2008: “PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PARA URV. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL QUE AFASTA A

Observe-se que o reconhecimento da impossibilidade de aplicação retroativa do art. 475-L e do art. 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, não significa que a coisa julgada inconstitucional deva prevalecer, pois certamente deverá ser buscado outro meio compatível como o ordenamento constitucional para fazer valer a orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal.

5. Alegações incidentes no próprio processo executivo em face da Fazenda Pública

Mesmo sem opor embargos à execução em face da Fazenda Pública nos moldes do art. 741, II, parágrafo único do Código de Processo

APLICAÇÃO DE LEI POSTERIORMENTE DECLARADA CONSTITUCIONAL PELO STF. TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA MP 2.180-35/01. ART. 741, PARÁGR. ÚNICO DO CPC. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. A Corte Especial deste Tribunal, no julgamento do EREsp. 806.407/RS, de relatoria do ilustre Ministro FELIX FISCHER, pacificou o entendimento de que o art. 741 do CPC, por ser norma processual, possui incidência imediata, inclusive em relação aos processos em andamento, entretanto, deve ser respeitado o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, motivo pelo qual não se aplica às sentenças com trânsito em julgado em data anterior à vigência da citada MP, qual seja, 24.08.2001. 2. Recurso Especial do INSS conhecido e desprovido”. Em sentido contrário, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, os Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 0048360-88.1998.4.03.9999/SP (98.03.048360-9) – Terceira Seção – Rel. Des. Federal Sérgio Nascimento, Dje 28.09.2011 “PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 202, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DO ART. 58 DO ADCT PARA BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ANTES DA EDIÇÃO DA LEI N. 8.213/91. INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. LEI PROCESSUAL. ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ARTIGOS 467, 468, 473, 474 E 610, TODOS DO CPC. OFENSA À AUTORIDADE DA COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. I - II - Se o ordenamento jurídico (artigos 467, 468, 473, 474 e 610 do Código de Processo Civil e artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição da República) busca proteger a estabilidade das relações jurídicas e, de forma indireta, a paz social, por outro lado, a presença de decisões judiciais abrigadas pelo manto da imutabilidade, em contraste com a Constituição da República, têm o potencial de desestruturar todo o sistema normativo, espalhando o sentimento de iniquidade perante os jurisdicionados, de modo a afetar justamente aquilo que se propunha a preservar, a segurança jurídica. III -... IV - O reconhecimento da inexistência de título executivo e, por consequência, a nulidade da decisão exequenda, em sede de embargos à execução, em virtude de inconstitucionalidade, encontra amparo no parágrafo único do art. 741 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.232/2005. A rigor, tal preceito veio positivar entendimento que decorria do próprio sistema jurídico, no sentido de priorizar a compatibilidade dos provimentos jurisdicionais com a Constituição da República, mesmo que fosse em prejuízo da coisa julgada. Portanto, não importa que a decisão exequenda tenha sido prolatada antes da edição do aludido dispositivo legal, pois, conforme mencionado anteriormente, este veio apenas formalizar regra que defluía do próprio ordenamento jurídico. V -...”

Civil, partindo do conceito de que a coisa julgada inconstitucional tem vício intrínseco do qual resulta a nulidade do tema que nela se assentou (em razão da divergência com o entendimento pacificador do Supremo Tribunal Federal), é possível superar a acidental decisão que desafia o entendimento da Corte Constitucional mediante alegações incidentes no próprio processo executivo em face da Fazenda Pública.²⁴

Se a conclusão na qual se funda o título executivo contiver vícios insanáveis (e, repetimos, a inconstitucionalidade é tida predominantemente como nulidade absoluta), é sustentável que, mesmo sem ajuizamento de embargos (porque já decorrido o prazo, p. ex.), a ação executiva seja ajustada ao entendimento e orientações do Supremo Tribunal Federal mediante alegações incidentes.²⁵

6. Desconstituição de ofício

É controversa a possibilidade de o julgador, de ofício, determinar o ajustamento da coisa julgada inconstitucional aos termos consolidados pela orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal. Dada a inércia, a imparcialidade e a vinculação dos magistrados à coisa julgada, por certo há fundados argumentos para sustentar que, sem embargos ou outra provocação da parte que sucumbiu perante a coisa julgada inconstitucional, o magistrado não pode determinar o descumprimento do que transitou em julgado motivado no desacordo com o entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal.

Mas também há elementos consistentes para justificar que o comando da coisa julgada inconstitucional perdeu eficácia jurídica diante do entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal com conteúdo vinculante direto ou expresso. Antes de se subordinar à coisa julgada, o magistrado

24 DINAMARCO, Cândido. *Coisa Julgada Inconstitucional* – Coordenador Carlos Valder do Nascimento. 2ª Edição. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002, os. 63 e seguintes, escreve que: “Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação incidenter tantum em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.”

25 No Superior Tribunal de Justiça, admitindo a desconstituição da coisa julgada por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, note-se o REsp 622.405/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 14/08/2007, DJ 20/09/2007, p. 221.

se submete à supremacia da própria ordem constitucional que, no sentido afirmado pela Corte Constitucional com efeito vinculante expresso, desautoriza a coisa julgada acidental que contraria seu entendimento.

Já nos casos de decisões pacificadoras não vinculantes expressamente, a construção argumentativa deverá se fazer pela abstratização e pela vinculação indireta ou implícita que as orientações do Supremo Tribunal Federal atualmente proporcionam, ainda mais em se tratando de pronunciamentos tirados em repercussões gerais ou súmulas persuasivas, permitindo que o magistrado, de ofício, siga o que resta afirmado como constitucional em detrimento da coisa julgada inconstitucional.

Além disso, a coisa julgada inconstitucional se funda em entendimento que resta viciado pelo desacordo com a orientação do Supremo Tribunal e, por isso, traz consigo vícios insanáveis (nulidade absoluta), matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo julgador. Não bastasse, posicionamento favorável à superação da coisa julgada inconstitucional por determinação de ofício da autoridade judicial é reforçada pela natureza normativa das decisões do Supremo Tribunal Federal.

7. Natureza normativa de pronunciamentos pacificadores do Supremo Tribunal Federal

Os preceitos normativos são caracterizados por textos abstratos (tratam de hipóteses e não de casos concretos), impessoais (aplicáveis a todos), genéricos (cuidam de todos os temas com interesse jurídico), imperativos (trazem comandos que podem ser impostos pelo Estado) e inovadores (criam novas situações jurídicas), cujas manifestações são diversificadas na atuação do Poder Legislativo (emendas, leis complementares, etc.) e também estão presentes na atuação do Poder Executivo (de modo direto pelas medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos, e indireto na iniciativa de projetos de lei, dentre outras modalidades). Já a atividade normativa do Poder Judiciário é acanhadamente reconhecida pela doutrina, normalmente para algumas decisões coletivas da Justiça do Trabalho, resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, e regimentos internos de tribunais com efeito *externa corporis*, além de poucos casos de iniciativa privativa de projetos de lei.²⁶

²⁶ Sobre o assunto, CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais,

Contudo, dada a crescente importância da atividade jurisdicional na complementação dos espaços deixados pelos princípios, *standards* e conceitos indeterminados empregados por preceitos normativos (particularmente os constitucionais e os legais), a expressão “ativismo judicial” tornou-se corrente e, independentemente das críticas e aplausos que essa atividade desperte, é necessário reconhecer que há decisões judiciais que claramente estampam as mesmas características dos textos normativos.²⁷

Os dispositivos vinculantes de acórdãos em ações de controle abstrato de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO, ADPF e, eventualmente, até em decisões proferidas ações interventivas), e também de súmulas vinculantes, ostentam caráter abstrato, impessoal, genérico, imperativo e inovador e, assim, devem ser considerados como atos normativos.²⁸ Por isso, é possível e aceitável juridicamente que, ao serem proferidas, essas decisões do Supremo Tribunal Federal sejam reconhecidas como normativas de tal modo que repercutam na coisa julgada inconstitucional nos mesmos moldes dos demais preceitos normativos. Por certo que

1993, p. 83, FREITAS, Manoel Mendes de, Poder Normativo da Justiça do Trabalho – Poder Regulamentar do Chefe do Poder Executivo – Análise Comparativa, São Paulo: Revista LTr Vol. 55, no 06, junho de 1991, p. 650, e VELLOSO, Carlos Mário da Silva, A delegação legislativa – A legislação por associações, in Temas de Direito Público, Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1994, p. 409.

27 O significado de “ativismo judicial” é bastante polêmico, assim como sua legitimidade e viabilidade. Sobre o tema, RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente. Revista do Advogado. Ano XXVIII, 99, setembro de 2008, MARSHALL, William P., Conservatives and Seven Sins of Judicial Activism, University of Colorado Law Review, 2002, Forthcoming, Vol. 73, ps. 101/140, e LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

28 BURDEAU, Georges, HAMON, Francis, et TROPER, Michel, *Droit Constitutionnel*, 26^a édition, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – L.G.D.J., 1999, p. 123, afirmam que o juiz que realiza o controle de constitucionalidade exerce função legislativa parcial, pois ele não pode se guiar pelas considerações de oportunidade como as assembleias parlamentares, embora possa interpretar a constituição de tal maneira que a lei se torne conforme ou contrária a ordem constitucional. Ainda que o juiz constitucional não analise todas as normas, suas linhas de entendimento serão observadas pelos que as fazem, de modo que esse juiz deterá condições de orientação geral do processo normativo. Ainda sobre o tema, JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. Rio de Janeiro: Revista Forense, Ano 101, v. 380, jul./ago, e SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. Ainda, LEAL, Vitor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 208, ano 61, 1964, e A Súmula do Supremo Tribunal e o restatement of the law dos norte-americanos. São Paulo: LTr, ano 30, jan./fev, 1996.

essa repercussão, em regra, deve operar efeito *ex nunc*, fazendo cessar automaticamente apenas os efeitos vindouros das coisas julgadas inconstitucionais que se projetam para o futuro (em especial as que digam respeito a obrigações de trato sucessivo).

Dada a tendência de abstratização e de verticalização do sistema constitucional brasileiro, acreditamos que o mesmo tratamento deve ser dado em casos nos quais a orientação do Supremo Tribunal Federal se dê sem efeito vinculante de direito ou expresso, bastando o efeito vinculante indireto, implícito ou reflexo para reconhecimento da força normativa das orientações pacificadoras da Corte Constitucional (por exemplo, decisões em repercussão geral e em súmulas persuasivas).

VI – Conclusão

Ante ao exposto, afirmada a tendência à prevalência das orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal em face da coisa julgada inconstitucional, acreditamos que o reconhecimento da força normativa desses entendimentos consolidados da Corte Constitucional tem a virtude de proporcionar rápida e eficiente cessação (em regra, com efeitos *ex nunc*) da eficácia jurídica de decisões transitadas em julgado que contrariem o que resta unificado pelo Direito Judicial. A afirmação da natureza normativa das orientações do Supremo Tribunal Federal parece-nos medida necessária e de racionalidade, sobretudo para matérias cuja litigiosidade alcança números expressivos, pois permite rápida e igualitária solução para milhares e até milhões de coisas julgadas inconstitucionais.

Contudo, reconhecemos, também, a utilidade de medidas judiciais específicas para análise de casos singulares, notadamente quando a coisa julgada inconstitucional deva ser cessada com efeitos *ex tunc* ou até prospectivos. Para esses casos, preferencialmente devem ser empregados os meios e medidas judiciais já reconhecidamente admitidos para a relativização da coisa julgada inconstitucional, dentre os quais se destacam a ação rescisória, a impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos à execução de julgado.

Relevante, nos parece, é a superação da coisa julgada inconstitucional em favor das orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal como modo de afirmação do Direito Judicial, respeitados as funcionalidades e os limites dos instrumentos processuais empregados.

VII – Bibliografia

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Súmula do Supremo Tribunal Federal: natureza e interpretação**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 57, ano 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./set., 2006;
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998 e **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001;
- BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Mundial. En busca de la seguridad perdida**. Barcelona : Ediciones Paidós Ibérica, 2008 ;
- BITTENCOURT, Lucio. **A interpretação como parte integrante do processo legislativo**. Revista do Serviço Público Vol. IV, nº 3, Dezembro de 1942;
- BURDEAU, Georges, HAMON, Francis, et TROPER, Michel, **Droit Constitutionnel**, 26^a édition, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – L.G.D.J., 1999;
- CALMES, Sylvia, **Du principe de protections de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**, Paris: Éditions Dalloz, 2000 ;
- CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Jurisprudência Lotérica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 90, abril de 2001, v. 786, p. 108/128;
- CARVALHO, Leon Rogério Gonçalves de. **O regime jurídico-constitucional das súmulas vinculantes no contexto da atividade normativa do Poder Judiciário**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP-São Paulo, orientador Elival da Silva Ramos, 2010;
- CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II, trad. 2^a ed. italiana, Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva e Cia Editores, São Paulo: Saraiva, 1945;
- CLÈVE, Clèmerson Merlin, **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993;
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004
- DINAMARCO, Cândido. **Coisa Julgada Inconstitucional – Coordenador Carlos Valder do Nascimento**. 2^a Edição. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente**. Revista do Advogado. Ano XXVIII, 99, setembro de 2008

FRANCISCO, José Carlos. **Igualdade, segurança, livre iniciativa, livre concorrência e relativização da coisa julgada**. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurélio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **Tributação das empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 427-448;

FREITAS, Manoel Mendes de, **Poder Normativo da Justiça do Trabalho – Poder Regulamentar do Chefe do Poder Executivo – Análise Comparativa**, São Paulo: Revista LTr Vol. 55, nº 06, junho de 1991;

JANSEN, Rodrigo. **A súmula vinculante como norma jurídica**. Rio de Janeiro: Revista Forense, Ano 101, v. 380, jul./ago

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010;

LEAL, Vitor Nunes. **Atualidades do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 208, ano 61, 1964;

_____. **A Súmula do Supremo Tribunal e o restatement of the law dos norte-americanos**. São Paulo: LTr, ano 30, jan./fev, 1996;

MARSHALL, William P., **Conservatives and Seven Sins of Judicial Activism**, University of Colorado Law Review, 2002, Forthcoming, Vol. 73, ps. 101/140;

MENDES, Gilmar. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um clássico de mutação constitucional**. Informação Legislativa, v. 14, n. 162, p. 162-165, Brasília: abr./jun. 2004;

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. **Sincretismo no Controle de Constitucionalidade. Parte II – Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade**. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, nº 242, 15/02/2007;

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010;

SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009;

SARMENTO, Daniel, **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003;

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005;

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

TAVARES, André Ramos. **A teoria da concretização constitucional**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, nº 07, Belo Horizonte: Ed. Fórum – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, julho/setembro 2008;

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, **A delegação legislativa – A legislação por associações**, in *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1994;

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan e IUPERJ, 1997;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998;

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003;

WEBER-DÜRLER, Beatrice, **Vertrauensschutz im öffentlichen Rech, Habilitations-schrift**, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1983;

Considerações sobre o conteúdo jurídico do princípio da função social da propriedade na Constituição de 1988

Julia Maria Plenamente Silva¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo examinar o conteúdo jurídico da função social da propriedade enquanto princípio jurídico, na Constituição da República de 1988. Para tanto, será necessária uma abordagem da propriedade e do direito de propriedade, sobre os quais serão dados as linhas gerais, evolução histórica e o surgimento da noção de função social da propriedade. O direito de propriedade e a função social da propriedade são previstos como direitos fundamentais do cidadão pela Constituição de 1988, em seu art. 5º incisos XXII e XXIII, respectivamente. Nesse sentido, a função social da propriedade assume contornos de princípio jurídico, cujo conteúdo amplo e garantista não se repete em outras passagens da Constituição, em que referida norma se apresenta reduzida em seu conteúdo, como ocorre no art. 182, § 4º.

Palavras-chave: princípio – função social da propriedade

1. Considerações iniciais sobre a propriedade e o direito de propriedade

Com conceito extraído do latim, *proprietas*, derivado de *proprius*, a propriedade “é algo que é inerente a uma pessoa ou objeto especificado, quer dizer, atributo que singulariza identificando a pessoa ou o bem,

¹ Procuradora do Estado de São Paulo, Mestre e Doutoranda em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professora Assistente do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Administrativo na COGEAE – PUC/SP.

*aquilo que configura característica determinante e distintiva concernente a alguém ou a alguma coisa”.*²

A propriedade é, portanto, a expressão de uma relação entre pessoa e coisa, e uma vez inserida em um ordenamento jurídico, converter-se-á em direito, o direito de propriedade.

Ocorre que, por se inserir em um sistema jurídico de organização, o direito de propriedade é sempre limitado.

De acordo com o Professor José Acir Lessa Giordani³:

O direito e a propriedade incidem sobre bens jurídicos de natureza patrimonial que, em função da realidade de cada sociedade, conforme a época, se tornam socialmente mais ou menos necessários, razão pela qual aumenta ou diminui a interferência do Poder Público em sua destinação.

Assim, o Estado estará presente regulando a propriedade e, desta forma, estabelecendo os direitos dela decorrentes.

Desenvolvendo esta ideia é que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, seguido por Celso Antônio Bandeira de Mello, conclui que o direito de propriedade é configurado, essencialmente, no Direito Público e, portanto, no Direito Constitucional⁴.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o tratamento que um país, por intermédio de seu ordenamento jurídico, dá à propriedade – como pública ou privada – o caracterizará como Estado socialista ou capitalista⁵. Já Maria Helena Diniz faz o raciocínio inverso, de que a configuração da propriedade dependerá do regime político.⁶

2 Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio constitucional da função social da propriedade*, p. 60.

3 José Acir Lessa Giordani, *Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional*, p. 54.

4 Novos aspectos da função social da propriedade no direito público, p. 39.

5 Ibidem.

6 Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro - direito das coisas*, p. 101.

Todavia, a premissa que se coloca em primeiro lugar é irrelevante, pois prevalece nas Constituições atuais preocupação crescente com o desenvolvimento social dos cidadãos, que deve ser priorizado e respeitado na busca do desenvolvimento econômico.

(...) Assim, os Textos Constitucionais da Alemanha, Itália, Espanha e Chile, que, ainda que com discursos diversos, consideram a propriedade como sujeita a vínculos e obrigações em prol do interesse social, e a encaram como bem de produção, um fator econômico de máxima importância, que exige uma disciplina que transcenda a visão individualista que acompanhou o instituto durante muito tempo.⁷

A distinção entre propriedade e direito de propriedade é necessária não por mero rigor terminológico, mas sim por implicar consequências jurídicas distintas quando se trata de limitações administrativas.

Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, ao trazer as lições da doutrina italiana de Renato Alessi, os direitos são expressões da propriedade, de acordo com o que dispõe determinado ordenamento jurídico.⁸

Desse modo, com fundamento primeiro no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a fim de assegurar a todos, em nome do interesse público, a convivência pacífica e harmônica em sociedade, é que a propriedade sofre limitações que assumem caráter geral e abstrato. Com o passar o tempo, conforme veremos aqui, e preponderando a necessidade de se resguardar, além do interesse coletivo, também o social, o princípio da função social da propriedade também desponta como fundamento das limitações, ao lado da supremacia do interesse público sobre o privado.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes, apesar de utilizarem a terminologia limitações administrativas de direitos, ressalvam no conceito formulado a impossibilidade da Administração afetar direitos subjetivos assegurados pelo ordenamento:

⁷ Jivago Petrucci, *O princípio constitucional da função social da propriedade privada* p. 62.

⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*. p. 804.

El segundo grado de la incidencia administrativa sobre las situaciones activas de los ciudadanos está en las limitaciones administrativas de derechos. Sobre el concepto propuesto por ROMANO, VIGNOCCHI ha efectuado un notable esfuerzo dogmático para la precisión de esta figura. *Se trataría de una incidencia que no modifica el derecho subjetivo afectado, ni tampoco la capacidad jurídica o de obrar del titular, sino que actúa, exclusivamente, sobre las condiciones de ejercicio de dicho derecho, dejando inalterados todo el resto de los elementos del mismo (configuración, funcionalidad, límites, protección)*. Esa incidencia sobre las facultades de ejercicio de los derechos está determinada por la necesidad de coordinar-los, bien con los derechos o intereses de otro sujeto, bien (lo que es el supuesto normal de las limitaciones administrativas) con los intereses o derechos de la comunidad o del aparato administrativo).⁹ (grifo nosso).

Assim, não há que se falar em limitações administrativas ao direito de propriedade, pois estas representam o próprio delineamento do direito, ou seja, o perfil que o ordenamento jurídico conferiu à propriedade. As limitações configuram, portanto, o contorno do direito, e incidem sobre a propriedade.

Referida teoria, tradicionalmente propagada por Renato Alessi, atualmente denomina-se teoria interna das restrições, na qual estas se identificam como aspectos imanentes das normas, que fixam o conteúdo do direito já com suas limitações. Em contraposição, existe a teoria externa das restrições, a qual reconhece, primeiramente, a existência de direitos à liberdade e à propriedade, decorrentes dos princípios jurídicos da liberdade e propriedade, e posteriormente, a existência de restrições a estes direitos.¹⁰

A segunda teoria apresentada foi desenvolvida com base nas lições de Robert Alexy, pois o autor, em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, desenvolve a noção de princípio enquanto norma ju-

⁹ Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes, Curso de derecho administrativo, p. 107-108.

¹⁰ Ricardo Marcondes Martins, *Poder de polícia*, p. 76-77.

rídica, o qual representa mandados de otimização, e permite a ponderação para reconhecer direitos no caso concreto. Dessa forma, os princípios fixam direitos *prima facie* que sofrem restrições posteriormente, devido às ponderações que se fazem necessárias tendo em vista a colisão com outros princípios. Somente após as ponderações é que surgirão eventuais restrições e os direitos serão fixados de forma definitiva.

Os princípios, tomados abstratamente, não são capazes de dispor sobre a extensão de um direito, o que somente ocorrerá em face da ponderação com princípios colidentes e diante das possibilidades fáticas. Os princípios impõem realizações na maior medida possível e por isso não contêm mandamento definitivo e diferenciam-se das regras, pois estas estabelecem, desde logo, razões definitivas.¹¹

Todavia, em que pese a correção lógica do argumento firmado a partir da *Teoria dos direitos fundamentais* de Robert Alexy para fundamentar a teoria externa das restrições, adota-se, no presente trabalho, a teoria interna das restrições, para reconhecer que o direito de propriedade nada mais é do que o contorno estabelecido pelo ordenamento jurídico à propriedade.

Cumprido destacar, além dos argumentos doutrinários citados anteriormente, que as restrições são imanentes ao ordenamento jurídico, este tomado enquanto sistema e não apenas enquanto princípios passíveis de ponderação no caso concreto. As “restrições” impostas por uma regra, ou decorrentes da ponderação de princípios no caso concreto, constituem o próprio direito do cidadão. Por tal razão, ou seja, por serem oriundas do ordenamento jurídico, é que as restrições imanentes, leia-se, limitações à propriedade, não geram direito de indenização ao seu destinatário, na medida em que não representam limitações a direitos fundamentais.¹²

O fato de existirem no mesmo ordenamento jurídico os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, já configura a existência de limitação

11 Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 104.

12 Luis Manuel Fonseca Pires. Limitações administrativas à liberdade e à propriedade, p. 111.

interna, pois impõe ao proprietário a realização de determinados deveres, os quais delineiam o perfil do seu direito de propriedade. Assim, o direito de propriedade se constitui a partir da propriedade privada, porém com a incidência das limitações oriundas da função social da propriedade.

Já as restrições, com o conteúdo que aqui se adota, por serem externas à formação do direito e atingirem o núcleo essencial deste, que é protegido pelo ordenamento jurídico e em especial pelas normas constitucionais, geram direito à indenização. Dessa forma, as afrontas a este núcleo duro, sem o respectivo ressarcimento ao cidadão, ainda que impostas pelo legislador infraconstitucional e que por tal razão sejam inerentes ao ordenamento jurídico, reputar-se-ão inconstitucionais.

2. Evolução histórica do direito de propriedade e surgimento do princípio da função social da propriedade

No direito romano, onde encontra sua raiz histórica, a propriedade possuía concepção individualista, com fundamento religioso.

Fábio Konder Comparato ensina que *“a propriedade greco-romana fazia parte da esfera mais íntima da família, sob a proteção do deus doméstico”*.¹³

Para os romanos, a propriedade representava concentração de poder.

Na Carta Magna inglesa de 1215, o direito de propriedade não assumia a conotação de direito fundamental, mas a pedra de toque do documento era a garantia das terras, do direito de propriedade, incluída a herança, e as garantias inerentes ao seu uso particular, comprometido com o interesse dos proprietários.¹⁴

Com a Revolução Francesa, e o início do constitucionalismo moderno, a noção privatista do direito romano era mantida, porém sob outro fundamento.

13 Fábio Konder Comparato, *Direitos e deveres em matéria de propriedade*, p. 133

14 Cármen Lúcia Antunes Rocha, op. Cit., p. 69.

A tendência do caráter absoluto do direito de propriedade foi retratada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, segundo a qual seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos. O direito de propriedade era fundamental para a manifestação do direito à liberdade e à igualdade¹⁵.

Outro documento a adotar esta tendência foi a *Bill of Rights* da Virgínia, em 12 de junho de 1776, pouco antes da declaração da independência dos Estados Unidos.

No Brasil, a Constituição de 1824 colocou a propriedade entre os direitos fundamentais.

De acordo com o pensamento de John Locke, inspirador do constitucionalismo liberal, a formação do estado civil pelo homem implicava a plena e a eficaz conservação dos direitos naturais¹⁶. O direito de propriedade, por ser direito natural, era absoluto, inatingível pelo Estado, que era criado apenas para conservar direitos naturais dos indivíduos.

Ainda segundo Locke, o direito de propriedade tinha por fundamento a subsistência do indivíduo e de sua família, o que era garantia fundamental da liberdade do cidadão contra as imposições do Poder Público¹⁷.

Na mesma linha era o pensamento de Jean Jacques Rousseau, para quem o fundamento do pacto social era a propriedade, e sua primeira condição era a de que cada indivíduo deveria ter tranquilidade para seu uso. O direito de propriedade era o mais sagrado de todos os direitos e fundamento para os demais direitos civis.¹⁸

Assim, o direito de propriedade tornava-se, sem dúvida, direito fundamental da pessoa humana.

15 “Art. 17- La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige évidemment, et sous la condition d’un juste et préalable indemnité.”

16 Norberto Bobbio, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, p.38.

17 Fábio Konder Comparato, op. Cit., p.135.

18 Ibidem.

Ocorre que a evolução socioeconômica ocorrida a partir do fim do século XIX alterou essa perspectiva. Vieram à tona movimentos sociais com forte conotação política, questionando os regimes econômicos capitalistas e com isso a propriedade privada.

Especialmente após a Revolução Industrial e os problemas dela advindos, o Estado passou a intervir mais na economia e, por conseguinte, na propriedade, a fim de evitar abusos decorrentes da dominação de alguns indivíduos sobre outros, os quais também eram titulares do direito de propriedade.¹⁹

Aliado à Revolução Industrial, o fenômeno social da urbanização fez com que o Estado passasse a intervir de forma mais enfática na propriedade, com a finalidade de refrear o desenvolvimento desordenado nos núcleos urbanos.

Segundo José Afonso da Silva, o regime liberal vigente:

(...) permitia que medrasse a injustiça e a iniquidade na repartição da riqueza, e prosperasse a miséria das massas proletárias, enquanto o processo acumulativo favorecia, de um lado, o enriquecimento de poucos, e de outro, as crises econômicas ainda mais empobrecedoras e geradoras de desemprego. O Manifesto Comunista, que, pela sua influência, é comparado por Harold Laski com a Declaração de Independência americana e com a Declaração dos Direitos de 1789, foi o documento político mais importante na crítica socialista ao regime liberal-burguês. A partir dele, essa crítica fundamentou-se em bases teóricas e numa concepção da sociedade e do Estado, e se tornou, por isso, mais coerente, provocando, mesmo, o aparecimento de outras correntes e outros documentos, como as encíclicas papais, a começar pela de Leão XIII, 'Rerum Novarum', de 1891.²⁰

A necessidade de atuação positiva do Poder Público indica a substituição do Estado Liberal pelo Estado Social ou de Bem-Estar (*Welfare-State*):

19 Jivago Petrucci, *A função social da propriedade como princípio jurídico*, p.171.

20 José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 164.

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquele se trata tão somente de colocar barreiras ao Estado, se esquecendo de fixar-lhe também obrigações positivas, neste, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado. A identidade básica entre Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios.²¹

A função individual da propriedade dava lugar à sua função social. A propriedade não seria mais instrumento voltado apenas para a consecução dos fins individuais do proprietário. A sociedade, tão carecedora de recursos e marcada pela acentuada desigualdade de classes, merecia que a propriedade privada servisse como instrumento para a realização dos interesses sociais.

O pensamento social da Igreja Católica subordinou o direito de propriedade ao atendimento do fim social da coletividade, o que era defendido por León Duguit, em 1912, que sustentou a ideia de função social da propriedade, mas de forma radical.

Para ele não havia direito subjetivo à propriedade; todo indivíduo detentor de riqueza deveria satisfazer o interesse coletivo. A propriedade era, portanto, geradora de deveres e não direitos.

A Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição do México, de 1917, dispunham que a propriedade acarreta obrigações para seu titular e que o direito de propriedade deve ser exercido no interesse social.

A propriedade não é apenas direito individual, mas dever social que se impõe pela natureza de justiça que decorre das relações travadas em função do quanto a sua destinação deverá cumprir em benefício de todos e não apenas de alguns ou de alguém²².

21 Agustín Gordillo, *Princípios gerais de direito público*, apud Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos do Direito Público*, p.55.

22 Cármen Lúcia Antunes Rocha, op cit., p. 75.

Tal visão, entretanto, era extremamente radical, pois chegava ao ponto de aniquilar o direito do particular sobre sua propriedade em benefício da sociedade.

Assim, a propriedade não deve servir apenas para que seja alcançado um objetivo relacionado ao interesse da coletividade, mas, também, para que seja alcançado o interesse particular do proprietário.

Aqui reside a ideia de função social da propriedade, sem a qual não há que se falar, atualmente, em direito de propriedade.

Enquanto a consagração dos ‘direitos individuais’ substancia uma defesa do indivíduo perante o Estado, a estatuição dos ‘direitos sociais’ traduz uma defesa do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos. Passaram, assim, a ser limitados os direitos individuais, atribuindo-se a alguns ‘funções sociais’. Foi o que se verificou com o direito de propriedade, cuja expressão, agora, já não mais se cinge a um simples direito, mas a um ‘direito-dever.’²³

De acordo com a função social, os interesses do proprietário existem, mas as consequências para a realização desses interesses não podem ser danosas à coletividade. Não há mais que se cogitar, como se aventava na concepção privatista-individual do direito de propriedade, que o proprietário de um imóvel possa, simplesmente, não utilizá-lo.

Para que o direito de propriedade possa ser reconhecido atualmente, não há mais como aplicar a teoria clássica ou realista consagrada na doutrina civilista, na qual a propriedade resulta da relação entre o proprietário e seu imóvel, relação esta em que somente se afirmam direitos em face da coletividade, que deve se abster da prática de atos lesivos a esses direitos.

A função social da propriedade ampliou essa relação unilateral, passando a admitir que a coletividade possa reconhecer direitos em face da propriedade privada.

²³ Junia Verna Ferreira de Souza, *Solo criado: um caminho para minorar os problemas urbanos*, p. 147.

Afirma Luis Manuel Fonseca Pires que ao direito subjetivo decorrente da propriedade deve se somar o dever de atender à função social, o que legitima a imposição pelo Estado de deveres jurídicos a serem observados pelos proprietários em nome do bem comum da sociedade.²⁴

A afirmação da função social da propriedade reforça a ideia, trazida acima, de que o regime jurídico da propriedade se subordina ao Direito Público, sobre o que merece transcrição o brilhante pensamento de José Afonso da Silva:

Os juristas brasileiros, privatistas e publicistas, concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao Direito Civil, considerado direito real fundamental. Olvidam as regras de Direito Público, especialmente de Direito Constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Confundem o princípio da função social com as limitações de polícia, como consistente apenas no ‘conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social’, isto é, mero conjunto de condições limitativas.

Essa é uma perspectiva dominada pela atmosfera civilista, que não leva em conta as profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, sujeita, hoje, à estreita disciplina de Direito Público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. Em verdade, a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não só isso, pois, como assinalamos, estabelece também seu regime fundamental, de tal sorte que o Direito Civil não disciplina a propriedade, mas tão somente as relações civis a elas referentes. Assim, só valem no âmbito das relações civis as disposições do Código Civil que estabelecem as faculdades de usar, gozar e dispor de bens (art. 524), a plenitude da propriedade (art. 525), o caráter exclusivo e ilimitado (art. 527) etc., assim mesmo com as delimitações e condicionamentos que das normas constitucionais defluem para a estrutura da propriedade em geral²⁵.

24 Luis Manuel Fonseca Pires. *A propriedade privada em área de proteção ambiental: limitações ou restrições administrativas*, p. 34-35.

25 Op. Cit. p.276

Assim, os textos constitucionais do século XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial, passaram a tratar da propriedade não apenas como direito fundamental, mas também como aspecto da ordem econômica.

Nesse contexto é que a função social da propriedade foi concebida como princípio jurídico. Segundo Carlos Ari Sunfeld: “Surge, assim, o princípio da função social da propriedade, representando compromisso entre a ordem liberal e a ordem socializante, de maneira a incorporar à primeira certos ingredientes da segunda”.²⁶

Merece trazer à colação, mais detidamente do que outrora, a acepção de princípio aqui adotada, já que se identifica a função social da propriedade como norma jurídica de tal natureza.

Por ser princípio jurídico, a função social da propriedade apresenta-se como norma fundamental do sistema, a partir da qual são fixadas regras que espelham seu conteúdo, conforme teoria tradicional de princípio, da qual se pode citar como expoente Celso Antônio Bandeira de Mello.

Todavia, não se ignora a existência de outras acepções conferidas pela doutrina à ideia de princípio, dentre as quais se destaca a teoria desenvolvida por Robert Alexy, segundo a qual os princípios não se caracterizam pelo fato de serem ou não fundamentais ao sistema jurídico, mas sim por serem normas jurídicas, que diferem das regras na medida em que estas representam razões definitivas e aqueles razões *prima facie*, ou seja, normas que determinam mandados de otimização, a serem realizados na maior medida possível, cuja aplicação definitiva só ocorrerá após a ponderação com outros princípios, que prevalecerão ou não no caso concreto, sem que haja exclusão de um ou de outro do ordenamento jurídico, como mencionado anteriormente²⁷.

Sem negar o caráter fundamental que o ordenamento jurídico confere aos princípios da propriedade e função social da propriedade, tanto que a Constituição de 1988 os eleva à categoria de direito

26 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. p.54.

27 Robert Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*.

fundamental do cidadão nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º, parece inevitável ao intérprete a realização de um juízo de ponderação entre ambos quando da aplicação do direito, seja para extrair diretamente dos mesmos condutas a serem observadas pelos cidadãos, seja para verificar o conteúdo jurídico das regras jurídicas produzidas a partir deles.

Dessa forma, entende-se que as diversas acepções da palavra princípio, destacando-se aqui apenas duas delas, representam evolução, e que, por tal razão, não podem ser estudadas de forma estanque. Nesse sentido, cite-se o pensamento de Virgílio Afonso da Silva:

Não há como querer, por exemplo, que expressões como “princípio da anterioridade ou princípio da legalidade” sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo ‘princípio’, qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso.²⁸

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, a função social da propriedade encontra guarida constitucional em diversos dispositivos: artigo 5º, XXIII, 170, III, 182, § 2º, 184 e 186.

3. Conteúdo da função social da propriedade

Faz-se necessário definir, a partir de agora, o conteúdo da função social da propriedade, ou seja, se seria apenas uma obrigação, a cargo do proprietário, de dar um destino produtivo ao seu bem, ou se, mais do que isso, seria a obrigação de dar-lhe um destino que atendesse aos postulados de uma justiça social.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello²⁹, a importância de tal definição não é apenas acadêmica, pois a depender do conteúdo da função social da propriedade, se mais restritivo ou mais ampliativo, as providências estatais para a aplicação do princípio em questão serão imediatas, ou dependerão de programas a serem implementados.

²⁸ Virgílio Afonso da Silva, *O proporcional e o razoável*, p.26.

²⁹ Op. cit., p.44.

Para exemplificar, diz o autor que se for adotado o conteúdo restritivo, essencialmente econômico, basta que o Estado institua uma pesada e progressiva tributação sobre imóveis rurais e urbanos sem aproveitamento ou com utilização insuficiente para que se cumpra a função social da propriedade.

Por outro lado, continua, se for tomado o conteúdo mais amplo, que visa ao alcance da justiça social, sem a preocupação exclusiva com a utilização produtiva do bem, mas com o desenvolvimento de uma sociedade igualitária, o Estado deverá, por exemplo, promover desapropriações para promover o acesso à propriedade, estabelecer mecanismos para a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, tais como a participação nos lucros da pessoa jurídica que contou com o esforço dos assalariados.

Na primeira acepção, a propriedade alcança sua função social quando produz sua utilidade específica, ou quando não é usada em desacordo com a utilidade social. Já na segunda acepção, a função social da propriedade efetiva-se quando se alcança uma ordem social mais justa em relação aos mais pobres, havendo equilíbrio dos diversos seguimentos da sociedade.

A ideia de “justiça social” associa-se com o pensamento social cristão, “inaugurado de maneira formal pela Encíclica ‘Rerum Novarum de 1891’”, já que “os postulados de tal doutrina estão lastreados exatamente na necessidade de inserir o homem num todo social que tinha por fim a plenitude da vida individual”, sustentando a ideia de que “o interesse social qualificava os interesses individuais e impunha suas regras à autonomia de cada um”³⁰.

Eros Roberto Grau dá seu entendimento sobre o significado da expressão “justiça social”:

‘Justiça social’, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em ra-

30 Gianni Baget-Bozzo, *Pensamento social cristão*, apud, Jivago Petrucci, op. Cit, p. 177.

zões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.³¹

Assim, verifica-se que o conteúdo do princípio da função social da propriedade, do modo como previsto no art. 5º, inciso XXIII, deve ser o mais amplo possível, de forma a atingir os ideais de justiça social, de realização do bem comum, de diminuição das desigualdades sociais, enfim, de preocupação com o desenvolvimento nacional.

Trata-se de direito fundamental do cidadão, a ser realizado na maior medida possível e sem possibilidade de retrocesso. A interpretação das demais normas jurídicas do sistema, portanto, deve buscar o conteúdo aqui mencionado, de modo a otimizar a aplicação do princípio da função social da propriedade.

Nesse contexto, observa-se que o mesmo constituinte, ao dispor sobre a função social da propriedade urbana, limitou o conteúdo amplo anteriormente trazido pelo artigo 5º, inciso XXIII e estabeleceu que:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Ao dispor de tal modo, a Constituição Federal elegeu o plano diretor como único instrumento de política urbana a identificar o conteúdo da função social da propriedade, o que, de certo modo, esvazia o conteúdo extraído do art. 5º, inciso XXIII já que, também no artigo 182, a Constituição não estabelece a obrigatoriedade de elaboração de plano diretor a todos os Municípios:

Art. 182 (...)

31 A ordem econômica na Constituição de 1988, apud, Jivago Petrucci, op. Cit, p. 176.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Poder-se-ia afirmar, caso o conteúdo do princípio da função social da propriedade urbana fosse aquele fornecido pelo plano diretor, conforme dispõe o art. 182, § 1º, que os Municípios que não estivessem obrigados a editá-lo, não teriam como cumprir a função social da propriedade. Ocorre que, como afirmado, tal interpretação amesquinha o direito fundamental à função social da propriedade e, portanto, deve ser repelida.

Para que se encontre o sentido e o alcance da expressão função social da propriedade, a Constituição Federal deve ser interpretada de forma sistemática, a partir do art. 5º, XXIII, que a prevê como direito fundamental do cidadão, verdadeiro princípio jurídico. Assim, a função social da propriedade, seja urbana ou rural, deverá ser cumprida independentemente da existência de um plano diretor. O Município deverá zelar para que o princípio seja observado na elaboração de toda a sua legislação urbanística.

Como bem afirmado por Cristiana Fortini,³² a Constituição Federal não eleva o plano diretor à condição de único instrumento de execução da política urbana, de modo que outros instrumentos, como aqueles previstos no Estatuto da Cidade, poderão trazer o conteúdo da função social da propriedade urbana.

Todo o ordenamento jurídico, portanto, deve refletir o conteúdo da função social da propriedade extraído do art. 5º, inciso XXIII da Constituição, como a busca pela realização da justiça social.

4. Conclusão

Conforme previsão constitucional, o direito de propriedade, aqui entendido como limitação à propriedade com fundamento no princí-

32 FORTINI, Cristiana. *Plano diretor – temas polêmicos. Discussão sobre a iniciativa para a sua elaboração. A imperiosidade de plano diretor para apurar o cumprimento da função social da propriedade*, p. 4.

pio da supremacia do interesse público sobre o privado, também deve refletir conteúdo social, uma vez que a função social da propriedade é princípio jurídico garantidor de direitos fundamentais do cidadão, a ser realizado na maior medida possível.

Por ser direito fundamental, em face do qual se busca a máxima efetividade, deve-se buscar sempre a interpretação que mais o amplie. Desse modo, à luz do princípio da função social da propriedade, exarado no art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, é que deve ser interpretado o art. 182, § 2º da Constituição Federal, que confere ao plano diretor municipal a incumbência de determinar o conteúdo da função social da propriedade urbana.

Por conseguinte, ainda que um Município não seja obrigado a elaborar plano diretor, as demais normas jurídicas que produzir, urbanísticas ou não, devem ter por conteúdo e buscar a aplicação do princípio da função social da propriedade, ditame da justiça social e direito fundamental dos cidadãos.

6. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

BOBBIO, Norberto, **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 3ª Edição. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília. 1995.

COMPARATO, Fábio Konder, **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais p. 130-147. 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – direito das coisas**. São Paulo: Saraiva. 2001, 4v.

ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 9ª ed. Madrid: Civitas. 2004. 2 v.

FORTINI, Cristiana. **Plano diretor – temas polêmicos**. Discussão sobre a iniciativa para sua elaboração. A imperiosidade de plano diretor para apurar o cumprimento da função social da propriedade. Belo Horizonte, Ano 5, n. 11, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoshow.aspx?idConteudo=12114>>. Acesso em: 27 dez. 2009.

GIORDANI, José Alcir Lessa. Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional. **Revista dos Tribunais** (RT), São Paulo, nº 669: 46-57, julho de 1991.

GORDILLO, Augustín, **Princípios gerais de direito público**. Trad. Marco Aurélio Greco, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 74, *apud* Carlos Ari Sundfeld, **Fundamentos do Direito Público**, 3ª. ed, São Paulo: Malheiros. 1998.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Poder de polícia. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coords). **Intervenções do Estado**. São Paulo: Quartier-Latin. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Novos aspectos da função social da propriedade no Direito Público. **Revista de Direito Público (RDP)**, São Paulo, nº 84: 39-45. 1986.

_____. **Curso de direito administrativo**. 26ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2009.

PETRUCCI, Jivago. A função social da propriedade como princípio jurídico. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, nº 59/60, p. 167-189, jan./dez. 2004.

_____. **O princípio constitucional da função social da propriedade privada**. Dissertação de mestrado, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**. São Paulo: Quartier Latin. 2006.

_____. A propriedade privada em área de proteção ambiental: limitações ou restrições administrativas. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coords), **Intervenções do Estado**. São Paulo: Quartier-Latin. 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da função social da propriedade. **Estudos em homenagem ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum. 2004, p. 55-104.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª. ed, São Paulo: Malheiros. 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. n 798. p. 23-50. 2002.

SOUZA, Junia Verna Ferreira de. Solo criado: um caminho para minorar os problemas urbanos. In DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coords.) **Temas de direito urbanístico 2**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 1991, p.146-171.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros. 1998.

A utilização dos tributos para implementação do direito fundamental ao meio ambiente saudável e equilibrado.

Luís Claudio Ferreira Cantanhede¹

Resumo

Este artigo tem por escopo demonstrar que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser alcançado por meio da utilização da tributação.

Para tanto será delimitada a abrangência do conceito de meio ambiente e depois definidos os conceitos de fiscalidade, parafiscalidade e extrafiscalidade, com o fulcro de elucidar que políticas tributárias de carácter extrafiscal podem ser muito úteis na defesa do meio ambiente, inclusive com menores custos para a máquina estatal.

Durante este caminho, serão elucidados conceitos básicos do direito ambiental, bem como dissecados princípios constitucionais ambientais, precisamente os da precaução, da prevenção e do acesso equitativo aos bens ambientais, cujos implementos encontram no direito tributário um fortíssimo aliado na busca de suas máximas eficácias.

Por fim, serão trazidos alguns exemplos da utilização da tributação com vistas à proteção do meio ambiente, demonstrando que, apesar de

¹ Procurador do Estado de São Paulo, em exercício na Procuradoria Regional da Grande São Paulo, Seccional de Mogi das Cruzes. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica-PUC/SP. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE.

ainda tímida, a medida já vem sendo implementada no cenário nacional, mormente no Estado de São Paulo.

Palavras-chave: Direito Fundamental – Ambiente – Extrafiscalidade – Tributos

1. Meio Ambiente saudável e equilibrado – um direito fundamental a ser implementado pelo Estado

Quando a Constituição Federal enuncia que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e afirma que isso é essencial à sadia qualidade de vida, toma o cuidado de impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

Tem-se aí, sem dúvida, um direito atribuído a todos e a cada um dos componentes de nossa sociedade, que é fundamental justamente por se relacionar intimamente com o princípio da dignidade humana, que constitui fundamento da nossa República.

Assim, ao Estado e à coletividade é imposto o dever, também fundamental, de defender e de preservar o meio ambiente. A constituição estabelece o fim, o escopo a ser alcançado pela sociedade, mas deixa ao arbítrio legítimo e razoável do Estado estabelecer o modo pelo qual alcançará esse desiderato.

Justamente o que se tentará demonstrar a seguir é que o manejo das categorias de direito tributário aparece como alternativa eficiente para o alcance desta finalidade, uma vez que, ao intervir no patrimônio das pessoas, determina comportamentos e arraiga no consciente da coletividade a necessidade de adotar posturas sustentáveis.

2. Abrangência do conceito de meio ambiente

Encontra-se na Lei Federal, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, a seguinte definição para meio ambiente: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida”.

Etimologicamente, o termo “ambiente” significa entorno, aquilo que nos rodeia. Do mesmo modo, a palavra meio, a par de outras signi-

ficações, também remete a esta mesma ideia, o que leva à conclusão de que o termo meio ambiente representa um pleonasma. Essa conclusão não representa nenhuma novidade, o que se comprova nos ensinamentos de Paulo Affonso Leme Machado:

Acentuam autores portugueses que a expressão “meio ambiente”, embora seja “bem sonante”, não é, contudo, a mais correta, isto porque envolve em si mesma um pleonasma. O que acontece é que “ambiente” e “meio” são sinônimos, porque “meio” é precisamente aquilo que envolve, ou seja, “o ambiente”.²

Ao equívoco linguístico não deve ser atribuída muita importância, visto que serve para reforçar a ideia que se quer apreender com a expressão, o que é muito bem elucidado por José Afonso da Silva:

Em português também ocorre o mesmo fenômeno, mas essa necessidade de reforçar o sentido significativo de determinados termos, em expressões compostas, é uma prática que deriva do fato de o termo reforçado ter sofrido enfraquecimento no sentido a destacar, ou, então, porque sua expressividade é mais ampla ou mais difusa, de sorte a não satisfazer mais, psicologicamente, a ideia que a linguagem quer expressar. Esse fenômeno influencia o legislador, que sente a imperiosa necessidade de dar aos textos legislativos a maior precisão significativa possível; daí por que a legislação brasileira, incluindo normas constitucionais, também vem empregando a expressão “meio ambiente”, em vez de “ambiente”, apenas.³

Desse modo, já se consegue vislumbrar um componente essencial do conceito de meio ambiente, que consiste naquilo que envolve e abrange todo o entorno em que vivemos. A partir desta constatação pode-se afastar uma ideia comum, mas incompleta, que tende a confundir o conceito em questão apenas com a natureza intocada, com as florestas, os animais, ou seja, com aquilo que não foi objeto do labor humano.

Ora, o lançar vista naquilo que nos rodeia demonstra que esse entorno não é composto somente por florestas ou animais, mas sim por

2 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. pág. 51

3 SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. pág. 19/20

prédios, ruas, avenidas, praças, veículos, todos obras humanas, que, diga-se de passagem, predominam na paisagem.

Por isso, seria uma indevida redução definir o conceito de meio ambiente sem englobar os bens artificiais, ou seja, criados pelo homem. Justamente atentando para isso que abalizada doutrina cunha o referido conceito nos seguintes moldes:

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.

*O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto dos elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais.*⁴

No mesmo sentido leciona Édis Milaré, diferenciando a existência de duas concepções para a expressão:

No *conceito jurídico* mais em uso de 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 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.⁵

Adotando a postura dos doutrinadores citados, o meio ambiente deve ser conceituado de modo abrangente, congregando todos os ele-

4 SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. pág. 20

5 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. pág. 113/114

mentos naturais, artificiais e culturais que estejam relacionados à vida e ao seu desenvolvimento, em todas as suas formas.

Dessa conclusão pode-se inferir a existência de aspectos do meio ambiente, ou seja, divisões do seu objeto, que são definidos assim: o meio ambiente artificial; o meio ambiente cultural; o meio ambiente natural; e o meio ambiente do trabalho, que se enquadra, perfeitamente, na definição de meio ambiente artificial.

O meio ambiente artificial caracteriza-se por decorrer da obra humana, ou seja, é composto pelas construções do homem. O cultural, por sua vez, não deixa de ser artificial, mas possui um valor artístico, histórico, paisagístico, turístico e arqueológico que o diferencia das construções em geral. O do trabalho também é artificial, mas merece tratamento especial por referir-se intimamente ao bem-estar do trabalhador⁶. Derradeiramente, o meio ambiente natural é aquele que corresponde ao conceito estrito de meio ambiente, muito bem delineado por Edis Milaré na citação acima.⁷

É nesse sentido abrangente que o meio ambiente merece e recebe tutela jurídica constitucional. Parece evidente que não basta a preservação de um dos aspectos componentes do conceito, porque a vida saudável depende, necessariamente, do equilíbrio ambiental em todos os âmbitos, artificial e natural.

6 José Afonso da Silva ensina: “Merece referência em separado o *meio ambiente do trabalho*, como o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente. É um meio ambiente que se insere no artificial, mas digno de tratamento especial, tanto que a Constituição o menciona explicitamente no art. 200, VIII...” (SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. pág. 23)

7 “O conceito mostra a existência de três aspectos do meio ambiente: I – *meio ambiente artificial*, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: *espaço urbano aberto*); II – *meio ambiente cultural*, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; III – *meio ambiente natural*, ou *físico*, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam.” (SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 21)

2. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente equilibrado – A busca do desenvolvimento sustentável.

O problema ambiental surgiu quando se verificou que as atividades humanas estavam causando excessiva degradação, a ponto de colocar em risco a qualidade de vida de toda a população, inclusive no que concerne às futuras gerações. Os diversos processos de degradação da atmosfera, da litosfera e da hidrosfera demonstraram que se não se tomasse uma atitude enérgica contra esse estado de coisas a vida terrestre caminharia para a extinção.

No ano de 1972 travaram-se dois importantes debates referentes ao meio ambiente: a reunião de um grupo de cientistas na cidade de Roma, conhecido como Clube de Roma, e a Conferência de Estocolmo. Esta última contou com a presença de vários países e organismos internacionais, mas a polarização das discussões entre países desenvolvidos e não desenvolvidos impediu maiores avanços na matéria.

A divergência decorria da necessidade de desenvolvimento dos países à época qualificados de terceiro mundo, assolados por problemas sociais e econômicos que os levavam, inexoravelmente, a tratar a questão ambiental de modo secundário, fato que não ocorria com os desenvolvidos, pois haviam de certo modo superado estas questões. Os desenvolvidos queriam impedir que a degradação ambiental avançasse. Os subdesenvolvidos queriam ter a oportunidade de desenvolverem-se sem que questões ambientais os travassem.

No Brasil, na mesma época, o lançamento do Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento⁸ elucidou o pensamento dos países subdesenvolvidos acerca da matéria ambiental, visto que colocava como pressuposto fundamental a impossibilidade de admitir-se que questões ambientais servissem de entrave ao desenvolvimento econômico e industrial do país.⁹

8 Lei Federal nº 6.151/74 – Aprovou o segundo Plano Nacional de Desenvolvimento.

9 De fato, só em 1973 retomou-se a sistematização da matéria, a começar pela criação, pelo Decreto 73.030, de 30/10/1973, no âmbito do ministério do interior, da *Secretaria Especial de Meio Ambiente* – SEMA, (...) Mais importante, nessa evolução, foi o II Plano Nacional de Desenvolvimento, que traçou as diretrizes e prioridades sobre a preservação do meio ambiente, ressaltando, como pressuposto fundamental, como já lembrado, que não era válida

Esse documento demonstra a divergência que reinou na Conferência de Estocolmo, no sentido de que os países desenvolvidos, maiores responsáveis pela poluição mundial, eram os que deveriam tomar medidas mais drásticas e impactantes no sentido da proteção ambiental, garantindo, assim, a possibilidade de crescimento e melhoria das condições sociais do terceiro mundo.

Vê-se, portanto, que a poluição, concebida como toda modificação exógena das características do meio ambiente que se mostre prejudicial aos seres vivos, é fator decorrente do crescimento econômico e do desenvolvimento social. Como não se concebe uma sociedade estagnada, é razoável admitir que a poluição sempre existirá e que a tarefa da sociedade é adequá-la a patamares aceitáveis, absorvidos naturalmente pelo meio ambiente.

Neste sentido leciona Édis Milaré ao tratar da poluição atmosférica:

1. Aspectos gerais da poluição do ar

A poluição do ar resulta da alteração das características físicas, químicas ou biológicas normais da atmosfera, de forma a causar danos ao ser humano, à fauna, à flora e aos materiais. (...)

Episódios agudos de poluição atmosférica, com uma duração que pode variar de minutos a alguns dias, acarretaram transtornos graves e provocaram inúmeras mortes. As experiências brasileiras neste assunto datam dos anos 70 do século passado, época em que apareceram também os primeiros dispositivos legais para controlar o fenômeno.

*Temos que conviver – em níveis suportáveis, obviamente – com essa realidade do mundo moderno. No entanto, algumas medidas de ordenamento técnico e social devem ser incrementadas para minimizar os impactos negativos e suas sequelas. (grifos nossos)*¹⁰

qualquer colocação que limitasse o acesso dos países subdesenvolvidos ao estágio de sociedade industrializada sob pretexto de conter o avanço da poluição mundialmente, pois, em verdade, o maior esforço a ser realizado deveria recair sobre as nações industrializadas, que respondem, fundamentalmente, pelo atual estágio de poluição no mundo, e que só mais ou menos recentemente passaram a adotar medidas efetivas de proteção do meio ambiente. (SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. pág. 37)

10 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. pág. 216.

Em tempos anteriores, a poluição decorrente do desenvolvimento humano era suportada e dissipada pelos agentes naturais de modo que não se percebia os seus efeitos maléficos; contudo, contemporaneamente, o processo desenvolvimentista cresceu em progressão geométrica e a partir daí o ecossistema não mais conseguiu dar vazão e conter os efeitos dos poluentes lançados.

Neste sentido, leia-se:

A crise ambiental que assola o planeta não é preocupação de hoje, sequer da década passada. Remonta a um tempo mais distante.

O desenfreado espírito desenvolvimentista do homem, mormente nos últimos 100 anos, retrata com fidelidade o panorama do crescimento econômico e industrial, desconsiderando, muitas vezes, qualquer custo ou sacrifício ao meio ambiente.

Toda forma de agressão e conseqüente recuperação, que tempos atrás podia ser suportada e absorvida pela Terra, naturalmente recomposta pelos sistemas naturais e não necessitando das recomposições artificiais e da intervenção do homem nas diversas formas de restauração de *habitats* naturais, já não vingam na esteira do processo e do crescimento encampados no final do século XX e início do século XXI.¹¹

Surgiu daí um grande dilema que exige esforços mundiais para sua solução. De um lado, conseguiu-se dominar vários mecanismos naturais que limitavam o crescimento e o desenvolvimento da espécie humana, o que, por outro lado, está causando imensos danos ao planeta, que podem levar, inclusive, à extinção da nossa espécie.

A grande preocupação consiste, enfim, em se descobrir um modo de equacionar o crescimento e o desenvolvimento humanos, notoriamente garantidores de qualidade de vida, com a necessidade de proteção ambiental, sem o que todos os esforços envidados para a melhoria dos níveis de vida tornar-se-ão supérfluos.

11 TRENNEPOHL, Terence Dornelles. *Incentivos Fiscais no Direito Ambiental*. pág. 33.

É necessário estabelecer mecanismos de tutela do desenvolvimento e do crescimento que respeitem o meio ambiente, visto ser inconcebível a total anulação dos mecanismos de produção em prol do meio ambiente, o que redundaria no retorno da sociedade aos padrões vividos pelos povos nômades e caçadores do período paleolítico.

Também sensível à necessidade de adequação da preocupação com o meio ambiente com a necessidade de desenvolvimento social está o doutrinador argentino Alejandro C. Altamirano:

Concentro el análisis de la contaminación como um mal derivado de la producción de bienes en el proceso econômico el que, a pesar de generarla, igualmente debe funcionar.

Los procesos industriales, em determinados casos y en grados diversos tienen como consecuencia comprobable la alteración de la naturaleza. La contaminación representa, para el proceso industrial, un *costo adicional* que se internaliza. Este problema es de compleja y difícil solución, toda vez que podría ser tan perjudicial mantener invariablemente el fenómeno contaminante como erradicarlo totalmente. Además no todo proceso industrial que genera contaminación lo hace em niveles intolerables, pues algunos de estos efectos son subsanados por la propia naturaleza. Consecuentemente se debería reducir este fenómeno a la mínima expresión posible llevándolo a la *frontera de tolerância*, em donde la naturaleza pueda neutralizar el deterioro por si misma.¹²

A saída para o problema é justamente aquilo que se convencionou denominar de desenvolvimento sustentável¹³, ou seja, o crescimento eco-

12 ALTAMIRANO, Alejandro C. “El derecho constitucional a un ambiente sano, derechos humanos y su vinculación con el derecho tributario”, in: Marins, James (Org.). *Tributação e Meio Ambiente livro II*. pág. 31/32.

13 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Cautelar requerida no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540, deixou consignado no Acórdão que: “O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da

nômico e social que respeita o meio ambiente, que sempre considera os efeitos deletérios de determinada conduta sobre os bens naturais, que prega uma exploração consciente e preservadora dos insumos naturais.

Como já afirmado, não se discrepa da opinião de que a melhoria da qualidade de vida depende do desenvolvimento econômico, mas também se sabe que esse desenvolvimento completamente descompromissado com o meio ambiente pode levar à completa degradação do planeta e, conseqüentemente, à extinção da vida na Terra, ou, ao menos, a uma diminuição drástica de sua qualidade.

É justamente essa a preocupação exarada no princípio nº 4 da Declaração do Rio, fruto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ocorrida em 1992 e comumente conhecida como Rio 92, que dispõe: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.”

O desenvolvimento sustentável é o conceito concebido para unir em prol da melhoria das condições gerais de vida em nosso planeta, a necessidade de crescimento econômico para suprir os anseios de uma população crescente, com a imperiosa exigência de proteção do meio ambiente, como muito bem constatado por Édis Milaré:

3.1 Da crise à busca de uma saída

Em verdade, a agressão aos bens da natureza e à própria teia da vida, pondo em risco o destino do homem, é um dos tremendos males que estão gerando o “pânico universal” que assombra a humanidade neste inquietante início de milênio.

Por isso, nos últimos anos, a sociedade vem acordando para a problemática ambiental. O mero crescimento econômico, mito generalizado, vem sendo repensado com a busca de fórmulas alternativas, como o *ecodesenvolvimento* ou o *desenvolvimento sustentável*, cuja característica principal consiste na possível e desejável conciliação entre o desenvolvimento integral, a preser-

generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

vação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida – três metas indispensáveis.¹⁴

Em busca de novas estratégias jurídicas para salvaguarda da dignidade humana, o que, no caso em testilha, necessariamente exige a convivência harmônica de desenvolvimento com proteção do meio ambiente, que se tentará demonstrar que o direito tributário pode ser utilizado para o fomento do desenvolvimento sustentável.

3 – Tributos e Sustentabilidade.

Pelo já exposto, nota-se que a questão ambiental gravita em torno de dois princípios constitucionais, concebidos como finalidades necessárias a serem buscadas pela Federação, quais sejam, o desenvolvimento nacional, que figura como um dos objetivos da nossa república¹⁵, e a necessidade de garantir um meio ambiente saudável, direito fundamental que é pressuposto da dignidade humana, princípio fundamental do Estado brasileiro¹⁶.

A nossa Carta Magna trouxe um capítulo específico dentro do Título VIII, que trata da Ordem Social, sobre o tema referente ao meio ambiente. Trata-se do capítulo VI, que é composto por um único artigo, o de nº 225, do qual se extrai grande quantidade de regras e princípios jurídicos, todos voltados à proteção ambiental.

De sua leitura reluz a obrigação do Poder Público e da coletividade de defenderem e preservarem o meio ambiente para as gerações presentes e futuras, garantindo que seja equilibrado e propicie sadia qualidade de vida para todos.

O texto constitucional, ao versar sobre a ordem econômica e financeira, impõe como uma finalidade essencial a defesa do meio ambiente, nos seguintes termos:

14 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. pág. 64.

15 **Constituição Federal – Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II – garantir o desenvolvimento nacional.

16 **Constituição Federal – Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

Art. 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:

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (grifos nossos)

Já se verifica que a Constituição tratou de ponderar os interesses colidentes, desenvolvimento econômico e defesa do meio ambiente, exigindo que na busca do primeiro jamais se descure do segundo, do que se infere que o desenvolvimento nacional somente pode ser considerado legítimo se respeitar a obrigação de proteção ao meio ambiente.

A preocupação com o meio ambiente no exercício das atividades econômicas é tão cara ao ordenamento jurídico nacional que foi guindada à posição de legítimo fator discriminatório a fundamentar um tratamento diferenciado a ser dispensado pelo Estado às empresas, conforme os produtos ou serviços fornecidos, bem como as técnicas de produção e prestação sejam mais ou menos ofensivas à integridade dos ecossistemas naturais e artificiais.

O Supremo Tribunal Federal apreendeu com muito rigor a solução preconizada pela Constituição Federal para o conflito em questão, o que se evidencia no julgamento da Cautelar requerida no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158/-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com

os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. – A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

O texto constitucional exige do Estado uma atuação consistente na defesa do meio ambiente, valendo-se de todos os mecanismos que estão ao seu alcance, notoriamente os que lhe permitem intervir na economia. Sendo a atividade tributária uma das formas de se fazer essa intervenção, torna-se evidente a possibilidade do Estado manejar os tributos para fomentar a proteção dos ecossistemas.

No sentido de constituírem-se os tributos como meios de intervenção do Estado na ordem econômica, Ricardo Lobo Torres afirma:

As relações entre a Constituição Econômica e a Tributária apresentam-se como íntimas e profundas. Não há subordinação entre elas, pois a Constituição Tributária não se dilui na Econômica nem ocorre o contrário. Estão em equilíbrio permanente, influenciando-se mutuamente e relacionando-se em toda a extensão dos fenômenos econômicos e tributários.¹⁷

Não destoam deste entendimento os ensinamentos do i. doutrinador Jorge Henrique de Oliveira Souza:

No contexto da Constituição Federal de 1988, deve-se reconhecer que uma das formas de intervenção do Estado no domínio econômico ocorre mediante a técnica da indução, servindo o tributo como instrumento valiosíssimo para o alcance das finalidades perseguidas pelo Estado.¹⁸

17 TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas Constitucionais Tributários*. pág. 630.

18 SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. *Tributação e Meio Ambiente*. pág. 95/96.

Conclui-se, enfim, que o Estado tem a obrigação de proteger o meio ambiente mantendo as relações nele existentes equilibradas, de modo que preserve o seu desenvolvimento natural para as gerações presentes e futuras, bem como que a atividade tributária é um mecanismo assaz importante para as ações estatais que visam ao alcance deste escopo.

4 – Extrafiscalidade Tributária e proteção do meio ambiente.

As diversas classificações que o sujeito cognoscente atribui ao objeto do conhecimento caracterizam-se pela sua maior ou menor utilidade para o objetivo proposto. Isso porque não se pode tratar uma classificação como certa ou errada, pelo contrário, deve-se estabelecer se ela é útil ou inútil para o fim a que se destina.

Quando se procede a uma classificação, elegem-se alguns aspectos da realidade em análise para estabelecer liames entre os objetos em que aqueles se apresentam similares e colocá-los em um mesmo grupo.

Assim, estabelecer a caracterização de um tributo como fiscal, extrafiscal ou parafiscal nada mais é que forjar uma divisão em classes. Ocorre que, quando o critério utilizado não é idêntico, ou seja, as características colocadas em relevo não são as mesmas, é bastante provável que um mesmo objeto encontre-se contido em mais de uma classe.

É justamente isso que ocorre com a divisão dos tributos em fiscais, parafiscais e extrafiscais¹⁹, visto que, muitas vezes, um tributo de natureza eminentemente fiscal também exercerá função extrafiscal, o mesmo ocorrendo com aquele forjado para exercer função extrafiscal, que nunca deixará de exercer o escopo de arrecadar fundos para o Estado. Assim esclarece Paulo de Barros Carvalho:

Há tributos que se prestam, admiravelmente, para a introdução de expedientes extrafiscais. Outros, no entanto, inclinam-se mais ao setor da fiscalidade. Não existe, porém, entidade tributária

19 Regina Helena Costa leciona: “Ainda no contexto da competência tributária, importa distinguir três conceitos doutrinários, por vezes confundidos pelos menos afeitos à matéria tributária: fiscalidade, extrafiscalidade e parafiscalidade. Os dois primeiros conceitos relacionam-se à competência tributária, e o último, à capacidade tributária ativa” (COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. pág. 48)

que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem, harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro²⁰.

Aclarada a inexistência de exclusão entre as classes em questão, resta-nos delimitá-las para, depois, estabelecer como o fenômeno tributário pode servir para fomentar a conduta voltada à proteção ambiental.

Para definir o que caracteriza um determinado tributo como fiscal, extrafiscal ou parafiscal, pede-se *venia* para transcrever lição lavrada por Hugo de Brito Machado:

Embora se trate de matéria própria da Ciência das Finanças, não se pode deixar de fazer referência à função dos tributos. O objetivo do tributo sempre foi o de carrear recursos financeiros para o Estado. No mundo moderno, todavia, o tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente, os efeitos mais diversos na economia. A esta função moderna do tributo se denomina função extrafiscal.

No estágio atual das finanças públicas, dificilmente um tributo é utilizado apenas como instrumento de arrecadação. Pode ser a arrecadação o seu principal objetivo, mas não o único. Por outro lado, segundo lição prevalente na doutrina, também o tributo é utilizado como fonte de recursos destinados ao custeio de atividades que, em princípio, não são próprias do Estado, mas este as desenvolve, por intermédio de entidades específicas, no mais das vezes com a forma de autarquia. É o caso, por exemplo, da previdência social, do sistema financeiro da habitação, da organização sindical, do programa de integração social, dentre outros.

Assim, quanto a seu objetivo, o tributo é:

a) *Fiscal*, quando seu principal objetivo é a arrecadação de recursos financeiros para o Estado.

20 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. pág. 288.

b) *Extrafiscal*, quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros.

c) *Parafiscal*, quando o seu objetivo é a arrecadação de recursos para o custeio de atividades que, em princípio, não integram funções próprias do Estado, mas este as desenvolve através de entidades específicas.²¹

Pela lição conclui-se que os tributos de natureza fiscal caracterizam-se pela finalidade predominantemente arrecadatória. Os parafiscais, por sua vez, dizem respeito àqueles cuja capacidade tributária ativa é transferida para terceiros, entidades privadas ou não, mas necessariamente persecutórias de fins públicos.

De outro lado, os tributos intitulados de extrafiscais são aqueles que, ao lado da finalidade arrecadatória, sempre ínsita a qualquer modalidade de exação estatal, visam a fomentar práticas consideradas úteis para a sociedade, como intervenção no mercado de capitais, regulação da balança comercial, dentre outros.

O Estado brasileiro é pródigo na utilização da feição extrafiscal da atividade exacional, o que reluz com hialina clareza quando se lembra da recente previsão de taxação por IOF das poupanças, bem como o aumento da alíquota do IPI sobre os carros importados.

Há mesmo um tributo, qual seja, a contribuição para intervenção no domínio econômico, prevista no *caput* do art. 149 da Constituição Federal, que tem matiz eminentemente extrafiscal, o que é muito bem esclarecido pela professora Regina Helena Costa:

4.3.5.2. Contribuições interventivas (CIDes)

Tais contribuições destinam-se ao custeio da atividade interventiva da União no domínio econômico, regido pelos arts. 170 a 192, da CR.

Desse conjunto normativo, destaquem-se os princípios norteadores da atividade econômica a serem necessariamente observados

21 (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. pág. 79/80)

nessa atuação: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país (art. 170, I a IX).

Caracterizam-se por serem *tributos setoriais*, isto é, por abrange-rem ramos da atividade econômica específicos, como o canavieiro, o da navegação mercantil, etc. Daí restar evidente o caráter extrafiscal dessas contribuições, pois constituem instrumentos autorizados à União voltados ao direcionamento do comportamento dos particulares, nos diversos segmentos do domínio econômico.²²

Ainda como exemplo de extrafiscalidade tributária, pode-se falar do ICMS, pois a Constituição Federal, ao dispor acerca do regime jurídico que lhe é aplicável, traz a previsão de sua não incidência sobre as operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior²³. Ora, é evidente que essa previsão visa a fomentar a atividade de exportação e captação de divisas para o Brasil, de modo a garantir uma balança comercial superavitária para o País.

A extrafiscalidade tributária serve, inclusive, para afastar a incidência de alguns princípios e regras constitucionais que limitam a atividade tributária do Estado, notadamente os princípios da legalidade e da anterioridade.

A redação do § 1º do artigo 150 da Constituição Federal, abaixo colacionada, demonstra que em relação a alguns impostos, o valor do tributo pode ser cobrado no mesmo ano em que instituído ou majorado.

22 COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. pág. 133.

23 Constituição Federal, artigo 155, inciso X, alínea “a”.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III – cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a Lei que os instituiu ou aumentou;

§1º A vedação do inciso III, *b*, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II;

Notadamente, essa permissão, no que se refere aos impostos aduaneiros, aos incidentes sobre os produtos industrializados e aos referentes às operações de crédito, câmbio, seguro e valores mobiliários, visa a permitir uma imediata ação do Estado na economia, fomentando ou desestimulando determinadas atividades dentro do referido campo de incidência.

Por sua vez, o princípio da estrita legalidade, previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, tem sua aplicabilidade restringida no que concerne aos mesmos tributos indicados no parágrafo anterior, em razão do contido no § 1º do artigo 153, da Carta Magna, que permite ao Poder Executivo Federal, por meio de Decreto, atendidos os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos referidos impostos, o que, juntamente com a liberação do princípio da anterioridade, deixa ainda mais eficiente e célere a intervenção da União na economia.

Diante de tantos exemplos, não restam dúvidas que os tributos foram pensados pelo constituinte para o exercício de duas funções, a ínsita à atividade tributária que é a aquisição de recursos financeiros para financiar a prestação dos serviços públicos, e outra, que visa à intervenção estatal efetiva na conduta dos membros da sociedade, dirigindo-os a determinados comportamentos tidos pela Carta Magna como essenciais ao bem-estar social.

5 – Extrafiscalidade tributária e os princípios da precaução, da prevenção e do acesso equitativo aos bens ambientais

Do que foi exposto até aqui se conclui que o direito tributário é mecanismo importante para o fomento da proteção ambiental, pois

permite ao Estado intervir na ordem econômica no sentido de salvarguardar o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por meio do manejo dos tributos é possível favorecer o desenvolvimento sustentável, garantindo a convivência harmônica entre a necessidade de crescimento econômico, o favorecimento do desenvolvimento social com melhores condições de vida para a população, e a proteção do meio ambiente.

Cabe, agora, trazer à baila três princípios reitores do direito ambiental, cujo atendimento dar-se-á de modo bastante eficiente e eficaz por meio da utilização dos mecanismos tributários. São eles os princípios da prevenção, da precaução e do acesso equitativo aos recursos naturais.

5.1 – Princípios da Prevenção e da Precaução

A política do comando e do controle, caracterizada pela ênfase no poder de polícia e na repressão, atua, geralmente, de modo posterior à ocorrência de desastres ecológicos, aplicando sanções administrativas aos causadores de danos ambientais.

Neste diapasão, é preciso perscrutar se esse é o meio mais eficiente para a defesa do meio ambiente, visto que, após a ocorrência do dano ambiental, é bastante complicado ter-se a noção do seu alcance e da sua magnitude, além do que, ninguém pode afirmar que o dano perpetrado poderá ser reparado, ou seja, se o ecossistema afetado será recomposto em toda a sua extensão.

A atuação punitiva posterior ao dano, certamente, não é o meio mais eficaz para a proteção ambiental, o que deu ensejo à previsão dos princípios da prevenção e da precaução, que se caracterizam, justamente, por permitir uma atuação anterior à ocorrência do dano. Neste sentido, traz-se a lume importante lição de Paulo Affonso Leme Machado:

O risco para a vida, a qualidade de vida, a fauna e a flora – enfim, o risco para o meio ambiente – foi objeto de um posicionamento de vanguarda dos constituintes de 1988. O Poder Público precisa

prevenir na origem os problemas de poluição e de degradação da Natureza. Entre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios está a de “combater a poluição em qualquer de suas formas” (art. 23, VI), competindo à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre o “controle da poluição” (art. 24, VI).

A Constituição incorporou a metodologia das medidas liminares, indicando o *periculum in mora* como um dos critérios para antecipar a ação administrativa eficiente para proteger o homem e a biota. Se a Constituição não mencionou expressamente o princípio da precaução (que manda prevenir mesmo na incerteza do risco), é inegável que a semente desse princípio está contida no art. 225, §1º, V e VII, ao obrigar à prevenção do risco do dano ambiental.²⁴

A prevenção caracteriza-se pela imposição de atuação antecipada para impedir a ocorrência de perigos ambientais conhecidos, ou seja, cuja ocorrência já é prevista. Por sua vez, o princípio da precaução exige um maior cuidado na proteção ambiental, pois preconiza que diante da incerteza científica acerca do potencial danoso de uma determinada atividade, deve-se suspender seu exercício até que estudos comprovem a inexistência do perigo, ou determinem que seja executada de modo a ensejar o menor risco para o meio ambiente.

Como já afirmado, o meio ambiente constitui-se por uma série de relações entre os seres que o compõe, sejam vivos ou não, cujos danos sofridos, por vezes, implicam em consequências sequer imagináveis. Como exemplo, basta pensar na introdução de uma nova espécie em uma determinada localidade com o escopo de exterminar uma praga agrícola.

Em decorrência do princípio da prevenção, havendo ciência acerca de riscos para o ecossistema, estaria impedido o ingresso da espécie. Agora, se não houvesse estudos sobre os riscos da admissão dessa nova espécie no habitat, como atuar, permitir o ingresso em prol de uma me-

²⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 141/142.

lhorar na produtividade agrícola, ou vedar tal inserção sob o argumento de que a inexistência de certeza acerca dos riscos impõe a abstenção da atividade?

É justamente aqui que tem aplicação o princípio da precaução, em razão do qual estaria impossibilitada a inserção da espécie predadora da praga agrícola enquanto não houvesse certeza acerca do perigo ambiental que dessa conduta decorreria.

Ora, os tributos, em sua feição extrafiscal, são meios eficazes para prevenir e precaver os danos ao meio ambiente, propiciando incentivos fiscais aos meios de produção e prestação que comprovadamente não possuem potencial danoso, ou cujos riscos sejam menores se comparados com outras formas de produção, de modo a garantir o equilíbrio, preconizado pela nossa Carta Magna, entre os princípios do desenvolvimento nacional e da proteção ambiental.

Essa atitude não implicaria em violação ao princípio da isonomia tributária, visto que essa distinção é admitida pela própria Constituição Federal, que, no inciso VI do artigo 170, autoriza o Estado a prestar tratamento diferenciado às empresas conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Desse modo, parece que a manipulação constitucional das exceções fiscais permite uma atuação antecipada à ocorrência dos danos, quando incentiva as atividades potencialmente menos danosas e inibe as práticas arriscadas ao meio ambiente, interferindo no mercado para fomentar as empresas que demonstrem maior compromisso com a proteção ambiental.

Os meios para se fazer isso são variados, sendo que se pode pensar em reduções de base de cálculo do imposto de renda para as empresas que demonstrem responsabilidade ambiental investindo em ativos fixos que diminuam as externalidades negativas do processo produtivo. Pode-se pensar, ainda, em isenções dos impostos sobre a circulação e a produção de produtos reciclados.

O tratamento diferenciado preconizado pela Constituição Federal deve ter reflexos diretos no estabelecimento de uma política fiscal que

priorize as empresas que atuem com responsabilidade ambiental, em detrimento de outras que causem elevado impacto para o meio ambiente²⁵.

É importante lembrar que o vetor de discriminação referente ao menor impacto ambiental da empresa foi eleito pela Constituição Federal como legítimo critério para diferenciação no tratamento tributário dispensado, o que antes de poder do Estado, mostra-se como um dever, visto que o seu artigo 225 obriga-o a tomar todas as medidas necessárias à proteção do meio ambiente, cuja proteção constitui direito fundamental de toda a coletividade²⁶.

5.2 - Princípio do Acesso Equitativo aos Recursos Naturais.

O princípio em epígrafe está plasmado em vários documentos que versam matéria atinente ao meio ambiente. Como primeiro exemplo, seguindo uma ordem cronológica, cita-se a Declaração de Estocolmo, realizada em junho de 1972, que trouxe como preâmbulo “a necessidade de um ponto de vista e de princípios comuns para inspirar e guiar os povos do mundo na preservação e na melhoria do meio ambiente”.

Nesse documento está consignado o seguinte:

“PRINCÍPIOS.

25 “A extrafiscalidade aproxima-se da noção de *poder de polícia* ou de *polícia administrativa*, conceituada como a atividade estatal consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse coletivo, e que repousa no princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o individual, visando impedir a adoção de condutas individuais contrastantes com o interesse público. Assim, tanto a polícia administrativa quanto a extrafiscalidade, por meio de instrumentos distintos, definidos em lei, buscam moldar as condutas particulares, para que se afinem aos objetivos de interesse público” (COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. pág. 49)

26 O professor Humberto Ávila, ao tratar da eficácia externa subjetiva dos princípios afirma: “Relativamente aos sujeitos atingidos pela eficácia dos princípios, é preciso registrar que os princípios jurídicos funcionam como direitos subjetivos quando proíbem as intervenções do Estado em direitos de liberdade, qualificada também como *função de defesa ou de resistência* (*abwehrfunktion*).

Os princípios também mandam tomar medidas para a proteção dos direitos de liberdade, qualificada também de *função protetora* (*Schutzfunktion*). **Ao Estado não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais, senão também o dever de promovê-los por meio da adoção de medidas que os realizem da melhor forma possível** (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. pág. 102).

A Assembleia Geral das Nações Unidas reunida em Estocolmo, de 5 a 16 de junho de 1972, atendendo à necessidade de estabelecer uma visão global e princípios comuns, que sirvam de inspiração e orientação à humanidade, para preservação e melhoria do ambiente humano através dos vinte e três princípios enunciados a seguir, expressa a convicção comum de que:

5 – Os recursos não renováveis da terra devem ser utilizados de forma a evitar o perigo do seu esgotamento futuro e a assegurar que toda a humanidade participe dos benefícios de tal uso”

Apesar da importância histórica dessa Declaração, o ambiente político à época, de recente memória, era da guerra fria, o que impediu o compromisso mundial em torno das diretrizes lá pregadas²⁷. Entretanto, não há dúvida que o reconhecimento do direito ao equitativo acesso aos recursos naturais já era admitido.

Na Declaração do Rio sobre meio ambiente, gestada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento²⁸, realizada no mês de junho de 1992 na cidade do Rio de Janeiro, a mesma preocupação em evidenciar o direito de todos terem acesso aos recursos naturais encontra-se no princípio de nº 1, nos seguintes termos: “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

27 “O compromisso do Brasil com o meio ambiente já começara 20 anos antes, quando o País participou da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972, em especial no seu período preparativo de dois anos, quando a Conferência contou com ativa contribuição brasileira no sentido de introduzir, de modo inseparável, a temática do desenvolvimento no contexto mais amplo das questões do meio ambiente. Esse marco inicial dos esforços internacionais para a proteção do meio ambiente viu-se prejudicado, contudo, por ter ocorrido num momento histórico em que os alinhamentos Leste-Oeste e Norte-Sul impediam reais ações concertadas para o benefício da humanidade” (consulta realizada em 08/04/2010 ao website: <http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=./gestao/index.html&conteudo=./gestao/artigos/rio92.html>)

28 “Os compromissos específicos adotados pela Conferência Rio 92 incluem duas convenções, uma sobre Mudança do Clima e outra sobre Biodiversidade, e também uma Declaração sobre Florestas. A Conferência aprovou, igualmente, documentos de objetivos mais abrangentes e de natureza mais política: a Declaração do Rio e a Agenda 21. Ambos endossam o conceito fundamental de desenvolvimento sustentável, que combina as aspirações compartilhadas por todos os países ao progresso econômico e material com a necessidade de uma consciência ecológica.” (consulta realizada em 08/04/2010 ao website: <http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=./gestao/index.html&conteudo=./gestao/artigos/rio92.html>)

O direito a uma vida saudável e produtiva harmonizada com a natureza denota, sem sofismas, que todos devem ter acesso aos bens naturais, seja para a simples contemplação, seja para extração de proveitos econômicos, direitos que devem harmonizar-se de algum modo, cabendo ao Estado velar para garantir a igualdade entre as utilizações.

A Constituição Federal de 1988 prevê esse direito quando enuncia no *caput* do artigo 225 que o meio ambiente é bem de uso comum do povo, o que, conforme lição de Paulo Affonso Leme Machado, compreende:

Os bens que integram o meio ambiente planetário, como água, ar e solo, devem satisfazer as necessidades comuns de todos os habitantes da Terra. As necessidades comuns dos seres humanos podem passar tanto pelo uso como pelo não uso do meio ambiente. Desde que utilizável o meio ambiente, adequado pensar-se em um meio ambiente como “bem de uso comum do povo”. É necessário alargar-se esse conceito com relação àquele empregado pelo Direito Romano.

O Direito Ambiental tem a tarefa de estabelecer normas que indiquem como verificar as necessidades de uso dos recursos ambientais. Não basta a vontade de usar esses bens ou a possibilidade tecnológica de explorá-los. É preciso estabelecer a razoabilidade dessa utilização, devendo-se, quando a utilização não seja razoável ou necessária, negar o uso, mesmo que os bens não sejam atualmente escassos.²⁹

Em uma primeira vista, a implementação do princípio em questão pode dar-se por meio do controle da utilização dos bens ambientais de modo a impedir o seu esgotamento, garantindo a fruição pelas futuras gerações, inclusive com a vedação da exploração. Contudo, algumas atividades não podem ser proibidas, sob pena de travar-se o desenvolvimento nacional.

Mais uma vez ocorre o grande embate principiológico que figura no cerne do direito ambiental, que contrapõe crescimento e proteção do meio ambiente. Como superá-lo no caso de atividades essenciais à manutenção da infraestrutura necessária ao crescimento econômico e social, como exemplo a de extração e beneficiamento de petróleo.

29 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. pág. 62.

É óbvio que a proibição da exploração petrolífera constituiria imenso retrocesso no crescimento e manutenção dos meios de produção na sociedade. Também é certo que a exploração do petróleo levará, inexoravelmente, ao esgotamento das reservas, uma vez que se trata de um recurso natural não renovável.

Quando não se puder impedir a exploração do bem ambiental pelos que detêm a tecnologia necessária para tanto, em razão dos custos adicionais demonstrarem a falta de razoabilidade da medida, os tributos podem ser grandes aliados no sentido de permitir o acesso igualitário, não aos bens ambientais propriamente ditos, mas aos benefícios decorrentes dessa exploração.

Se a tecnologia necessária para a exploração é de acesso restrito, por questões econômicas ou científicas, e a atividade é necessária para a manutenção do desenvolvimento econômico e sustentação da produção, cabe ao Estado a tributação da atividade para distribuir por toda a sociedade os lucros decorrentes.

Dá para perceber esse viés na contribuição de intervenção no domínio econômico instituída no §4º do artigo 177 da Constituição Federal³⁰, incidente sobre as atividades de importação e comercialização de petróleo e seus derivados, as quais, como já ressaltado, são essenciais à manutenção do crescimento econômico do Estado Brasileiro.

Esse é um exemplo claro de distribuição dos benefícios decorrentes da exploração de um bem natural esgotável e essencial à manutenção do crescimento econômico por toda a sociedade, pois, como decorre do texto, o valor arrecadado deverá ser aplicado na melhoria da infraestrutura das estradas e na proteção ambiental.

30 Art. 177. §4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I – a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;

II – os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

6 – Tributação Ambiental e princípio da Eficiência.

Como já ressaltado, o meio que vem sendo utilizado prioritariamente para combater as condutas ambientalmente irresponsáveis é o da previsão e aplicação de sanções negativas de natureza penal e administrativa, sem que se descure da reparação do dano no âmbito civil.

O poder público, ao agir assim, exerce as prerrogativas do poder de polícia, o qual, nas palavras da professora Odete Medauar, consiste na “atividade da administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades”³¹.

A aplicação das sanções em razão do exercício do poder de polícia pressupõe que o Estado estabeleça a conduta requerida (comando) e, depois, por meio de seus órgãos e entidades, efetue a verificação acerca do efetivo cumprimento das condutas comandadas (controle).

Odete Medauar, após elencar as características do poder de polícia, ressalta que ele “abrange, também, o controle da observância das prescrições e imposições de sanções em caso de desatendimento”³², o que consiste, especificamente, numa atividade de comando de condutas e controle acerca do cumprimento pelos destinatários.

Considerando as várias atividades materiais que devem ser desenvolvidas para o exercício do poder de polícia³³, essencial para o sucesso dessa política de combate à degradação ambiental é um Estado extremamente bem aparelhado e que tenha efetivo controle de todas as atividades desenvolvidas dentro de seu território, de modo que os destinatários da norma tenham a certeza de que o seu descumprimento ensejará a aplicação da sanção prevista. É a certeza da punição que impõe o respeito ao comando expedido.

31 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. pág. 341.

32 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. pág. 345.

33 “Atividades materiais realizadas pela Administração também expressam o poder de polícia. Na fiscalização incluem-se: a observância (ou vigilância observadora), a inspeção, a vistoria, os exames laboratoriais. Na imposição de sanções salientam-se: fechamento do estabelecimento (aposição de lacre), demolição de obra, demolição de edificação, apreensão de mercadoria, guinchamento de veículo. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. pág. 348.)

Com isso, parece evidente que, em um país com dimensões continentais como o Brasil, que detém uma série de outras prioridades ao lado da proteção ambiental, que possui uma parcela grande de sua população vivendo em condições de miséria, o exercício do poder de polícia estatal de modo eficiente e eficaz para proteger o meio ambiente figura apenas como um sonho distante.

Nesse diapasão, não se pode olvidar que o princípio da eficiência na atividade administrativa, expressamente previsto no texto constitucional, exige que o poder público desenvolva as suas funções e desincumbam-se de seus deveres do modo menos custoso possível.

Apesar da exigência de eficiência não significar que o Estado, ao exercer suas funções e estabelecer as políticas necessárias para atingir os fins que lhe são impostos, deva atuar como o agente da iniciativa privada, verificando apenas a relação entre o custo e o benefício da atividade, parece claro que impõe ao Poder Público a busca de alternativas para melhorar a eficiência de sua atuação, diminuindo o custo de sua atividade.

Enfim, desde que pondere as razões para adoção de determinado comportamento em respeito aos demais princípios e regras constitucionais, quando o Poder Público verificar a efetiva possibilidade de diminuir os custos de sua atividade sem ofensa desarrazoada às demais normas constitucionais, deverá envidar esforços para a adoção desta medida.

É neste sentido o ensinamento de José Afonso da Silva:

Assim, o *princípio da eficiência*, introduzido agora no artigo 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação entre meios e resultados.

A dificuldade está em transpor para a atividade administrativa uma noção típica da atividade econômica, que leva em conta a relação *input/output* (insumo/produto), o que, no mais das vezes, não é possível aferir na prestação do serviço público, onde nem

sempre há um *output* (produto) identificável, nem existe *input* no sentido econômico³⁴

Não se quer defender aqui que o Estado deve abandonar a utilização e o exercício do poder de polícia para a proteção do meio ambiente e, tampouco, descriminalizar todas as condutas tipificadas como crimes ambientais. Quer-se, na realidade, refletir acerca da possibilidade do Estado valer-se de outros mecanismos para o desempenho da atividade de proteção do meio ambiente, notadamente aqueles colhidos no bojo do direito tributário.

Busca-se trazer os fundamentos para a utilização do direito tributário como meio de incentivar os particulares a tomarem posturas mais responsáveis com o meio ambiente, independentemente da atuação do poder de polícia estatal.

Com mais particulares aderindo de forma espontânea às condutas responsáveis em relação ao meio ambiente, os órgãos competentes para fiscalizar e punir os comportamentos degradantes ficariam menos onerados, o que acarretaria, no fim das contas, maior eficiência estatal na defesa do meio ambiente, maior conscientização acerca da importância da defesa ambiental e menores gastos com o exercício do poder de polícia ambiental.

Portanto, parece evidente que a tributação ambiental é importante fator para concretização do princípio da eficiência do estado, previsto de modo expresso no *caput* do artigo 37 da Carta Constitucional de 1988.

7 – Alguns exemplos de tributação ambiental

Por tudo, pode-se afirmar que o Estado tem o dever de proteger o meio ambiente e que os tributos, sobretudo em sua feição extrafiscal, se consubstanciam em instrumento bastante hábil para o alcance de tal escopo.

Além disso, os princípios da prevenção e da precaução, que exigem ação antecipada para evitar a ocorrência de dano ambiental, assim como o princípio do acesso equitativo aos bens ambientais, que garante

34 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. pág. 474/475.

a todos iguais direitos sobre as potencialidades do meio ambiente, têm na tributação com viés ambiental um fortíssimo aliado na garantia de suas máximas eficácias.

O Estado de São Paulo não se mostrou alheio a tais perspectivas, tanto que ao instituir o ITCMD, por meio da Lei Estadual nº 10.705/00, fez constar do texto a previsão (§ 2º do artigo 6º) de isenção das transmissões de quaisquer bens ou direitos a entidades cujos objetivos sociais sejam vinculados à preservação do meio ambiente.

Desse modo, sempre que uma entidade vinculada à preservação do meio ambiente for beneficiada com uma doação, ou com um bem deixado em testamento, não haverá cobrança do imposto em testilha, o que, certamente, favorece a sua saúde financeira e permite que mais dinheiro seja investido na sua atividade principal, voltada à proteção ambiental.

A mesma diretriz foi adotada no Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, pois a Lei Estadual nº 13.296/08, ao estabelecer no artigo 9º, inciso III, a alíquota de 3% (três por cento) para veículos movidos exclusivamente com álcool, gás natural veicular ou eletricidade, quando a alíquota para os demais veículos é, geralmente, de 4% (quatro por cento), notoriamente buscou premiar com menor carga tributária os proprietários de veículos que utilizam combustíveis menos poluidores.

Na mesma toada, cabe tratar do que se convencionou chamar de ICMS ecológico, que pode ser enquadrado como um caso de fiscalidade tributária voltada à proteção do meio ambiente. Sua instituição está prevista, implicitamente, no texto constitucional, no inciso II do parágrafo único do artigo 158, que permite que até um quarto do percentual arrecadado de ICMS pertencente aos Municípios seja distribuído de acordo com critérios estabelecidos em lei estadual.

O Estado de São Paulo tratou do assunto na Lei Estadual 8.510/93, que alterou a Lei Estadual nº 3201/81 e dispõe sobre a parcela, pertencente aos municípios, do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação.

Nesta lei está disposto que 0,5% (zero vírgula cinco por cento), do percentual de ICMS pertencente aos Municípios será distribuído com base no percentual entre a área total, no Estado, dos reservatórios de água destinados à geração de energia elétrica e a área desses reservatórios no município. Outros 0,5% (zero vírgula cinco por cento) serão distribuídos em função dos espaços territoriais especialmente protegidos existentes em cada município e no Estado, observados os critérios estabelecidos no Anexo da lei.

Outros Estados já instituíram o ICMS Ecológico³⁵, valendo-se de outros critérios, em respeito às suas peculiaridades locais, sempre com intuito de impelir as municipalidades a adotarem posturas contrárias à degradação ambiental.

No cenário internacional a tributação ambiental é sobejamente utilizada. Como exemplo, cita-se as diretivas 2006/66, 2004/12 e 2000/60 da União Europeia que autorizam os Estados-membros a adotarem instrumentos de mercado para a defesa do meio ambiente. A primeira refere-se ao descarte de pilhas e baterias, a segunda a embalagens e seus resíduos, já a terceira versa sobre a proteção das águas. Também na Europa vê-se que diversos países instituíram taxas maiores sobre o uso da água, sendo que em Londres é cobrada uma taxa de congestionamento.

Estes exemplos demonstram que o Poder Público, no âmbito nacional e internacional, já despertou para a importância da utilização da tributação com viés ambiental, visto que, sem dúvida, é uma forma bastante eficiente de promover a finalidade essencial do Estado que é garantir a todos o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

8 – Considerações Finais.

Pode-se inferir que todos os entes políticos nacionais devem se valer de sua competência tributária e direcioná-la à proteção ambiental, atingindo, com muito mais eficiência, a finalidade constitucionalmente im-

³⁵ Uma análise pormenorizada dos Estados que já aderiram à política do ICMS ecológico pode ser encontrada na seguinte obra: SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. *Tributação e Meio Ambiente*, p. 291/293.

posta de desenvolvimento sustentável, visto que, mesmo nos casos em que há redução da carga tributária, com a concessão de isenções, reduções de base de cálculo, dentre outras, a contrapartida será de menores gastos com a recuperação dos ecossistemas. Além disso, despertará no contribuinte a vontade de adotar condutas que sejam responsáveis do ponto de vista ambiental e, em decorrência disso, possibilitará ação mais pontual e eficiente do poder de polícia ambiental, que atuará em muito menos casos.

A preocupação ambiental é tônica mundial e a utilização dos mecanismos tributários como instrumento de proteção vem sendo adotada em vários países, visto que é uma medida que internaliza os custos da produção, evitando que o poluidor aufera os ganhos decorrentes de sua atividade e deixe os custos ambientais para a sociedade, sem contar que educa as pessoas inculcando-lhes o hábito da preocupação com a adoção de práticas ambientalmente adequadas.

Bibliografia

ALTAMIRANO, Alejandro C. El Derecho Constitucional a un Ambiente Sano, Derechos Humanos y su Vinculación con el Derecho Tributario. In: Marins, James (org.). **Tributação e Meio Ambiente livro II**. Curitiba: Juruá, 2002.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 10ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: _____ (org.). **A Nova Interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, tradução de João Baptista Machado. 6ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 25ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Proteção Ambiental e Sistema Tributário – Brasil e Japão: Problemas em Comum?**. In: Marins, James (org.). **Tributação e Meio Ambiente – livro II**. Curitiba: Juruá, 2002

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Norma, Evento, Fato, Relação Jurídica, Fontes e Validade no Direito**. In: _____ (org.). **Curso de Especialização em Direito Tributário, Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. 7ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. **Tributação e Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas Constitucionais Tributários**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. **Incentivos Fiscais no Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PESQUISAS FEITAS NA INTERNET.

BRASIL: Ambiente Brasil

Disponível em: www.ambientebrasil.com.br

BRASIL: Supremo Tribunal Federal

Disponível em: www.stf.jus.br

O cerne infrangível da Constituição: limitação material do poder de alteração constitucional

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹

I. Introdução

1. O paradoxo

A existência, numa Constituição, de limites materiais postos como infrangíveis para o próprio poder constituinte derivado suscita complexas indagações de ordem político-jurídica.² Político-jurídica, sim, porque é praticamente impossível separar em relação a tudo o que concerne ao poder constituinte esses dois aspectos. De fato, o poder constituinte, poder intrinsecamente político, gera a Constituição, base do ordenamento jurídico positivo.³

Tal limitação constitui um paradoxo, pois “cada geração quer ser livre para vincular as gerações seguintes, mas não quer ser vinculada pelos seus predecessores”, aponta John Elster, citado por Canotilho.⁴ É o que o Mestre de Coimbra registra como o “paradoxo da democracia”:

1 Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1957) e doutorado em Direito pela Universidade de Paris (1959). Professor titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Atualmente é Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas. (currículo *lattes*)

2 Na linguagem brasileira, tais limites são habitualmente designados como “cláusulas pétreas” mesmo nos trabalhos científicos.

3 V. sobre todo este assunto meu livro *O Poder Constituinte*, Saraiva, São Paulo, 5ª ed., 2007.

4 J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2ª ed., 1998, p. 1285.

“Como ‘pode’ um poder estabelecer limites às gerações futuras? Como pode uma Constituição colocar-nos perante um dilema contramaioritário ao dificultar deliberadamente a ‘vontade das gerações futuras’ na mudança das suas leis? Revelar-se-á, assim, o constitucionalismo de uma antidemocraticidade básica impondo à soberania do povo ‘cadeias para o futuro’?”⁵

Contraria esse paradoxo o princípio afirmado eloquentemente pela Declaração jacobina dos Direitos do Homem, de 1793, no art. 28: “Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras.”

Deriva deste paradoxo o primeiro problema a ser (brevemente) examinado. Qual justificativa legítima essa limitação?

2. O cerne fixo da Constituição

Para identificá-la, há que se lembrar o ensinamento de Carl Schmitt. Para este, a Constituição no seu conceito positivo é “decisão de conjunto sobre modo e forma da unidade política”.⁶ Assim, ao editar a Constituição o poder constituinte decide sobre a conformação do Estado, fixa o núcleo essencial desta. Ou seja, define o que Pontes de Miranda designa como o **cerne fixo** da Constituição. Este cerne fixo é, em princípio, infrangível, dele decorrendo naturalmente limitações ao poder de mudança constitucional. Esta somente poderia advir de nova manifestação do poder constituinte sob pena de ocorrer uma fraude à Constituição.

3. O pressuposto: a diferenciação entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado

Este posicionamento tem um pressuposto. É esta a diferença substantiva entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado. Tal diferença não faz dúvida para a doutrina tradicional. Segundo esta, o poder originário é poder extraordinário que emana do povo com a finalidade de estabelecer a Lei Magna. Sieyès, ao

⁵ Ob. cit., p. 68.

⁶ *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Ed. Nacional, México, s/ data, p. 23 e s.

formular a doutrina no *Qu'est-ce que le Tiers État?*, é claríssimo ao afirmar que o poder constituinte há de ser exercido por representantes extraordinários.

Nessa visão, o poder constituinte – originário – é uma força emitida pela nação, em geral depois de uma revolução, que não pode ser confundida com a atividade desenvolvida por poderes cujas atribuições derivam da Constituição por aquele estabelecida. Lembre-se que a doutrina caracteriza o poder constituinte originário como poder *inicial* – pois é a base da ordem jurídica e não se apoia em ordem jurídica anterior –, *soberano* – porque não tem limites de direito positivo –, *incondicionado* – porque se manifesta sem precondições ou procedimentos definidos. Ao contrário, o chamado poder constituinte derivado é – o nome já diz – derivado, subordinado, condicionado, devendo, pois, ater-se às prescrições do poder originário do qual provém.

Entretanto, a tese clássica tem de ser ponderada, ou repensada, à luz da experiência, isto é, da realidade. Com efeito, cumpre lembrar que, nas transições políticas, o poder de estabelecer uma nova Constituição vem da ordem jurídica anterior e não de um fato político, a revolução vitoriosa. Veja-se a Constituição francesa de 1958, elaborada com base em normas fixadas por uma Emenda à Constituição de 1946, veja-se a Constituição brasileira em vigor, adotada segundo normas decorrentes da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. E – acrescente-se – esta Constituição foi elaborada pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, os mesmos que integravam o Congresso Nacional. E é o Congresso Nacional, que, na tradição constitucional brasileira, exerce o poder constituinte derivado.

Tais experiências atenuam a diferenciação entre poder originário e poder derivado.

4. O cerne fixo da Constituição, conteúdo das limitações materiais

Entretanto, admitindo-se a diferença entre poder originário e poder derivado, bem como a citada lição de Carl Schmitt, o cerne fixo da Constituição define as limitações materiais ao poder derivado – as cláusulas pétreas, na linguagem brasileira.

Obviamente, a matéria natural das limitações materiais são esses pontos que conformam a unidade política. Pode-se dizer, nisto seguindo a doutrina clássica, serem elas as definições quanto à forma do Estado, a forma de Governo, a estrutura dos Poderes superiores, o modo de sua composição e os direitos fundamentais.

Tais pontos configuram as limitações materiais “naturais” de uma Constituição. Assim sendo, nem precisam ser explicitadas no texto constitucional para estarem fora do alcance do poder constituinte derivado.

5. Limitações implícitas e explícitas

Segue do exposto, que toda Constituição possui limitações materiais à sua alteração, ainda que não as explicitite.

Sousa Sampaio aponta quatro categorias de limitações naturais: “1^a) as relativas aos direitos fundamentais; 2^a) as concernentes ao titular do poder constituinte; 3^a) as referentes ao titular do poder reformador; 4^a) as relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional”.⁷

Entretanto, Constituições, como a brasileira, enunciam limitações materiais (art. 60, § 4º: forma federativa de Estado; voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos poderes; e direitos e garantias fundamentais)⁸. São inequivocamente limitações materiais explícitas.

Surge então a indagação: Pode-se falar em limitações materiais implícitas relativamente a uma Constituição que explicita limitações materiais? Não terá o constituinte, ao editar limitações materiais, excluído outras matérias da imutabilidade? Não terá feito uma escolha?⁹

Esta escolha parece evidente, quando a Constituição enuncia limitações materiais, pois assim identifica os pontos que considera principais da conformação política. A definição, explícita, de tais limitações signifi-

⁷ Nelson de Sousa Sampaio, *O poder de reforma constitucional*, Livraria Progresso Ed., Salvador, 1954, p. 93.

⁸ O texto diz “direitos e garantias individuais”, o que, ao pé da letra, excluiria os direitos sociais, mas interpreto-o como significando direitos e garantias fundamentais”. V. *infra* n° 11.

⁹ Aceitar limitações implícitas a coexistir com outras explícitas seria supor o constituinte a brincar, pois teria tido o humor de enunciar algumas limitações, deixando outras para que os intérpretes as descobrissem.

ca *a contrario sensu* a possibilidade de modificação pelo poder derivado dos demais pontos que integrariam o cerne fixo da Constituição.

Não é vedado, por outro lado, que o constituinte inclua no cerne fixo, de modo formal, prescrições quanto aos pontos não essenciais, mas importantes, da estruturação política. Valem como integrantes da Constituição formal e como tais hão de ser protegidas pelo controle de constitucionalidade.

6. A questão da modificação do procedimento de alteração da Constituição

Entre as limitações materiais “naturais”, parte da doutrina inclui – como se assinalou – o procedimento de alteração da Constituição.¹⁰

Existiria mesmo um obstáculo lógico à alteração do procedimento de mudança. Trata-se do conhecido “paradoxo de Ross”. A mudança desse procedimento violaria um teorema geral de lógica que proíbe as fórmulas autorreferenciais. A discussão a esse respeito produziu, pelo mundo afora, inumeráveis artigos e mesmo um livro. Dela, pode-se extrair que, segundo sublinha Buligyn, é duvidosa a existência de tal teorema.¹¹

Entretanto, se a questão é intrigante em termos abstratos, concretamente é ela simples. A experiência mostra que o procedimento de alteração tem sido mudado, sem causar comoção maior. Já se citou o exemplo da Constituição francesa de 1946, alterada nesse ponto por Emenda de 1958, que propiciou a Constituição vigente.

No Brasil, o processo de Emenda foi alterado três vezes na vigência da Constituição de 1967. Primeiro, pela Emenda nº 8/1977, que reduziu o quorum de aprovação para a maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional; depois, pela Emenda Constitucional nº 22/1982, que restabeleceu a exigência de dois terços. E o foi de novo pela Emenda Constitucional nº 26/1985, que convocou a “Assembleia

10 Sousa Sampaio, ob .cit., p. 104, cita, como favoráveis à alterabilidade, Laferrière, Barthélemy e Duez, Pontes de Miranda, Sanchez Agesta, etc. Como contrário, por exemplo, Carl Schmitt.

11 Claude Klein, *Théorie et pratique du Pouvoir Constituant*, PUF, Paris, 1996, p. 123 e s.

Nacional Constituinte”. E jamais foi declarada a inconstitucionalidade de tais alterações.

7. São infrangíveis as limitações materiais?

A própria imutabilidade das limitações materiais pode ser posta em dúvida. Isto parece um contrassenso, mas a observação se justifica, se se recordar o paradoxo democrático apontado de início. Além disto, a imutabilidade de tais limitações não deixaria à mudança senão o caminho indesejável da revolução.

Mais forte, ainda, é a aceitação de sua supressão pela prática constitucional. Os fatos registram, com efeito, a modificação, em alteração constitucional regular, de limitações materiais e explícitas.

Um exemplo é fornecido por Portugal. A Constituição lusa de 1976 enuncia limites materiais às leis de revisão constitucional no seu art. 290. São numerosos esses limites, que se estendem da alínea “a” a alínea “p”. Entretanto, a segunda revisão, de 1989, alterou o rol dessas limitações com a nova redação das alíneas “f” e “g” do art. 288 (renumeração do antigo art. 290).¹²

No Brasil, cite-se mais uma vez a Emenda Constitucional nº 26/1985, cujo art. 1º, ao afirmar a Assembleia Nacional Constituinte, “livre e soberana”, foi entendido como a liberá-la das limitações traçadas pela Carta anterior (art. 47, § 1º). Ou seja, da proibição de “abolir a Federação ou a República”. Isto abriu caminho para a proposta monarquista, objeto do plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição.

¹² Na redação originária, a alínea “f” fazia limitações pétreas: “O princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos monopólios e dos latifúndios”. A segunda revisão substituiu-a pelo seguinte: “A coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social da propriedade dos meios de produção”. Quanto à alínea “g”, o texto primitivo era: “A planificação democrática da economia”. Passou a ser: “A existência de planos econômicos no âmbito de uma economia mista”.

8. A doutrina portuguesa: Gomes Canotilho.

A delicadeza do problema da modificabilidade das limitações materiais pode ser aferida se se examinar a doutrina portuguesa.

Gomes Canotilho, ao examinar o valor das limitações materiais no seu *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, assinala que “nenhuma Constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos. Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa”. Contudo, afirma que “a possibilidade de as Constituições cumprirem a sua tarefa [...] não é compatível com a completa disponibilidade da Constituição pelos órgãos de revisão”.¹³

Referindo-se, todavia, a “alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta”, observa: “Se isso acontecer é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão”.¹⁴

9. *Idem*, a lição de Jorge Miranda.

O Mestre de Lisboa, na terceira edição (1991) de seu *Manual de Direito Constitucional* (tomo II), clarifica a posição exposta na segunda edição, que por muitos foi identificada “como de adesão à tese da dupla revisão”.¹⁵

Em resumo, sustenta que “a natureza do preceito (que estabelece as limitações materiais) é declarativa e não constitutiva (ele declara, não cria limites materiais, estes decorrem da coerência dos princípios constitucionais); que a sua função é de garantia; que respeita a princípios, não a preceitos; que é uma norma constitucional como outra qualquer, obrigatória enquanto vigorar, mas revisável; que, de resto, não é a alteração do art. 290º (agora 288º), só por si, que afeta os limites materiais da revisão; o que os afeta é atingirem-se os princípios nucleares da Constituição”.¹⁶

13 *Direito constitucional...*, cit., p. 943.

14 *Id.*, p. 943.

15 *Manual de Direito constitucional*, tomo II, ob.cit., p. 198.

16 *Id.*, *ibid.*

Assim sendo, aceita a mudança, nisto incluída a supressão de limitações se estas não forem inerentes ao cerne da Constituição. Ressalva, porém, que, se forem atingidos os “princípios nucleares da Constituição”, “estar-se-á a fazer uma transição constitucional e uma nova Constituição material”.¹⁷

10. A dupla revisão.

Vem a pelo neste contexto recordar a doutrina da dupla revisão. Para esta, a definição de limitações materiais é apenas e tão somente um reforço da rigidez constitucional. Esta, como se sabe, condiciona a alteração de norma constitucional a um procedimento especial, diverso daquele pelo qual se editam as leis ordinárias. Ora, a mudança de limitações materiais implicaria num procedimento especial de “dupla revisão”. Num primeiro tempo, seria abolida a limitação tal qual até então anunciada, num segundo é que se introduziria a mudança.

Esta doutrina foi desenvolvida essencialmente pelos franceses. É a posição de Léon Duguit¹⁸ e, mais recentemente, de Georges Vedel.¹⁹

Ela se ajusta perfeitamente à prática das transições constitucionais. Estas se desenvolvem em dois tempos, como transparece do que se passou no Brasil. Num primeiro, uma Emenda – aqui a de nº 26/85 – altera o procedimento de alteração constitucional, bem como abole cláusulas pétreas; num segundo, estabelece nova Constituição.

Considere-se que a Constituição brasileira de 1988 foi elaborada pelo Congresso Nacional, como “Assembleia Constituinte, livre e soberana”, por força de uma Emenda constitucional adotada pelo Congresso Nacional, como poder constituinte derivado tal qual previsto na Constituição anterior.

O repúdio à doutrina é, todavia, veemente, por parte dos eméritos juristas portugueses acima citados. Afirma Canotilho: “A supressão dos limites da revisão através da revisão” seria “um sério indício de fraude

¹⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 198/199.

¹⁸ Cf. *Traité de droit constitutionnel*, 2ª ed., Boccard, Paris, 1924, tomo IV, p. 540.

¹⁹ Cf. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1949, p. 117.

à Constituição”.²⁰ Quanto a Jorge Miranda, faz ele questão de expressamente repudiar tal doutrina, ainda mais porque a posição exposta na segunda edição, de seu afamado *Manual* (tomo II), fora – já se disse – vista por muitos “como de adesão à tese da dupla revisão”.²¹

11. O alcance do art. 60, § 4º da Constituição brasileira.

Resta um aspecto a aflorar. Trata-se do alcance da infrangibilidade: ela petrifica o regime ou apenas salvaguarda o núcleo essencial do instituto?

A questão se põe em face da polêmica concernente ao alcance das limitações materiais na Lei Magna brasileira em vigor. Está no art. 60, § 4º desta:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.”

O primeiro ponto a salientar depreende-se literalmente do texto. Veja-se que a proibição é de “abolir”. Ora, “abolir” em português significa “extinguir”, “anular”, “revogar”..., jamais “*não mudar*”. É importante sublinhá-lo, porque disto decorre que, respeitado o princípio essencial de cada uma das matérias mencionadas, a sua disciplina constitucional pode ser modificada por Emenda constitucional.²²

Acrescente-se que, segundo ensina Robert Alexy, somente se pode falar em abolição de um instituto, quando é contrariado o seu “conteúdo essencial”.²³

20 *Direito constitucional...*, p. 945.

21 *Manual de Direito constitucional*, tomo II, 3ª ed., ob.cit., p. 198. Inclusive por mim – faço *mea culpa* – no meu *Do Poder Constituinte*, Saraiva, São Paulo, 5ª ed, 2007, p.173.

22 Esta posição já está no meu *Do processo legislativo* (Saraiva, São Paulo, 5ª ed., 2007), p. 293.

23 *Teoria de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª reimpressão, 2001, p. 125, citando Konrad Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts*.

Este entendimento tem abono em decisão do Supremo Tribunal Federal. Nesta, o Ministro Sepúlveda Pertence assinala claramente: “As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”.²⁴

Outro ponto a considerar é a referência a “direitos e garantias individuais”, no inciso IV. Trata-se de um caso típico em que a redação diz menos do que tinha de dizer, pela lógica do sistema. Com efeito, a redação parece excluir os direitos sociais, o que seria absurdo por serem estes, como as liberdades individuais, direitos fundamentais.

12. Observações finais.

Em resumo, cumpre deixar explícitas as conclusões.

Deriva do exposto que o cerne fixo de uma Constituição – presumido como a decisão positiva tomada pelo constituinte – é a limitação natural do poder constituinte derivado. Tal limitação existe sempre, mesmo que não esteja explicitada, mas seja apenas implícita.

No caso de definição expressa de tais limitações não cabe invocar a existência de limitações implícitas. De qualquer forma, nestas, não se inclui jamais a mudança do procedimento de alteração da Lei Magna.

Entretanto, pode o poder constituinte, numa decisão política, excluir da infrangibilidade determinadas matérias, como pode proteger com ela pontos relevantes da ordenação constitucional formalizada.

A infrangibilidade, todavia, não é jamais absoluta. Por um lado, não há por que pretender fraude à Constituição a supressão ou a modificação de cláusula que não se compreenda no seu cerne fixo. Por outro, em circunstâncias excepcionais, como as que inspiram as transições constitucionais, podem ser postas de parte. A isto, coonesta a doutrina da dupla revisão. De qualquer forma, neste caso, assiste, sem dúvida, inteira razão a Jorge Miranda ao ver na supressão de

²⁴ ADIn 2.024-2/DF, medida liminar.

cláusula pétrea material uma pré-manifestação do poder constituinte originário.

Enfim, a infrangibilidade não alcança senão os princípios, de modo que não exclui a mudança do regime que, na Constituição, os desdobra em regras.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP. Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de *Aix-en-Provence* (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

Educação: competências constitucionais e responsabilidade civil

Nilton Carlos de Almeida Coutinho¹

SUMÁRIO: 1 Do direito à educação. 2 Da repartição de competências. 3 Da possibilidade de colaboração entre os entes. 4 Da responsabilidade civil. 5 Dos danos ocorridos no ambiente escolar. Conclusões. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo analisa a repartição constitucional de competências na área educacional e a responsabilidade dos entes estatais em decorrência de danos causados aos usuários deste serviço público. Pauta-se por análise com base nas regras estabelecidas na Constituição Federal e nos princípios que regem a atuação da Administração Pública. Traz, ainda, considerações acerca da divisão de competências na área educacional e da possibilidade de colaboração entre os entes componentes da federação, com o objetivo de fornecer um serviço público eficiente e de qualidade. Por fim, apresenta julgados que analisam a responsabilidade civil do ente público com base no art. 37, § 6º da Constituição Federal.

¹ Procurador do Estado de São Paulo classificado na Procuradoria Regional de Presidente Prudente. Mestre em Direito pelo CESUMAR/PR. Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

PALAVRAS-CHAVE:

EDUCAÇÃO, DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS, RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Do Direito à Educação

Consoante expressa disposição constitucional, a educação constitui-se como direito social, devendo ser promovida e incentivada pelo Estado em colaboração com a sociedade, de modo a se obter o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Ademais, tem-se que a educação se constitui como serviço público que deve ser prestado à população pelo poder público, incluindo-se aqui a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.²

Para tanto, foram estabelecidas obrigações e objetivos a serem atingidos com vistas à manutenção do direito à educação a toda a sociedade.

Dadas as nuances e peculiaridades inerentes a este direito, nossa Constituição estabeleceu uma série de competências e atribuições a cada ente público, dividindo as obrigações dos mesmos em relação à educação, estabelecendo prioridades e, também, permitindo a atuação conjunta entre eles.

Tal divisão se faz necessária a fim de permitir que cada ente federativo estabeleça suas prioridades e metas em relação à educação, garantindo-se o acesso à educação a toda população.

2. Da repartição de competências

De uma maneira simplista é possível afirmar que competência é a faculdade, conferida a alguém, para dispor sobre determinado assunto, além de exercer atribuições predefinidas, fazer certas coisas ou apreciar questões determinadas e sobre elas decidir.³

2 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 838-844

3 AGUIAR, Joaquim Castro. Competência e Autonomia dos Municípios na nova Constituição. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1995, p.3

No mesmo sentido é a opinião de Sandra Krieger Gonçalves Silva, para quem a competência pode ser concebida como a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, para emitir decisões. Deste modo, competências seriam as diversas modalidades de poder de que se utilizam os órgãos ou entidades estatais para realizar as funções que lhes foram atribuídas.⁴

Assim, nossa Constituição procurou atribuir a cada ente público determinadas competências que serão por ele exercidas e implementadas. Tal divisão de competências e responsabilidades entre os entes que compõem a Federação permite um melhor gerenciamento e execução das atribuições a seu cargo.

Dentro dessa divisão de atribuições (consoante dispõe o art. 211 da CF) temos que:

A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, além de financiar as instituições de ensino públicas federais e exercer função redistributiva e supletiva na área educacional, de forma a garantir igualdade material nas oportunidades educacionais, bem como um padrão mínimo de qualidade do ensino por meio de assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Já os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

Por fim, os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Com o objetivo de dar exequibilidade às orientações Constitucionais relacionadas à educação foi criada a Lei 9.394/96, a qual estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional. Tal lei criou regras com o objetivo de garantir a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis.

Dentro dessa divisão legal, à União caberá prestar assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento

⁴ SILVA, Sandra Krieger Gonçalves. O Município na Constituição Federal de 1988, Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 66.

prioritário à escolaridade obrigatória, exercendo sua função redistributiva e supletiva.⁵

Já aos Estados foi outorgado extenso rol de atribuições, ficando cada um deles incumbido de: organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino; definir, com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público; elaborar e executar políticas e planos educacionais, em consonância com as diretrizes e planos nacionais de educação, integrando e coordenando as suas ações e as dos seus Municípios; autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino; baixar normas complementares para o seu sistema de ensino; assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio a todos que o demandarem; e assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual.⁶

Por fim, os Municípios terão a missão de: organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados; exercer ação redistributiva em relação às suas escolas; baixar normas complementares para o seu sistema de ensino; autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino; oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e ao desenvolvimento do ensino; e assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal.⁷

Tal divisão de competências na área educacional é fundamental a fim de permitir que o objetivo final seja alcançado de forma mais célere,

5 art. 9º da Lei 9.394/96

6 art. 10 da Lei 9.394/96

7 art. 11 da Lei 9.394/96

garantindo-se educação de qualidade a toda a população, em seus diferentes níveis.

Importante observar, também, o papel atribuído aos Municípios pela atual Constituição Federal. Consoante ensina Fernanda Dias de Almeida, tem-se que, hoje, é o próprio Município quem elabora sua lei orgânica, dentro dos parâmetros fixados pelo artigo 29 da Constituição, mantendo sua capacidade de autogoverno, autolegislação e autoadministração, que permite que este se organize e preste serviços públicos de interesse local.⁸

Destarte, observa-se que, no atual sistema jurídico, o município possui uma série de competências constitucionalmente enumeradas, além de outras que se justifiquem em razão do peculiar interesse local.

Sobre a questão do interesse local, Hely Lopes Meirelles ensina que este não é o interesse exclusivo do Município; também não é o interesse privativo da localidade; nem se refere ao interesse único dos municípios. Isso porque, caso se exigisse essa exclusividade, privatividade, ou unicidade, o âmbito da administração local se tornaria incrivelmente reduzido. Para ele, tal limitação acabaria aniquilando a autonomia que fora concedida aos municípios pela Constituição Federal.⁹ E o mesmo autor arremata:

Mesmo porque não há interesse municipal que o não seja reflexivamente da União e do Estado-membro, como também não há interesse regional ou nacional, que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira, através dos Estados a que pertencem.¹⁰

Assim, é possível atestar que o que caracteriza o denominado “peculiar interesse” é a predominância do interesse do Município sobre os demais entes federativos.

No que se refere à divisão de competência na área educacional, Fernanda Dias Menezes entende que a competência prevista no inciso

8 ALMEIDA, Fernanda Dias de. Competência na Constituição de 1988, Atlas, 2000, p.113

9 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1981, p. 86

10 Idem, *ibidem*

VI (manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental), deve ser classificada dentro do que se convencionou chamar ‘competência material comum’.¹¹ Neste tópico, Walter Ceneviva também inclui o acesso à educação no rol de competências político-administrativas comuns.¹²

Deste modo, por não se tratar de competência exclusiva, é possível que tal tema seja tratado pelos demais entes federativos, sem que se incorra em qualquer inconstitucionalidade.

3. Da possibilidade de colaboração entre os entes

Conforme acima mencionado, compete aos municípios a manutenção dos programas de educação infantil e de ensino fundamental, recebendo, contudo, a cooperação técnica e financeira da União e do Estado.

Logo, não obstante a divisão constitucional de competências entre os entes federativos, observa-se a existência de um regime de colaboração entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios a fim de que estes organizem seus sistemas de ensino, com o objetivo de assegurar a universalização do ensino obrigatório.

Sobre o tema, Sergio Sant’Anna destaca a importância do envolvimento entre todas as esferas de governo, com o objetivo de obter a melhoria na educação. Para ele, a articulação entre Estados e Municípios constitui-se em “prioridade na execução das políticas públicas, seja na gestão dos recursos repassados, seja na efetiva adesão às metas e objetivos traçados”¹³

Dentro deste contexto, segundo preconiza o parágrafo primeiro do artigo 5º da Lei 9.394/96, compete aos Estados e aos Municípios, em regime de colaboração, e com a assistência da União: recensear a população em idade escolar para o ensino fundamental, e os jovens e adultos

11 ALMEIDA, Fernanda Dias de. Competência na Constituição de 1988, Atlas, 2000, p.116.

12 CENEVIVA, Walter. Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 117

13 SANT’ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. A Educação como prioridade nas políticas públicas e como estratégia de desenvolvimento sustentável. In: SÉGUN, Élica; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (org.). Direitos Sociais: estudos à luz da Constituição de 1988. Letra da lei: Curitiba, 2010, p. 139

que a ele não tiveram acesso; fazer-lhes a chamada pública; zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Deste modo, o regime de cooperação foi expressamente previsto em nível constitucional e infraconstitucional, e, com o objetivo de possibilitar a efetivação desse regime de colaboração, foram criados diversos mecanismos e instrumentos legais e administrativos voltados para o gerenciamento e realização do direito à educação.

Assim, cite-se, como exemplo, a opção dada aos Municípios de se integrarem ao sistema estadual de ensino ou compor com ele um sistema único de educação básica.

Outro recurso utilizado pelos entes federativos foi a municipalização das escolas, que possibilitou que os Municípios pudessem atender um número maior de alunos da educação infantil, garantindo o direito à educação a esta parcela da população.

Ainda, há que se frisar que a criação de projetos em regime de colaboração entre Estados e Municípios permite o recebimento de recursos da União, por meio do FUNDEB¹⁴.

Deste modo, diversos convênios, acordos e parcerias foram firmados entre os entes federativos com o objetivo de obter maiores recursos financeiros e lograr êxito na efetivação do direito à educação.

Neste aspecto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro relembra que nos convênios existe mútua colaboração e os entes conveniados possuem objetivos institucionais comuns e coincidentes.¹⁵

Dentro desse contexto, surge a questão: E nas hipóteses em que o administrado vem a sofrer algum tipo de dano causado durante a vigência da parceria ou do convênio entre Estados e Municípios, a quem caberia a responsabilização civil?

14 O FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – foi criado para garantir a aplicação de um mínimo de recursos financeiros com o objetivo de se alcançar a melhoria da qualidade do Ensino, tendo sido regulamentado pela lei 11.494, de 20 de junho de 2007

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 247

4. Da responsabilidade civil

Por vivermos em um Estado Democrático e de Direito é princípio basilar que o causador de determinado dano seja responsabilizado pela conduta danosa. E, caso o causador do dano seja um servidor público, deve o respectivo ente estatal ser responsabilizado, consoante dispõe a Constituição Federal.

Logo, as mantenedoras de cada sistema de ensino deverão arcar com a responsabilidade por eventuais atos ilícitos perpetrados no interior de suas escolas. É essa, aliás, a opinião maciça da Jurisprudência:

O poder público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno.¹⁶

Contudo, quando o serviço educacional (ou outro a ele correlacionado) é prestado em parceria há de se analisar a questão com maior vagar, a fim de evitar decisões injustas. Isso porque a responsabilidade civil possui regras específicas e que devem ser observadas.

No que tange à responsabilidade civil em relação à questão educacional, tem-se que esta vem expressamente prevista no texto constitucional. Sobre o tema nossa Constituição estabeleceu, em seu art. 208, § 2º, que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Tal responsabilidade, contudo, deve ser interpretada em conjunto com o art. 37, § 6º da Constituição Federal, o qual contempla a regra geral em sede de responsabilidade do Estado. Com efeito, estabelece o referido parágrafo:

...As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado

16 STF – 1ª T. - RE - Rei. Celso de Mello - j . 28.05.1996 - RTJ 163/1108 e RT 733/130

o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Do acima disposto se observa que, com relação às condutas comissivas, foi expressamente adotada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado; e subjetiva dos agentes públicos.¹⁷

Já em relação aos danos decorrentes de condutas omissivas, doutrina e jurisprudência divergem acerca da teoria adotada. Para alguns, a responsabilidade do Estado dependeria da comprovação de culpa ou dolo. Para outros, a responsabilidade seria objetiva.

Sobre o tema, Celso Antonio Bandeira de Melo defende que “a responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funcionou ou funcionou mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados”.¹⁸

Para o STF, não é qualquer omissão estatal em que a responsabilidade estatal é subjetiva. Assim, na omissão geral, a responsabilidade é subjetiva, enquanto na omissão específica a responsabilidade será objetiva.¹⁹ Neste sentido, veja-se:

Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service* dos franceses.²⁰

Por fim, no que se refere à ação regressiva, há de se observar que a ação do Poder Público contra seus agentes exige dois requisitos: primeiro, que, a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2006, p. 623

18 Celso Antonio Bandeira de Melo Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 631

19 NUNES, Ricardo Mendonça. Responsabilidade Objetiva do Estado por Atos Omissivos. Jus Vigilantibus, Vitória, 31 out. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/18339>. Acesso em: 16 jan. 2008.

20 Recurso Extraordinário 179.147. Relator: Ministro Carlos Velloso

do dano sofrido; e, segundo, que tenha ficado comprovada a culpa do servidor no evento danoso.

5. Dos danos ocorridos no ambiente escolar

O Estado, enquanto prestador de serviço público pode, em diversas oportunidades, vir a ser responsabilizado por danos decorrentes da ação (ou omissão) de servidores públicos.

No ambiente escolar, é possível mencionar os danos decorrentes de brigas entre alunos, professores ou funcionários; acidentes durante aulas ou intervalo; lesões corporais, etc.

Neste sentido, vejamos os seguintes acórdãos:

RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização por danos morais – Acidente ocorrido no interior de creche municipal, quando a vítima caiu de um escorregador vindo a machucar sua cabeça – Falha dos servidores municipais na avaliação do estado de saúde da criança, já que não providenciaram o adequado socorro à menor, deixando também de comunicar o ocorrido imediatamente aos pais – Posterior constatação da gravidade das lesões sofridas, ensejando inclusive a internação hospitalar da criança – Caracterizada a responsabilidade da ré.²¹

Responsabilidade civil – Acidente em creche municipal – Falha dos servidores municipais que não providenciaram o socorro necessário à criança, de forma imediata – Responsabilidade civil por omissão caracterizada – Dever de indenizar configurado – Valor da indenização bem fixada – Recurso improvido.²²

Observe-se, ainda, a prática relativamente comum da celebração de convênios entre a Secretaria Estadual de Educação e municípios, a fim de garantir transporte de alunos da rede pública, bem como a fim de

21 Apelação Cível nº 994.08.177.452-6, 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Des. Leme de Campos, j. 19/10/2009

22 Apelação Cível nº 990.10.213940-9, 11ª Câmara de Direito Público - Relator: Des. Maria Laura Tavares, j. 13/12/2010

fornecer funcionários, equipamentos ou prédios para o desempenho das atividades educacionais.

Em geral, tais convênios estabelecem que determinado ente (em geral o Estado) repassará ao Município recursos que permitam que este realize determinada atividade educacional, tal como reforma de escola, aquisição de materiais, etc., cabendo ao Município realizar, direta ou indiretamente e sob sua responsabilidade, o serviço necessário, que pode abranger transporte de alunos ou fornecimento de material humano (faxineiros, merendeiros, professores, etc.).

A celebração de tais acordos é válida em razão da autonomia que possuem os entes federativos. Logo, quando os entes federativos celebram algum tipo de acordo de cooperação cumpre-se verificar quais foram os deveres e obrigações assumidos por cada um deles, de modo a verificar quem deve ser o responsável em eventual ação de indenização decorrente de ato ilícito.

O dever do poder público não se limita ao mero oferecimento do ensino público à população, mas, também, o dever de garantir a integridade física e mental de tais alunos durante o período em que se encontra naquele espaço público. Sobre o tema, Alexandre de Moraes apresenta julgado do STF²³, segundo o qual a obrigação de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estiverem no recinto escolar, constitui encargo indissociável sob a responsabilidade do poder público.²⁴

Neste aspecto, é possível mencionar o julgamento da apelação cível nº 344.537-5/8-00, da Comarca de São Paulo, na qual foi atribuída a responsabilidade ao município pela morte de criança que estava sob os cuidados de creche municipal.

Naqueles autos ficou comprovado que o menino de 3 anos de idade estava se utilizando de serviço público em creche municipal e, no referido estabelecimento, sofreu queimaduras por todo o corpo que culminou em sua morte, ficando reconhecida a aplicabilidade do art. 37, § 6º da

23 REExtr nº 109.615-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello

24 MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2005, p. 337

CF impondo ao Poder Público Municipal responder pelo dano causado aos apelados, pais da vítima.²⁵

Do mesmo modo, observe-se que a responsabilidade estatal tem sido reconhecida mesmo nas hipóteses de omissão, desde que haja o dever de zelar pela incolumidade dos alunos e não haja qualquer excludente do nexo de causalidade²⁶. Neste aspecto, veja-se:

Responsabilidade civil do Estado – danos materiais e morais – aluna que perdeu a visão de um olho em decorrência de acidente ocorrido nas dependências de escola estadual – Responsabilidade subjetiva do Estado – Agentes estatais que tinham o dever legal de zelar pela incolumidade dos alunos – Omissão configurada – Dever de indenizar – A demandada não comprovou nenhuma das excludentes do nexo de causalidade – Culpa que não pode ser atribuída a terceiro.²⁷

Por fim, registre-se o desfecho de ação proposta em razão de acidente com aluna ocorrida na creche-escola mantida no *campus* da UNICAMP em convênio com a Prefeitura Municipal, na qual ficou reconhecida a solidariedade da responsabilidade dos entes em razão da UNICAMP também possuir a obrigação de zelar pela segurança do local no qual se encontrava instalada a Creche Municipal.²⁸

Conclusões

O direito à educação constitui direito fundamental para o pleno desenvolvimento do indivíduo, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, razão pela qual deve o Estado propiciar seu acesso a todos os administrados.

Dentro desta ótica, compete ao Estado criar condições para que o serviço público educacional seja prestado da melhor forma possí-

²⁵ Apelação Cível nº 344.537-5/8-00, da Comarca de SÃO PAULO

²⁶ Inácio de Carvalho Neto, na obra Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes destaca como hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal a culpa exclusiva de terceiro (sem vinculação com o Estado e a força maior).

²⁷ Apelação Cível nº 994.06.098294-8, de São Paulo.

²⁸ Apelação nº 9196485-49.2002.8.26.0000, da Comarca de Campinas

vel, garantindo-se o ensino fundamental e procurando propiciar condições para que os indivíduos tenham acesso aos níveis mais elevados do ensino.

Para tanto, nossa Constituição Federal estabeleceu competências específicas para cada ente federativo, dividindo atribuições e responsabilidades, com o objetivo de obter resultados mais efetivos, eficazes e eficientes.

Do mesmo modo, autorizou a celebração de convênios e parcerias entre os entes federativos, de modo a propiciar a adequada prestação do serviço educacional.

Contudo, na medida em que os entes federativos disponibilizam à população o acesso à educação, passam eles a ser responsáveis pela saúde e integridade dos indivíduos que estão sendo beneficiados com a prestação desse serviço público.

Tal responsabilidade é limitada, contudo, aos parâmetros delineados em nossa Constituição Federal, segundo a qual as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Assim, na hipótese em que a prestação de determinado serviço deriva da reunião de dois ou mais entes e ocorre algum dano ao cidadão é necessário verificar quem foi o responsável pelo dano causado, a fim de se aferir a responsabilidade de cada ente.

Para tanto, faz-se mister verificar quem era a pessoa jurídica de direito público que detinha a competência para prestação de determinado serviço educacional e qual foi a contribuição dela (ou de seus agentes) para a ocorrência do dano a ser ressarcido.

A condenação solidária entre os diferentes entes públicos somente será possível quando todos tiverem contribuído para a eclosão do resultado danoso, por imperativo constitucional, e em obediência aos princípios gerais que orientam a responsabilidade civil.

Havendo culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, a responsabilidade estatal será excluída, tendo em vista a inexistência de nexo causal entre a conduta de seus agentes e o resultado danoso.

Referências Bibliográficas

- AGUIAR, Joaquim Castro. **Competência e Autonomia dos Municípios na Nova Constituição**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1995
- ALMEIDA, Fernanda dias de. **Competência na Constituição de 1988**, Atlas, 2000
- CARVALHO NETO, Inacio de. **Responsabilidade do Estado por Atos de seus Agentes**. São Paulo: Atlas, 2000
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2005
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1981
- MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005
- NUNES, Ricardo Mendonça. **Responsabilidade Objetiva do Estado por Atos Omissivos**. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 31 out. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/18339>. Acesso em: 16 jan. 2008.
- SÉGUN, Élida; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (org.) **Direitos Sociais: Estudos à luz da Constituição de 1988**. Letra da lei: Curitiba, 2010
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009
- SILVA, Sandra Krieger Gonçalves. **O Município na Constituição Federal de 1988**, Ed. Juarez de Oliveira, 2003

A sociedade da informação e o código penal militar

Paulo Adib Casseb¹

Em plena sociedade da informação muito se discute sobre os reflexos do avanço tecnológico nas várias áreas do direito e, especialmente na seara penal, reclama-se da ausência de providências legislativas que ajustem o Direito Penal à realidade virtual, tipificando crimes eletrônicos para combater condutas socialmente reprováveis, praticadas mediante instrumentos de alta tecnologia.

Igualmente no âmbito constitucional, não menos intensos são os debates sobre a proteção aos direitos à privacidade e a importância de se resguardar uma autêntica zona de penumbra a cada ser humano, mediante medidas efetivas de proteção individual contra a intromissão indesejada na esfera pessoal mais reservada, fenômeno esse intensificado pelos mecanismos tecnológicos de diversos tipos.

Fala-se até mesmo no direito fundamental a autodeterminação informática, a fim de que sejam preservados do alcance de terceiros (inclusive do Estado) dados pessoais sobre os quais seus titulares demandam sigilo, ou mesmo em relação a dados naturalmente sigilosos. Destaque-se que a Constituição de Portugal chega a prever expressamente o direito a autodeterminação informática.

Mesmo diante da relevância do tema, é curioso notar que, no furor das discussões acadêmicas sobre a matéria, a doutrina penal, bem como a constitucional, praticamente se esquece de voltar os olhos ao Código

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professor titular de Direito Constitucional dos Cursos de Mestrado e Graduação da Faculdade de Direito da FMU. Juiz do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

Penal Militar, no qual se verifica a consagração de interessante tipo penal, perfeitamente moldável à era tecnológica.

Preceitua o art. 229, do Código Penal Militar:

Art. 229. Violar, mediante processo técnico o direito ao recato pessoal ou o direito ao resguardo das palavras que não forem pronunciadas publicamente:

Pena – detenção, até 1 (um) ano.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem divulga os fatos captados.

José da Silva Loureiro Neto² anota que,

“o núcleo do tipo é expresso pelo verbo ‘violar’, que significa no caso devassar ou divulgar abusivamente; revelar. O meio empregado pelo agente é o processo técnico consistente no uso de instrumento visual (...) ou gravadores ou qualquer instrumento de gravação da voz ou imagem”.

A respeito do citado dispositivo da legislação penal castrense, Jorge Cesar de Assis³ comenta que,

“a lei não define o que seja processo técnico, razão pela qual podemos entendê-lo como gravação não consentida de conversa telefônica, ou mesmo gravação com o recurso de filmadora dotada de sistema de áudio, ou ainda gravação em fita cassete, sempre de conversas entre pessoas”.

Embora a lei não defina o significado de “processo técnico”, o objetivo do art. 229, do Código Penal Militar, permite aduzir que referida expressão abarca todo e qualquer mecanismo, dotado ou não de recursos tecnológicos, que sirva de instrumento para a exposição não autorizada de conversas reservadas, bem como de qualquer imagem, som, material, documento, informação, objeto, declaração verbal ou escrita, atinente aos direitos à privacidade, os quais, nos termos do art. 5º, X, da

2 LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 186.

3 ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 500.

Constituição da República, englobam a intimidade, a vida privada (ou intimidade social), a honra e a imagem.

A redação do tipo penal do art. 229, do CPM, evidencia a proteção ao **direito ao recato pessoal** como também ao **direito ao resguardo das palavras não pronunciadas publicamente**. Visualiza-se nesta norma **dois** direitos corolários dos direitos à privacidade, constitucionalmente contemplados.

Na verdade, diferentemente de Jorge Cesar de Assis, que considera o delito militar de violação ao recato uma “*figura confusa*”⁴, prefiro encarar a previsão em comento, inserta na legislação material castrense, como inovadora e visionária, haja vista que, promulgado em 1969, o Código Penal Militar se antecipou à Constituição democrática que surgiria apenas em 1988, na proteção expressa à esfera reservada do indivíduo, ou seja, aos direitos à privacidade.

Além disso, antecipou-se também às discussões atuais relativas aos crimes cibernéticos, pois inúmeras hipóteses de violação ao recato pessoal e ao resguardo de palavras, instrumentalizadas pela internet, podem ser perfeitamente enquadradas no tipo penal em questão.

Assim, justiça seja feita ao Direito Militar, pouco difundido no meio jurídico civil e que mereceria maior atenção, inclusive no segmento universitário, haja vista a inequívoca contribuição que oferece ao desenvolvimento do Direito Brasileiro.

⁴ *Op. cit.*, p. 500.

A amplitude objetiva do efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade perante o STF

Paulo Guilherme Gorski de Queiroz¹

Resumo

O Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da Constituição de 1988, entendia que suas decisões, proferidas no controle abstrato de constitucionalidade, eram dotadas de eficácia *erga omnes*, com repercussão direta sobre a validade e eficácia das normas.

Porém, a eficácia geral não era suficiente para impedir os desmandos das autoridades que insistiam em descumprir suas decisões.

Dessa forma, a introdução do *efeito vinculante* inegavelmente inovou o sistema, conferindo um *plus* às decisões da mais alta Corte do país, com a possibilidade de uso da Reclamação Constitucional, além de ensejar a responsabilidade civil e administrativa dos infratores.

A delimitação da parcela vinculante do julgado, porém, exige uma interpretação sistemática, diante de nosso modelo de controle de constitucionalidade eminentemente normativo.

Com essa precaução, é possível identificar a amplitude objetiva do efeito vinculante, sem ampliação demasiada ou esvaziamento de sua função.

¹ Procurador do Estado de São Paulo

1. Aspectos Introdutórios

O presente trabalho, sem a ambição de esgotar o tema “controle concentrado de constitucionalidade”, propõe a busca de parâmetros objetivos para a delimitação do *efeito vinculante* nas decisões proferidas pela Suprema Corte nessa seara.

A introdução do efeito vinculante, na Constituição de 1988, adveio através da Emenda Constitucional n. 3/93, que acrescentou o § 2º no artigo 102, asseverando que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e *efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

A Lei n. 9.868/99, em seu artigo 28, estendeu o instituto, dispondo que as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, também teriam eficácia contra todos e *efeito vinculante* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal, apesar de forte crítica doutrinária, que atribuía vício formal ao artigo 28 da lei federal, eis que a ampliação do efeito vinculante dependeria de Emenda à Constituição, entendeu pela constitucionalidade do dispositivo, consoante entendimento fixado na Questão de Ordem na Reclamação 1880/SP, relatada pelo Ministro Mauricio Corrêa.

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2006, contudo, dissipou qualquer discussão sobre o tema, ao conferir a atual redação do artigo 102, § 2º, da CF:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações direitas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e *efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

“Essa emenda à Carta de 1988 equiparou as duas ações diretas propiciadoras do controle principal no tocante ao assunto em foco, dotando as decisões de mérito nela proferidas de eficácia contra todos e efeito vinculante”.²

A presença do efeito vinculante no sistema constitucional ensejou, desde sua introdução, ampla discussão sobre seu teor e amplitude, notadamente se equivaleria ou não à eficácia *erga omnes*.

O efeito vinculante trouxe à tona, ainda, questionamentos sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição, assim como sobre sua compatibilidade com o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade.

Medular, então, um estudo específico sobre o tema, em razão de sua conformação e abrangência, configurando objeto de interesse das partes, órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública.

2. O controle concentrado de constitucionalidade e a norma jurídica

Sempre que falamos de norma jurídica, nunca é demais lembrar que partimos da premissa da norma como produto da interpretação, dissociada do texto (veículo físico) que o ampara.

Eis a lição de Gabriel Ivo:

O texto consiste num conjunto de palavras que forma os enunciados prescritivos; já a norma jurídica é o produto de sua interpretação. Finda a interpretação, surge a norma jurídica. Impossível pensar em norma jurídica sem prévia atividade interpretativa.³

O intérprete é peça fundamental no processo de construção da norma. Ele, deparando-se com o texto, formará, no plano das significações, a norma jurídica completa (juízo-hipotético em que um antecedente liga-se, através de um vetor deôntico, a um conseqüente).

2 RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 292.

3 IVO, Gabriel. *Norma Jurídica Produção e Controle*. São Paulo: Noeses, 2006, pág. XXXVIII

Feitas essas considerações preliminares sobre o objeto de estudo, seguro tecer breves comentários sobre o modelo brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade, que, como se verá, é eminentemente normativo.

Segundo Alexandre de Moraes, “a ideia de controle de constitucionalidade está relacionada à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.”⁴

Na Constituição de 1988, podemos identificar dois modelos de controle de compatibilidade de normas com a Lei Maior: o *controle difuso* exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário e o *controle concentrado* desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal.

No controle difuso, também denominado concreto ou pela via de exceção, em breve síntese, a inconstitucionalidade é declarada como fundamento de um pronunciamento judicial de mérito. A inconstitucionalidade representa mera questão prejudicial. A validade da norma não é afetada (poderá ser aplicada por outros órgãos) e o resultado do julgamento é restrito às partes envolvidas.

No controle concentrado ou abstrato, segundo Vadi Lammêgo Bulos, “a Corte retira do sistema de Direito Positivo os atos inconstitucionais até então formalmente vigentes”.⁵ A declaração de inconstitucionalidade figura como pedido mediato da demanda, repercutindo diretamente na validade e eficácia da norma.

A declaração de inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, da mesma forma que ocorre nas Cortes Constitucionais europeias, diferentemente do ocorrido no controle difuso, característica básica do *judicial review* do sistema norte-americano⁶

Importante ressaltar que nosso sistema de controle concentrado é eminentemente *normativo*.

4 MORAES, Alexandre, *Constituição do Brasil Interpretada*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2390

5 BULOS, Vadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 167.

6 MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 581.

A presença de uma norma, para o cotejo analítico com a Constituição, constitui premissa essencial para a instauração do processo de controle concentrado de normas; tanto que o Supremo Tribunal Federal não admite o controle de normas revogadas, consoante assentado pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do RE 397.354-Agr/SC:

Esta Suprema Corte entende que é inviável o controle concentrado de constitucionalidade de norma já revogada. Se tal norma, porém, gerou efeitos residuais concretos, o Poder Judiciário deve se manifestar sobre as relações jurídicas dela decorrentes, por meio do controle difuso.⁷

3. O efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*

Mesmo antes da presença da expressão “efeito contra todos” (*erga omnes*) no texto da Constituição, o Supremo Tribunal Federal entendia que as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade ostentavam eficácia geral, em razão da própria natureza do processo objetivo e do papel do Tribunal como guardião da Constituição. Esse posicionamento pode ser identificado no voto do Ministro Moreira Alves no julgamento da Representação 1016/SP:

Já o mesmo não ocorre com referência à declaração de inconstitucionalidade obtida em representação, a qual passa em julgado *erga omnes*, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera *ex nunc*), independentemente da atuação do Senado, por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo de seu desencadeamento se fez a priori, e que se impõe, quaisquer que sejam as consequências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente.⁸

O advento do efeito *erga omnes* no texto constitucional não trouxe, então, uma inovação substancial ao sistema, pois apenas reforçou a tese

7 STF – RE Agr/SC n. 397354, rel. Min. Ellen Gracie, j 18.10.2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, p. 559. Acesso em: 17.09.2011

8 STF – Rp/SP n. 1016, rel. Min. Moreira Alves, j 20.09.1979. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, pág. 60. Acesso em: 10.09.2011

já defendida pela Corte de que suas decisões seriam aplicáveis imediatamente em relação a todos.

Contudo, como já mencionado, o legislador constituinte derivado foi além e disse que as decisões, além de eficazes contra todos, seriam “vinculantes”.

Essa “vinculação”, então, seria um *plus* em relação ao efeito *erga omnes* ou mera expressão para enfatizar essa qualidade?

Em que pese substanciosas opiniões em contrário, entendemos que essa dicotomia intencional no texto não pode ser desconsiderada, pois teve o escopo nítido de introduzir nova figura na sistemática do direito Processual Constitucional.

O efeito *erga omnes* refere-se à amplitude da decisão, pois essa não se restringirá, como no controle difuso, às partes do processo envolvido. “Portanto, a eficácia *erga omnes* está relacionada ao alcance subjetivo da decisão no controle concentrado abstrato, ou seja, diz respeito a quem se destinam os efeitos da decisão”.⁹

O Ministro Eros Grau, na Questão de Ordem na Reclamação 4219-7/SP, trouxe relevantes ensinamentos sobre o tema em foco:

Eficácia, na dicção de Pontes de Miranda, é a qualidade daquilo que tem força ou daquilo que produz efeito. Ao referirmos a eficácia das decisões definitivas de mérito, proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, falamos da sua força, força da sua aplicação. O que se está a dizer, quando o § 2º do artigo 102 da Constituição do Brasil menciona eficácia dessas decisões, é que elas produzem efeitos jurídicos em relação a todos, de sorte a prontamente afetar, ordenando-as, as condutas, as relações e as situações a que respeitem. Afetam não somente as partes na ação judicial, porém todos. Essas decisões estão abrangidas pela generalidade própria das leis.¹⁰

9 PELICIONI, Angela Cristina. *A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: LTR, 2009, pag. 138.

10 STF – Rcl n. 4219 QO/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j 27.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/PDF/rcl4219-QO.pdf>>, p. 6-7, Acesso em: 17.09.2011

A decisão com efeito *erga omnes*, então, repercute imediatamente na eficácia das normas e relações jurídicas, independentemente de comunicação ao Senado (artigo 52, X, da CF), consoante ressaltado pelo Ministro Celso de Mello:

É certo que as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, quando atua em sede de jurisdição concentrada, revestem-se de eficácia *erga omnes*. Essa eficácia geral, vinculante e obrigatória, que decorre da declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, refere-se, no entanto – e tão somente – ao ato impugnado, cuja aplicabilidade cessa, por completo – no seu âmbito de validade espacial –, uma vez reconhecida, por essa Corte, a sua incompatibilidade – normativa conquanto dispõe a Lei Fundamental.¹¹

Fenômeno diverso ocorre com o efeito vinculante, que não está relacionado à amplitude subjetiva, mas ao dever de obediência às decisões da Suprema Corte, pois, como ensina Luis Roberto Barroso, “o efeito vinculante obriga a adoção da tese jurídica firmada pelo Tribunal Superior, sempre que a ela esteja logicamente subordinada a decisão da causa.”¹²

A ideia do efeito vinculante, então, está relacionada ao surgimento de liame obrigacional, fundado na Constituição, em relação a comportamentos que possam desrespeitar o conteúdo da decisão da Suprema Corte, permitindo, inclusive, o uso da Reclamação Constitucional (artigo 102, I, “1”, da CF), que, nas palavras de Leonardo José Carneiro da Cunha, consiste em uma “ação de competência originária dos tribunais superiores, prevista na Constituição Federal, que tem o objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões destes tribunais.”¹³

Esse parâmetro de observância geral e obrigatória deriva do fato de que o texto de 1988 elevou o Supremo Tribunal Federal ao posto de guardião da Constituição (CF, art. 102 “caput”).

11 STF – Rcl n. 385 QO/MA, rel. Min. Celso de Mello, j 26.03.1992. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portall/jurisprudência>, p. 173. Acesso em: 17.09.2011,.

12 BARROSO, Luís Roberto, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157.

13 CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. A Fazenda Pública em Juízo. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 485.

Os órgãos estatais devem tomar como premissa o veredicto pretoriano a partir do momento que ele transita em julgado.

A força obrigatória dos precedentes do Supremo advém do fato de que, no ordenamento pátrio, ele é quem profere a última palavra em matéria de jurisdição constitucional.

Por isso, ignorar os efeitos vinculantes advindos das sentenças da Corte Excelsa é desprezar a magnitude do Texto de 1988, cabendo, nesse caso, o uso da reclamação (CF, art. 102, I, I).¹⁴

Pela leitura do artigo 102, § 2º, podemos verificar que o efeito vinculante atinge a Administração Pública (em todos os níveis) e os *demais* órgãos do Poder Judiciário. O constituinte, dessa forma, ressaltou o Legislador, que poderá reeditar a norma (em razão da intencional omissão), e o próprio Supremo Tribunal Federal (pela expressão “demais órgãos”), que poderá rever o seu posicionamento diante de alterações substanciais na interpretação da Constituição.

Essa situação permite-nos identificar que as decisões do Supremo sempre terão eficácia contra todos (pois o texto não faz ressalvas), mas nem sempre serão vinculantes, demonstrando, por si só, que o efeito vinculante e a eficácia contra todos são realidades distintas. Essa situação ficou consignada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 864 MC/RS:

A eficácia *erga omnes* da decisão que suspende os efeitos de uma norma se restringe a estender a todos essa suspensão, inclusive ao Poder Legislativo, mas, ao contrário da eficácia vinculante, não impede que este reproduza total ou parcialmente a mesma norma em diploma legal posterior, o que implica em dizer que havendo tal reprodução se faz mister o ajuizamento de outra ação direta de inconstitucionalidade.¹⁵

A prova mais contundente da dicotomia entre efeito vinculante e eficácia *erga omnes* está na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, antes da previsão expressa do efeito vinculante no texto consti-

14 BULOS, Vadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 261-262

15 STF – ADI n. 86 MC, rel. Min. Moreira Alves, j. 13.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>, p. 132-133. Acesso em: 14.10.2011.

tucional, se posicionava “*no sentido do não cabimento de reclamação na hipótese de descumprimento de decisão tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, dada a natureza eminentemente objetiva do processo da ação direta*”¹⁶

Mesmo a ideia de força de lei, ligada ao conceito de coisa julgada, até então, não convencia a Suprema Corte de que suas decisões deveriam ser obrigatoriamente seguidas.

Entendemos, então, que a menção textual do efeito vinculante inovou o sistema, pois a eficácia *erga omnes*, por si só, não impedia, com base no livre convencimento, que, v.g, as instâncias inferiores do Poder Judiciário pudessem desprezar os julgados do Supremo Tribunal proferidas no controle abstrato, consoante se extrai do voto do Ministro Moreira Alves no julgamento da Questão de Ordem na ADC 1:

É que a eficácia da decisão dessa ação, quer de procedência, quer de improcedência, apenas se estende a todos (eficácia *erga omnes*) no sentido de que o ato normativo é inconstitucional (e, conseqüentemente, válido), o que implica a possibilidade de o Poder Judiciário, por suas instâncias inferiores, poder continuar a julgar em contrário, hipótese em que, às partes prejudicadas nos casos concretos, só restará, em recurso extraordinário, ver respeitada, pelo Supremo Tribunal Federal, sua decisão na ação direta de inconstitucionalidade sobre o ato normativo que dela foi objeto, e mais: essa eficácia *erga omnes* da ação direta de inconstitucionalidade não impede que o Poder ou órgão de que emanou o ato normativo julgado inconstitucional volte a reincidir na inconstitucionalidade, editando novo ato com o mesmo conteúdo anterior, hipótese que será necessária a propositura de nova ação direta de inconstitucionalidade, pois a declaração anterior não alcança esse segundo ato.¹⁷

16 STF – Rcl Agr n. 354/RS, rel. Min. Celso de Mello, j.16.05.1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portall/jurisprudência>>, p. 23 .Acesso em: 08.10.2011.

17 STF – ADC n. 1 QO, rel. Min. Moreira Alves, j. 27.10.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portall/jurisprudência>>, p. 18. Acesso em: 10.09.2011

4. A amplitude objetiva do efeito vinculante

Uma vez identificado o efeito vinculante como elemento autônomo, fundamental examinar sua amplitude objetiva, pois o desrespeito poderá redundar em consequências drásticas, como o uso da Reclamação Constitucional, bem como na responsabilidade civil e administrativa dos infratores, conforme enfatizam Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins:

É certo, pois, que a não observância da decisão, sem a devida justificativa, caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado (cf, também, CPC, art. 133, I).

Em relação aos órgãos do Poder Judiciário, convém observar que eventual desrespeito do STF legitima a propositura de reclamação, pois estará caracterizada, nesse caso, inequívoca lesão à autoridade de seu julgado (CF, art. 102, I, I).¹⁸

Sobre o limite objetivo do efeito vinculante, podemos destacar dois posicionamentos basilares. De um lado, os que defendem que o efeito vinculante se restringe à parte dispositiva do acórdão, com fulcro em regras do Código de Processo Civil (artigo 469), e de outro, os que entendem que os motivos ou fundamentos determinantes da decisão, outrossim, deveriam ser observados de forma coativa.

A transcendência dos motivos determinantes, defendida por abalizada doutrina e influenciada pelo direito alemão, decorreria do papel de guardião da Constituição expressamente conferido pela Constituição Federal de 1988 ao Supremo Tribunal Federal (artigo 102, “caput”), que, dessa forma, seria o órgão responsável para dar a última palavra em sede de interpretação constitucional.

Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a ideia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão.

18 MARTINS, Ives Gandra da Silva; FERREIRA, Gilmar Mendes. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 603.

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.¹⁹

A teoria da transcendência dos motivos, apesar de defensores de peso e tentadora fundamentação, com a devida vênia, redundava em inconsistências com o modelo vigente.

Em um primeiro momento, o artigo 102, § 2º, diz que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, *nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade* produzirão eficácia contra todos e *efeito vinculante*. Logo, a Constituição vincula umbilicalmente o efeito vinculante a um prévio processo de controle concentrado.

No mais, como visto, nosso controle concentrado é eminentemente normativo, ou seja, relacionado ao cotejo de compatibilidade de “normas” com a Constituição, conforme ressaltado pela Ministra Carmen Lúcia na Reclamação n. 12632/MS: “Entretanto, o sistema brasileiro admite o controle de constitucionalidade de leis ou normas específicas, não se aceitando declaração de inconstitucionalidade de matéria ou tema.”²⁰

Logo, pela teoria dos motivos determinantes, e esse é o ponto que nos preocupa, poderíamos atribuir efeitos vinculantes à “teses” desligadas de uma norma objeto de controle ou, ainda, relacionadas a normas que sequer poderiam ser discutidas no controle concentrado.

Além disso, como visto, o nosso sistema de controle de constitucionalidade é misto (difuso e concentrado). Assim, a atribuição de efeitos vinculantes aos fundamentos, dissociados de uma norma submetida ao controle objetivo, poderia permitir o uso do instituto da Reclamação Constitucional, *que é um instrumento excepcional*, de forma demasiadamente ampla.

19 MARTINS, Ives Gandra da Silva; FERREIRA, Gilmar Mendes. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.598.

20 STF – Rcl n. 12632/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27.09.2011 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 11.09.2011

Isso inegavelmente distorceria o sistema recursal, pois o acesso ao Supremo, que deveria, em regra, ser feito através do Recurso Extraordinário (artigo 102, III, da CF) ocorreria pela via direta da Reclamação Constitucional.

A força obrigatória da fundamentação das decisões de controle de constitucionalidade não se ajusta, confortavelmente, a sistemas de índole jurisdicional, sendo adequada ao controle político preventivo judicialiforme, de padrão francês. 21

O transplante institucional pretendido, portanto, afigura-se extremamente problemático, tendo-se em conta que o controle de constitucionalidade brasileiro possui natureza eminentemente jurisdicional, mais do que isso, ainda hoje é exercido, predominantemente, no âmbito da jurisdição ordinária, de acordo os princípios e regras processuais comuns.²²

O Supremo, então, vem reiteradamente afastando a aplicação da transcendência dos motivos em reiterados precedentes, notadamente após o julgamento da Reclamação/Agr 3.014/SP, relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto.

Contudo, dizer que o efeito vinculante restringe-se ao dispositivo, conclusão ou “fecho da sentença²³”, nas palavras de Humberto Theodoro Junior, não nos dá uma visão completa sobre o tema, pois a Constituição diz que “a decisão” terá efeito vinculante.

Dessa forma, orientar-se pelo mero dispositivo do acórdão, tecnicamente, redundaria em uma modulação não prevista no artigo 102, § 2º, da Constituição. Nesse sentido, precisa a lição do Ministro Eros Grau:

Em um primeiro momento direi que o vocábulo *decisão*, no contexto da Constituição do Brasil, em especial no § 2 do seu artigo 102 – *decisão* definitiva de mérito – não conota estritamente

21 RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 293.

22 _____. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 293-294.

23 JUNIOR, Humberto Theodor. *Curso de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.568.

te o que chamamos de dispositivo do acórdão, lavrado ao final da cada julgamento operado pelo Supremo. Neste ponto, para deixar tudo bem claro, permito-me fazer uma distinção entre o dispositivo da sentença ou acórdão e a *norma de decisão*. O dispositivo é a expressão mais reduzida da norma de decisão, cujo pleno discernimento supõe, todavia, a leitura da sentença inteira ou do acórdão todo ele. O dispositivo “julgo improcedente [ou procedente] a ADI”, evidentemente não expressa o conteúdo da decisão que decorreu, nessa ADI, do confronto entre um texto normativo infraconstitucional e a Constituição, resultando na afirmação da coerência, ou incoerência, desse texto normativo infraconstitucional com ela, a Constituição.²⁴

Imaginemos, a título de ilustração, uma ação declaratória em que o Supremo julgue inconstitucional uma norma “y” do Regimento Interno de um Tribunal, que imponha à população o dever de pagar uma quantia fixa para a consulta dos autos em cartório. O dispositivo do acórdão da Suprema Corte provavelmente dirá: “*julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da norma “y”*”.

Porém, o que ocorrerá se aquele Tribunal editar e aplicar outra norma “x” com o mesmo conteúdo daquela anteriormente declarada inconstitucional? Obviamente essa aplicação será uma burla à decisão vinculante da Suprema Corte. Porém, em tese, ao não utilizar a norma “y”, não estaria contrariando o *mero* “dispositivo” do acórdão, que nada mencionou sobre normas futuras.

Suponha, nesse mesmo caso, que um juiz de primeiro grau, diante de uma demanda que objetive afastar referida taxa “y” (declarada inconstitucional), não declare expressamente a constitucionalidade da norma, mas entenda que a obrigação pecuniária deva permanecer com base em algum princípio ou lei estadual aplicável ao caso. Novamente, esse magistrado, teoricamente, não maculou o dispositivo do aresto, pois não se pronunciou especificamente sobre a norma “y” e aplicou princípios e leis locais.

24 STF – Rcl n. 4219 QO/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j 27.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/PDF/rcl4219-QO.pdf>>, pág. 10, Acesso em: 17.09.2011

Isso comprova que fixar a atenção apenas no dispositivo do julgado poderá redundar em algumas dificuldades. Nesse ponto, concordamos com Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes:

É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo discipando esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei. Ademais tal redução diminuiria significativamente a contribuição do tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.²⁵

Por isso, fundamental buscar um posicionamento intermediário, em que o efeito vinculante seja atribuído à *decisão*, porém, sem os empecilhos da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Inicialmente, é preciso compreender que uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a adequação constitucional de uma norma no controle concentrado pode ser vilipendiada de forma *direta e indireta*, ambas vedadas pelo sistema.

A maneira mais usual (direta) seria, *e.g.*, através da declaração de inconstitucionalidade incidental, por um juiz de primeiro grau, de uma norma já declarada constitucional pela Corte. Enquanto o Supremo diz “julgo procedente para declarar a constitucionalidade da norma”, o magistrado local, incidentalmente, conclui “entendo que norma é inconstitucional”. Nesse caso, o magistrado violaria *diretamente* a decisão do Supremo ao adotar solução diametralmente oposta ao *dispositivo* do acórdão.

Contudo, além da violação direta, pode uma norma objeto de controle concentrado ser questionada pela via transversa ou indireta, ou seja, através de subterfúgios que repercutam na eficácia.

Na violação indireta, não há, propriamente, uma declaração expressa de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, mas a utilização de interpretações que *esvaziam* o conteúdo normativo da norma declarada *constitucional* ou que *reconstruam* a norma declarada *inconstitu-*

25 MARTINS, Ives Gandra da Silva; FERREIRA, Gilmar Mendes. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600.

cional, com base em princípios ou outros fundamentos normativos. Essa situação foi evidenciada pelo Supremo Tribunal Federal, entre outros precedentes, no julgamento da Reclamação 7322/DF:

O Supremo Tribunal Federal considera declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidí-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.²⁶

O efeito vinculante, logo, se fosse restrito ao dispositivo, permitiria uma série de burlas (violações indiretas), incompatíveis com a *ratio essendi* do instituto, que foi introduzido para evitar os desmandos daqueles que insistiam em desrespeitar as decisões da mais alta Corte do país.

A vinculação, então, deve ser vista como uma obrigação constitucional que vai além da singela proibição de mencionar expressões como: “declaro a constitucionalidade” ou “declaro a inconstitucionalidade”.

Se estivermos diante do efeito vinculante, isso significa que os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração não deverão proferir *decisões* ou adotar *comportamentos* (comissivos ou omissivos), que impliquem em questionamentos (diretos ou indiretos) sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, cuja legitimidade já fora apreciada pelo Guardião da Constituição.

Pouco importa se houver ou não a declaração de inconstitucionalidade, eis que o dever de obediência (efeito vinculante) seguirá a sorte do julgamento, podendo assumir duas formas básicas: a) *dever de aplicação* da norma declarada constitucional (obrigação de fazer); b) *dever de não aplicação* da norma declarada inconstitucional (obrigação de não fazer).

Essa situação é facilmente compreendida através de uma situação hipotética. Suponha que o Supremo Tribunal Federal, diante de um texto que contenha duas normas obrigacionais (norma “a”: dever de pagar R\$10, e norma “b”: dever de preencher um formulário), entenda que a primeira é inconstitucional e a segunda constitucional.

26 STF – Rcl n. 7322/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.06.2010 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>, p. 240. Acesso em: 10.09.2011

Imaginemos agora que um juiz, após o pronunciamento da Corte, se depare com um sujeito que se enquadre no âmbito de aplicação das duas normas, mas requer uma tutela jurisdicional que afaste ambas as obrigações (pagar e preencher o formulário), com fulcro na inconstitucionalidade.

Em razão do efeito vinculante, o juiz, no nosso caso, mesmo que esse não seja o seu entendimento pessoal, *não deverá* aplicar a norma “a”, impondo a obrigação pecuniária, e, ao mesmo tempo, *deverá* aplicar coativamente a norma “b”, mantendo a obrigação de preencher o formulário, sob pena de responsabilidade funcional e uso da Reclamação Constitucional pelo interessado.

Observem que o efeito vinculante limita o princípio do livre convencimento do magistrado e elimina a possibilidade de controle de constitucionalidade pela via difusa.

A verificação do descumprimento da decisão da Suprema Corte, por essa sistemática, não exige maiores esforços, pois bastará ao interessado aferir, primeiramente, se a norma é aplicada no caso concreto e, caso seja, se os órgãos vinculados adotaram o comportamento exigido (aplicação coativa da norma ou abstenção de aplicação).

Vale ressaltar que usamos sempre a expressão “norma” e não “texto de lei”, para destacar que o relevante é o conteúdo normativo e não o signo legislado (texto), evitando problemas como a reedição e aplicação de norma de idêntico conteúdo, pois como esclareceu o Ministro Cezar Peluso, no voto proferido na Reclamação 3014/SP, “quando uma norma passa pelo controle abstrato, todas as normas de conteúdo idêntico podem ser objeto de reclamação imediatamente, quando a decisão do Supremo não for aplicada”²⁷. Em complementação, o Ministro sabiamente afirmou:

Noutras palavras, foi aí afirmado, independentemente da teoria dos motivos determinantes, que, se uma norma passou pelo controle abstrato e foi tida como constitucional ou inconstitucional, já não precisa passar por novo controle abstrato, mediante ação direta, por força do efeito vinculante.²⁸

27 STF – Rcl n. 3014/SC, rel. Min. Ayres Brito, j.10.03.2010 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>, p. 399. Acesso em: 11.09.2011

28 STF – Rcl n. 3014/SC, rel. Min. Ayres Brito, j.10.03.2010 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>, p. 401. Acesso em: 11.09.2011

Por essa razão, se uma norma declarada *inconstitucional* diz que determinados sujeitos devem *pagar, fazer ou omitir* um comportamento, isso significa que um Tribunal, diante do efeito vinculante, não poderá reconstruir referido conteúdo, isto é, esse *pagar, fazer ou não fazer*, mesmo que com base em outro texto normativo, salvo, é claro, em casos de significativa alteração no ordenamento ocorrida após o julgamento da Suprema Corte.

5. Conclusão

Como visto, o efeito vinculante foi introduzido para impedir que discussões sobre a legitimidade constitucional de uma norma, já submetida ao controle concentrado, fossem perpetuadas no seio da Administração e demais órgãos do Poder Judiciário.

Sobre essa situação de indefinição, muitas vezes defendida com base no livre convencimento da magistratura, o Ministro Francisco Rezek, uma vez afirmou: “...Com todo o respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar”.²⁹

Porém, a busca da amplitude do efeito vinculante exige profunda aferição sistemática, para evitar problemas, como os enfrentados pela teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Além disso, como demonstrado, dizer que somente o dispositivo deva ser observado, além de restrição indevida à redação do artigo 102, § 2º, não solucionaria uma série de comportamentos que indiretamente maculam a decisão do Supremo.

Dessa forma, o efeito vinculante, dentro de seu papel uniformizador e isonômico, assumirá amplitude mais abrangente, vedando qualquer comportamento ou decisão que represente um novo questionamento constitucional (direto ou “mascarado”) sobre questão normativa já superada pelo órgão incumbido de dar a última palavra em sede de interpretação constitucional.

29 STF – ADC n. 1 QO, rel. Min. Moreira Alves, j. 27.10.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>, p. 46-47. Acesso em: 10.09.2011

6. Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto, **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Vadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007.

IVO, Gabriel. **Norma Jurídica Produção e Controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

JUNIOR, Humberto Theodor. **Curso de Direito Processual Civil**. 1º Volume. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; FERREIRA, Gilmar Mendes. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____, **Constituição do Brasil Interpretada**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PELICIOLI, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: LTR, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Competências ambientais do Município na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e possibilidade de realizar licenciamentos e convênios, na tutela do meio ambiente

Paulo Roberto Fernandes de Andrade¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Surgimento do Estado Federal e suas características. A atual estrutura básica da Federação no Brasil e a autonomia dos entes federativos integrantes. 3 Repartição de competências na Constituição de 1988. 4 Princípio geral, técnicas e classificações quanto à repartição de competências na Constituição de 1988. 5 Competências ambientais na Constituição de 1988. 6 O Município na Constituição de 1988. 7 Competência genérica municipal em virtude da predominância do *interesse local*. 8 Possibilidade de existência de licenciamento municipal ambiental. 9 Possibilidade de celebração de convênios entre Estado e Municípios, na seara ambiental, principalmente para fins de licenciamento ambiental. 10 Conclusão. 11 Referências.

¹ Procurador do Estado Coordenador do Contencioso Imobiliário e Ambiental da Procuradoria Regional de Santos da PGE/SP, Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP) e Especializando em Direito Processual Civil pela Escola Superior da PGE/SP.

1. Introdução

O Estado de São Paulo, por meio da CETESB – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, tem celebrado convênios com alguns Municípios paulistas (por exemplo, Guarulhos, Cubatão, Bertioga, Lins, São Carlos, Indaiatuba e Rio Claro), visando à cooperação técnica e administrativa para a execução de procedimentos de licenciamento e de fiscalização ambientais de atividades e empreendimentos de impacto local.

O Ministério Público, no entanto, ingressou com ações civis públicas impugnando judicialmente tais acordos de cooperação, alegando basicamente a inconstitucionalidade da atuação conjunta de ambos os entes políticos, em virtude da falta de edição da lei complementar referida na atual redação do artigo 23, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.²

O objetivo do presente estudo é demonstrar que, ao contrário do que suscitado pelo *parquet* estadual, os Municípios possuem ampla competência constitucional para realizar o licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos de impacto ambiental direto dentro dos lindes municipais, e tanto estes como o Estado já portam autorização para firmarem convênios, que nada mais significa do que a busca de melhor implementação técnica e da eficiência administrativa no exercício da mesma competência, independentemente da ausência da lei complementar referida no dispositivo constitucional mencionado³.

2 Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; [...] VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII – preservar as florestas, a fauna e a flora; [...] Parágrafo único – Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

3 Durante a redação deste texto tramitavam no Congresso Nacional determinados Projetos de Lei Complementar fixando normas para a cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, referente às competências tratadas nos incisos III, VI e VII do artigo 23 da CF/1988, então mencionados na nota de rodapé nº 78. Tais Projetos culminaram com a edição da Lei Complementar nº 140, de 08/12/2011. No entanto, o objetivo deste trabalho é demonstrar que a competência municipal independe de lei complementar, retirando embaçamento diretamente da Norma Constitucional, pois, mesmo se algum artigo da referida Lei Complementar for declarado inconstitucional, ou considerando a irretroatividade prevista

2. Surgimento do Estado Federal e suas características. A atual estrutura básica da Federação no Brasil e a autonomia dos entes federativos integrantes

O modelo federal contemporâneo de Estado corresponde a criação dos convencionais de Filadélfia, reunidos em 1787, com o objetivo de aprimorar a união dos recém-criados Estados norte-americanos, após a independência do jugo inglês.⁴

Federação, de *foedus*, *foederis*, significa *aliança*, *pacto*, *união*, pois é da união, da aliança, do pacto entre Estados que ela nasce. No Brasil, as autonomias regionais constituem fato histórico, ante a dimensão territorial deste país, bem como da grande diversidade dos costumes e das condições naturais. Enfim, os “regionalismos” “foram circunstâncias exigentes da Federação como forma de Estado”, pois esta é uma forma hábil de manter unidas as autonomias regionais brasileiras.^{5 6}

Vladimir Passos de Freitas informa que “com a Proclamação da República, sob a inspiração de Rui Barbosa, transformou-se o Brasil em Estado Federal. A Constituição da República, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, no art. 1º, adotou como forma de governo a Repúbli-

no artigo 18 da mesma Lei (que fixa sua aplicação apenas aos processos de licenciamento ou autorização ambientais iniciados a partir de sua vigência), ainda assim deve ser considerado válido e eficaz qualquer convênio ou licenciamento municipal anteriormente efetivado.

4 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3-9.

5 TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 71-73.

6 Conforme expõe Édís Milaré: “Conquanto a ideia de federação remonte à Antiguidade, pressupondo uma cooperação de mútua confiança, como indica a própria etimologia da palavra, o conceito moderno origina-se possivelmente com Locke e surge na história com a declaração da independência dos Estados Unidos da América do Norte. No Brasil, cujas dimensões continentais e diversidades do território sempre geraram forças centrífugas tendentes ao desmembramento do território, a aspiração de unidade nacional desde os primórdios da independência colocou a federação como instrumento de compatibilização entre a autonomia local e a dependência do governo central, ambos heranças do sistema colonial português. Concretizada com a República, a federação sempre buscou pautar-se pelo modelo americano. Todavia, ao longo das diversas Constituições geradas por um século de experiência republicana, a realidade brasileira modulou um sistema federativo compatível com as necessidades e experiências nacionais. Assim é que a Constituição de 1988 criou uma federação em três níveis, modelo único no mundo, reconhecendo como entes federados a União, os Estados-membros e Distrito Federal e os Municípios.” (*Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em foco*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 189).

ca Federativa; no art. 63 a 67 dispôs sobre a organização dos Estados, nome que deu às antigas províncias”.⁷

A federação no Brasil surge, provisoriamente, no entanto, por meio do Decreto 1, de 15 de novembro de 1889, que também instituiu a república como forma de governo e estabeleceu “as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais”.⁸

Para Lúcia Valle Figueiredo, “Federação é o modelo constitucional em que se prevê a descentralização do poder estatal, tal seja, a pluralidade de centros de poderes autônomos, coordenados pelo poder central, este sim, exercendo a soberania externa”.⁹

As características do Estado Federal foram bem arroladas por Fernanda Dias Menezes de Almeida, descrevendo com precisão os traços que o distinguem de outros modelos ou formas de Estado, quais sejam: a *autonomia dos estados-membros*; a *Constituição como fundamento jurídico do Estado Federal*; a *inexistência do direito de secessão*; presença de *aspectos unitários nos planos internacional e interno*; uma verdadeira *sociedade de Estados*; uma *repartição de competências*; e por fim uma *repartição de rendas*.¹⁰

Interessa-nos, para os fins deste trabalho, a repartição de competências entre os entes federados, máxime as de índole ambientais, cujas considerações pertinentes apresentaremos mais adiante, valendo, por ora, apenas colacionar o entendimento de Fernanda Dias Menezes de Almeida, no sentido de que “A Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas”.¹¹

Quanto à estrutura básica da federação brasileira, compreende, no entender de José Afonso da Silva, sua organização concreta, seus com-

7 *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 54.

8 TEMER, Michel. Ob. cit., p. 71.

9 Discriminação constitucional das competências ambientais. Aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 35, p. 43, jul./set. 2004.

10 Op. cit., p. 10-16.

11 Op. cit., p. 14.

ponentes e a técnica de repartição do poder autônomo entre as entidades federativas.¹²

A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, atualmente, por força do artigo 18 da Constituição de 1988, inclui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os chamados componentes do nosso Estado Federal, caracterizando-se uma união indissolúvel e com todos portando, cada um, sua autonomia.¹³

3. Repartição de competências na Constituição de 1988

José Afonso da Silva define *competência* como a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. E *competências* são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.¹⁴

Luís Pinto Ferreira entende competência como a capacidade jurídica de agir em uma esfera determinada.¹⁵

Para Celso Ribeiro Bastos, competência são os poderes que a lei confere para que cada órgão público possa desempenhar suas atribuições específicas.¹⁶

12 *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 469-474.

13 Valendo-se novamente dos bons ensinamentos da professora Fernanda Dias Menezes de Almeida, quanto à autonomia: “Os Estados-membros da Federação não gozam de soberania, isto é, daquele poder de autodeterminação plena, não condicionada por nenhum outro poder externo ou interno. A soberania passa a ser apanágio exclusivo do Estado Federal – e esta é a primeira nota distintiva em relação à Confederação. Desfrutam os Estados-membros, isto sim, de autonomia, ou seja, de capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano, que lhes garante auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, exercitáveis sem subordinação hierárquica dos Poderes estaduais aos Poderes da União. [...] Com efeito, a autonomia, no seu aspecto primordial, que a etimologia do termo naturalmente indica – autonomia do grego *autos* (próprio) + *nomos* (norma), significa edição de normas próprias –, corresponde, no caso dos Estados-membros, à capacidade de se darem as respectivas Constituições e leis. Ora, destituído de significado prático seria reconhecer essa capacidade de auto-organização e autolegislação, sem que houvesse uma definição do objeto possível de normatização pelos Estados.” (Op. cit., p. 11 e 14).

14 Op. cit., p. 477.

15 *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, v.1, p. 491.

16 *Curso de Direito Administrativo*. 5ª. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 107.

Toshio Mukai, por sua vez, escreve que competência é a medida de poder que a Constituição ou a lei atribui ao agente público para a prática de determinados atos.¹⁷

O problema da repartição das competências federativas é o ponto nuclear da noção de Estado Federal, sendo notórias as dificuldades quanto a saber quais matérias devem ser entregues à competência dos entes federativos.

Importante ressaltar que a repartição de competências é determinada, em grande medida, por fatores históricos e sociais, uma vez que a Constituição simplesmente traduz a realidade encontrada em uma determinada sociedade, sendo ela responsável pela definição constitucional do nível de centralização ou descentralização de um Estado Federal.

Os limites da repartição de poderes dependem da natureza e do tipo histórico de federação, ocorrendo descentralização mais acentuada, distribuindo competências mais amplas a todos os componentes do Estado Federal, ou concentração maior de competência em um ou outro membro da federação, principalmente em prol da União.

Conforme explica Raul Machado Horta, a técnica da repartição de competências funciona como um instrumento de controle, no sentido de que é através dela que são definidas as competências de cada ente federado, podendo acentuar a centralização – conferindo maior soma de poderes à União – bem como induzir a descentralização, de forma dosada e comedida, no intuito de estabelecer o equilíbrio entre o ordenamento central e os ordenamentos parciais. O sistema de distribuição de competências se coloca a serviço da pluralidade dos ordenamentos do Estado federal, mantendo a unidade dialética de duas tendências contraditórias: a tendência à unidade e a tendência à diversidade.¹⁸

No Brasil, predominou a tendência centralizadora e a exasperação da autoridade em favor da União.

A Constituição de 1988, no entanto, estruturou sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas, com compe-

17 *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 210.

18 *Direito Constitucional*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1999, p. 352.

tências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica.¹⁹

Na atualidade, a preocupação maior está em encontrar equilíbrio satisfatório entre os entes federativos, pois o fato é que do federalismo se espera seja garantia de liberdade e de eficiência, pois para este fim foi o sistema idealizado.²⁰

Ademais, o federalismo adotado é *de integração ou de cooperação*, pelo qual a distribuição de competências não é mais instrumento de disputas entre o autoritarismo centralizador e as autonomias locais, mas compromisso de solidariedade e de união de esforços para realizar de modo mais adequado possível o bem-estar da coletividade.²¹

A função de cooperação requer a atuação conjunta dos entes federados, ou seja, todos devem exercer suas competências conjuntamente. Significa dizer que não há prevalência ou relação hierárquica de nenhuma das esferas de poder sobre outra, resultando em responsabilidades igualmente comuns. O pressuposto da coordenação é a estreita interdependência que existe entre inúmeras matérias e programas de interesse comum. O que caracteriza a cooperação é o fato de que, embora a decisão seja conjunta, a execução dos atos ocorre individualmente; cada ente executa suas ações, podendo estas, entretanto, serem realizadas também conjuntamente.²²

O federalismo cooperativo deve igualmente ser compreendido como tendo o objetivo de equilibrar a descentralização federal com os imperativos da integração econômica nacional.²³

19 SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 475.

20 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Op. cit., p. 29-30.

21 MUKAI, Toshio. As competências dos entes federados na Constituição de 1988, em especial em matéria ambiental. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 713, dez. 1991.

22 E de igual modo para Édís Milaré, o quadro de competências desenhado pela Constituição da República discrimina as atribuições conferidas a cada ente federado, com ênfase no que se convencionou chamar de *federalismo cooperativo*, “já que boa parte da matéria relativa à proteção do meio ambiente pode ser disciplinada a um só tempo pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.” (op. cit., p. 190).

23 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 151. Em outra obra, ele reforça o pensamento do seguinte modo: “A cooperação se faz necessária para que as crescentes necessidades de homogeneização não desemboquem na centralização. A virtude da cooperação é a de buscar resultados unitários e uniformizadores sem esvaziar os poderes e competências dos entes federados em relação

E esta espécie de federalismo reflete-se na técnica de repartição de competências adotada pelo Constituinte representando, de um lado, uma garantia aos entes federados do pleno exercício das competências que lhes foram atribuídas e, de outro, a proibição de usurpação destas mesmas competências por outros entes da federação.

Princípio geral, técnicas e classificações quanto à repartição de competências na Constituição de 1988

O *princípio geral* que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da *predominância de interesse*, segundo o qual:

[...] à União caberá aquelas matérias e questões de *predominância de interesse geral*, ao passo que aos Estados se referem as matérias de *predominante interesse regional* e aos municípios concernem os *assuntos de interesse local*. Em relação ao Distrito Federal, por expressa disposição constitucional (CF, art. 32, § 1º), acumulam-se, em regra, as competências estaduais e municipais, com a exceção prevista no art. 22, XVII, da Constituição.²⁴

Havendo conflito de interesse acerca de determinada matéria, a atribuição competente será concedida ao ente que tenha predominantemente o interesse sobre o assunto, o que demonstra a não hierarquização entre os componentes da Federação.

Quanto às *técnicas de repartição da competência*, menciona Fernanda Dias Menezes de Almeida que a experiência federativa deste país já testou combinações diversas entre poderes enumerados, remanescentes e concorrentes, portando, sua obra, detalhado histórico das técnicas utilizadas em todas as Constituições brasileiras.²⁵

à União, mas ressaltando a sua complementariedade. O grande objetivo do federalismo, na atualidade, é a busca da cooperação entre União e entes federados, equilibrando a descentralização federal com os imperativos da integração econômica nacional.” (Dilemas do Estado Federal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 58).

24 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 278.

25 Op. cit., p. 32-57.

E segundo José Afonso da Silva, a Constituição de 1988 busca realizar o equilíbrio federativo por meio de repartição de competências que se fundamenta na técnica de enumeração dos poderes da União (artigos 21 e 22) com poderes remanescentes para os Estados (artigo 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (artigos 29 e 30). Combina, porém, com esta reserva de campos específicos, possibilidades de delegação (artigo 22, parágrafo único), áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 23) e setores concorrentes entre União e Estados, em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais e normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar (artigos 24 e 30).²⁶

Ao tratar da repartição de competências na Constituição, Hely Lopes Meirelles, por sua vez, menciona que a Carta Magna em vigor, tal como as anteriores, desde a proclamação da República, “adotou o sistema de competências ou poderes reservados ou enumerados para a União e para os Municípios, ficando os remanescentes com os Estados”.²⁷

Considerando o aspecto relativo à *classificação das competências*, Vladimir Passos de Freitas afirma que as matérias que compõem o conteúdo da competência podem ser agrupadas em classes, *segundo sua natureza*, sua vinculação cumulativa a mais de uma entidade e seu vínculo à função de governo. E com fulcro nestes vários critérios, podemos classificar as competências basicamente em dois grandes grupos, com suas subclasses:

I - *competência material*, que pode ser: a) exclusiva (art. 21); e b) comum, cumulativa ou paralela (art. 23); II - *competência legislativa*, que pode ser: a) exclusiva (art. 25, §§ 1º e 2º); b) privativa (art. 22); c) concorrente (art. 24); d) suplementar (art. 24, § 2º).^{28 29}

A competência *material* refere-se à prática dos atos de gestão e de administração, não de atividade *legislativa*, referindo-se esta, por sua

26 *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 72.

27 *Direito Municipal Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 131.

28 Op. cit., p. 56.

29 Também em SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ibidem, p. 478.

vez, à faculdade atribuída a cada um dos entes políticos para a elaboração de leis sobre determinado assunto.

Na *classificação das competências quanto à forma*, temos: I – enumeradas ou expressas (atribuições específicas feitas de forma explícita pela Constituição a cada entidade federativa); II – remanescentes (trata-se das atribuições restantes, que não foram atribuídas especificamente a nenhuma entidade federativa, tal como a dos Estados, portando competências remanescentes nos termos do artigo 25, § 1º, da CF/1988).

E relativamente à *classificação das competências quanto à extensão*, vislumbram-se as seguintes: I – exclusivas (atribuídas a uma única entidade federativa, sem a possibilidade de delegação); II – privativas³⁰ (atribuídas a uma única entidade federativa, com a possibilidade de delegação em questões específicas, nos termos do artigo 22, parágrafo único, da CF/1988); III – comuns, cumulativas ou paralelas (atribuídas a todas as entidades federativas sobre determinadas matérias, sendo que, na competência comum, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão administrar sobre as matérias do artigo 23 da CF/1988 e todos estes entes federativos devem cuidar do cumprimento e execução das leis, independentemente da origem federal, estadual, distrital ou municipal); IV – concorrentes (a União deverá restringir-se a fixar somente normas gerais, deixando aos outros entes a implementação de regras específicas de acordo com suas particularidades, cabendo dizer que, muito embora o artigo 24 não estabeleça a possibilidade de os Municípios legislarem concorrentemente sobre determinadas matérias, tal faculdade é prevista, de forma ampla e genérica, pelo artigo 30, inciso II, da CF/1988); V – suplementares (significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas).³¹

Fernanda Dias Menezes de Almeida nos diz que o modelo adotado Constituição de 1988 estruturou-se em um sistema complexo, em

30 A respeito das distinções entre competências exclusivas e privativas, bem como entre competências remanescentes, residuais e reservadas, são bem analisadas em: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Op. cit., p. 62-66.

31 Classificações conforme SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ibdem, p. 478-479.

que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação. Cada ente federativo, enfim, foi contemplado com competências próprias.³²

Nesse sentido, há as competências privativas, repartidas horizontalmente, como as da União, previstas no artigo 21 (matérias relativas à atuação política e administrativa) e no artigo 22 (discrimina matérias de disciplina legislativa); as dos Estados, com competências residuais (artigo 25, § 1º), além da criação de Municípios (artigo 18, § 4º), da exploração dos serviços locais de gás canalizado (artigo 25, § 2º) e da instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (artigo 25, § 3º).

As competências dos entes municipais, por sua vez, estão catalogadas no artigo 30 da Constituição de 1988, como as de ordem administrativa (incisos III, IV, V e VIII) e a competência para legislar sobre o interesse local, conferida pelo inciso I, não se esquecendo do Distrito Federal, membro da Federação (artigos 1º e 18), que recebe do artigo 32, § 1º, as competências legislativas reservadas aos Estados e aos Municípios.

Convivem-se os entes também com competências concorrentes (artigo 24), repartidas verticalmente, cabendo à União editar normas gerais (artigo 24, § 1º), não excluindo os Estados e o Distrito Federal de legislares de forma suplementar (artigo 24, § 2º) sobre suas peculiaridades, inclusive na omissão da legislação federal (artigo 24, § 3º).

E o Município teve sua competência concorrente deslocada para o artigo 30, inciso II, da Carta Magna de 1988, suprimindo a legislação federal ou estadual no que couber.

A competência comum vem discriminada no artigo 23, cujas tarefas devem ser cumpridas com o concurso da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Abre-se ainda espaço para a participação das esferas locais nas competências conferidas ao ente central, mediante delegação, prevista no parágrafo único do artigo 22, permitindo que lei complementar au-

32 Op. cit., p. 58-59.

torize os Estados a legislarem sobre questões específicas do rol de competências privativas da União.³³

3. Competências ambientais na Constituição de 1988

José Afonso da Silva, ao tratar da inserção do tema meio ambiente nas constituições brasileiras, afirma, em síntese:

As Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 nada traziam especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre águas, florestas, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras como o Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca.

A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre o *meio ambiente*, inserido no título da “Ordem Social” (Capítulo VI do Título VIII). Mas a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional.³⁴

Com relação à competência ambiental propriamente dita, pode esta ser compreendida como “a congregação das atribuições juridicamente conferidas a determinado nível de governo visando à emissão de suas decisões no cumprimento do dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações”.³⁵

A repartição de competência em matéria ambiental, no Brasil, segue os mesmos princípios que a Constituição adotou para a distribuição da competência em geral entre as entidades federativas. União, Estados,

33 Ainda conforme ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Op. cit., p. 58-59.

34 *Direito Ambiental Constitucional*. Ibidem, p. 46.

35 FERREIRA, Heline Silvini. Competências Ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2011, p. 228.

Distrito Federal e Municípios têm competência para a proteção ambiental, e encontramos competência material exclusiva, competência material comum, competência legislativa exclusiva e competência legislativa concorrente.³⁶

Destarte, no tocante à repartição de competências na seara ambiental, constata-se um sistema por demais complexo e intrincado, com previsão de competências privativas, comuns e concorrentes para os três níveis de poder das entidades que compõem a Federação brasileira.

E podemos vislumbrar a magnitude do problema ao verificarmos que o meio ambiente é único, indissociável, indivisível, integrado e interligado e, talvez, por isto mesmo, embora a Carta Magna de 1988 contenha um Capítulo específico sobre o meio ambiente, a questão permeia – explícita ou implicitamente – sete dos nove títulos que a compõem.

Destarte, um dos temas mais conflituosos em matéria ambiental é a repartição de competências. Tanto sob o aspecto administrativo quanto sob o aspecto legislativo o impasse não raramente surge, quando visto que, com a diferenciação entre a competência legislativa e a competência administrativa (material), estabelecida na Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira este tipo de competência deixou de ser uma consequência daquele.

No que diz respeito especificamente à competência administrativa ambiental, existe previsão de que seja regulamentada por lei complementar, conforme determina o parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, ainda não editada. Enquanto isso, prevalece a competência comum entre os entes federativos, o que certamente contribui para aumentar o número de conflitos.

Já a repartição da competência legislativa ambiental se acha devidamente disciplinada pela Carta Magna, prescindindo, a princípio, de uma regulamentação normativa. No entanto, os conflitos permanecem por diversos motivos: primeiro, porque são vários os tipos de competência legislativa em matéria ambiental, como, por exemplo, exclusiva (artigo 25, §§ 1º e 2º), privativa (artigo 22), concorrente (artigo 24) e

36 SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 75.

suplementar (artigo 24, § 2º). E, depois, porque, sob muitos enfoques, a competência legislativa incide sobre a competência administrativa, reforçando os atritos entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ademais, existem conceitos jurídicos indeterminados, como o de normas gerais³⁷ ou o de interesse local³⁸, que devem ser interpretados à luz de uma hermenêutica própria do Direito Ambiental. O próprio princípio da predominância do interesse assume uma acepção específica, na medida em que a todos os entes federativos interessa o meio ambiente ecologicamente equilibrado³⁹.

Ressalte-se que existe uma dualidade de competências sobre a mesma matéria, havendo casos até mesmo de tríplice atuação.

Fernanda Dias Menezes de Almeida, no entanto, assinala que é inegável a preponderância da União no federalismo contemporâneo, fazendo-se necessário impedir a hegemonia do poder federal, a fim de que o sistema não seja desnaturado, porquanto: “Se pensarmos principalmente em termos de interação federalismo/democracia, o Estado federal tanto mais propiciará a democracia quanto mais perto dos destinatários estiver a sede do poder decisório”.⁴⁰

37 Sobre as dificuldades na identificação e na conceituação do que sejam normas gerais, vide ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Op. cit., p. 128-133.

38 Relativamente ao interesse local, tratamos mais adiante.

39 Com efeito, dispõe o artigo 225 da Constituição de 1988: “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 desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - 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; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

40 Op. cit., p. 75.

Necessário, portanto, que se proceda a interpretação e mesmo revisão da distribuição de competências, no sentido de descentralizar, tanto quanto possível, as atribuições hoje concentradas na União, objetivando melhor planejamento das ações e das políticas públicas, viabilizando crescimento econômico mais ordenado e equilibrado. Neste contexto, o papel dos Municípios é fundamental, tendo em vista que é neles que se concretizam as ações governamentais e onde são exercitadas as funções das cidades. Neles se permite o exercício da cidadania baseada no poder territorial menor e, portanto, mais descentralizado.

6. O Município na Constituição de 1988

Celso Ribeiro Bastos entende que o Município é peça estrutural do regime federativo brasileiro, à semelhança da União e dos próprios Estados. Para ele, a Constituição de 1988 “estabelece verdadeira paridade de tratamento entre o Município e as demais pessoas jurídicas, assegurando-lhe autonomia de autogoverno, de administração própria e de legislação própria no âmbito de sua competência (arts. 29, I, e 30 e incisos).”⁴¹

Paulo Bonavides afirma que:

Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia.⁴²

E conforme já propugnado outrora, qualquer interpretação constitucional relativa à competência municipal deve levar em consideração este alargamento e considerável avanço de proteção e de abrangência do raio de autonomia municipal no quadro da organização política do País, recebendo, a autonomia do Município, reforço de juridicidade acima de

⁴¹ *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 311.

⁴² *Op. cit.*, p. 347.

tudo quanto se conhece em outros sistemas federativos, “não podendo, pois tal densidade normativa deixa de pesar bastante, toda vez que, em busca de solução para problemas concretos de inconstitucionalidade, se aplicarem os recursos hermenêuticos indispensáveis à avaliação daquela garantia, consoante o modelo e a substância das regras que fluem da Constituição”.⁴³

A Constituição da República de 1988, ao contrário das anteriores, integrou o Município na Federação, conforme se verifica nos artigos 1º e 18, o que, para Hely Lopes Meirelles, corrigiu falha das antigas Cartas Magnas, pois o Município sempre foi peça essencial na organização político-administrativa brasileira, sendo injustificável a exclusão; a característica fundamental da atual Carta é a ampliação da autonomia municipal no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro.⁴⁴

No entanto, em Conferência proferida e em texto publicado ainda na vigência da Constituição anterior, Elival da Silva Ramos já afirmava, no ano de 1983:

O Município, nos termos em que o acolhe a Constituição Federal do Brasil (Constituição de 24.1.67, com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.69), dispõe, indubitavelmente, de autonomia administrativa, financeira e, sobretudo, política, não obstante se controverta a respeito de sua capacidade ou não de auto-organização.

A existência de uma esfera de competência legislativa destinada aos Poderes Municipais, de modo sobranceiro e estável, pela Constituição Federal permite que se afirme, com tranquilidade, que são os Municípios unidades integrantes da federação Brasileira, a despeito do que prescreve o artigo 1º, *caput*, da Carta Magna, de inspiração alienígena.⁴⁵

43 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 344-345.

44 Op. cit., p. 44.

45 A Autonomia Municipal e os Problemas Ecológicos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 21, p. 113, dez. 1983.

E entre os integrantes do Estado Federal, não existe “nenhuma relação de subordinação hierárquica, sendo cada uma delas competente para dispor sobre certos assuntos ou sobre certos aspectos de um assunto, dentro dos limites territoriais em que se circunscrevem”.⁴⁶

Na Constituição de 1988, os Municípios consolidam-se expressamente como membros autônomos da República Federativa do Brasil, integrando, juntamente com a União, com os Estados e com o Distrito Federal, a organização político-administrativa (artigo 18), participando de um Estado Democrático de Direito (artigo 1º), elaborando a própria Lei Orgânica (artigo 29) e portando capacidades de autogoverno, de autolegislação e de autoadministração, habilitando-se a organizar, a legislar, a manter e a prestar os serviços de interesse local.⁴⁷

E a repartição de competências municipais recebe uma característica peculiar por concentrar, em apenas um artigo⁴⁸, espécies diferentes de competências, sem prejuízo do disposto em outros setores do texto constitucional.

Desta forma, cuida o inciso I do artigo 30 de competência legislativa e de competência material privativas, compreendendo os assuntos de interesse local, ao passo que o inciso II refere-se à competência legislativa concorrente, cabendo suplementar a legislação federal e estadual no que couber, respeitando-se a predominância do interesse municipal face aos interesses estaduais e federais.⁴⁹

46 RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 112.

47 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Op. cit., p. 95-97.

48 Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

49 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Op. cit., p. 99.

Ressalte-se que, salvo uma ou outra menção específica à lei municipal como suporte de atividades administrativas, a competência municipal é por essência não enumerada na Carta Política, em razão da evolução da sociedade e da exigência de novas atribuições para o Poder Público municipal, cumprindo salientar que as atribuições municipais poderão obter maior detalhamento no corpo das respectivas leis orgânicas. E o Município exerce a função de legislar sem submissão hierárquica na esfera de sua competência constitucional, sendo inconstitucionais leis federais e estaduais que desrespeitarem o seu âmbito de competência.⁵⁰

Competência genérica municipal em virtude da predominância do *interesse local*

O artigo 30, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, outorga competência geral ao Município para legislar sobre assuntos de interesse local.

Segundo Paulo Affonso Leme Machado, “de longa data é empregada a expressão ‘interesse’, quanto à mensuração da competência municipal. Antes utilizava-se ‘peculiar interesse’ e a Constituição Federal de 1988 passou a usar ‘interesse local’”.^{51 52}

Continua o autor informando que a noção de interesse local não é unívoca e que “Celso Bastos, José Cretella Júnior, Hely Lopes Meirelles, dentre outros de nossos publicistas eminentes, manifestam-se no sentido de que o interesse local não se caracteriza pela exclusividade do interesse, mas pela sua predominância”.⁵³

50 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Op. cit., p. 102.

51 *Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 373.

52 Fernanda Dias Menezes Almeida assinala que “Afastando-se, em parte, da técnica tradicional, a Constituição de 1988 não se limitou a demarcar a área das competências municipais circunscrevendo-as à categoria genérica dos assuntos concernentes ao peculiar interesse do Município. Foi mantida, sim, uma área de competências privativas não enumeradas, uma vez que os Municípios legislarão sobre os assuntos de interesse local (art. 30, I). Todavia, o constituinte optou – e aqui está a diferença em relação à técnica anterior – por discriminar também certas competências municipais exclusivas em alguns dos incisos do artigo 30 e em outros dispositivos constitucionais. Destarte, pode-se dizer das competências reservadas dos Municípios, que parte delas foi enumerada e outra parte corresponde a competências implícitas, para cuja identificação o vetor será sempre o interesse local.” (op. cit., p. 97).

53 Op. cit., p. 374.

Alexandre de Moraes nos diz que apesar de difícil conceituação, “interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do Município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União)”.⁵⁴

Celso Antonio Pacheco Fiorillo comenta que é no Município que nascemos, trabalhamos e nos relacionamos. É nele onde efetivamente vivemos; portanto:

[...] é o Município que passa a reunir condições efetivas de atender de modo imediato às necessidades locais, em especial em um país como o Brasil, de proporções continentais e cultura diversificada.

[...]

Assim, temos que a carta Constitucional trouxe importante relevo para o Município, particularmente em face do direito ambiental brasileiro, na medida em que é a partir dele que a pessoa humana poderá usar os denominados bens ambientais, visando plena integração social, com base na moderna concepção de cidadania.⁵⁵

E José Antônio Pimenta Bueno, analisando o Direito anterior à República, já observava que:

[...] a população de cada Cidade, Vila ou Município forma, pela natureza das coisas, uma sociedade especial, uma existência particular e própria, uma unidade, uma agregação de indivíduos que faz, sim, parte do Estado, mas que tem seus direitos próprios, suas ideias comuns, suas necessidades análogas e seus interesses idênticos, que demandam regulamentos apropriados à sua índole e especialidades.⁵⁶

Oportuno a respeito colacionar o entendimento de Hely Lopes Meirelles:

54 Op. cit., p. 292.

55 *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203-204.

56 *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia J. C. Villeneuve, 1857, p. 316 apud MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 386.

Interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro, como, também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira. O que caracteriza o “interesse local”, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União.

[...] o interesse local se caracteriza pela predominância (e não pela exclusividade) do interesse para o Município em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância.⁵⁷

E arremata o saudoso autor que esta competência genérica traz deveres e responsabilidades:

Muitas, entretanto, são as atividades que, embora tuteladas ou combatidas pela União e pelos Estados-membros, deixam remanescer aspectos da competência local, e sobre as quais o Município não só *pode* como *deve intervir*, atento a que a ação do Poder Público é sempre um *poder-dever*. Se o Município tem o *poder* de agir em determinado setor para amparar, regulamentar ou impedir uma atividade útil ou nociva à coletividade, tem, correlativamente, o *dever de agir*, como pessoa administrativa que é, armada de autoridade pública e de poderes próprios para a realização de seus fins.⁵⁸

57 Op. cit., p. 109 e 134.

58 Op. cit., p. 135.

8. Possibilidade de existência de licenciamento municipal ambiental

A proteção ambiental visa à preservação da natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico diante do ímpeto predatório das nações civilizadas, que, em nome do desenvolvimento, devastam florestas, exaurem o solo, exterminam a fauna, poluem as águas e o ar.⁵⁹

A Constituição de 1988, como visto, pela primeira vez na história política brasileira contemplou o meio ambiente em capítulo próprio, considerando-o como 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 (artigo 225).

E incluiu o meio ambiente nas matérias de competência legislativa concorrente e de competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No campo da legislação ordinária, a *norma básica e geral* de proteção ao meio ambiente é a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a *Política Nacional do Meio Ambiente* e criou o respectivo *Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA*.

A Política Nacional do Meio Ambiente foi estabelecida pela Lei nº 6.938/1981 com fundamento no artigo 8º, inciso XVII, “c”, “h” e “i”, da Constituição emendada de 1969, conferindo à União a competência para legislar sobre defesa e proteção da saúde, florestas e águas. Esta competência atualmente consta dos artigos 22, inciso IV, 24, incisos VI e VIII, e 225 da Constituição de 1988.

As diretrizes, o conteúdo geral, os objetivos, os fins, os mecanismos, o sistema e os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente são definidos e constituídos por esta lei. E um dos *princípios* da referida Política, que orientam toda a *ação do Poder Público* (entendido, logicamente, como a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios),

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 567.

é o de realizar o controle e o zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras (artigo 2º, inciso V).

Para cumprir com este objetivo, a Lei nº 6938/1981 traz diversos instrumentos da Política Nacional, dentre os quais o licenciamento ambiental (artigos 9º, inciso IV).⁶⁰

Ora, a Constituição de 1988, no artigo 225, inclui os Municípios como um dos integrantes do “Poder Público”, todos de igual modo portadores do dever de defender e de preservar o meio ambiente, mediante estudo prévio de impacto ambiental (inciso IV).

E os Municípios, pela Lei nº 6938/1981, fazem parte do Sistema Nacional do Meio Ambiente, cujo artigo 6º detalha seus os órgãos e entidades integrantes, na qualidade de “órgãos locais”, responsáveis pelo controle e fiscalização de atividades ou empreendimentos capazes de provocar a degradação ambiental, nas suas respectivas jurisdições.

Portanto, os Municípios podem e devem realizar o licenciamento ambiental, usufruindo uma *competência outorgada diretamente da Constituição*, sem necessidade de qualquer lei para tanto.

Segundo Édis Milaré, o licenciamento ambiental é uma ação típica e indelegável do Poder Executivo, constituindo importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.⁶¹

Mediante a Resolução nº 237/1997, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, no uso das atribuições e competências que lhe são conferidas pela Lei nº 6.938/1981, define *licenciamento ambiental* como o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob

60 Art. 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...] IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

61 Op. cit., p. 420.

qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso (artigo 1º, inciso I).^{62 63}

O artigo 10 da Lei nº 6.938/1981, com redação dada pela Lei nº 7.804/1989, prescreve que a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, *sem prejuízo de outras licenças exigíveis*.⁶⁴

Esta parte final da lei com certeza refere-se às licenças municipais. E conclui-se, logicamente, conforme Édís Milaré, que:

Assim, integrando o licenciamento o âmbito da competência de implantação, os três níveis de governo estão habilitados a licenciar empreendimentos com impactos ambientais, cabendo, portanto, a cada um dos entes integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente promover a adequação de sua estrutura administrativa com o objetivo de cumprir essa função, que decorre, insista-se, diretamente da Constituição.

62 No tocante à natureza jurídica do licenciamento ambiental, objeto de acirrada discussão doutrinária, recomendamos a leitura do texto de: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Considerações sobre a natureza jurídica do licenciamento ambiental. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 71, p. 229-240, jan./jun. 2010. Ele conclui de forma embasada que na verdade se trata de *autorização administrativa*, não de uma licença.

63 A recentíssima Lei Complementar nº 140, de 08/12/2011, define licenciamento ambiental como “o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” (artigo 2º, inciso I).

64 A Lei Complementar nº 140/2011 alterou o artigo 10 no seguinte sentido: “Art. 20. O art. 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. § 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente. § 2º (Revogado). § 3º (Revogado). § 4º (Revogado).’ (NR)”.

Nessa linha de raciocínio, nada impede, a bem ver, por conta mesmo da estrutura federativa do Estado brasileiro, venha o licenciamento a ser disciplinado, cumulativamente, pelos três níveis de governo, conforme a natureza da atividade a ser licenciada.⁶⁵

Os Municípios, portanto, como qualquer dos demais entes federados, podem exercer suas competências licenciatórias, bastando apenas editar lei municipal criando ou adequando estrutura administrativa, para tanto implementando um Conselho do Meio Ambiente de âmbito municipal, com caráter deliberativo e participação social, bem como possuindo, em seus quadros ou à sua disposição, profissionais legalmente habilitados, conforme prevê o artigo 20 da mesma Resolução CONAMA n° 237/1997.^{66 67}

E, conforme se demonstrará adiante, o convênio com o Estado é uma ótima e eficaz opção para o Município criar e manter esta estrutura administrativa licenciatória, o que, por outro lado, evita a sobrecarga de trabalho dos órgãos estaduais de meio ambiente, que podem voltar-se de modo mais eficiente para os licenciamentos de índole regionais.⁶⁸

65 Op. cit., p. 428.

66 “O Poder Público, que arrecada taxa de licenciamento, tem o dever de estruturar o órgão ambiental de tal forma que haja agentes, em quantidade e qualidade adequadas, aptos para licenciar, como também está obrigado a fornecer a seus agentes todos os meios de fazer as análises e verificações necessárias.” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 270).

67 A novel Lei Complementar n° 140/2011 assim dispõe: “Art. 5°. O ente federativo poderá delegar, mediante convênio, a execução de ações administrativas a ele atribuídas nesta Lei Complementar, desde que o ente destinatário da delegação disponha de órgão ambiental capacitado a executar as ações administrativas a serem delegadas e de conselho de meio ambiente. Parágrafo único. Considera-se órgão ambiental capacitado, para os efeitos do disposto no *caput*, aquele que possui técnicos próprios ou em consórcio, devidamente habilitados e em número compatível com a demanda das ações administrativas a serem delegadas.”

68 “Os números divulgados pela Pesquisa de Informações Municipais 2008, do Instituto Brasileiro de Geografia e estatística (IBGE), mostram que é necessário fortalecer os órgãos municipais de meio ambiente, certo que as cidades, regra geral, ainda ignoram a política ambiental, pois dos 5.564 municípios do Brasil, só 18,7% adotam uma gestão plena, com estrutura, conselho ativo e recursos específicos para o setor. Apenas ¼ deles faz licenciamento ambiental local, sobrecarregando, via de consequência, os órgãos estaduais, nem sempre em condições de dar resposta adequada às demandas. Por isso, é próprio enfatizar que cada Município, pela ação legítima do Poder Público local, deve preocupar-se em instituir o *Sistema Municipal do Meio Ambiente*, considerado como o conjunto de estrutura organizacional, diretrizes normativas e operacionais, implementação de ações gerenciais, relações institucionais e interação com a comunidade. Tudo o que interessa ao desenvolvimento com qualidade ambiental deverá necessariamente ser levado em conta. Não se trata, por conseguinte, de meros dispo-

Decerto que a União pode estabelecer normas gerais para o licenciamento ambiental, contendo disposições sobre como licenciar, quais os procedimentos fundamentais a serem observados neste tipo preventivo e corretivo de intervenção dos organismos ambientais, etc., pois a proteção ao meio ambiente é da competência concorrente dos entes federativos, e à União está reservado o estabelecimento de normas gerais (artigo 24, § 1º).⁶⁹

As normas da União, entretanto, prevalecem apenas se mantiverem o caráter de generalidade, pois os demais entes da Federação mantêm a liberdade de criar normas adaptando-se às suas peculiaridades regionais e locais.⁷⁰

Em síntese, existem, pelo menos, três fortes argumentos para que se defenda a possibilidade de os Municípios efetuarem o licenciamento ambiental: a) o artigo 23 possui eficácia plena, não necessitando de regulamentação por meio de norma infraconstitucional, entendendo-se que tal norma teria por finalidade somente estabelecer a forma de cooperação

sitivos político-administrativos isolados, mas, sim, de uma ação integrada de largo espectro, destinada a transcender o âmbito local para interagir com outras esferas de gestão ambiental, como as estaduais e a federal. Além disso, a gestão ambiental envolve fatores sociais, econômicos, educacionais e culturais, e até mesmo tecnológicos e empresariais, que requerem um tratamento sistêmico.” (MILARÉ, Édis. Op. cit., p. 434-435).

69 A respeito da dificuldade na identificação de normas gerais, recomenda-se a leitura da detalhada análise de Fernanda Dias Menezes de Almeida, valendo-se transcrever, por ora, que: “O grande problema que se coloca, a propósito, é o da formulação de um conceito de normas gerais que permitam reconhecê-las, na prática, com razoável segurança, já que a separação entre normas gerais e normas que não tenham esse caráter é fundamental. De fato, no campo da competência concorrente não cumulativa, em que há definição prévia do campo de atuação legislativa de cada centro de poder em relação a uma mesma matéria, cada um deles, dentro dos limites definidos, deverá exercer a sua competência com exclusividade, sem subordinação hierárquica. Com a consequência de que a invasão do espaço legislativo de um centro de poder por outro gera a inconstitucionalidade da lei editada pelo invasor.” (op. cit., p. 128).

70 A título de exemplo, temos que a Lei nº 6.938/1981 é considerada norma geral ambiental. No entanto, seu artigo 6º, § 2º, determina que os Municípios poderão elaborar normas supletivas e complementares e padrões relacionados ao meio ambiente, observando, no entanto, normas e padrões federais e estaduais. Elival da Silva Ramos já taxava, em 1983 (op. cit., p. 132-135), portanto ainda na vigência da Constituição anterior, este dispositivo de inconstitucional, pois desrespeitava a autonomia legislativa municipal, violava o sistema de partilha de competências legiferantes e desconsiderava a capacidade do Município de cuidar da preservação ambiental local. Com a Constituição de 1988, o argumento de inconstitucionalidade do referido § 2º do artigo 6º, desta vez frente à atual Carta Magna, ganha mais força e melhor embasamento, em virtude da maior autonomia, da forma como o Município foi considerado na atual estrutura básica da Federação no Brasil e pelo fato de nosso federalismo ser de cooperação. Ou, ao menos, devendo-se interpretá-lo restritivamente, no sentido de que, as normas e padrões federais e estaduais serão observados, desde que sejam gerais ou regionais, nunca influenciando na competência local do Município.

entre as distintas esferas de poder; b) o combate à degradação ambiental prescinde do reconhecimento de hierarquia administrativa entre os entes federados; c) a expressão “poder público” utilizada pelo legislador constituinte alcança todos os entes federados.

Possibilidade de celebração de convênios entre Estado e Municípios, na seara ambiental, principalmente para fins de licenciamento ambiental

Como ação típica do Poder Executivo, o licenciamento constitui o principal instrumento de gestão e de proteção ambientais, verdadeira aplicação prática do comando genérico previsto no artigo 225 da Constituição de 1988, possibilitando a todos os entes da Federação o indispensável controle sobre atividades e empreendimentos que interferem nas condições ambientais, visando à harmonia entre o desenvolvimento socioeconômico e a preservação do meio ambiente, e constituindo, também, inegável concretização do princípio da prevenção.

E é indene de dúvida, pois, à luz do artigo 23 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios têm competência para efetuar o licenciamento ambiental. Dita competência emana diretamente de comandos constitucionais e, para que os entes federados a exerçam em sua plenitude, não se faz necessária a edição de qualquer tipo de regulamentação específica.

Neste sentido, a inexistência da lei complementar a que alude o parágrafo único do artigo 23 da Constituição de 1988 não gera qualquer impedimento ao exercício das competências estabelecidas no *caput* e incisos deste artigo, tendo em vista que a referida lei, por óbvio, não fixará competências, haja vista que as mesmas já foram asseguradas na Lei Maior e o seu exercício se impõe ao Poder Público, independentemente da edição da aludida lei complementar.⁷¹

71 No entender de Paulo Affonso Leme Machado (op. cit., p. 112-113), a lei complementar a ser editada com base no parágrafo único do artigo 23 deve ter como fundamento a mútua ajuda aos entes federados, não podendo, no entanto, acarretar a diminuição de suas autonomias, ainda que estes não as exerçam. Não poderá esta lei complementar, por igual, determinar quais licenças devem ser concedidas por Estados e Municípios, nem estabelecer prazos ou procedimentos, tendo em vista que tal função é própria de cada esfera de poder, referindo-se a capacidade de auto-organização. Deverá também dispor sobre a forma como as empresas públicas e privadas retribuirão as atividades inerentes à fiscalização ambiental. Ademais, o maior risco acarretado

Sobre o tema, cabe trazer à lume o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo:

No parágrafo único do art. 23 dispõe que lei complementar fixará normas para cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento do bem-estar em âmbito nacional.

Quid juris, inexistente a lei complementar? Ficariam inibidas as competências?

Não se nos afigura, pois, que as competências são deveres. Nunca será demais repetir que exercem os entes políticos, enumerados nos artigos pré-mencionados, função. E função é “atividade de quem não é dono” (Cirne Lima), seu desempenho é obrigatório.

Entendidas as normas constitucionais como dotadas de eficácia e, em várias das hipóteses, com ratificação expressa de outras normas constitucionais como são as veiculadas nos arts. 216, V e 225 *caput*, §§ 1º e 2º, verificamos que as pessoas enumeradas no art. 23 devem exercer plenamente a competência constitucional mesmo sem se configurar a cooperação que se deverá dar se editada fosse a lei complementar.

Portanto sua atividade fiscalizadora deverá ser exercida.⁷²

Antônio F. G. Beltrão assinala que o legislador ordinário não pode limitar a competência administrativa atribuída pela Constituição Federal e na ausência da lei complementar referida no artigo acima, é razoável inferir que todos os entes federativos “possuem competência material em meio ambiente, em que se insere o poder de polícia e a atribuição de realizar o licenciamento ambiental, por exemplo”.⁷³

Por outro lado, vale observar que a duplicidade ou triplicidade de licenciamento ambiental, pelos órgãos ambientais federal, estadual e municipal, para o mesmo empreendimento gera, por óbvio, um grave

pela simultaneidade de competências para a implementação das ações ambientais reside no fato de que, embora todos os entes se julguem competentes para desempenhar tais atividades, ao final nenhum deles assume a responsabilidade pela melhoria das condições da qualidade da água, do ar ou do solo, assim como também não se responsabiliza pela conservação das florestas e da fauna.

72 Op. cit., p. 46.

73 *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Método, 2009, p. 64.

entreve burocrático para o país,⁷⁴ sem olvidar que em muitos casos a sobreposição da necessidade de mais de uma licença ambiental acaba por encarecer empreendimentos e causar atrasos, sem contar o tempo que se perde em mais de uma instância, que basicamente tratam do mesmo assunto, e o desperdício de recurso público, decorrente da falta de entrosamento entre os órgãos ambientais, que, em muitos casos, alocam recursos significativos para desenvolver ações idênticas.⁷⁵

Cabe lembrar que o sustentáculo econômico do sistema econômico brasileiro encontra-se regulado nos artigos 170 a 192 da Constituição de 1988, que trazem os fundamentos da ordem econômica, informadores de toda atividade econômica.

Embora o sistema econômico adotado no Brasil seja o modo de produção capitalista e neoliberal, o texto constitucional permite que o Estado intervenha para que os agentes que atuam no mercado cumpram os elementos socioideológicos trazidos na Carta Constitucional, apresentados especialmente em forma de princípios e diretrizes.

O princípio constitucional da livre iniciativa encontra-se expressamente previsto no texto constitucional, mediante a regra estatuída no parágrafo único do art.170, que a todos assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O licenciamento ambiental insere-se na salvaguarda legalmente prevista, impedindo ou restringindo o exercício de atividade econômica, quando danosa ao meio ambiente.

No entanto, assim como toda atividade administrativa, o licenciamento ambiental deve observar o princípio da eficiência, cuja inserção no artigo 37 da Constituição de 1988 deu-se mediante a Emenda Constitucional nº 19/1998, garantindo que a gestão da coisa pública seja cada vez

74 BELTRÃO, Antônio F. G. Op. cit., p. 64.

75 “Em razão da estrutura federativa do Estado brasileiro, o licenciamento ambiental ocorre nos três níveis de governo, conforme a natureza da atividade a ser licenciada. A possibilidade de exigência de um triplice licenciamento implica que, em não raras oportunidades, a sobreposição e a contradição de normas gere um clima de insegurança, quanto ao licenciamento, e de instabilidade jurídica. Com efeito, a inexistência de um sistema claramente definido de competências é um dos mais graves problemas da legislação ambiental brasileira e de sua aplicação.” (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, 7ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 142).

menos burocrática e atinja seus objetivos de forma mais rápida e eficaz, respondendo aos anseios da sociedade, às pressões externas e alcançando o fim ao qual se propõe, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. Visa-se também à adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.⁷⁶

Em busca de cooperação técnica e administrativa visando dar (maior) eficiência à execução de procedimentos de licenciamento e de fiscalização ambientais de atividades e empreendimentos de impacto local, um Município pode celebrar convênio⁷⁷ com o Estado, mesmo diante da ausência da lei complementar referida no parágrafo único do artigo 23 da CF/1988⁷⁸.

Vale transcrever o entendimento de Heraldo Garcia Vitta:

Entendemos não ser necessária a edição de lei complementar para a atuação conjunta das entidades políticas. O art. 23 tem eficácia plena, e não necessita de norma infraconstitucional para regulá-lo. A referida lei complementar, a nosso ver, seria para hipóteses em

76 Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que o princípio da eficiência apresenta dois aspectos: “pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações, para lograr melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.” (*Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 83).

77 “A doutrina brasileira considera os convênios não como contratos, mas acordos juridicamente não obrigatórios ou ‘atos administrativos complexos’, mediante os quais uma entidade política concorda com outra sobre a execução de uma tarefa ou atividade da sua competência. Esses convênios são negociados individualmente entre as prefeituras e o Estado ou a União e, frequentemente, envolvem ajuda financeira e técnica para os municípios que, na maioria dos casos, não possuem os meios necessários para o cumprimento das respectivas tarefas.” (KRELL, Andreas J. A posição dos municípios brasileiros no Sistema Nacional de Meio Ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 83, v. 709, p. 10, nov. 1994).

78 Em 2007 passou a tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 388/2007, proposta apresentada pelo Poder Executivo como parte do pacote de medidas legislativas do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC), fixando normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, previstas no art. 23, incisos III, VI e VII, da Constituição. O referido Projeto foi pensado ao Projeto de Lei Complementar nº 12/2003, o qual depois foi convertido no Projeto de Lei da Câmara nº 01, de 2010 - Complementar, já votado e encaminhado recentemente à sanção presidencial (revide nota de rodapé nº 3, a respeito da Lei Complementar nº 140/2011).

que as entidades tivessem de atuar em situações excepcionais, mas que pudessem refletir, por exemplo, seu domínio eminente. De todo modo, a legislação viria apenas a indicar a maneira pela qual se daria a cooperação entre as entidades; ainda sem ela, porém, possível se nos afigura a atuação conjunta dos entes políticos estatais, em quaisquer hipóteses, respeitados, apenas, os limites territoriais.⁷⁹

Posição semelhante é partilhada por Vladimir Passos de Freitas, entendendo que esta é a conclusão mais coerente, pois, “em matéria de interpretação da norma constitucional ambiental, é importante que se opte pela que mais favorecer ao meio ambiente”. E prossegue:

Se a cooperação é voluntária e prevista na Constituição, razão não há para negar-lhe aplicação por falta de lei complementar, uma vez que ela virá apenas detalhar a forma como se dará a cooperação. Mas se dois órgãos, antecipando-se ao legislador, somam forças na defesa do meio ambiente, não tem cabimento o Estado-Judiciário negar-lhes a efetividade da iniciativa.⁸⁰

Por outro lado, aos que não aceitam o entendimento acima, vale então mencionar que já existe, na verdade, normas constitucionais e legais autorizativas para a efetivação do convênio entre as entidades da Federação brasileira.

Em termos de *consórcios públicos e convênios de cooperação*, por exemplo, tem-se que a Emenda Constitucional nº 19/1998 alterou a previsão do artigo 241 da Constituição de 1988, prevendo procedimentos específicos para a gestão integrada e associada entre os entes federados, ao estabelecer que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão, por meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os mesmos entes, a gestão de serviços públicos e a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Portanto, a nova redação do artigo 241 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu a base legal para disciplinar especificamente os consórcios públicos e os convênios de coopera-

⁷⁹ Da divisão de competências das pessoas políticas e meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 10, p. 98, abr./jun. 1998.

⁸⁰ Op. cit., p. 79.

ção, visando à gestão integrada entre os entes federativos na prestação de serviços públicos e representando um novo arranjo institucional para se pensar a gestão associada das questões ambientais.⁸¹

A regulamentação específica dos consórcios públicos, que estabelece o arcabouço legal efetivo que possibilita implementar institucionalmente as competências locais integradas, dá-se com a publicação da Lei Federal nº 11.107/2005, que dispõe sobre as normas gerais de consórcios públicos, bem como através do Decreto Federal nº 6.017/2007, que regulamenta a referida lei, ressaltando que se tratam apenas de *normas gerais*.

Desta forma, tem-se atualmente um novo marco legal, a Lei de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005 e sua respectiva regulamentação), que possibilita a institucionalização da cooperação entre os entes federados, com perspectiva para gestões integradas e compartilhadas de índole socioambientais, em áreas de desenvolvimento distintos, representando a possibilidade de medidas para a racionalização do uso de recursos existentes, de formação ou consolidação de uma identidade regional, de promoção do desenvolvimento local, regional e nacional de forma associada e na conjugação de esforços para atender necessidades e ações de interesse público, tal como as relacionadas ao licenciamento ambiental.^{82 83 84}

81 Em reconhecimento à aplicabilidade do artigo 241 da CF/1988 ao tema, vale transcrever o disposto no artigo 4º da recentíssima Lei Complementar nº 140/2011: “Art. 4º. Os entes federativos podem valer-se, entre outros, dos seguintes instrumentos de cooperação institucional: I - consórcios públicos, nos termos da legislação em vigor; II - convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público, respeitado o art. 241 da Constituição Federal;”

82 Conforme FREIRIA, Rafael Costa. Novas perspectivas para as competências ambientais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 63, 01/04/2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5923. Acesso em 22/10/2011.

83 Andreas J. Krell já nos informava em 1994 que “Na Alemanha, embora exista uma série de problemas no setor de proteção do meio ambiente, foi criado, nos últimos anos, um sistema de cooperação permanente entre as entidades administrativas dos Estados e Municípios. Esses entes estatais se prestam, reciprocamente, serviços especializados”. E mais adiante, assevera, ao tratar do artigo 23 da CF/1988: “O exercício dessas competências comuns torna imperiosa a articulação política entre as diferentes esferas estatais a fim de que a prestação desses serviços ocorra de forma eficiente e racional, impedindo o desperdício de recursos públicos e a superposição de funções idênticas.” (op. cit., p. 7 e 14). A nossa Carta de 1988 incentivou a existência de um sistema de cooperação, porém nossa realidade ainda é outra, e interpretações impossibilitando convênios entre os entes federativos nos faz ainda mais atrasados em termos de efetiva proteção ambiental integrada ou de cooperação, na busca do equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar.

84 Sobre a execução de competências materiais comuns, o convênio e a nova redação do artigo 241 das CF/1988, pertinente ler igualmente o entendimento de ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Op. cit., p. 117-120.

10. Conclusão

Tecemos, por meio deste trabalho, considerações, embora breves, a respeito do surgimento, das características e da estrutura básica do Estado Federal brasileiro, partindo, depois, para a análise das técnicas de distribuição de competências na Carta Magna de 1988.

Posteriormente, analisamos as competências constitucionais dos entes federativos, principalmente na seara ambiental, prosseguindo com os estudos sobre a competência dos Municípios e culminando com a possibilidade de celebração de convênios de cooperação entre os entes políticos, para a gestão associada de serviços públicos, cujo fundamento permissivo, na verdade, encontra-se na atual redação do artigo 241 da Constituição de 1988, que já possui suas normas gerais regulamentadoras (Lei nº 11.107/2005 e Decreto nº 6.017/2007).

Não se pode negar que a repartição das competências entre o poder central e os demais entes políticos constitui uma das questões mais complexas na organização do Estado Federal.

Entretanto, não se deve olvidar, conforme entende Paulo Bonavides, que atualmente configura-se um alargamento e um considerável avanço de proteção e de abrangência do raio de autonomia municipal no quadro da organização política do País, recebendo, tal autonomia, um reforço de juridicidade acima de tudo quanto se conhece em outros sistemas federativos, “não podendo, pois tal densidade normativa deixar de pesar bastante, toda vez que, em busca de solução para problemas concretos de inconstitucionalidade, se aplicarem os recursos hermenêuticos indispensáveis à avaliação daquela garantia, consoante o modelo e a substância das regras que fluem da Constituição”.⁸⁵

O Município exerce papel fundamental no detalhamento das leis, adequando as diretrizes à realidade local, especialmente no que tange ao relacionamento do desenvolvimento urbano com o respeito ao meio ambiente.

E possui competência para legislar sobre meio ambiente, realizar licenciamento ambiental e celebrar convênios, com finalidade de prote-

85 Op. cit., p. 344-345.

ção e de preservação ambiental, como qualquer outro ente federativo, sem estar em qualquer posição de inferioridade e sem a supremacia de qualquer poder. Afinal, o que determina a Constituição é o esforço cooperativo, sem a existência de hierarquia.

Mesmo que o Estado deixe, pelo convênio, a maior parte do labor licenciatório ao Município, tal não significa que este está realizando um licenciamento exclusivo, pois o Estado não se torna um mero coadjuvante e um simples espectador, porquanto mantém ainda diversas funções de cooperação ou mesmo de atuação, na hipótese de omissão ou de falha municipal.

A atuação coordenada do Estado e do Município nada mais representa que dar maior efetividade e eficiência ao comando contido no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, segundo ao qual cabe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

E a gestão ambiental compartilhada entre as unidades federadas proporciona inegável melhoria da qualidade ambiental, já que integra os órgãos federais, estaduais e municipais, permitindo melhor aplicação dos recursos públicos e incrementando a participação de um contingente técnico atuante no licenciamento.

Negar competência ao Município para legislar e realizar licenciamento ambiental, bem como impedir a celebração de convênios entre este e o Estado, além de infringir a repartição constitucional de competências e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, impede a adoção de providências essenciais ao cumprimento do dever de proteção e de preservação do meio ambiente, caracterizando, ainda, violação de diversos dispositivos constitucionais.⁸⁶

⁸⁶ Decisões judiciais favoráveis, embora ainda raras, começam a surgir, tal como a seguinte, proferida no Agravo de Instrumento nº 0084076-74.2011.8.26.0000 (TJSP, rel. Des. Antônio Celso Aguilar Cortez, v.u., j. 15.9.11), cujos trechos principais pedimos vênias para transcrever: “Não há, na verdade, renúncia ou abdicação de atribuições do órgão estadual nem atribuição de exclusividade ao Município, com transferência de atribuições exclusivas do Estado. É incontestável a competência comum da União, Estados e Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (CF, art. 23, VI), independentemente de outras normas de cooperação técnica (CF, art. 23, § único e 241), observada a legislação estadual e federal relativa à matéria (CF, art. 24, VI e VIII) e a legislação municipal suplementar e de inte-

resse local (CF, art. 30, I e II e Lei n. 6938/81, art. 6º, § 2º). Vale dizer, ao Município compete editar normas e exercer seu poder de polícia administrativa relativamente ao meio ambiente sem prejuízo da atribuição legislativa prevalente. Assim, nada impede a formalização de termo de compromisso ou de convênio de cooperação técnica com o Estado ou a União, de forma a racionalizar as atividades, evitar sobreposições de atribuições e impedir omissões, observadas as disposições pertinentes da Lei n. 6938 de 31.08.81, da Lei n. 9605 de 12.02.98 e da Lei n. 10257 de 10.07.01 (Estatuto da Cidade). Os Municípios têm, pois, poder/dever próprio e de cooperação no cumprimento da política nacional de proteção ao meio ambiente. Com tais premissas, não se vê, em princípio, como necessária a Resolução CONAMA n. 237/97 para conferir amparo legal e constitucional a convênio entre Estado e Município visando à distribuição coordenada de atribuições, sem supressão das respectivas competências. Não obstante, a Lei n. 6938/81 atribuiu ao CONAMA competência para estabelecer normas e critérios de licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 8º), sem prejuízo do licenciamento por órgão estadual integrante do SISNAMA e de outras licenças (art. 10 e art. 14 e § 2º) e o CONAMA, pela Resolução n. 237 de 19.12.97, no artigo 6º, apenas reafirmou a competência constitucional do Município para o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local, ouvidos os órgãos competentes da União e Estado e sem prejuízo da possibilidade de delegação pelo Estado, por instrumento legal ou convênio. A novidade veio com a declaração da possibilidade de delegação de competência, que não vulnera, respeitado o entendimento contrário, a competência estadual, legal ou constitucional, nem o princípio da prevenção, que tem por fim evitar consumação de danos ao meio ambiente; não se pode apontar a possibilidade de exercício patológico de dever legal como fundamento para impedir o cumprimento de dever legal. [...] ‘A inexistência da lei complementar não impede que certos entes comumente interessados em determinada matéria fixem convênio administrativo entre si, com o propósito de se anteciparem à articulação de atividades dirigidas ao cumprimento efetivo da competência qualificada como comum’. [...] Concluindo o raciocínio, enquanto não editada lei complementar nos termos do parágrafo único do artigo 23, as administrações estaduais não estão impedidas de celebrar convênio administrativo, efetivando a cooperação entre os signatários.”

Referências

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5^a. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**, 7^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BONAVIDES Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 5^a. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 19^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BELTRÃO, Antônio F. G.. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.
- _____. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- CAMPANHOLE, Hilton Lobo. CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. 14^a. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Considerações sobre a natureza jurídica do licenciamento ambiental. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.º. 71, p. 229-240, jan./jun. 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- FERREIRA, Heline Silvini. Competências Ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 227-241.
- FERREIRA, Luís Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, v.1.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais. Aspectos pontuais do regime jurídico das licenças

ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.º. 35, p. 39-55, jul./set. 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREIRIA, Rafael Costa. **Novas perspectivas para as competências ambientais**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 63, 01/04/2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5923. Acesso em: 22/10/2011.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1999.

KRELL, Andreas J. A posição dos municípios brasileiros no Sistema Nacional de Meio Ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 83, v. 709, p. 7-19, nov. 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14^a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em foco**. 6^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILARÉ, Édis. MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). **Doutrinas Essenciais. Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. I.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21^a. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MUKAI, Toshio. As competências dos entes federados na Constituição de 1988, em especial em matéria ambiental. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, dez. 1991.

_____. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typographia J. C. Villeneuve, 1857.

RAMOS, Elival da Silva. A Autonomia Municipal e os Problemas Ecológicos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.º. 21, p. 111-135, dez. 1983.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. 7^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 13^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

VITTA, Heraldo Garcia. Da divisão de competências das pessoas políticas e meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n.º. 10, p. 93-101, abr./jun. 1998.

Os tratados internacionais de direitos humanos e o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988

René Zamlutti Júnior¹

1. Introdução

O objetivo do presente artigo é analisar a posição hierárquica que os tratados internacionais de direitos humanos ocupam no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente à luz da introdução do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Para tanto, impõe-se a abordagem das principais correntes doutrinárias acerca do tema, bem como das posições que o Supremo Tribunal Federal adotou ao longo do tempo.

Explicitada a problemática que a questão envolve, bem como a insuficiência das soluções até agora aventadas, tanto na seara doutrinária quanto em âmbito jurisprudencial, pretende-se oferecer proposta de hermenêutica que supere os impasses que as posições mais consolidadas não lograram refutar.

2. O Brasil e os tratados internacionais de direitos humanos – os embates na doutrina

A análise do tratamento que a Constituição Federal de 1988 reserva aos tratados internacionais de direitos humanos, bem como dos debates

¹ Procurador do Estado de São Paulo, Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor Assistente do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Constitucional na COGAE – PUC/SP – e Professor de Ciência Política na Universidade São Judas Tadeu.

doutrinários e jurisprudenciais que se desenvolveram ao redor do tema, evidenciam a elaboração de um sistema jurídico obscuro e confuso, que (talvez deliberadamente) não apresenta dispositivos claros e precisos o suficiente para encerrar as inúmeras controvérsias que a matéria suscita.

Com efeito, em que pese o fato de a Constituição de 1988, como marco da redemocratização, atribuir aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana papel de centralidade e proeminência, com força irradiante por todo o sistema jurídico brasileiro, o legislador constituinte parece não ter atentado para a circunstância de que o processo de internacionalização dos direitos humanos, já em franca expansão por ocasião da Assembleia Constituinte, tornava imperativa a elaboração de um sistema jurídico apto a regular as tensões que inevitavelmente surgiriam entre direito interno e direito internacional na seara da proteção dos direitos humanos.

A Constituição resultante, por conseguinte, afigura-se lacunosa na questão da internacionalização da proteção dos direitos humanos, tendo deixado aos seus intérpretes a árdua tarefa de extrair-lhe um sentido condizente com o texto constitucional em sua integralidade.

Embora grande parte da doutrina sustente a existência de distinção axiológica entre tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e tratados internacionais que tratam de outros temas, a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu expressamente qualquer espécie de distinção entre os tratados, mormente de caráter hierárquico, situação que durou de sua promulgação até a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que acrescentou ao art. 5º da CF um § 3º, estabelecendo que tratados internacionais de direitos humanos passariam a ter hierarquia equivalente à das emendas constitucionais, desde que respeitado o procedimento elencado em tal dispositivo.

Se a intenção do poder constituinte derivado, com a elaboração dessa norma, era pacificar os intensos debates que se desenvolveram acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a estratégia revelou-se absolutamente falha. A questão não apenas não foi pacificada, como os debates se tornaram ainda mais acirrados. Não obstante tenha o Supremo Tribunal Federal estabelecido

entendimento (de forma não unânime) sobre o tema, a doutrina ainda debate os acertos e os equívocos de tal decisão, não se vislumbrando qualquer horizonte de consenso.

O Brasil, em sua atual Constituição, embora reconheça a centralidade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, não traçou, de início, qualquer distinção procedimental entre os tratados internacionais de direitos humanos e os tratados internacionais que versam sobre outros temas.

Assim, a rigor, à exceção da norma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição, o texto constitucional revela-se omissivo no que tange a suposta distinção entre os tratados internacionais, a depender da matéria sobre os quais versam.

É inegável, no entanto, o papel central que a Constituição atribui aos direitos fundamentais e à dignidade humana. Com efeito, já em seu art. 1º, elenca a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil (inciso III). E, dentre os princípios que hão de reger as relações internacionais do Brasil, a Constituição destaca o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Além disso, o § 2º do art. 5º da Constituição consubstancia cláusula de abertura a outros direitos fundamentais, que não os previstos na Constituição (tal dispositivo, como apontado anteriormente, é o cerne de toda a controvérsia acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro).

Todavia, ao disciplinar a forma como os tratados internacionais de direitos humanos ingressam na ordem jurídica brasileira, a Constituição, como já mencionado, não faz qualquer distinção entre tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e tratados internacionais concernentes a outros temas.

Ademais, independentemente da matéria sobre a qual versam os tratados internacionais, a Constituição Federal, de modo geral, foi indiscutivelmente lacônica, limitando-se a disciplinar a matéria, de modo superficial, em apenas dois dispositivos: os arts. 49, I, e 84, VIII.

Indiscutível se mostra, assim, a existência de amplo espaço de conformação pela via interpretativa acerca da sistemática processual de

ingresso dos tratados internacionais (versem estes ou não sobre direitos humanos) no direito brasileiro, espaço este usualmente preenchido por normas oriundas do costume. Essa situação se afigura inegavelmente inadequada, na medida em que, ainda que haja prática procedimental já consolidada, abre espaço a interpretações e posturas as mais distintas, em detrimento da segurança jurídica.

A celebração de tratado internacional (seja ele ou não de direitos humanos) constitui ato complexo no qual estão envolvidos os Poderes Executivo e Legislativo.

O procedimento tem início por iniciativa do Presidente da República, conforme determina o art. 84 da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Exercida tal competência pelo Poder Executivo, o Presidente da República, no exercício de seu poder discricionário, *poderá* enviar Mensagem ao Congresso Nacional, que, nos termos do art. 49 da Constituição, tem competência exclusiva para aprová-la. Trata-se de prerrogativa do chefe de Estado, inserindo-se na esfera de sua discricionariedade.

Caso o Presidente da República envie a Mensagem, caberá ao Congresso averiguar a constitucionalidade do tratado. A tramitação perante o Legislativo se inicia na Câmara dos Deputados, que posteriormente encaminha ao Senado o projeto de Decreto Legislativo. Havendo a aprovação de seu teor, o Presidente do Senado promulgará o respectivo decreto legislativo.

Aprovado o decreto legislativo pelo Congresso Nacional, é facultado ao Presidente da República, de forma discricionária, ratificar o tratado. Poderá o Presidente ratificá-lo com reservas, caso haja dúvida acerca da constitucionalidade de determinados dispositivos.

A ratificação consolida o compromisso do Estado brasileiro de respeitar o tratado *perante a comunidade internacional*, ainda que determinados tratados internacionais prevejam o início de vigência a

partir do momento em que se alcança determinado número de adesões ou ratificações.

Parte da doutrina entende existir duas formas distintas de ingresso de tratado internacional no Brasil, a depender da matéria sobre a qual versa, entendimento este que se torna mais complexo à luz dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988, *in verbis*:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º 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.

Com efeito, para os adeptos da tese de que os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* constitucional, como decorrência do § 2º do art. 5º da Constituição, é inviável o reconhecimento de discricionariedade ampla para os Poderes Executivo e Legislativo (mormente porque a Constituição, como já visto, não prevê prazos para as aludidas fases procedimentais), pois se violaria, em última análise, a norma prevista no § 1º do mesmo artigo.

A relevância prática da adoção de uma ou outra postura teórica é inegável. Com efeito, a adoção de posicionamento que reconheça diferença ontológica entre os tratados internacionais de direitos humanos e aqueles que versam sobre outros temas, com amparo nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, implicará não apenas o reconhecimento de procedimentos de ingresso distintos, quer se trate de uma ou outra espécie de tratado, como também de consequências em relação à própria possibilidade de denúncia dos tratados. É este, por exemplo, o posicionamento de Antônio Augusto Cançado Trindade e de Flávia Piovesan, que entendem haver, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas de incorporação de tratados internacionais, a depender da matéria sobre a qual versam, denominando-as “incorporação automática” (para os tratados internacionais de direitos humanos) e “incorporação legislativa” (para os demais tratados), já que aqueles prescindiriam da regulamentação legislativa para ingressar no direito brasileiro.

Outra consequência do reconhecimento da hierarquia diferenciada (ou seja, constitucional) dos tratados internacionais de direitos humanos seria, *de lege ferenda*, a impossibilidade de sua denúncia.

Vale lembrar que tais construções teóricas têm por espaço o imenso vácuo normativo deixado pela Constituição de 1988 acerca do tema, razão pela qual não surpreende a intensa controvérsia que se verifica na doutrina a respeito da questão.

Com efeito, entendimento oposto ao de Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade é defendido por Elival da Silva Ramos, para quem não é possível extrair do mencionado § 1º “a grave consequência da incorporação automática de tratados internacionais ao nosso direito interno, algo que, como já foi visto, demanda manifestação de vontade inequívoca do Constituinte”, destacando o entendimento de que “a posição dos tratados internacionais na hierarquia das fontes normativas internas não interfere nos mecanismos de sua incorporação ao ordenamento nacional e vice-versa, consubstanciando questões distintas”.

O debate acerca da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos em face da ordem jurídica interna brasileira tornou-se ainda mais acirrado após a inclusão do § 3º no art. 5º da Constituição, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Indiscutivelmente, os §§ 1º e 2º do art. 5º (complementados pelos arts. 1º, III, e 3º, II) foram os fundamentos da elaboração da conhecida teoria do “bloco de constitucionalidade” que seria integrado também pelos tratados internacionais de direitos humanos, os quais teriam, de acordo com essa teoria, *status* de norma constitucional, por conta da cláusula de abertura inserta no destacado § 2º.

É também em torno da interpretação dada a esses dois dispositivos que estabeleceu a mais acirrada controvérsia acerca da aplicabilidade das normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos, especialmente na hipótese de conflitos entre normas internacionais e normas internas – controvérsia esta que o legislador constituinte reformador tentou, sem sucesso, solucionar, por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que acrescentou ao art. 5º os §§ 3º e 4º, com o seguinte teor:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, julgado em 03 de dezembro de 2008, adotou, de forma não unânime, o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos teriam força supra-legal, sendo, no entanto, hierarquicamente inferiores às normas constitucionais.

O posicionamento pretoriano, contudo, não encerrou a controvérsia doutrinária acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos em face da realidade brasileira, nem, reconheça-se, logrou superar os problemas metodológicos que seu entendimento anterior criou, originando, ao revés, novas dificuldades.

A timidez do legislador constitucional, assim, deu ensejo a inúmeras possibilidades hermenêuticas.

Como já mencionado, a Constituição Federal, como um todo, ou seja, como sistema, estabelece a centralidade dos direitos fundamentais e da dignidade humana como valores essenciais, a permear toda a interpretação de seus dispositivos.

Os §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, nesse tocante, são o fundamento ao redor do qual se construíram as teorias voltadas à solução das inevitáveis antinomias entre as normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos e as normas internas.

Contudo, há de se reconhecer que, especialmente em relação ao § 2º, o texto constitucional é marcado pela ambiguidade e pela falta de precisão.

O dispositivo pode ser dividido em duas partes, sendo a primeira – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” – uma norma tradicional no direito brasileiro, e a segunda – “[...] ou dos trata-

dos internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” – uma inovação da Constituição de 1988, sem precedentes na história constitucional brasileira.

Com efeito, a primeira parte do dispositivo – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” – não constituiu qualquer novidade por parte do Constituinte de 1987, pois previsões constitucionais de natureza similar são encontradas ao longo de toda a história constitucional brasileira, a partir da Constituição Republicana de 1891, que continha tal previsão em seu art. 78. Portanto, a tradição constitucionalista republicana no Brasil consolidou a prática de uma enumeração de direitos fundamentais não taxativa, consagrando, ao final do rol dos direitos e garantias fundamentais, uma cláusula de abertura ao reconhecimento de outros direitos de similar natureza, por conta da qual tem a jurisprudência reconhecido que os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 não se limitam ao rol daqueles elencados no art. 5º.

Sob essa ótica, destaque-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7/DF, no bojo do qual o Supremo Tribunal Federal, pela interpretação conjunta dos arts. 5º, § 2º, 60, § 4º, IV, e 150, III, *b*, todos da Constituição Federal, reconheceu que o princípio da anterioridade em matéria tributária, previsto nesse último dispositivo, constitui garantia fundamental do indivíduo.

Portanto, como visto, a primeira parte do § 2º do art. 5º da Constituição Federal não trouxe qualquer novidade ao ordenamento jurídico brasileiro, que já consolidara tal norma desde o advento da primeira Constituição republicana.

A grande inovação trazida pelo dispositivo em tela – condizente, vale lembrar, com os objetivos da redemocratização do país e do deslocamento do princípio da dignidade humana para a centralidade do sistema jurídico – está na sua segunda parte, que traz um preceito até então inédito no Brasil: “[...] ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Essa segunda parte do dispositivo consagra um modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, que passam a contar não apenas com a proteção interna, mas também com a proteção inter-

nacional, por meio dos tratados internacionais sobre o tema aos quais o Brasil vier a aderir. E é em razão dessa segunda parte do § 2º do art. 5º que se instaurou a acirrada polêmica que, até o momento, ainda não foi superada.

De modo geral, a doutrina divide-se em quatro grandes correntes em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos em face das normas internas: ou se lhes reconhece natureza supraconstitucional; ou se lhes atribui *status* equivalente ao de normas constitucionais; ou se lhes confere um caráter supralegal, mas infraconstitucional; ou, finalmente, se lhes equipara às leis ordinárias.

Na doutrina brasileira, à luz das Constituições pátrias, as quatro doutrinas encontraram quem as defendesse.

A corrente que defendia a natureza supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos em face da Constituição Federal tinha, na doutrina pátria, entre seus defensores, Celso de Albuquerque Mello, não tendo alcançado ampla adesão.

Carlos Thompson Costa Fernandes observa que “essa posição jamais formou maioria na doutrina brasileira, nem tampouco foi contemplada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, esclarecendo:

Conforme se pode deduzir das decisões prolatadas nas Apelações Cíveis ns. 7.872/RS e 9.587/DF, respectivamente, nas décadas de 1940 e 1950, a Colenda Corte defendia a posição de prevalência das normas presentes em tratados internacionais em face da legislação interna, mas sempre em sujeição à Constituição brasileira.

O mesmo autor acrescenta ainda que

o obstáculo objetivo à adoção desse ponto de vista, acima sinalizado, reside no fato de que a própria Constituição Federal, em seu art. 102, III, *b*, admite a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade, seja perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, quando houver decisão negando aplicação de normas de tratado firmado pelo Brasil por vício de inconstitucionalidade, seja, também, por qualquer outro juiz ou Tribunal.

Portanto, no que concerne à realidade brasileira, o próprio direito positivo vigente inviabiliza a adoção desse posicionamento. Dessarte, à luz da Constituição brasileira, tal tese há de ser afastada.

O segundo posicionamento, que encontrou bastante acolhida na doutrina brasileira – embora não na jurisprudência –, atribui aos tratados internacionais de direitos humanos *status* hierárquico equivalente ao de norma constitucional, notadamente por força da cláusula de abertura inserta na segunda parte do § 2º do art. 5º da Constituição, lido em consonância com o § 1º.

Uma das autoras mais consagradas a adotar essa tese no Brasil é, sem dúvida, Flávia Piovesan, que assim se posiciona:

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, *a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.

[...]

Em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. [...] Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.

É esse também o entendimento de Carlos Mário da Silva Velloso, Ingo Wolfgang Sarlet, Vidal Serrano Nunes Jr., Valerio Mazzuoli, Carlos Roberto Siqueira Castro, Francisco Rezek e Cançado Trindade, dentre outros.

A despeito da prestigiosa doutrina que acolheu tal teoria, o entendimento não prevaleceu na seara jurisprudencial, notadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, circunstância que sempre gerou severa crítica, no âmbito doutrinário, por parte dos adeptos dessa corrente.

A força dessa teoria, no entanto, sofreu considerável abalo com a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição, por força da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que trouxe uma nova dimensão normativa aos tratados internacionais de direitos humanos e intensificou os debates doutrinários, elevando-os a novo patamar de complexidade e reforçando os argumentos dos críticos da teoria do “bloco de constitucionalidade”. Ainda assim, a inclusão dessa norma no texto constitucional não fez com que os defensores dessa segunda corrente enxergassem em seu teor elementos aptos a invalidar a tese até então defendida. Assim, de modo geral, os autores que, anteriormente à inserção do § 3º no art. 5º da Constituição, defendiam a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, não desanimaram diante da nova norma, nem viram nela motivo para alterar seu posicionamento.

Contudo, para significativa parcela da doutrina, o novo dispositivo encerrou a questão, estabelecendo, de forma peremptória, a natureza infraconstitucional dos tratados de direitos humanos, os quais somente passariam a ter *status* hierárquico equivalente ao de emendas constitucionais se cumpridos os requisitos previstos no aludido parágrafo.

Nesse tocante, destaca-se o entendimento de José Afonso da Silva, autor que, inicialmente filiado à corrente que atribuía aos tratados internacionais de direitos humanos *status* hierárquico constitucional, reformulou seu entendimento após a inserção do § 3º ao art. 5º da Constituição – sem, no entanto, deixar de reconhecer a tais normas a condição de *materialmente constitucionais*, e sem traçar qualquer juízo de valor acerca do acerto ou desacerto da decisão legislativa. Relevante também é observar que, para o autor, o reconhecimento da *constitucionalidade material* dos tratados de direitos humanos não implica – ao menos a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004 – a assunção de *status* formalmente constitucional, nem mesmo pela via da cláusula de abertura do § 2º.

Entendimento similar é adotado por Elival da Silva Ramos, para quem a segunda parte do § 2º do art. 5º “nada predica em relação ao posicionamento hierárquico dos tratados sobre direitos humanos incorporados ao direito interno brasileiro, que a interpretação sistemática da CF/88 remete ao nível de paridade com a legislação ordinária”.

Carlos Thompson Costa Fernandes, por seu turno, embora critique a opção do legislador constituinte (a qual considera um retrocesso no processo de fortalecimento da proteção dos direitos humanos na esfera supranacional), entende que a única hermenêutica possível, à luz do § 3º do art. 5º da Constituição, consiste em atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos *status* constitucional apenas se estes forem aprovados com os requisitos previstos em tal dispositivo. “Não sendo aprovada nos moldes desse rito e com o *quorum* qualificado, terá força de lei ordinária, resolvendo-se eventual conflito pelas regras ínsitas a conflitos dessa envergadura”.

Constata-se, portanto, que a inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal veio a robustecer a teoria que atribui aos tratados internacionais de direitos humanos *status* equivalente ao de lei ordinária, salvo na hipótese de aprovação com observância do rito especial previsto em tal dispositivo.

Finalmente, em relação à corrente doutrinária que sustenta que os tratados internacionais de direitos humanos situar-se-iam em grau hierárquico intermediário entre as leis ordinárias e as normas constitucionais, sendo superiores àquelas, mas inferiores a estas, destaca-se o posicionamento defendido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário em *Habeas Corpus* n. 79.785/RJ (julgado em 29 de março de 2000), posição que, no entanto, no aludido recurso, restou vencida. Com efeito, embora parte de seu entendimento conste expressamente da ementa da decisão (“4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas.”), a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos huma-

nos não prevaleceu, tendo o Pretório Excelso mantido o entendimento, então consolidado há mais de duas décadas, que equiparava os tratados internacionais à legislação ordinária.

Curiosamente, no entanto, a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos viria a ressurgir no Supremo Tribunal Federal anos depois, por ocasião da mudança de um paradigma consolidado por quase três décadas.

3. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Ao longo do tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que tange à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, acolheu algumas das teorias anteriormente mencionadas. Cumpre notar, no entanto, que o Supremo não chegou a aceitar, em momento algum, a consagrada teoria que atribui aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia constitucional. Tampouco recepcionou a teoria que lhes atribuía hierarquia superior à das normas constitucionais.

Além disso, como observa Elival da Silva Ramos, a

jurisprudência do STF jamais acolheu o entendimento de que os tratados sobre direitos humanos teriam tratamento diverso dos demais pactos internacionais no tocante ao posicionamento hierárquico em face das fontes normativas internas e à incorporação ao ordenamento nacional.

Contudo, Jacob Dolinger observa que

anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal *vs.* Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava leis anteriores (Apelação Cível n. 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 7 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda nesse sentido está a Lei n. 5.172 de 25/10/66 que

estabelece: “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevinha”.

O alegado primado do direito internacional, no entanto, estabeleceu-se em face da legislação ordinária, e não das normas constitucionais.

Relevante, para o objeto do presente estudo, é a decisão proferida por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 71.154, em 04 de agosto de 1971. Embora tal julgamento não tivesse por objeto qualquer tratado internacional de direitos humanos, mas sim a Lei Uniforme sobre o Cheque (adotada pela Convenção de Genebra), a decisão foi importante no sentido de consignar a desnecessidade da repetição de norma internacional pela legislação pátria, bem como, por outro lado, a imprescindibilidade da promulgação de decreto pelo Presidente da República.

Como visto anteriormente, parte da doutrina sustenta que, à luz da Constituição de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos teriam forma de incorporação à ordem jurídica brasileira distinta daquela aplicável aos demais tratados internacionais. Embora a decisão epigrafada seja anterior à promulgação da Carta de 1988 e não tenha por objeto tratado de direitos humanos, mas um tratado “comum”, é de se notar que o Supremo Tribunal Federal jamais acolheu a tese da distinção entre “incorporação automática” e “incorporação legislativa”, quer os tratados versem ou não sobre direitos humanos.

No mais, impende observar que a não aceitação, pelo Supremo, da distinção entre “incorporação automática” e “incorporação legislativa”, restou confirmada em 1997, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, ocorrido em 04 de setembro de 1997; portanto, após a entrada em vigor da Constituição de 1988. Além disso, o objeto dessa Medida Cautelar era a análise da constitucionalidade do Decreto Legislativo n. 68/92 e do Decreto n. 1.855/96 que incorporaram ao direito interno brasileiro a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Versando, portanto, sobre direitos humanos de natureza social (direitos trabalhistas), após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão da qual se defluiu a rejeição à

tese de que os tratados internacionais de direitos humanos ingressariam na ordem jurídica interna brasileira por procedimento distinto daquele aplicável aos demais tratados internacionais. O não acolhimento da tese em âmbito pretoriano, contudo, não implicou sua rejeição na esfera doutrinária, na qual ainda conta com grande aceitação, como visto anteriormente.

A par do aspecto procedimental de incorporação dos tratados internacionais, acresce observar que, até o ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal manteve, acerca da questão concernente à hierarquia dos tratados internacionais em face da legislação interna, o entendimento exarado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, julgado em 1º de junho de 1977, que atribuía aos tratados internacionais, *independentemente da matéria sobre a qual versassem*, estatura hierárquica compatível com a de leis ordinárias.

Convém observar que a matéria versada no aludido recurso extraordinário não dizia respeito a direitos humanos. De fato, o tratado internacional acerca do qual se instaurou a controvérsia então dirimida foi a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias (Convenção de Genebra), que apresentava antinomia com o Decreto-lei federal n. 427/69, tema, portanto, estranho à temática dos direitos humanos. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu aplicável o entendimento a todo e qualquer tratado internacional. A decisão foi motivo de severa crítica por parte da doutrina que acolhia a tese do “bloco de constitucionalidade”, mas a crítica não sensibilizou o Pretório Excelso, que manteve seu entendimento em decisões posteriores.

A questão da antinomia entre tratados internacionais de direitos humanos e normas do ordenamento jurídico brasileiro interno ganhou novos ares a partir de 1992, com a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica. Com efeito, a adesão ao aludido tratado instaurou uma antinomia entre norma nele previsto e dispositivo inserto na Constituição de 1988, em relação à possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

Como é sabido, a chamada prisão civil é prevista na Constituição Federal no inciso LXVII de seu art. 5º, que admite tal modalidade de prisão para o inadimplemento de obrigação alimentícia e para o depositário infiel.

Por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, vigia no Brasil (e ainda vige) o Decreto-lei federal n. 911/69, o qual, regulando o contrato de alienação fiduciária, equiparou, em seu art. 4º, o devedor fiduciante à figura do depositário. Assim, a não devolução de veículo alienado a instituição financeira (na qualidade de credora fiduciária), como garantia da dívida decorrente de financiamento para a aquisição de tal bem, em caso de não localização deste ou da transferência de sua posse direta a terceiro, implicaria a equiparação do devedor fiduciante à figura do depositário infiel, viabilizando sua prisão civil, nos termos do art. 652 do Código Civil, combinado com os arts. 902, § 1º, e 904, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil.

À luz do precitado inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, tal prisão seria admissível, diante da equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel, determinada pelo Decreto-lei em questão.

Em 1992, no entanto, o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, cujo art. 7º, n. 7, estabelece:

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Há evidente contradição entre o dispositivo transcrito – que elenca como única hipótese de prisão civil por dívida aquela decorrente da obrigação alimentar – e o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, que, além dessa hipótese, também prevê a prisão civil do devedor fiduciante, por sua equiparação ao depositário infiel. A contradição ensejou o surgimento de acirrada controvérsia doutrinária, até hoje ainda não pacificada.

Como visto, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, em 1977, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento segundo o qual os tratados internacionais, independentemente da matéria neles contida, teriam hierarquia idêntica à das leis ordinárias.

Embora a decisão tenha sido anterior à promulgação da Constituição de 1988, e tivesse por objeto matéria estranha ao tema dos direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se mani-

festar especificamente acerca da antinomia entre o inciso LXVII do art. 5º da Constituição e o art. 7º, n. 7, da Convenção Americana, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 72.131/RJ, em 23 de novembro de 1995. E, em tal julgamento, o Supremo manteve o entendimento acerca da paridade hierárquica entre os tratados internacionais (em especial, nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos) e as leis ordinárias, não restando qualquer dúvida, por conseguinte, acerca da confirmação da postura adotada em 1977, mesmo à luz da nova Constituição e da Convenção Americana.

Releva notar que a votação, no julgamento do aludido *Habeas Corpus*, não foi unânime, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Contudo, apesar de quatro votos contrários, observa Flávia Piovesan que “esse entendimento foi posteriormente reiterado nos julgamentos do RE 206.482-SP; HC 76.561-SP, Plenário, 27.5.1998; ADI 1480-3-DF, 4.9.1997; e RE 243.613, 27.4.1999”.

Não obstante, acerca da divergência entre os votos, observa Elival da Silva Ramos que

esses votos, capitaneados pelo Ministro-relator Marco Aurélio, não discreparam da maioria relativamente à qualificação do Pacto de San José da Costa Rica como fonte normativa no âmbito infraconstitucional, equiparada à legislação ordinária. O que sustentaram os propugnadores da concessão da ordem de habeas corpus, naquela ocasião, foi a não recepção do Decreto-Lei n. 911/69 pela CF/88, na parte em que equipara, em sede de alienação fiduciária de bens móveis, a figura do devedor fiduciante à do depositário, com as decorrências legais de tal equiparação.

A questão ganhou novos aspectos a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal o § 3º, de acordo com o qual os tratados internacionais de direitos humanos terão hierarquia equivalente à de emendas constitucionais, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

A alteração no texto constitucional, evidentemente, trouxe significativo impacto para a posição jurisprudencial acerca da matéria.

O próprio Ministro Celso de Mello, que defendera a natureza infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, reconheceu, em voto proferido no *Habeas Corpus* n. 87.585-8, a necessidade de reavaliação de seu posicionamento anterior, observando, em relação à inclusão do § 3º no art. 5º da Constituição, que

em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o “iter” procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de Emenda à Constituição [...]. É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.

O tema foi analisado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, ocorrido em 03 de dezembro de 2008, do qual se destaca o seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes:

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a **discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a Reforma do Judiciário** (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional n. 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º [...].

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança

constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de normas constitucionais, terão que ser aprovados em *quorum* especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1º.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. [grifo nosso.]

Por fim, o Ministro conclui que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente”.

A conclusão a que chegou o Ministro Gilmar Mendes – e que foi endossada pela maioria da Corte, tornando-se o novo paradigma acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos – pode ser sintetizada no seguinte trecho do aludido voto:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

O Ministro Celso de Mello, no entanto, reiterou o entendimento exposto em seu voto no *Habeas Corpus* n. 87.585-8, posicionando-se, novamente, pela hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, não apenas em razão do § 3º do art. 5º, mas também por força do § 2º.

Vidal Serrano Nunes Júnior, observando que “o STF, em seus pronunciamentos mais recentes, vem incorporando a noção de que os tratados internacionais teriam caráter supralegal, estando, portanto, situados sob a Constituição, mas sobre a legislação ordinária”, traz ainda outro exemplo de decisão nesse sentido, consubstanciada no julgamento do *Habeas Corpus* n. 95.967/MS (j. 11.11.2008).

Demonstrado, assim, o caminhar da jurisprudência acerca da intrincada questão, impende passar à análise crítica das soluções até agora buscadas pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, a fim de apontar seus acertos e equívocos, bem como proceder a uma avaliação acerca do grau de sucesso de tais soluções, à luz dos problemas práticos que a realidade contemporânea tem ensejado.

4. Análise crítica da questão, à luz da realidade brasileira

Em razão da dicção lacunosa da Constituição no que tange aos tratados internacionais, especialmente quanto aos que versam sobre direitos humanos – matéria que, por sua relevância, tanto na ordem interna quanto na internacional, deveria ter recebido maior atenção por parte do legislador constituinte –, doutrina e jurisprudência esforçaram-se para encontrar uma solução para a questão das eventuais (e inevitáveis) antinomias entre normas internacionais e normas externas.

Uma análise crítica das soluções até aqui apresentadas revela que nenhuma delas logra solucionar de modo satisfatório o problema. Cada proposta soluciona um aspecto da questão, dando ensejo, no entanto, ao surgimento de outros dilemas. Cumpre, assim, expor, ainda que de

forma breve, as correções e fragilidades das principais teorias que buscam resolver o impasse.

4.1. A teoria da força supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

Essa teoria, como visto, não foi consagrada no direito brasileiro, notadamente porque, como bem afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, sua adoção implicaria a inviabilidade do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

E se é certo que há autores, como Celso D. Albuquerque Mello, que veem tal impossibilidade como um aspecto positivo de tal teoria, não resta dúvida de que, à luz de um ordenamento jurídico que, como o brasileiro, consagra a supremacia formal e material da Constituição, sua adoção afigura-se inviabilizada.

Outrossim, esse entendimento jamais foi acatado pela jurisprudência, não tendo efetiva relevância prática, em especial se comparado às demais correntes de pensamento, que, como já visto, marcaram presença de modo mais marcante, ora na doutrina, ora na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando não em ambas.

4.2. A teoria do *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

Como visto, tal teoria encontrou terreno fértil no campo doutrinário, embora a jurisprudência jamais a tenha acolhido, ao menos até o presente momento. Convém lembrar, no entanto, que o Ministro Celso de Mello, no voto proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, acenou para a aceitação dessa tese, que poderá, no futuro, vir a ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, seja pelas premissas de que parte, seja pelas consequências que acarreta, a teoria da força constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos não parecia ser a mais adequada à realidade brasileira, ao menos até a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Em primeiro lugar, a criação da dicotomia ontológica entre tratados internacionais de direitos humanos e tratados internacionais sobre outros temas, a ensejar processos distintos de incorporação, não encontra, na Constituição Federal (que, repita-se, é lacônica e omissa em relação ao tema), amparo expresso.

A conclusão de que a Constituição passou a admitir a possibilidade de haver uma distinção hierárquica implícita (ou seja, que dispensa o rito especial previsto no § 3º) entre tratados de direitos humanos e tratados “comuns”, por decorrência da cláusula de abertura do § 2º, esbarra não apenas no silêncio constitucional que infirma tal presunção, mas também em aspectos práticos.

Com efeito, cite-se, à guisa de exemplo, a Opinião Consultiva n. 16/1999, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, ao analisar a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (que, a toda evidência, *não é* um tratado internacional de direitos humanos), se manifestou nos seguintes termos:

80. Da leitura conjunta dos textos citados, depreende-se que a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares reconhece, como uma função primordial do funcionário consular, a atribuição de assistência ao nacional do Estado remetente, na defesa de seus direitos perante as autoridades do Estado receptor. Neste âmbito, a Corte estima que a norma que consagra a comunicação consular tem um duplo propósito: reconhecer o direito dos Estados em assistir aos seus nacionais, através das atuações do funcionário consular e, paralelamente, reconhecer o direito correlato que tem o nacional do Estado remetente de acessar o funcionário consular com a finalidade de procurar a referida assistência.

[...]

84. Portanto, a Corte conclui que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares reconhece ao estrangeiro detido os direitos individuais correspondentes aos deveres correlatos a cargo do Estado receptor. Esta interpretação é confirmada pela história legislativa do citado artigo. Desta, depreende-se que, mesmo quando desde o início alguns Estados consideraram que era inadequado incluir formulações quanto aos direitos que

assistiam aos nacionais do Estado remetente, no final estimou-se que não existia nenhum obstáculo para reconhecer os direitos ao indivíduo, no referido instrumento.

Conclui-se, à luz de tais excertos, que um direito fundamental foi reconhecido no bojo de um tratado internacional “comum”, que, a prevalecer a teoria em exame, haveria de ser recepcionado na ordem interna brasileira por meio de “incorporação legislativa”, e não por “incorporação automática”.

Esse exemplo concreto evidencia que a abordagem dicotômica pode levar a impasses concretos insuperáveis.

É certo que o § 3º, sob determinada ótica, favorece o acolhimento dessa dicotomia. Nesse sentido, Patrícia Cobianchi Figueiredo afirma que

o advento de tal disposição trouxe uma patente contribuição, pois reconheceu a distinção entre os tratados de direitos humanos e os demais tratados e que, por isso mesmo, devem receber um *status* diferenciado, diga-se, superior às demais normas jurídicas.

No entanto, o recebimento do tratado por meio de *quorum* qualificado não implica, *de per si*, uma *apriorística* distinção ontológica entre as duas espécies de tratados, mormente porque, para grande parte da doutrina, a submissão dos tratados ao procedimento especial constitui uma *faculdade* do poder público, e não uma obrigação. Ora, a se admitir a tese de que mesmo tratados internacionais de direitos humanos *podem* ingressar no ordenamento jurídico brasileiro sem passar pelo rito especial do § 3º, impõe-se a conclusão de que estes *poderão* ter *status* diferenciado – logo, também poderão não tê-lo.

Há de se observar, ainda, que a interpretação dada por essa corrente aos §§ 2º e 3º da Constituição Federal nulifica a existência deste último.

Com efeito, se pela cláusula de abertura prevista na parte final do § 2º, os tratados internacionais de direitos humanos já gozam de *status* hierárquico equivalente ao das normas constitucionais, a inclusão dos tratados no chamado bloco de constitucionalidade já bastaria que estes passassem a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade, bem como para que se “petrificassem” pela via do § 4º do art. 60.

A assim ser, a “constitucionalização formal” propugnada seria irrelevante, tornando o § 3º norma ociosa. Vale dizer, implicaria a aceitação do argumento de que o aludido parágrafo foi inserido à toa no art. 5º, já que sua presença ou ausência acarretariam a mesma consequência. Evidentemente, tal entendimento não pode ser acatado.

Além disso, a interpretação do § 2º feita por essa corrente, até o advento da EC n. 45/2004, era *uma das possíveis interpretações*. Como apontado anteriormente, a redação do § 2º é extremamente lacônica e imperfeita, abrindo espaço a diversas possibilidades hermenêuticas. Ocorre que, após a inserção do § 3º, tal interpretação não mais se afigura possível, sob pena de se inutilizar tal norma. Daí a constatação de que os defensores dessa corrente, após a alteração constitucional, redobram seus esforços argumentativos, sem, no entanto, chegar a qualquer resultado que não implique a absoluta desconsideração do § 3º.

Diga-se por oportuno, assiste razão ao Ministro Gilmar Mendes quando afirma, em seu voto proferido no RE n. 466.343-1/SP, que a inclusão do § 3º está a indicar que, para o legislador constitucional reformador, os tratados internacionais de direitos humanos *não tinham* hierarquia similar à das normas constitucionais. Do contrário, o aludido parágrafo não teria sido inserido no texto constitucional.

Some-se a isso o fato de que as outras correntes interpretativas analisadas tinham, dada a vaguidade do dispositivo, tanto potencial de aplicabilidade quanto a corrente do “bloco de constitucionalidade”.

Também não há como aceitar o argumento de que a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos deflui da existência do § 2º do art. 5º da Constituição, sendo o § 3º, como afirma Celso Lafer, apenas uma norma interpretativa, apta a validar o entendimento anterior à sua inserção no texto constitucional. Em primeiro lugar, porque a estrutura da norma em questão nada tem de interpretativa. Em segundo lugar, porque, se efetivamente pudesse ser assim considerada, a interpretação dela resultante militarria justamente no sentido contrário à tese do bloco de constitucionalidade.

Outras dificuldades exsurtem da adoção de tal entendimento.

Ingo Wolfgang Sarlet, que defende a teoria do “bloco de constitucionalidade”, reconhece, no entanto, a dificuldade de se atribuir, aos

tratados anteriores ao ingresso do § 3º do art. 5º na ordem jurídica (mormente com base na teoria da recepção), hierarquia constitucional.

A adoção da teoria do bloco de constitucionalidade resta dificultada também diante da possibilidade de denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos por parte do Poder Executivo federal, caso tais tratados não ingressem no ordenamento jurídico brasileiro pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Como já visto, a denúncia do tratado independe de atuação do Poder Legislativo (ao contrário do que ocorre com sua incorporação). Ora, é no mínimo estranho que uma norma jurídica detenha *status* constitucional e seja considerada cláusula pétrea, sendo inviável sua eliminação mesmo por Emenda Constitucional, cujo procedimento é o mais rigoroso dentre aqueles previstos na Constituição, e seja, ao mesmo tempo, eliminável por um único ato, de ampla discricionariedade, do Chefe do Executivo federal.

A questão da necessidade de referendo congressional está sendo enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625, ainda pendente de julgamento, em que se contesta a validade do Decreto Presidencial n. 2.100/1996, que denunciou, sem referendo do Congresso Nacional, a Convenção Internacional n. 148 da OIT.

Carlos Thompson Costa Fernandes, por seu turno, sustenta que “até mesmo tratado que não tenha sido internalizado no rito do artigo acima citado deve ser submetido à vontade congressional, para efeito de denúncia, conforme prescreve o art. 49, I, do texto constitucional, ao atribuir ao Congresso Nacional a competência para “resolver definitivamente sobre tratados”. Curioso é notar que tal posição é defendida por autor que sustenta que, sem passar pelo rito do § 3º, os tratados internacionais de direitos humanos terão *status* hierárquico equivalente ao de lei ordinária.

De qualquer forma, é imperioso reconhecer que a inserção do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal fragilizou sobremaneira a tese segundo a qual os tratados internacionais de direitos humanos ostentam hierarquia constitucional por força do § 2º do mesmo artigo. Adotar tal entendimento, com efeito, implicaria, em última análise, negar vigência ao novo parágrafo.

4.3. A teoria da hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, dos tratados internacionais de direitos humanos

Esta foi, como visto, a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, em 03 de dezembro de 2008, consubstanciando mudança do paradigma adotado pela Corte desde 1977, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE.

A mudança de paradigma, conquanto tenha representado um avanço no que concerne à proteção dos direitos humanos, não deixou de receber duras críticas da doutrina.

Elival da Silva Ramos, nesse tocante, afirma:

A despeito do esmerado rigor técnico-jurídico da jurisprudência do STF sobre celebração, incorporação e posicionamento hierárquico dos tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro, dela transparecia o grande desconforto de Ministros com a situação dos devedores fiduciantes inadimplentes [...].

[...]

Sem embargo da qualificação jurídica dos atuais integrantes de nosso mais alto Tribunal, não posso deixar de lastimar que para se obter resultado correto, que a consciência ético-jurídica do País impunha, qual seja, a eliminação das graves consequências da equiparação entre o devedor fiduciante e o depositário infiel (art. 4º do DL n. 911/69), esteja o STF prestes a abandonar construção jurisprudencial impecável, no tocante ao *status* hierárquico dos tratados internacionais (em geral) incorporados ao direito nacional. Para tanto, ou se pretende, com elevada dose de voluntarismo, afirmar o posicionamento infraconstitucional, porém supralegal, dos tratados sobre direitos humanos anteriores à EC n. 45/04, ou, o que é mais grave, se propõe o reconhecimento da estatura constitucional (derivada) dessas convenções. [...]

Com melhores razões, e sem comprometer a solidez e coerência de sua conspícua jurisprudência sobre o tema, deveria o STF, na linha dos votos vencidos no HC n. 72.131/RJ, simplesmen-

te, ter considerado incompatível com a CF/88 a equiparação efetuada pelo Decreto-Lei n. 911/69 da alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito, para efeito do exercício de maior coerção sobre o devedor fiduciante, recalcitrante na entrega do bem alienado.

Carlos Thompson Costa Fernandes, por sua vez, observa que esse entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal:

desprestigia completamente a regra trazida pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal, na medida em que possibilita a outorga de hierarquia normativa diversa aos tratados dos direitos humanos daquela encampada pela Norma Suprema, e à margem de qualquer intervenção legislativa.

Acrescenta, ainda, que “se o legislador constituinte tivesse demonstrado essa pretensão, não teria regulado o § 3º da forma como o disciplinou. Teria dado tratamento idêntico ao conferido, por exemplo, pela Constituição germânica”.

A par da aceitação teórica dessa tese – que, como observam os autores mencionados, não encontra esteio na gramática constitucional – acresce observar que, no plano prático, a aplicação da teoria à realidade brasileira, por iniciativa do Supremo Tribunal Federal, levou a impasses insuperáveis.

Com efeito, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, o STF consolidou o entendimento de que o Pacto de São José da Costa Rica tem natureza hierarquicamente superior ao Decreto-lei n. 911/69, cujo art. 4º viabiliza ação de depósito com pedido de prisão civil contra o depositário infiel, nas hipóteses de alienação fiduciária.

Decidiu a Corte na ocasião – acertadamente – que o contrato de depósito em questão não se revestia das típicas características do instituto, aproximando-se antes de uma ficção jurídica voltada à defesa dos interesses de grandes corporações financeiras. Sob tal ótica, e a toda evidência, não se configuraria a possibilidade da prisão civil, pois a situação fática não se amoldaria à hipótese prevista no inciso LXVII do art. 5º da Constituição.

Corretíssimo o raciocínio, quando aplicado às hipóteses de depositário infiel em face de contrato de alienação fiduciária. Contudo, a jurisprudência que se seguiu a tal julgamento não se restringiu apenas a essa hipótese, abarcando toda e qualquer possibilidade de prisão civil de depositário infiel.

O equívoco perpetrou-se, cumulando na aprovação, em 16 de dezembro de 2009, da Proposta de Súmula Vinculante n. 31 (convertida na Súmula Vinculante n. 25), que tem a seguinte redação: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

A aplicação da Súmula em questão à realidade concreta contraria frontalmente o entendimento que o próprio Supremo espousa sobre o tema, uma vez que, de forma implícita, atribui ao art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, hierarquia superior à que possui o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal.

Não bastasse o equívoco inicial – de estender a todo e qualquer depositário infiel os efeitos de uma decisão inicialmente relativa apenas a contratos de alienação fiduciária – que, em última análise, implica frontal violação ao princípio da igualdade (uma vez que trata igualmente situações desiguais) e que, *de per se*, já seria passível de severas críticas, a aprovação da Súmula Vinculante n. 25 consubstancia o coroamento desse equívoco, na medida em que “engessa” a atuação de qualquer Magistrado ou Tribunal que entenda que, não se tratando de contrato de alienação fiduciária, a Constituição Federal deve prevalecer sobre o Pacto de São José da Costa Rica.

Mais grave é a constatação de que o Supremo Tribunal Federal não atentou para o teor de seus próprios argumentos na construção do novo paradigma acerca da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos, criando a apontada inconsistência. Se esta será percebida, e, caso o seja, se haverá disposição – por parte do próprio STF – para corrigir o equívoco; e finalmente, quais serão as consequências para o futuro de um eventual reconhecimento desse erro, são questões que apenas o tempo poderá responder.

Ora, a interpretação jurídica tem por objeto a realidade, e não fornecer subsídios para discussões acadêmicas sem maior interesse concreto. A conclusão lógica a que se chega é a de que a decisão judicial, como

resultado da interpretação jurídica, não pode fazer sentido apenas no papel; deve fazer sentido também perante a realidade concreta. Por conseguinte, os juízes têm o dever de atentar para as consequências de suas decisões. Como afirma Neil Mac Cormick:

Há bons motivos para supor que os juízes deveriam examinar e avaliar as consequências de várias deliberações alternativas que lhes estivessem disponíveis em casos que envolvessem o “problema de pertinência”, de “interpretação” ou de “classificação”.

Esclarece ainda o mesmo autor:

Um sistema jurídico não é uma ciência natural, e sob aspectos importantes, é fundamentalmente diferente. No entanto, do ponto de vista da lógica da justificação, existem dois pontos de contato: as decisões jurídicas tratam do “mundo real”, da mesma forma que as hipóteses científicas; e o fazem não num vazio, mas no contexto de toda uma estrutura de “conhecimento” – nesse caso, todo o corpo do sistema de direito normativo, em vez de um corpo de teoria descritiva e explanatória.

Em termos simples, as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no contexto do sistema jurídico.

A análise atenta da decisão que levou à aprovação da Súmula Vinculante n. 25 deixa claro que o Pretório Excelso não atentou para as consequências concretas de sua decisão e, por conseguinte, acabou por negar vigência à norma constitucional que autoriza a prisão do depositário infiel.

É certo que, à primeira vista, a decisão que reconhece a natureza “supralegal” aos tratados internacionais de direitos humanos não atingiria, aparentemente, a norma constitucional. Contudo, a norma constitucional se limita a autorizar a prisão do depositário infiel, sem elencar seus requisitos. Uma vez que estes sempre estiveram previstos na legislação infraconstitucional, a aplicabilidade da norma constitucional resta inviabilizada.

Poder-se-ia argumentar que tal situação se resolveria por emenda constitucional que incluísse na própria Constituição os requisitos, limi-

tes temporais da pena, etc. O raciocínio, à primeira vista, parece correto. Mas é justamente nesse ponto que a realidade – desconsiderada pelo STF na decisão – o inviabiliza.

Em uma série de decisões (citem-se, apenas à guisa de exemplo, as ADIns ns. 3.105-8/DF e 3.128-7/DF, e o MS n. 24.875-1/DF, dentre inúmeras outras), o Supremo já reconheceu a aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso social.

Isso significa que o próprio STF já consolidou o entendimento de que, uma vez que um direito fundamental alcança um determinado patamar, não se pode “retroceder” para o patamar anterior.

Ora, se com o reconhecimento da tese da “supralegalidade” dos tratados internacionais de direitos humanos e a edição da Súmula Vinculante n. 25, o STF, *embora tendo em vista a legislação infraconstitucional*, reconheceu a ilegalidade da prisão civil de todo e qualquer depositário infiel, a alteração do texto constitucional para que nele constassem os requisitos necessários à implantação de tal modalidade de custódia implicaria um inequívoco retrocesso.

A assim ser, o argumento invocado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, no sentido de que o teor dos tratados inviabilizaria apenas a legislação infraconstitucional, mas não a Constituição, não tem como prevalecer.

Desse modo, impõe-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, por não ter atentado para as consequências de sua decisão, acabou por determinar que a legislação infraconstitucional (pois é esta a natureza que atribui aos tratados internacionais de direitos humanos, como visto) negasse vigência a dispositivo constitucional, deitando por terra a “força normativa da Constituição” pela qual tanto lutou.

O exemplo exposto deixa claro, portanto, que uma decisão judicial que não leve em conta as consequências concretas do que foi decidido, uma decisão que, nas palavras de Mac Cormick, aparentemente faz sentido no sistema jurídico, mas não faz sentido no mundo, consubstancia gravíssimo equívoco interpretativo, de nefastas repercussões para a realidade concreta. Tratando de decisão proferida em Corte Constitucional, desnecessário observar que tais repercussões se afiguram ainda mais graves.

Procedente, nesse sentido, a crítica doutrinária que aponta a falta de técnica, oriunda talvez do excesso de voluntarismo que norteou a decisão paradigmática, a caracterizar o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, e como bem observado por Elival da Silva Ramos, teria sido mais conformada ao texto constitucional uma decisão que, sem necessitar investigar a natureza dos tratados internacionais de direitos humanos perante a ordem jurídica brasileira, simplesmente decidisse que o art. 4º do Decreto-lei n. 911/69 não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por ocasião de sua promulgação.

4.4. A teoria da equivalência hierárquica entre tratados internacionais de direitos humanos e leis ordinárias

Finalmente, resta analisar a teoria segundo a qual os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* equivalente ao das leis ordinárias, a não ser nos casos em que sua aprovação seguisse o rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição, assumindo, assim, grau hierárquico equivalente ao das emendas constitucionais.

Essa posição foi, como visto, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal por mais de três décadas, desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, sendo substituída, no âmbito pretoriano, pela tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP.

A teoria, sem dúvida, é a que melhor se amolda a uma leitura estrita e positivista do texto constitucional. Ainda assim, não se afigura imune a críticas.

No campo axiológico, tal entendimento contraria todo o sentido evolutivo da proteção dos direitos humanos, na medida em que fragiliza os dispositivos de tratados que contêm compromissos de ordem internacional. Significa, em última análise, que ainda que o Brasil tenha assumido um compromisso perante a comunidade internacional, o legislador pátrio pode inviabilizar o cumprimento de compromissos de tal natureza, com a simples promulgação de uma lei ordinária.

Mais do que isso, pode dar ensejo a graves contradições sistêmicas, tornando o aparato de proteção dos direitos humanos inconsistente e, por corolário, frágil.

Assim é que, ao se reconhecer que apenas os tratados internacionais de direitos humanos votados pelo rito especial do § 3º do art. 5º da Constituição teriam hierarquia equivalente à das normas constitucionais, tendo os demais, inclusive aqueles anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, *status* equiparado ao de lei ordinária, estar-se-ia a admitir que diplomas que viessem a complementar tratados já existentes (com *status* de lei ordinária) pudessem ingressar na ordem jurídica brasileira com força constitucional.

Dessa forma, um tratado “principal” (a Convenção Americana, por exemplo) teria força de lei ordinária, mas um eventual Protocolo, que apenas o complementasse, teria *status* constitucional. A inconsistência que norteia tal raciocínio é gritante, e poderia levar a consequências práticas indesejadas.

Argumento similar é desenvolvido por Flávia Piovesan:

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais desde 1992. Por hipótese, se vier a ratificar – como se espera – o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU, em 10 de dezembro de 2008, não haveria qualquer razoabilidade a se conferir a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – hierarquia constitucional e ao instrumento principal, hierarquia meramente legal. Tal situação importaria um anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro.

Vale lembrar que, ainda de acordo com o entendimento da citada autora, seria mesmo possível, nessa hipótese, a denúncia daquele, mas não a deste. Levada a hipótese ao paroxismo, a denúncia de um eventual tratado com força de lei ordinária poderia resultar na paralisação de

outro, com *status* equivalente ao de norma constitucional e, por conseguinte, elevado à condição de cláusula pétreia.

Ademais, a adoção de tal corrente doutrinária implica o grave inconveniente de se admitir a existência de tratados internacionais de direitos humanos com hierarquias distintas, dentro de um mesmo ordenamento jurídico – o que, se não chega a constituir uma inconstitucionalidade, nem uma ilegalidade, indiscutivelmente traduz uma ilogicidade sistêmica e uma ameaça, ao menos potencial, à segurança jurídica e à integridade e coerência interna do ordenamento.

Em suma, a despeito da alegada (por alguns autores) superioridade técnica de tal corrente de pensamento em relação às demais, uma reflexão atenta sobre seus postulados principais revela que, assim como as outras, esta também apresenta falhas que lhe maculam o rigor científico e, por corolário, impedem seu acolhimento, ao menos sem que haja uma boa dose de crítica a seus fundamentos.

4.5. Uma possível solução – o reconhecimento da cogência do procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal

Do exposto, constata-se que a doutrina e a jurisprudência que se debruçam sobre o tema apresentam, em regra, soluções incapazes de resolver os sérios problemas que a quadra atual de desenvolvimento da internacionalização da proteção aos direitos humanos apresenta.

A responsabilidade por tal situação, contudo, não há de recair sobre a doutrina ou a jurisprudência, as quais, diante do quadro possível, desdobram-se em esforços hermenêuticos à procura de um eixo de coerência no sistema, e sim sobre o legislador constituinte, que, por ocasião da promulgação da Constituição, trouxe a lume um sistema (no que concerne ao objeto do presente estudo) falho, lacunoso e imperfeito, que dá espaço a inúmeras teorias – mas não admite a adoção indiscriminada e integral de qualquer delas.

Sem a pretensão de solucionar em definitivo um dilema que nem a doutrina nem a jurisprudência foram capazes de superar a contento, parece admissível, no entanto, sugerir uma proposta de solução, que, a par de, como as demais, ostentar imperfeições, afigura-se potencialmen-

te apta a dar, dentro do possível, uma resposta adequada ao problema da internalização, pelo direito brasileiro, dos tratados internacionais de direitos humanos.

Tal solução consiste, em síntese, em reconhecer, na norma insculpida no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, uma *cogência* para os Poderes Executivo e Legislativo brasileiros, por ocasião da adesão a *qualquer* tratado internacional de proteção aos direitos humanos.

A doutrina, como visto, divide-se acerca da obrigatoriedade ou não de respeito ao rito previsto no aludido parágrafo.

Para Carlos Thompson Costa Fernandes, inexisteria tal compulsoriedade. Valério Mazzuoli e Ingo Wolfgang Sarlet, por outro lado, sustentam a compulsoriedade do rito.

Atribuir ao § 3º do art. 5º da Constituição o caráter de obrigatoriedade para o ingresso de tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro pode parecer, à primeira vista, entendimento que fragiliza a proteção de tais direitos na ordem brasileira. Contudo, como bem observa Sarlet, se analisado tal dispositivo à luz da intenção do legislador constituinte – que, obviamente, tinha por escopo robustecer, e não enfraquecer, tal proteção – e em cotejo com os §§ 1º e 2º desse mesmo art. 5º, tal exegese atribuiria a maior compatibilidade possível – dentre as teorias até agora examinadas – entre os três dispositivos. Além disso, passada a fase de internalização, é indiscutível que os direitos previstos em tais tratados encontrariam maior proteção jurídica, na medida em que restariam equiparados às emendas constitucionais.

É certo que a leitura isolada do § 3º, se *permite* tal interpretação, leva a crer, por outro lado, que não era esta a inteligência que o legislador pretendia decorrente da dicção da norma. Com efeito, desencaixado de seu contexto, o parágrafo em questão indicaria ser mais condizente com a intenção legislativa a opção pela discricionariedade.

Ocorre que a adoção da discricionariedade legislativa leva a toda a problemática até aqui exposta, sem vislumbre de solução. Por outro lado, a leitura de tal dispositivo *à luz dos dois primeiros parágrafos do artigo 5º* autoriza uma hermenêutica que atribua ao rito nele contido o caráter da obrigatoriedade.

A adoção desse entendimento leva, ainda, à superação de uma discussão que, conquanto não mais se encontre em debate no âmbito jurisprudencial, ainda tem bastante relevo na esfera doutrinária, a saber, a dúvida acerca dos procedimentos de incorporação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

Como visto anteriormente, a doutrina divide-se acerca da existência ou não de dois procedimentos distintos de ingresso de tratados internacionais na ordem jurídica brasileira. Parte da doutrina defende que a natureza de tais tratados levaria ao que Flávia Piovesan denomina “incorporação automática”, enquanto os demais tratados ingressariam no sistema brasileiro pelo método da “incorporação legislativa”; outra parte da doutrina entende que a inexistência de determinação legal expressa nesse sentido implica paridade de procedimentos para ambas as espécies de tratados.

Também já se observou que o Supremo Tribunal Federal não acolheu tal distinção entre “incorporação automática” e “incorporação legislativa”, consolidando seu entendimento nesse sentido quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, em 04 de setembro de 1997; portanto, após a entrada em vigor da Constituição de 1988.

Se, como já visto, a decisão pacificou a questão no âmbito da jurisprudência (embora não no campo doutrinário), não se pode deixar de reconhecer que tal decisão é anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004. O acréscimo do § 3º do art. 5º ao texto constitucional, independentemente da celeuma causada e do acirramento dos debates doutrinários já existentes, indiscutivelmente acrescentou às discussões um novo elemento: pela primeira vez, o legislador constitucional efetivamente apontou para uma distinção entre os tratados internacionais de direitos humanos e aqueles que versam sobre outros temas. Tal circunstância é mais do que suficiente para lançar novas luzes sobre a controvérsia acerca da forma de incorporação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos – e, por conseguinte, eventualmente levar ao ressurgimento de uma discussão que, ao menos em sede jurisprudencial, já se encontra encerrada.

No entanto, a se reconhecer um caráter de cogência ao § 3º, a discussão acerca da forma de incorporação de tais tratados perderia o sentido e

o objeto, pois o rito insculpido em tal norma, uma vez aplicado a todo e qualquer tratado internacional que verse sobre direitos humanos, tornaria tais diplomas forçosamente equiparados, em termos hierárquicos, às emendas constitucionais, num processo de internalização mais robusto.

Como afirmado anteriormente, ao se admitir que tratados internacionais de direitos humanos *podem* ingressar no ordenamento jurídico brasileiro sem passar pelo rito especial do § 3º, há de se reconhecer, por corolário, que tais tratados *poderão* ter *status* diferenciado, não que o terão obrigatoriamente. Ou seja, poderão também não receber tal *status*.

No entanto, a se atribuir um caráter de obrigatoriedade ao rito diferenciado previsto no art. 5º, tal objeção desaparece, tornando-se possível reconhecer que, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45, a Constituição passou a reconhecer uma diferença ontológica entre os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e os tratados que regulam outras matérias.

Isso não significa que tal reconhecimento decorra da norma prevista no § 2º, como parte da doutrina já sustentava mesmo antes da entrada em vigor do § 3º. Ao contrário, é justamente o ingresso desse no sistema jurídico que permite, numa interpretação feita à luz dos parágrafos anteriores do art. 5º, chegar a tal conclusão.

O reconhecimento de uma natureza cogente ao § 3º soluciona, ainda, a questão do risco de denúncia daqueles tratados que eventualmente ingressem no ordenamento jurídico sem a submissão ao tratamento “diferenciado”, na medida em que simplesmente *não existirão* tratados internacionais de direitos humanos que ingressem no ordenamento brasileiro sem a proteção oferecida pelo § 4º do art. 60 da Constituição. Com efeito, se todos os tratados forem obrigatoriamente aprovados pelo procedimento especial previsto em tal dispositivo, tratando-se de direitos humanos, gozarão da proteção oferecida pelo aludido dispositivo, tornando-se cláusulas pétreas.

Dois outros aparentes problemas podem surgir diante da proposta hermenêutica ora apresentada.

O primeiro problema está na natureza a ser atribuída aos tratados anteriores, aos quais a jurisprudência reconheceu *status* equivalente ao

de lei ordinária – do qual decorre ainda o risco de que os tratados anteriores venham a ser denunciados, criando uma estranha situação em que o “principal” deixa de existir no ordenamento interno e o “acessório” remanesce, ainda por cima com o *status* de emenda constitucional.

O segundo problema está nas hipóteses em que, como ocorreu com o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (conforme estabelecido na Opinião Consultiva n. 16/1999, da Corte Interamericana de Direitos Humanos), normas protetivas de direitos humanos ingressem no ordenamento brasileiro no bojo de tratados internacionais “comuns”, aos quais não será garantida a hierarquia constitucional.

Os problemas, no entanto, como já indicado, são apenas aparentes. À luz de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, é possível solucioná-los.

Em relação à natureza equivalente à de lei ordinária, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu aos tratados anteriores à decisão proferida no RE n. 466.343-1/SP, não se pode desconsiderar a observação feita pelo Ministro Gilmar Mendes quando afirma, em seu voto proferido nesse mesmo Recurso Extraordinário, que a inclusão do § 3º indica que, para o legislador constitucional reformador, os tratados internacionais de direitos humanos *não tinham* hierarquia similar à das normas constitucionais. Do contrário, o aludido parágrafo não teria sido inserido no texto constitucional.

A despeito disso, uma vez que se reconheça força cogente ao parágrafo 3º do artigo 5º, a interpretação sistemática do texto constitucional e o princípio da unidade da constituição impõem uma leitura distinta daquela que até então fora feita pelo Supremo Tribunal Federal.

O reconhecimento da natureza equivalente à de emenda constitucional aos tratados submetidos ao rito previsto no parágrafo 3º há de levar, forçosamente, à releitura dos tratados anteriores *dos quais os posteriores são desdobramentos e especificações*, sob pena de, como afirma Flávia Piovesan, o objeto principal se sujeitar a uma proteção mais frágil do que o acessório, o que poderia levar, em última análise, à fragilização da proteção (equivalente à proteção que as emendas constitucionais recebem) atribuída a esse acessório.

Por outro lado, ainda que o raciocínio ora exposto tome por pressuposto a relação entre “principal e acessório”, no que tange aos tratados anteriores à Emenda Constitucional n° 45 (no cotejo com os que lhe são posteriores, sempre pressupondo a obrigatoriedade do procedimento previsto no parágrafo 3° do artigo 5°), não haveria sentido em deixar os tratados anteriores que *não* tenham essa relação com os tratados novos numa espécie de vácuo normativo.

Com efeito, a se reconhecer a obrigatoriedade do rito especial previsto no § 3° do artigo 5° da Constituição, torna-se possível afirmar que, a partir do ingresso de tal norma no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador constitucional passou a atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos um novo *status* normativo, equiparando-os, em termos de hierarquia, às emendas constitucionais. Tal grau hierárquico recairia sobre a espécie normativa em si, o que, evidentemente, acarretaria consequências para os tratados anteriores à inserção da nova norma na ordem jurídica.

Desse modo, a alteração constitucional implicaria uma forçosa modificação do grau hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, *inclusive daqueles anteriores ao ingresso da norma*, como forma de adaptação de tais diplomas normativos à ordem constitucional vigente.

O entendimento ora defendido guarda equivalência com a alteração de *status* normativo do Código Tributário Nacional por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988, como explica Sacha Calmon Navarro Coêlho:

A referência do CTN é a Constituição de 1946, emendada em sua parcela tributária pela Emenda n° 18, de 01.12.1965.

Hoje, vivemos sob a égide da Constituição de 1988, suas emendas e inúmeras leis complementares da Constituição, àquela época formalmente inexistentes.

[...] Como se vê, surdiu no mundo jurídico como lei ordinária. Ocorre que, ao dispor, desde então, sobre matérias que hoje são privativas de lei complementar, tem-se por assente que é uma lei complementar *ratione materiae*. Significa que suas regras somente podem ser alteradas por outras leis complementares da Constituição.

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio pode ser aplicado aos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à inserção do § 3º do artigo 5º. Se o legislador constituinte reformador inseriu no texto constitucional uma nova norma, a partir da qual uma determinada espécie normativa (os tratados internacionais referentes a direitos humanos) assume um grau hierárquico similar ao das emendas constitucionais (entendimento que, repita-se, parte do pressuposto de que a aludida norma tem caráter cogente), a alteração do texto constitucional há de acarretar, forçosa e inevitavelmente, consequências para os diplomas normativos de mesma natureza que a antecederam.

Diante de tais circunstâncias, restaria impositivo atribuir a *todos os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n° 45* (guardem ou não relação temática com os tratados posteriores à aludida Emenda), a partir da entrada em vigor dessa Emenda, uma posição hierárquica equivalente à das emendas constitucionais.

Cumprir observar, no entanto, que o reconhecimento dessa posição hierárquica não implica o acolhimento dos argumentos invocados pelos defensores da teoria do “bloco de constitucionalidade”, que fundamentavam seu entendimento apenas e tão somente na norma contida no parágrafo 2º do artigo 5º – o que, como visto anteriormente, implicaria a total irrelevância do parágrafo 3º.

Pelo contrário, é justamente o ingresso do parágrafo 3º no artigo 5º que torna impositiva uma exegese capaz de harmonizar o texto constitucional como um todo, e em especial os parágrafos do artigo 5º. Para tanto, e para que a introdução desse parágrafo 3º consubstancie um avanço e não um retrocesso na proteção dos direitos humanos, é necessário buscar uma leitura dos dispositivos que confira coerência e unidade ao sistema constitucional, ainda que tal leitura contrarie as decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria – decisões estas que, como visto ao longo do trabalho, jamais deixaram de ser questionadas pela doutrina.

Há que se reconhecer, por conseguinte, que a inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal (desde que reconhecida sua cogência) torna, por força do princípio da unidade da constituição, obrigatória a releitura também do parágrafo 2º, o que poderá

implicar em alteração inclusive da posição atual do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Finalmente, no que concerne à possibilidade de que normas protetivas de direitos humanos ingressem no ordenamento brasileiro no bojo de tratados internacionais “comuns”, aos quais não seria, em tal situação, garantida a hierarquia constitucional, não se vislumbra qualquer impedimento formal a que parte do tratado, ou alguns dispositivos apenas, sejam submetidos ao procedimento previsto no parágrafo 3º, a fim de garantir sua proteção.

Em suma, o eventual reconhecimento de um caráter cogente ao parágrafo 3º do artigo 5º, sem o menosprezo (antes com a observância) das consequências ora apontadas (que exsurgem como obrigatórias, a fim de manter a coerência e a unidade do sistema) afigura-se a forma mais adequada de tornar a nova norma um instrumento de ampliação, e não de restrição, da proteção dos direitos humanos.

Se é fato que, do complexo processo legislativo gerado pela Assembleia Nacional Constituinte em 1987, resultou a Constituição *possível*, com suas qualidades e seus defeitos, as teorias que buscam solucionar o impasse oriundo da inércia do legislador constituinte no que concerne ao relevante tema hão de apresentar, ao menos até que haja uma regulamentação mais adequada da matéria pelo Poder reformador, também as soluções *possíveis*. Que as insuficiências do sistema constitucional reflitam nas insuficiências das soluções apresentadas, é fenômeno que a ninguém há de espantar.

11. Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

AMARAL Jr., Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”.

In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n°. 63/64, jan./dez. 2006.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BIDART CAMPOS, Gérman J. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Ediar, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights in a nutshell**. Minnesota: West Publishing, 1988.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n°. 182, jul./dez. 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito das organizações internacionais**. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “O fim das ‘leis’ de autoanistia”. **Correio Braziliense**, 18.12.2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. V. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de direito tributário**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOLINGER, Jacob (org.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes, et al. (org.). **Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DUNNE, Tim e WHEELER, Nicholas J. **Human rights in global politics**. Cambridge: Cambridge University, 1999.

EVANS, Malcolm e MURRAY, Rachel (eds.). **The African Charter of Human and People's Rights: the system in practice: 1986-2000**. Cambridge: Cambridge University, 2002.

FERREIRA, Lauro César Mazetto. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GORDILLO, Augustín. **Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Barcarolla, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2004.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

LAFER, Celso. "O cinquentenário da Declaração Universal. A tutela dos direitos humanos no plano internacional no limiar do século XXI. Resistência e realizabilidade". In: **Comércio, desarmamento, direitos humanos, reflexões sobre uma experiência diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MAC CORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 6^a. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. In: *RIL*, 162/165.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista – homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SMITH, Rhona e VAN DEN ANKER. **The essentials of human rights**. Oxford: Hodder Arnold, 2005.

NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional – direitos humanos e direitos fundamentais**. 3^a. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

NUNES Jr., Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9^a. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela (orgs.), **Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação. Perspectivas e desafios contemporâneos. v. II**. Curitiba: Juruá, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RATNER, Steven S. e ABRAMS, Jason S. **Accountability for human rights atrocities in international law. Beyond the Nuremberg Legacy.** 2^a. ed. [s.l.p.]: Oxford University, [s.d.p].

REZEK, Francisco. **Direito internacional público – curso elementar.** 10^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REZEK, José Francisco. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a Ordem Jurídica Nacional (Parecer).** Brasília, 20.04.1981.

RIBEIRO, Maria de Fátima e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional dos direitos humanos. Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan.** Curitiba: Juruá, 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. “A Convenção Americana de Direitos Humanos no contexto constitucional brasileiro”. In: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, ano I, n^o. 4, julho/setembro 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e desafios da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 10^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade.** 2^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Cristiane Oliveira Peter da e CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. **Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Professor Gilmar Ferreira Mendes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, G. E. do Nascimento e ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público.** São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 23^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 6^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SMITH, Rhona K. M. e ANKER, Christien Van Den (eds.). **The essentials of human rights**. London, Hodder Arnold, 2005.

STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip. **International human rights in context – law, politics and morals**. 2^a. ed. Oxford: Oxford University, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VILHENA, Oscar. “Supremocracia: vícios e virtudes republicanas”. In: **Valor Econômico**, edição de 06.11.2007.

VELOSO, Zeno e SALGADO, Gustavo Vaz. **Reforma do Judiciário comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VINCENT, R. J. **Human rights and international relations**. Cambridge: Cambridge University, 1986.

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial
GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Professora Fernanda Dias Menezes de Almeida



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO